



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 3, Part 3

1997, Vol. 3, 3^e fascicule

Cited as [1997] 3 F.C., 497-726

Renvoi [1997] 3 C.F., 497-726

Published by

GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B.
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

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

Legal Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1997.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to the Executive Editor at area code 613-995-2706.

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

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

Arrêtiistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1997.

Les rubriques suivantes du Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtiistes, sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne: abstraits et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'histoire de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, doivent être adressées au Directeur général au (613) 995-2706.

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

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

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

Federal Court decisions, as handed down by the Court, as well as the edited versions of those selected for publication in the Federal Court Reports, are available on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca/cf>

Les décisions de la Cour fédérale, telles que rendues par la Cour, ainsi que, pour les décisions choisies, les versions préparées pour la publication dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, peuvent être consultées sur Internet au site Web suivant: <http://www.fja-cmf.gc.ca/cf>

CONTENTS

DigestsD-29

Appeals Noted I

Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc. (C.A.) 497

Patents — Infringement — Appeal from trial judgment holding (1) sale of component parts of press section of paper machines for assembly, use outside Canada and (2) provision of spare parts, services not infringement — (1) Where elements of invention sold in substantially unified combined form for purpose of later assembly, infringement not avoided by separation of parts leaving to purchaser task of integration, assembly — Trial Judge failed to consider contracts for complete machines, not just components — While delivery format in unassembled parts, whole press section sold, made — Manufacture of all components later sufficiently assembled to test fitting of parts constituting “making” of invention for purposes of Patent Act, s. 44 — (2) Supply of spare parts, services for continued running of press sections not infringement unless knowingly, for own benefit, inducing or procuring another to infringe patent — No evidence manufacturer (VDI) participated in decision by others to continue running infringing press sections.

Patents — Practice — Limitation of actions, remedies — Appeal from trial judgment holding Civil Code, Art. 2261 prescribing certain patent infringement actions, awarding damages in others — For prescription purposes, patent infringement characterized as offence, quasi-offence under law of Quebec — Art. 2261 barring such action if not brought within two years of act complained of — Plaintiff

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-35

Appels notés I

Beloit Canada Ltée. c. Valmet-Dominion Inc. (C.A.) 497

Brevets — Contrefaçon — Appel d'un jugement de première instance concluant que (1) la vente de pièces de la presse de machines à papier en vue de leur assemblage et de leur utilisation à l'extérieur du Canada et (2) la fourniture de pièces de rechange et de services n'opèrent pas contrefaçon — (1) Lorsque les éléments d'une invention sont vendus sous une forme en bonne partie unifiée et combinée en vue d'un assemblage ultérieur, la contrefaçon ne peut être évitée par une séparation des pièces qui laisse à l'acheteur la tâche de les intégrer et les assembler — Le juge de première instance a omis de prendre en compte les contrats concernant des presses complètes, et non simplement des éléments constitutifs — Même si la livraison s'est faite en pièces détachées, c'est toute la presse qui a été vendue et fabriquée — La fabrication de l'ensemble des éléments constitutifs qui sont par la suite suffisamment assemblés pour permettre de vérifier l'ajustement des pièces, constitue la «fabrication» d'une invention au sens de l'art. 44 de la Loi sur les brevets — (2) La fourniture de pièces de rechange ou de services pour le fonctionnement continu des presses ne constitue pas une contrefaçon, sauf si le vendeur, sciemment, pour son propre avantage, a incité ou amené un tiers à contrefaire le brevet — Aucun élément de preuve n'indique que le fabricant (VDI) a participé à la décision de tierces personnes de continuer à exploiter les presses arguées de contrefaçon.

Brevets — Pratique — Prescription des actions, recours — Appel du jugement de première instance concluant que suivant l'art. 2261 du Code civil, certaines actions en contrefaçon étaient prescrites, et accordant des dommages-intérêts dans les autres instances — Aux fins de la prescription, la contrefaçon d'un brevet constitue un délit ou un quasi-délit au regard de la loi québécoise — Suivant l'art.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

pleading suspension of limitation period must demonstrate lack of awareness of material facts giving rise to cause of action existed despite having exercised due diligence — Trial Judge's inference patentee knew or ought to have known of infringing sales because aware of respondent's activities not reversed as no evidence of due diligence — Activities more than two years prior to filing statements of claim prescribed — Award of accounting of profits discretionary under Patent Act, s. 57(1)(b) — May reasonably be refused where excessive delay, misconduct by patentee — Within Trial Judge's discretion to consider lengthy delay in proceedings, relief leading to further delay, expense, infringing parties acting in good faith when entered contracts at time when Court declaring patent invalid — Accounting of profits inappropriate herein.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Within Court's jurisdiction to grant accounting of profits under Patent Act, s. 57(1)(b), Federal Court Act, ss. 3, 20 — Patent Act, s. 57(1)(b) expressly permitting Court to order accounting in infringement actions — Federal Court Act, s. 20(2) giving Trial Division concurrent original jurisdiction in all cases, other than those mentioned in s. 20(1), in which remedy sought under authority of any Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent — Accounting of profits equitable remedy.

Practice — Interest — Appeal from trial judgment awarding simple pre-, post-judgment interest in patent infringement action — Federal Court Act, s. 36(5) providing expressly for exercise of discretion by Court in relation to award of pre-judgment interest — Although s. 37 not containing comparable provision, cases recognizing post-judgment interest also discretionary — Given finding of good faith by infringer, open to Judge to so exercise discretion.

Damages — Trial Judge finding patent infringement where invention configuration of old, previously known parts — Directing assessment of damages based on sales of other components with infringing press sections — Patentee entitled to damages assessed upon sale of non-infringing components where finding of fact such sale arose from infringing patented component — As not making such

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

2261, cette action est prescrite si elle n'est pas intentée dans les deux ans du fait générateur — Le demandeur qui invoque la suspension de la prescription doit prouver qu'il ignorait les faits importants donnant lieu à la cause d'action en dépit de sa diligence raisonnable — La conclusion du juge de première instance portant que, du fait de sa connaissance des activités des intimées, le breveté était informé ou aurait dû être informé des ventes arguées de contrefaçon, n'a pas été infirmée en l'absence de preuve de diligence raisonnable — Les activités antérieures de plus de deux ans au dépôt des déclarations sont prescrites — La restitution des bénéfices en vertu de l'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets est un recours discrétionnaire — Elle peut raisonnablement être refusée en cas de retard excessif et de mauvaise conduite de la part du breveté — Le juge de première instance pouvait, à sa discrétion, prendre en compte la complexité et de la durée de l'instance, le fait que ce recours entraînerait d'autres frais et d'autres retards, la bonne foi des parties responsables de la contrefaçon lorsqu'elles ont conclu des contrats au moment où la Cour déclarait le brevet invalide — Recours en restitution des bénéfices inapproprié en l'espèce.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Cour a compétence pour accorder la restitution des bénéfices en vertu de l'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets et des art. 3 et 20 de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets autorise expressément la Cour à ordonner le règlement de comptes dans les actions en contrefaçon — L'art. 20(2) de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visés par l'art. 20(1) relativement à un brevet — La restitution des bénéfices est une réparation *d'équité*.

Pratique — Intérêts — Appel d'un jugement de première instance accordant des intérêts simples avant et après jugement dans une action en contrefaçon de brevet — L'art. 36(5) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit expressément l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la Cour relativement à l'octroi d'intérêts avant jugement — Bien que l'art. 37 ne renferme pas de disposition semblable, la jurisprudence reconnaît que l'octroi d'intérêts après jugement est aussi discrétionnaire — Étant donné la reconnaissance de la bonne foi du contrefacteur, il était loisible au juge de première instance d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Dommages-intérêts — Le juge de première instance a conclu qu'il y a contrefaçon de brevet lorsque l'invention consiste en la combinaison d'anciens éléments déjà connus — Il a ordonné que l'évaluation des dommages soit fondée sur les ventes de presses arguées de contrefaçon avec les autres éléments constitutifs — Le breveté a droit à des dommages-intérêts évalués en fonction de la vente des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

specific finding, Trial Judge erred in direction for assessment of damages.

Equity — Appeal from trial judgment awarding damages instead of accounting of profits in patent infringement action — Accounting of profits equitable remedy — Patentee arguing as coming to equity with clean hands entitled *prima facie* to elect accounting of profits — Trial Judge not bound by maxims of equity because election provided as statutory alternative to damages in Patent Act, s. 57(1)(b).

Civil Code — Prescription — Appeal from trial judgment holding Civil Code, Art. 2261 prescribing patent infringement actions — For prescription purposes, patent infringement characterized as offence, quasi-offence under law of Quebec — Art. 2261 barring such action if not brought within two years of act complained of.

Canada v. Central Supply Company (1972) Ltd. (C.A.) 674

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Tax Court decision allowing deductions under Income Tax Act, s. 66.1 — Respondents purchasing interests in partnerships engaged in financing unsuccessful oil, gas exploration project on final day of partnerships' fiscal year — Disposing of limited partnership interests next day — Income Tax Act, s. 245 prohibiting deductions in respect of disbursement, expense, made or incurred in respect of transaction, operation that if allowed would unduly or artificially reduce income — "Artificial", "undue" referring to reduction of income, not expense — Application of majority opinion as to role of s. 245, 3 relevant considerations set out by F.C.A. in *Canada v. Fording Coal Ltd.* — (1) As not engaging in business exploration expense provisions designed to promote, respondents outside their intended object, spirit — (2) Transactions allowing respondents to claim cumulative Canadian exploration expense deductions far removed from normal commercial practice — (3) No business purpose attached to respondents' participation in limited partnerships — Attempting to achieve unlawful tax avoidance.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

éléments constitutifs non argués de contrefaçon lorsqu'il est établi que cette vente s'est faite par suite de la contrefaçon de l'élément constitutif breveté — N'ayant pas tiré de conclusion spécifique à cet égard, le juge de première instance a commis une erreur en ce qui concerne l'évaluation des dommages.

Equity — Appel du jugement de première instance octroyant des dommages-intérêts au lieu de la restitution des bénéfices dans une action en contrefaçon de brevet — Recours en *equity* — Le breveté a fait valoir qu'il avait les mains nettes, et qu'il disposait donc du droit *prima facie* de choisir la restitution des bénéfices — Le juge de première instance n'est pas lié par les maximes d'*equity* parce qu'il s'agit, selon l'art. 57(1)b) de la Loi sur les brevets, d'un recours subsidiaire au recours en dommages-intérêts.

Code civil — Prescription — Appel d'un jugement de première instance concluant que certaines actions en contrefaçon de brevet étaient prescrites suivant l'art. 2261 du Code civil — Aux fins de la prescription, la contrefaçon d'un brevet constitue un délit ou un quasi-délit au regard de la loi québécoise — Suivant l'art. 2261, cette action est prescrite si elle n'est pas intentée dans les deux ans du fait générateur.

Canada c. Central Supply Company (1972) Ltd. (C.A.) 674

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a autorisé des déductions en vertu de l'art. 66.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les intimées ont acheté une participation dans des sociétés en commandite qui avaient financé un projet d'exploration de pétrole et de gaz (devant se révéler improductif) le dernier jour de l'exercice financier des sociétés en commandite — Elles ont vendu leur participation dans les sociétés en commandite le lendemain — L'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu interdit toute déduction à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu — Les termes «factice» et «indue» renvoient à la réduction du revenu et non à la dépense — Il y a eu application de l'opinion majoritaire quant au rôle de l'art. 245 et des trois facteurs pertinents énoncés dans *Canada c. Fording Coal Ltd.* — (1) Comme les intimées n'ont participé en aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais avaient pour but de promouvoir, elles n'étaient pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit de la loi — (2) Les opérations permettant aux intimées de réclamer des déductions au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada étaient bien loin des habitudes normales du commerce — (3) Aucun objectif commercial n'était rattaché à la participation des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Gonzalez v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T.D.) 646

Unemployment insurance — Reference as to whether Unemployment Insurance Act, s. 11(7) contrary to Canadian Human Rights Act as discriminatory practice based on family status in provision of services — Claimant receiving ten weeks of parental benefits for caring for adopted child — Denied five weeks of additional benefits claimed under s. 11(7) as child less than six months old when placed — Adoptive, natural parents equal with respect to parental benefits — Distinction amounting to discrimination if not justified in particular legislative context — No rational connection between age of child at time of placement and legislative objective — Act, s. 11(7) discriminating against parents of children less than six months old.

Human rights — Unemployment Insurance Act, s. 11(7) said to contravene Canadian Human Rights Act, s. 5 on prohibited ground of family status in provision of services — Whether distinction between parents of children arriving home after or before age of six months discriminatory — Relationship between age of child, legislative objective not apparent — No rational connection between six-month age requirement, child's condition — Distinction unreasonable where no rational connection with legislative objective — Unemployment insurance system service customarily available to general public under CHRA, s. 5 — Distinction in respect of age discriminatory within meaning of s. 5.

Ontario Hydro v. Canada (C.A.) 565

Energy — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing action to recover portion of costs of relocating National Energy Board from Ottawa to Calgary which utility had been required to pay — National Energy Board Act, s. 24.1 giving NEB power to make regulations for recovery of costs attributable to responsibilities under any Act of Parliament — Giving NEB discretionary power to determine what costs attributable to statutory responsibilities — Limited to costs attributable to statutory responsibilities — Relocation not within dictionary meaning of “responsibilities” — National Energy Board Cost Recovery Regulations, s. 6 defining costs attributable to statutory responsibilities of NEB as “program costs” — Program costs described in Expenditure

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

intimées dans les sociétés en commandite — Elles ont essayé d'éviter de l'impôt au moyen d'un stratagème illégal.

Gonzalez c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (1^{re} inst.) 646

Assurance-chômage — Renvoi visant à décider si l'art. 11(7) de la Loi sur l'assurance-chômage est contraire à la Loi canadienne sur les droits de la personne en ce qu'il constituerait un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en matière de fourniture de services — La prestataire a reçu dix semaines de prestations parentales pour prendre soin d'un enfant adopté — On a refusé de lui octroyer les cinq semaines de prestations additionnelles qu'elle réclamait en vertu de l'art. 11(7) parce que l'enfant était âgé de moins de six mois lors de son placement — Les parents adoptifs et naturels doivent recevoir les mêmes prestations parentales — Une distinction est discriminatoire si elle n'est pas justifiée dans un contexte législatif donné — Il n'existe aucun lien rationnel entre l'âge de l'enfant lors de son placement et l'objet de la législation — L'art. 11(7) de la Loi constitue un acte discriminatoire à l'égard des parents d'enfants de moins de six mois.

Droits de la personne — L'art. 11(7) de la Loi sur l'assurance-chômage serait contraire à l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne étant fondé sur un motif de distinction illicite qu'est la situation de famille en matière de fourniture de services — La distinction qui est faite entre les parents d'enfants qui arrivent à la maison après l'âge de six mois et ceux qui arrivent avant d'avoir atteint cet âge est-elle discriminatoire? — Le rapport entre l'âge de l'enfant et l'objectif législatif n'est pas évident — Il n'existe aucun lien rationnel entre l'âge de six mois exigé et l'état de l'enfant — Une distinction est déraisonnable si elle n'a aucun lien rationnel avec l'objectif législatif — Le système d'assurance-chômage est un service destiné au public aux termes de l'art. 5 de la LCDP — La distinction fondée sur l'âge est discriminatoire au sens de l'art. 5.

Ontario Hydro c. Canada (C.A.) 565

Énergie — Appel de la décision de la Section de première instance rejetant l'action en recouvrement de la partie des frais de transfert du siège de l'Office national de l'énergie d'Ottawa à Calgary que le service public a dû payer — L'art. 24.1 de la Loi sur l'Office national de l'énergie confère à l'ONÉ le pouvoir de prendre un règlement pour le recouvrement des frais afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de toute loi fédérale — Il confère à l'ONÉ le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels frais sont afférents à l'exercice de ses attributions légales — Les frais se limitent à ceux attribuables à l'exercice des attributions légales — Selon le dictionnaire, le mot «*responsibility*» (attributions) n'englobe pas la réinstallation — L'art.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Plan — Nothing therein contemplating relocation — When read in conjunction with Regulations, ss. 4, 6, Act, s. 24.1 permitting recovery of costs related to Board's program; not including relocation costs.

Construction of statutes — National Energy Board Act, s. 24.1 giving NEB power to make regulations for recovery of costs attributable to responsibilities under any Act of Parliament — National Energy Board Cost Recovery Regulations, s. 6, determining cost recovery charges, passed at same time as s. 24.1 introduced — Same words used in Act, s. 24.1, Regulations, s. 6 — Trial Judge interpreting Regulations without regard to enabling statute — Where statute, regulations closely meshed so as to form integrated scheme, provisions of both interpreted in light of overall scheme — Some value had to be given scheme of Regulations in interpreting Act — When read in conjunction with Regulations, ss. 4, 6, Act, s. 24.1 permitting recovery of program costs related to Board's program; not including costs of NEB's relocation to Calgary from Ottawa.

Pakistan National Shipping Corp. v. Canada (C.A.) 601

Maritime law — Carriage of goods — Appeal from Trial Division order striking out third party claim against respondent for want of jurisdiction — Claim in main action arising out of carriage of cargo of canola oil — Cargo damaged during voyage due to defective drums — Third party claim for negligent misrepresentation drums could withstand stresses of sea transport — Integrally connected to Court's admiralty, maritime jurisdiction — Words "maritime", "admiralty" to be interpreted within modern context of commerce, shipping.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Third party claim based on misrepresentations by respondent as to adequacy of plastic drums for carriage of canola oil by sea — Whether F.C.T.D. has jurisdiction over claim under Federal Court Act, s. 22 — Case law on Federal Court's maritime jurisdiction reviewed — *ITO* case applied — That alleged misrepresentation made on land not sufficient to establish want of jurisdiction — Claim integrally connected

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

6 du Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie assimile les frais afférents à l'exercice des attributions légales de l'ONÉ au «coût de son programme» — Le coût du programme est décrit dans le plan de dépenses — Aucun élément n'évoque la réinstallation — Lorsqu'il est lu de concert avec les art. 4 et 6 du Règlement, l'art. 24.1 permet le recouvrement des frais liés au programme de l'Office, à l'exclusion des frais de réinstallation.

Interprétation des lois — L'art. 24.1 de la Loi sur l'Office national de l'énergie investit l'ONÉ du pouvoir de prendre un règlement pour le recouvrement des frais afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de toute loi fédérale — L'art. 6 du Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie, qui prévoit le calcul des frais recouvrables, a été pris au même moment que l'art. 24.1 a été ajouté à la Loi — Les mêmes termes sont employés à l'art. 24.1 de la Loi et à l'art. 6 du Règlement — Le juge de première instance a interprété le Règlement sans tenir compte de la loi habilitante — Lorsque la loi et le règlement sont si étroitement liés qu'ils forment un tout, les dispositions des deux textes sont interprétées en fonction de ce cadre global — Une certaine importance devait être accordée à la formulation du Règlement aux fins d'interpréter les dispositions de la Loi — Lorsqu'il est lu de concert avec les art. 4 et 6 du Règlement, l'art. 24.1 autorise le recouvrement du coût afférent au programme de l'Office, lequel n'englobe pas les frais de transfert du siège de l'ONÉ d'Ottawa à Calgary.

Pakistan National Shipping Corp. c. Canada (C.A.) 601

Droit maritime — Transport de marchandises — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance radiant la demande en garantie contre l'intimé pour défaut de compétence — La réclamation dans l'action principale découle du transport d'une cargaison d'huile de colza (canola) — La cargaison a été endommagée pendant le voyage à cause de fûts défectueux — La demande en garantie porte sur des déclarations inexactes faites avec négligence, selon lesquelles les fûts pouvaient supporter les contraintes d'un transport en mer — Elle est entièrement liée à la compétence de la Cour en matière maritime et d'amirauté — Les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande en garantie fondée sur des fausses déclarations faites par l'intimée quant au caractère adéquat des fûts de plastique pour le transport d'huile de colza par mer — Il s'agit de savoir si la C.F. 1^{re} inst. a compétence pour entendre cette demande en vertu de l'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale — Examen de la jurisprudence concernant la compétence de la Cour fédérale en matière maritime

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to Court's admiralty, maritime jurisdiction.

Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer) (T.D.) . . . 628

Practice — Judgments and orders — Stay of execution — Application to stay, pending appeal, effect of declaration Canada Elections Act provision denying certain convicts right to vote in federal elections unconstitutional — S.C.C. decision in *RJR—McDonald Inc.* applied — Balance of inconvenience not favouring applicants.

Constitutional law — Charter of rights — Democratic rights — Application to stay effect of declaration Canada Elections Act provision denying certain convicts right to vote in federal elections violating Charter, s. 3 — Crown not meeting onus of establishing irreparable harm to public interest — Public interest also including protection of democratic rights enshrined in Charter.

Elections — Application to stay, pending appeal, effect of F.C.T.D. judgment declaring Canada Elections Act, s. 51(e) (prohibiting certain convicts from voting in federal elections) in violation of Charter, s. 3 — Appeal would not be heard prior to next general election — Crown not meeting onus of establishing irreparable harm to public interest.

Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer) (C.A.) . . . 643

Practice — Judgments and orders — Stay of execution — Application to stay, pending appeal, effect of declaration Canada Elections Act provision denying certain convicts right to vote in federal Elections unconstitutional — Motions Judge did not err in applying tripartite test set out by S.C.C. in *RJR—McDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* — In absence of error of law, appellate court cannot interfere with discretionary order of judge — Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— Arrêt *ITO* appliqué — Le fait que les fausses déclarations alléguées ont été faites à terre n'est pas suffisant pour établir le défaut de compétence — La demande est entièrement liée à la compétence de la Cour en matière maritime et d'amirauté.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections) (1^{re} inst.) 628

Pratique — Jugements et ordonnances — Suspension d'exécution — Requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement portant inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui prive certains condamnés du droit de vote dans les élections fédérales — Application de la cause *RJR—McDonald Inc.* de la Cour suprême du Canada — La balance des préjudices éventuels ne favorise pas les requérants.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Requête en suspension des effets de la décision portant que la disposition de la Loi électorale du Canada qui prive certains condamnés du droit de vote dans les élections fédérales va à l'encontre de l'art. 3 de la Charte — La Couronne n'a pas prouvé, comme il lui incombait de le faire, qu'il y aurait préjudice irréparable pour l'intérêt général — L'intérêt général s'entend aussi de la protection des droits démocratiques consacrés par la Charte.

Élections — Requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement par lequel la Section de première instance de la Cour fédérale a déclaré que l'art. 51e) (qui interdit à certains condamnés de voter dans les élections fédérales) de la Loi électorale du Canada va à l'encontre de l'art. 3 de la Charte — L'appel ne serait pas entendu avant la tenue des élections générales à venir — La Couronne n'a pas prouvé, comme il lui incombait de le faire, qu'il y aurait préjudice irréparable pour l'intérêt général.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections) (C.A.) 643

Pratique — Jugements et ordonnances — Suspension d'exécution — Requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement portant inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui prive certains condamnés du droit de vote dans les élections fédérales — Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur dans l'application du triple critère défini par la Cour suprême du Canada dans *RJR—McDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* — Faute d'erreur de droit, la Cour ne peut toucher à son ordonnance discrétionnaire — Appel rejeté.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Sawridge Band v. Canada (C.A.) 580

Judges and Courts — F.C.T.D. decision appealed for reasonable apprehension of bias based on Judge's colourful remarks during 75-day trial, repeated in considered reasons for judgment — Appellate court to approach such allegations with great caution — Wide margin of discretion accorded Trial Judges in conduct of cases — Remarks not to be taken out of context — Case involving claim by Indians aboriginal, treaty, Charter rights infringed by 1985 Indian Act amendments — Judge expressing view s. 35 Constitution Act, 1982, Indian Act racist legislation — Reasonable observer would have formed opinion Judge biased against special status for Indians — Not for Judge to go against Constitution — New trial ordered.

Practice — Appeals and new trials — Appeal allowed, new trial ordered for reasonable apprehension of bias on part of F.C.T.D. Judge — Case involving claim by Indians amendments to Indian Act infringing aboriginal, treaty, Charter rights — Judge's colourful remarks at trial, repeated in considered reasons for judgment, giving rise to reasonable apprehension of bias against special status for Indians.

Native peoples — Registration — F.C.T.D. Judge denying declarations 1985 Indian Act amendments regarding control of band membership lists infringing Indians' aboriginal, treaty, Charter rights — Judge characterizing s. 35 Constitution Act, 1982, Indian Act as racist legislation similar to apartheid in South Africa — Opposed to special status for Indians — Reluctant to accept oral history of Indians as "historical stories . . . become mortally skewed propaganda" — Judgment set aside for reasonable apprehension of bias.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — F.C.T.D. Judge dismissing action for declaration 1985 amendments to Indian Act concerning registration in band lists infringing rights recognized by s. 35, Constitution Act, 1982 — Judge revealing bias against special status for Indians — Characterizing s. 35 as racist — Not for Judge to oppose Constitution — New trial ordered as reasonable apprehension of bias.

SOMMAIRE (Fin)

Bande de Sawridge c. Canada (C.A.) 580

Juges et tribunaux — Appel contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale au motif d'une crainte raisonnable de partialité fondée sur les propos colorés tenus par le juge au cours des 75 jours d'audience, repris dans les motifs de son jugement — La Cour d'appel doit aborder de telles allégations avec beaucoup de circonspection — Une grande marge de manœuvre est laissée aux juges de première instance dans la conduite des procès — Les propos ne doivent pas être cités hors de leur contexte — Allégation par des Indiens que les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 empiètent sur leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Le juge a exprimé l'opinion que l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et que la Loi sur les Indiens étaient des lois racistes — Un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge était contre un statut spécial pour les Indiens — Il n'appartenait pas au juge de contester la Constitution — Un nouveau procès est ordonné.

Pratique — Appels et nouveaux procès — L'appel est accueilli, un nouveau procès est ordonné en raison de la crainte raisonnable que le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ait pu juger avec partialité — Allégation par des Indiens que les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 empiètent sur leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Les propos colorés tenus par le juge au cours de l'audience, repris dans les motifs de son jugement, ont donné lieu à une crainte raisonnable d'un préjugé contre un statut spécial pour les Indiens.

Peuples autochtones — Inscription — Le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale n'a pas accordé les déclarations selon lesquelles les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens concernant l'inscription sur la liste de bande empiètent sur les droits ancestraux des Indiens, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Le juge a qualifié l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la Loi sur les Indiens de lois racistes semblables à l'apartheid en Afrique du Sud — Opposition à un statut spécial pour les Indiens — Hésitation à accepter l'histoire orale des Indiens étant donné que «les récits historiques . . . se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partiale» — Jugement annulé en raison d'une crainte raisonnable de partialité.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou droits issus de traités — Juge de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une demande de déclaration que les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens concernant l'inscription sur la liste de bande empiètent sur les droits reconnus par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le juge a montré un préjugé contre un statut spécial pour les Indiens — Il a qualifié l'art. 35 de raciste — Il n'appartenait pas au juge de contester la Constitution — Un nouveau procès est ordonné en raison de la crainte raisonnable de partialité.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer), [1997] 3 F.C. 628 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-372-97). The reasons for judgment, handed down 21/5/97, are published in the *Federal Court Reports* at [1997] 3 F.C. 643 (C.A.).

Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1996] 3 F.C. 215 (T.D.), has been reversed on appeal (A-661-96). The reasons for judgment, handed down 27/11/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

P.H.D.L. Holdings Ltd. v. M.N.R., A-371-95, Isaac C.J., judgment dated 5/5/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 13/11/97.

Lee v. Canada (Human Rights Commission), [1997] 2 F.C. D-42 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 13/11/97.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1997] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-372-97). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 21-5-97, sont publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* à [1997] 3 C.F. 643 (C.A.).

La décision *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 3 C.F. 215 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-661-96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 27-11-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

P.H.D.L. Holdings Ltd. c. M.R.N., A-371-95, juge en chef Isaac, jugement en date du 5-5-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 13-11-97.

Lee c. Canada (Commission des droits de la personne), [1997] 2 C.F. F-54 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 13-11-97.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 3, Part 3

1997, Vol. 3, 3^e fascicule

A-176-93 (T-1450-86)
Beloit Canada Ltée/Ltd. and Beloit Corporation
(Appellants) (Plaintiffs)

v.

Valmet-Dominion Inc. (now Valmet Montreal Inc.)
(Respondent) (Defendant)

A-177-93 (T-2253-86)
Beloit Canada Ltée/Ltd. and Beloit Corporation
(Appellants) (Plaintiffs)

v.

General Electric Canada Inc.
(Respondent) (Defendant)

A-179-93 (T-1268-86)
Beloit Corporation
(Appellant) (Defendant)

v.

Valmet-Dominion Inc. (now Valmet Montreal Inc.)
(Respondent) (Plaintiff)

INDEXED AS: BELOIT CANADA LTD. v. VALMET-DOMINION INC. (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and Desjardins J.J.A.—Ottawa, June 17, 18, 19, 20, 1996 and April 23, 1997.

Patents — Infringement — Appeal from trial judgment holding (1) sale of component parts of press section of paper machines for assembly, use outside Canada and (2) provision of spare parts, services not infringement — (1) Where elements of invention sold in substantially unified combined form for purpose of later assembly, infringement not avoided by separation of parts leaving to purchaser task of integration, assembly — Trial Judge failed to consider contracts for complete machines, not just components — While delivery format in unassembled parts, whole press section sold, made — Manufacture of all components later sufficiently assembled to test fitting of parts constituting “making” of invention for purposes of Patent Act, s. 44 — (2) Supply of spare parts, services for continued running of press sections not infringement unless knowingly, for own benefit, inducing or procuring another to infringe patent — No evidence manufacturer (VDI) participated in decision by others to continue running infringing press sections.

A-176-93 (T-1450-86)
Beloit Canada Ltée/Ltd. et Beloit Corporation
(appelantes) (demanderesses)

c.

Valmet-Dominion Inc. (maintenant Valmet Montréal Inc.)
(intimée) (défenderesse)

A-177-93 (T-2253-86)
Beloit Canada Ltée/Ltd. et Beloit Corporation
(appelantes) (demanderesses)

c.

General Electric Canada Inc.
(intimée) (défenderesse)

A-179-93 (T-1268-86)
Beloit Corporation
(appelante) (défenderesse)

c.

Valmet-Dominion Inc. (maintenant Valmet Montréal Inc.)
(intimée) (demanderesse)

RÉPERTORIÉ: BELOIT CANADA LTÉE. c. VALMET-DOMINION INC. (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Isaac et juges Stone et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 17, 18, 19, 20 juin 1996 et 23 avril 1997.

Brevets — Contrefaçon — Appel d'un jugement de première instance concluant que (1) la vente de pièces de la presse de machines à papier en vue de leur assemblage et de leur utilisation à l'extérieur du Canada et (2) la fourniture de pièces de rechange et de services n'opèrent pas contrefaçon — (1) Lorsque les éléments d'une invention sont vendus sous une forme en bonne partie unifiée et combinée en vue d'un assemblage ultérieur, la contrefaçon ne peut être évitée par une séparation des pièces qui laisse à l'acheteur la tâche de les intégrer et les assembler — Le juge de première instance a omis de prendre en compte les contrats concernant des presses complètes, et non simplement des éléments constitutifs — Même si la livraison s'est faite en pièces détachées, c'est toute la presse qui a été vendue et fabriquée — La fabrication de l'ensemble des éléments constitutifs qui sont par la suite suffisamment assemblés pour permettre de vérifier l'ajustement des pièces, constitue la «fabrication» d'une invention au sens de l'art. 44 de la Loi sur les brevets — (2) La fourniture de pièces de rechange ou de services pour

Patents — Practice — Limitation of actions, remedies — Appeal from trial judgment holding Civil Code, Art. 2261 prescribing certain patent infringement actions, awarding damages in others — For prescription purposes, patent infringement characterized as offence, quasi-offence under law of Quebec — Art. 2261 barring such action if not brought within two years of act complained of — Plaintiff pleading suspension of limitation period must demonstrate lack of awareness of material facts giving rise to cause of action existed despite having exercised due diligence — Trial Judge's inference patentee knew or ought to have known of infringing sales because aware of respondent's activities not reversed as no evidence of due diligence — Activities more than two years prior to filing statements of claim prescribed — Award of accounting of profits discretionary under Patent Act, s. 57(1)(b) — May reasonably be refused where excessive delay, misconduct by patentee — Within Trial Judge's discretion to consider lengthy delay in proceedings, relief leading to further delay, expense, infringing parties acting in good faith when entered contracts at time when Court declaring patent invalid — Accounting of profits inappropriate herein.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Within Court's jurisdiction to grant accounting of profits under Patent Act, s. 57(1)(b), Federal Court Act, ss. 3, 20 — Patent Act, s. 57(1)(b) expressly permitting Court to order accounting in infringement actions — Federal Court Act, s. 20(2) giving Trial Division concurrent original jurisdiction in all cases, other than those mentioned in s. 20(1), in which remedy sought under authority of any Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent — Accounting of profits equitable remedy.

Practice — Interest — Appeal from trial judgment awarding simple pre-, post-judgment interest in patent infringement action — Federal Court Act, s. 36(5) providing expressly for exercise of discretion by Court in relation to award of pre-judgment interest — Although s. 37 not containing comparable provision, cases recognizing post-judgment interest also discretionary — Given finding

le fonctionnement continu des presses ne constitue pas une contrefaçon, sauf si le vendeur, sciemment, pour son propre avantage, a incité ou amené un tiers à contrefaire le brevet — Aucun élément de preuve n'indique que le fabricant (VDI) a participé à la décision de tierces personnes de continuer à exploiter les presses arguées de contrefaçon.

Brevets — Pratique — Prescription des actions, recours — Appel du jugement de première instance concluant que suivant l'art. 2261 du Code civil, certaines actions en contrefaçon étaient prescrites, et accordant des dommages-intérêts dans les autres instances — Aux fins de la prescription, la contrefaçon d'un brevet constitue un délit ou un quasi-délit au regard de la loi québécoise — Suivant l'art. 2261, cette action est prescrite si elle n'est pas intentée dans les deux ans du fait générateur — Le demandeur qui invoque la suspension de la prescription doit prouver qu'il ignorait les faits importants donnant lieu à la cause d'action en dépit de sa diligence raisonnable — La conclusion du juge de première instance portant que, du fait de sa connaissance des activités des intimées, le breveté était informé ou aurait dû être informé des ventes arguées de contrefaçon, n'a pas été infirmée en l'absence de preuve de diligence raisonnable — Les activités antérieures de plus de deux ans au dépôt des déclarations sont prescrites — La restitution des bénéfices en vertu de l'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets est un recours discrétionnaire — Elle peut raisonnablement être refusée en cas de retard excessif et de mauvaise conduite de la part du breveté — Le juge de première instance pouvait, à sa discrétion, prendre en compte la complexité et de la durée de l'instance, le fait que ce recours entraînerait d'autres frais et d'autres retards, la bonne foi des parties responsables de la contrefaçon lorsqu'elles ont conclu des contrats au moment où la Cour déclarait le brevet invalide — Recours en restitution des bénéfices inapproprié en l'espèce.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Cour a compétence pour accorder la restitution des bénéfices en vertu de l'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets et des art. 3 et 20 de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets autorise expressément la Cour à ordonner le règlement de comptes dans les actions en contrefaçon — L'art. 20(2) de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visés par l'art. 20(1) relativement à un brevet — La restitution des bénéfices est une réparation d'équité.

Pratique — Intérêts — Appel d'un jugement de première instance accordant des intérêts simples avant et après jugement dans une action en contrefaçon de brevet — L'art. 36(5) de Loi sur la Cour fédérale prévoit expressément l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la Cour relativement à l'octroi d'intérêts avant jugement — Bien que l'art. 37 ne renferme pas de disposition semblable, la

of good faith by infringer, open to Judge to so exercise discretion.

Damages — Trial Judge finding patent infringement where invention configuration of old, previously known parts — Directing assessment of damages based on sales of other components with infringing press sections — Patentee entitled to damages assessed upon sale of non-infringing components where finding of fact such sale arose from infringing patented component — As not making such specific finding, Trial Judge erred in direction for assessment of damages.

Equity — Appeal from trial judgment awarding damages instead of accounting of profits in patent infringement action — Accounting of profits equitable remedy — Patentee arguing as coming to equity with clean hands entitled prima facie to elect accounting of profits — Trial Judge not bound by maxims of equity because election provided as statutory alternative to damages in Patent Act, s. 57(1)(b).

Civil Code — Prescription — Appeal from trial judgment holding Civil Code, Art. 2261 prescribing patent infringement actions — For prescription purposes, patent infringement characterized as offence, quasi-offence under law of Quebec — Art. 2261 barring such action if not brought within two years of act complained of.

These were appeals and a cross-appeal from the judgment in an infringement action concerning a patent owned by Beloit Corporation (Beloit U.S.) for the press section of a paper machine. The invention combined old, previously known parts, into a new configuration. Beloit Canada Ltée/Ltd. (Beloit), a Canadian subsidiary of Beloit U.S., incorporated under the laws of Quebec, was the Canadian licensee. The respondent, Valmet-Dominion Inc. (VDI), manufactured and sold paper machines in Canada and the United States. VDI assumed and completed contracts for paper machines which had been entered into by Dominion Engineering Works (DEW), a subsidiary of General Electric Canada (GEC). Beloit commenced infringement actions against VDI, Voith and GEC, seeking a declaration that claims 1, 2 and 4 through 11 were valid and infringed. Those actions were dismissed and the patent was declared invalid, but the Court of Appeal allowed the appeals and referred the matters back to the Trial Division. The Trial Judge held, *inter alia*, that four of the contracts, in respect of which infringement had been alleged, were prescribed by Article 2261 of the *Civil*

jurisprudence reconnaît que l'octroi d'intérêts après jugement est aussi discrétionnaire — Étant donné la reconnaissance de la bonne foi du contrefacteur, il était loisible au juge de première instance d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Dommages-intérêts — Le juge de première instance a conclu qu'il y a contrefaçon de brevet lorsque l'invention consiste en la combinaison d'anciens éléments déjà connus — Il a ordonné que l'évaluation des dommages soit fondée sur les ventes de presses arguées de contrefaçon avec les autres éléments constitutifs — Le breveté a droit à des dommages-intérêts évalués en fonction de la vente des éléments constitutifs non argués de contrefaçon lorsqu'il est établi que cette vente s'est faite par suite de la contrefaçon de l'élément constitutif breveté — N'ayant pas tiré de conclusion spécifique à cet égard, le juge de première instance a commis une erreur en ce qui concerne l'évaluation des dommages.

Equity — Appel du jugement de première instance octroyant des dommages-intérêts au lieu de la restitution des bénéfices dans une action en contrefaçon de brevet — Recours en equity — Le breveté a fait valoir qu'il avait les mains nettes, et qu'il disposait donc du droit prima facie de choisir la restitution des bénéfices — Le juge de première instance n'est pas lié par les maxims d'equity parce qu'il s'agit, selon l'art. 57(1)(b) de la Loi sur les brevets, d'un recours subsidiaire au recours en dommages-intérêts.

Code civil — Prescription — Appel d'un jugement de première instance concluant que certaines actions en contrefaçon de brevet étaient prescrites suivant l'art. 2261 du Code civil — Aux fins de la prescription, la contrefaçon d'un brevet constitue un délit ou un quasi-délit au regard de la loi québécoise — Suivant l'art. 2261, cette action est prescrite si elle n'est pas intentée dans les deux ans du fait générateur.

Les présents appels et l'appel incident interjetés contre le jugement rendu dans une action en contrefaçon concernaient un brevet détenu par Beloit Corporation (Beloit U.S.) pour la presse d'une machine à papier. L'invention combinait d'anciens éléments déjà connus selon une nouvelle disposition. Beloit Canada Ltée/Ltd. (Beloit), filiale canadienne de Beloit U.S., constituée en société sous le régime des lois du Québec, était le titulaire de licence canadien. L'intimée, Valmet-Dominion Inc. (VDI), fabriquait et vendait des machines à papier au Canada et aux États-Unis. VDI a pris en charge et exécuté des contrats concernant des machines à papier qui avaient été conclus par Dominion Engineering Works (DEW), une filiale de General Electric Canada (GEC). Beloit a intenté des actions en contrefaçon contre VDI, Voith et GEC, sollicitant une déclaration portant que les revendications 1, 2 et 4 à 11 de son brevet étaient valides et avaient été contrefaites. Ces actions ont été rejetées et le brevet a été déclaré invalide, mais la Cour d'appel a accueilli les appels et renvoyé les affaires à la Section de première instance. Le juge de première instance a conclu notamment que

Code of Lower Canada (C.C.L.C.); the sale in Canada of component parts of the patented invention was an infringement of the patent, but two of those contracts involved were prescribed by Article 2261; and the manufacture and sale of component parts for assembly and use outside Canada, was not infringement. The Trial Judge declined to exercise his discretion to grant an accounting of profits, and instead ordered damages to be assessed against VDI for the press sections themselves and any other paper machine components with which the press sections may have been sold. He ordered simple pre- and post-judgment interest. In an amended judgment, he ordered that an injunction issue against VDI and Voith.

The issues in the appeal were: (1) whether the sale of parts for assembly outside Canada constituted infringement; (2) whether provision of parts and service necessary for the continued running of the machines constituted infringement; (3) whether certain claims were prescribed; (4) whether Beloit had a *prima facie* right to elect an accounting of profits; and (5) whether the Trial Judge erred in not ordering pre- and post-judgment compound interest. In the cross-appeal, the issue was whether the assessment of damages should be limited to press sections.

Held, the appeals should be dismissed except with respect to appeal No. A-179-93, in which it was declared that Canadian letters patent 1,020,383 (the Beloit patent) and claims 1, 2, and 4 through 11 had been infringed by DEW triple-nip presses; the cross-appeal should be dismissed except with respect to the assessment of damages.

(1) The Trial Judge erred in concluding that the sale of parts for assembly outside of Canada did not amount to infringement. There is no infringement of a patent in selling an article that does not in itself infringe the patent even when the vendor knows that the purchaser buys the article for the purpose of using it in the infringement of the patent, except if the vendor sells all the components of the invention to a purchaser in order that they be assembled by him. Where the elements of an invention are sold in a substantially unified and combined form for the purpose of later assembly, infringement may not be avoided by a separation or division of parts which leaves to the purchaser a simple task of integration and assembly. The Trial Judge failed to consider that the respondent GEC had in fact sold in Canada the patented invention when it signed contracts in Montréal for complete press machines, not simply for components. While the delivery format was in unassembled parts, it was the whole press section that was sold by GEC, and made by VDI. A manufacturer cannot avoid liability for infringement by disassembling the machine after the completed assembly has occurred. The manufacture of all the components that

quatre des contrats argués de contrefaçon étaient prescrits par l'article 2261 du *Code civil du Bas-Canada (C.c.B.-C.)*; que la vente au Canada d'éléments constitutifs de l'invention brevetée constituait une contrefaçon du brevet, mais que deux contrats en cause étaient prescrits par l'article 2261; et que la fabrication et la vente de pièces en vue de leur assemblage et de leur utilisation à l'extérieur du Canada n'opéraient pas contrefaçon. Le juge de première instance a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder la restitution des bénéfécies, et a plutôt ordonné que des dommages-intérêts soient adjugés à l'encontre de VDI pour les presses elles-mêmes et pour tout autre élément constitutif de machines à papier qui aurait pu être vendu avec les presses. Il a ordonné le paiement d'intérêts simples avant et après jugement. Dans un jugement modifié, il a ordonné qu'une injonction soit émise contre VDI et Voith.

Les questions en litige en appel étaient notamment de savoir (1) si la vente de pièces en vue de leur assemblage à l'extérieur du Canada opérerait contrefaçon; (2) si la fourniture de pièces et de services nécessaires au fonctionnement continu des machines opérerait contrefaçon; (3) si certaines demandes étaient prescrites; (4) si Beloit avait le droit *prima facie* de choisir la restitution des bénéfécies; et (5) si le juge de première instance a commis une erreur en n'ordonnant pas le paiement d'intérêts composés avant et après jugement. Dans l'appel incident, la question était de savoir si l'évaluation des dommages-intérêts devait se limiter aux presses elles-mêmes.

Arrêt: Il convient de rejeter les appels, sauf pour ce qui est de l'appel n° A-179-93, où il est déclaré que les lettres patentes canadiennes 1,020,383 (le brevet Beloit) ainsi que les revendications 1, 2 et 4 à 11 ont été contrefaites par les presses à triple pince DEW; il y a lieu de rejeter l'appel incident, sauf pour ce qui est de l'évaluation des dommages-intérêts.

(1) Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la vente de pièces en vue de leur assemblage à l'extérieur du Canada n'opérait pas contrefaçon. La vente d'un article qui n'opère pas lui-même contrefaçon d'un brevet ne constitue pas une contrefaçon même si le vendeur sait que l'acheteur achète cet article dans le but de s'en servir pour contrefaire ce brevet, sauf si le vendeur vend toutes les composantes de l'invention à un acheteur pour qu'elles soient assemblées par ce dernier. Lorsque les éléments d'une invention sont vendus sous une forme en bonne partie unifiée et combinée en vue d'un assemblage ultérieur, la contrefaçon ne peut être évitée par une séparation ou une division de pièces qui laisse à l'acheteur la simple tâche de les intégrer et les assembler. Le juge de première instance a omis de prendre en compte le fait que l'intimée GEC avait de fait vendu au Canada l'invention brevetée lorsqu'elle a signé à Montréal des contrats concernant des presses complètes, et non simplement des éléments constitutifs. Même si la livraison s'est faite en pièces détachées, c'est toute la presse que GEC a vendue et que VDI a fabriquée. Un fabricant ne peut se soustraire à sa responsabilité pour

are later sufficiently assembled to test the fitting of the parts, constitutes "making" a patented invention for the purposes of *Patent Act*, section 44. Thus, VDI made the patented invention when it manufactured the components, and then sufficiently assembled the machines to ensure their functionality in their workshops in Montréal. That the press sections were disassembled for the purpose of shipping and delivery did not shield VDI from liability for having made in Canada press sections that infringed the patent. To find otherwise would unduly reward VDI for evading the responsibilities of the Canadian patent system.

(2) There was no basis upon which to set aside the Trial Judge's finding that VDI did not infringe the patent by supplying spare parts or services for the continued running of the infringing press sections. The supply of spare parts and services alone does not constitute an infringement. VDI infringed only if it knowingly, for its own benefit, induced or procured the purchasers of the infringing machines to continue running the press sections. In order to induce or procure another person to infringe a patent, one must do something that leads that other person to infringe the patent. There was no evidence which indicated that VDI participated in the decision by those purchasers to continue to operate the infringing press sections.

(3) *Federal Court Act*, subsection 39(1) requires application of the laws relating to prescription of the relevant province: Quebec in the case at bar. C.L.L.C., Article 2261 imposes a two-year limitation period on actions for damages resulting from offences or quasi-offences. Otherwise, Article 2242 imposes a thirty-year limitation period. For prescription purposes, a patent infringement is properly characterized as an offence or quasi-offence ("*délit*" or "*quasi-délit*") under the law of Quebec.

A plaintiff who pleads suspension of a limitation period must demonstrate that the lack of awareness of the material facts that gave rise to the cause of action existed despite having exercised due diligence. The Trial Judge inferred that because Beloit was aware of the respondent's activities, it knew or ought to have known of the infringing sales. He concluded that Beloit was aware of GEC's activities since approximately 1975. The appellants did not produce any evidence of due diligence. As the Trial Judge heard all the evidence, his inference was not reversed. Since Beloit filed a statement of claim against VDI on June 4, 1986 and against GEC on October 20, 1986, any activities of those respondents prior to June 1984 and October 1984 respectively were prescribed.

(4) This Court has jurisdiction to award the remedy of accounting of profits under *Patent Act*, paragraph 57(1)(b)

contrefaçon en démontant une machine après l'avoir assemblée. La fabrication de l'ensemble des éléments constitutifs qui sont par la suite suffisamment assemblés pour permettre de vérifier l'ajustement des pièces, constitue la «fabrication» d'une invention brevetée au sens de l'article 44 de la Loi. Ainsi, VDI a fabriqué l'invention brevetée lorsqu'elle a fabriqué les éléments constitutifs pour ensuite assembler les machines à ses ateliers de Montréal dans le but d'en vérifier le caractère fonctionnel. Le fait que les presses étaient démontées en vue de leur expédition et de leur livraison ne peut soustraire VDI à la responsabilité d'avoir fabriqué au Canada des presses qui contrefaisaient le brevet. Conclure autrement récompenserait indûment VDI pour s'être soustraite à sa responsabilité sous le régime canadien des brevets.

(2) Rien ne permet d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle VDI n'a pas contrefait le brevet en fournissant des pièces de rechange ou des services pour le fonctionnement continu des presses arguées de contrefaçon. La seule fourniture de pièces de rechange et de services ne constitue pas une contrefaçon. VDI a commis une contrefaçon seulement si elle a sciemment, pour son propre avantage, incité ou amené les acheteurs des machines arguées de contrefaçon à continuer à faire fonctionner les presses. Pour inciter ou amener une autre personne à contrefaire un brevet, on doit faire quelque chose qui conduit cette personne à le faire. Aucun élément de preuve n'indiquait que VDI a participé à la décision de ces acheteurs de continuer à exploiter les presses arguées de contrefaçon.

(3) Le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* exige l'application, en matière de prescription, des lois de la province où est survenu le fait générateur, en l'occurrence le Québec. L'article 2261 du C.c.B.-C. dispose que l'action se prescrit par deux ans dans les cas de dommages résultant de délits ou de quasi-délits. Dans les autres cas, l'article 2242 impose une prescription de trente ans. Aux fins de la prescription, la contrefaçon d'un brevet est à juste titre qualifiée de délit ou de quasi-délict au regard de la loi québécoise.

Le demandeur qui invoque la suspension de la prescription doit prouver qu'il ignorait les faits importants donnant lieu à la cause d'action en dépit de sa diligence raisonnable. Le juge de première instance a inféré que, du fait de sa connaissance des activités des intimées, Beloit était informée ou aurait dû être informée des ventes arguées de contrefaçon. Il a conclu que Beloit était au courant des activités de GEC depuis 1975 à peu près. Les appelantes n'ont produit aucun élément de preuve concernant la diligence raisonnable. Le juge de première instance ayant entendu l'ensemble de la preuve, sa conclusion n'a pas été infirmée. Étant donné que Beloit a déposé une déclaration contre VDI le 4 juin 1986 et contre GEC le 20 octobre 1986, toutes activités de ces intimées antérieures à juin 1984 et octobre 1984, respectivement, sont prescrites.

(4) La Cour a compétence pour accorder la restitution des bénéfices en vertu de l'alinéa 57(1)(b) de la *Loi sur les*

which expressly permits the Court to order inspection or account in infringement actions, and *Federal Court Act*, sections 3 and 20. Subsection 20(2) gives the Trial Division concurrent jurisdiction in all cases, other than those mentioned in subsection (1), in which a remedy is sought under the authority of any Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent. Since an accounting is an equitable remedy, the Court has jurisdiction to grant it.

The decision to award an accounting of profits in patent cases is discretionary. *Patent Act*, section 57 is clear and unambiguous: it provides that the Court or judge "may" as "the court or judge sees fit" grant an account in a patent infringement action. If the judge refuses the award of an account, damages are available pursuant to section 55. An accounting of profits may reasonably be refused in several circumstances i.e. where there is excessive delay or any misconduct on the part of the patentee. It was within the Trial Judge's discretion to consider the equitable results of the election of an accounting of profits based on the complexity and length of proceedings. When the acts of infringement were carried out with the full knowledge of the plaintiff, a delay in instituting infringement proceedings is a ground for refusing the election of an accounting of profits. The patentee argued that it came to equity with clean hands, thus giving it a *prima facie* right to equitable relief (i.e. accounting of profits), but the Trial Judge was not bound by the maxims of equity because the election for an accounting of profits is provided for as a statutory alternative to a remedy in damages by *Patent Act*, paragraph 57(1)(b). The Trial Division's judgment was valid until set aside and acts done pursuant to it were arguably done in good faith. Good faith of an infringer is a factor which a judge may consider in exercising the discretion to award a remedy of accounting. The remedy of accounting of profits was not appropriate.

(5) The Trial Judge did not err in refusing to award compound pre- and post-judgment interest. *Federal Court Act*, subsection 36(5) provides expressly for the exercise of a discretion by the Court in relation to the award of pre-judgment interest and, although section 37 does not contain a comparable provision, the Court has recognized that an award of post-judgment interest is also discretionary. There is no legal test which mandates the award of compound pre- and post-judgment interest to a successful patentee in an infringement action. Acceptance of such a thesis would imply a rejection of the discretionary nature of the award. Given the finding of good faith on the part of the respondents, it was open to the Trial Judge, in the exercise of his discretion, to award simple pre- and post-

brevets, qui l'autorise expressément à ordonner l'inspection ou le règlement de comptes dans une action en contrefaçon, ainsi qu'en vertu des articles 3 et 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe 20(2) confère à la Section de première instance compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visés par le paragraphe (1) relativement à un brevet d'invention. Étant donné que la restitution est une réparation d'*equity*, la Cour a compétence pour accorder cette réparation.

La décision d'accorder la restitution des bénéfices dans les actions intentées en matière de brevets relève d'un pouvoir discrétionnaire. Le libellé de l'article 57 de la *Loi sur les brevets* est clair et non équivoque. Il prévoit que le tribunal ou l'un de ses juges «peut», s'il [le] juge à propos», accorder la restitution dans une action en contrefaçon de brevet. Si le juge refuse la restitution, il peut accorder des dommages-intérêts en vertu de l'article 55. Il existe certaines circonstances dans lesquelles la restitution des bénéfices peut raisonnablement être refusée, telles que le retard excessif et toute mauvaise conduite de la part du breveté. Le juge de première instance pouvait, à sa discrétion, prendre en compte les résultats en *equity* du choix de la restitution des bénéfices en fonction notamment de la complexité et de la durée de l'instance. Lorsque le demandeur a eu pleinement connaissance des actes de contrefaçon, son retard à intenter des procédures en contrefaçon constitue un motif pour lui refuser la restitution des bénéfices qu'il a choisie. Le breveté a fait valoir qu'il avait les mains nettes, et qu'il disposait donc d'un droit *prima facie* à cette réparation, mais le juge de première instance n'était pas lié par les maximes d'*equity* dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser le choix de la restitution des bénéfices, étant donné qu'il s'agit selon l'alinéa 57(1)(b) de la *Loi sur les brevets* d'un recours subsidiaire au recours en dommages-intérêts. Le jugement de la Section de première instance était valide jusqu'à son annulation et les gestes posés en fonction de celui-ci l'ont censément été de bonne foi. La bonne foi du contrefacteur constitue un élément dont le juge peut tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder la restitution. Le recours en restitution des bénéfices n'était pas approprié.

(5) Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'accorder des intérêts composés, avant et après jugement. Le paragraphe 36(5) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit expressément l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la Cour relativement à l'octroi d'intérêts avant jugement et, bien que l'article 37 ne renferme pas de disposition semblable, la présente Cour a reconnu que l'octroi d'intérêts après jugement était aussi discrétionnaire. Aucun critère juridique n'exige l'octroi d'intérêts composés avant et après jugement à un breveté qui a gain de cause dans une action en contrefaçon. Accepter cette proposition impliquerait la négation du caractère discrétionnaire de l'octroi. Le juge de première instance ayant reconnu la bonne foi des intimés, il lui était loisible

judgment interest, and that exercise of discretion should not be disturbed.

As to the cross-appeal, a patentee is entitled to damages assessed upon the sale of non-infringing components when there is a finding of fact that such sale arose from infringing the patented component. The Trial Judge's reasons did not contain a specific finding that non-infringing component parts of machines were sold because the infringing press sections were sold with them. He therefore erred in directing that VDI pay damages based on other components with which the press sections were sold.

d'exercer son pouvoir discrétionnaire en accordant des intérêts simples avant et après jugement, et il n'y a pas lieu d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

En ce qui concerne l'appel incident, le breveté a droit à des dommages-intérêts évalués en fonction de la vente des éléments constitutifs non argués de contrefaçon lorsqu'il est établi que cette vente s'est faite par suite de la contrefaçon de l'élément constitutif breveté. Les motifs du juge de première instance ne renferment pas une conclusion spécifique portant que la vente des éléments constitutifs non argués de contrefaçon des machines était liée à la vente des presses arguées de contrefaçon. Il a par conséquent commis une erreur en ordonnant que VDI paie des dommages-intérêts fondés sur les autres éléments constitutifs avec lesquels les presses ont été vendues.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to consolidate and amend the Laws of Patents for Inventions in this Province*, S. Prov. C. 1849, c. 24.
- An act to encourage the progress of useful arts within this Province*, S.U.C. 1826, c. 5.
- An Act to promote the progress of useful Arts in this Province*, S.L.C. 1824, c. 25.
- Civil Code of Lower Canada*, Arts. 17(2), 983, 1056c, 1057, 2232, 2241, 2242, 2261.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(22).
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 34(1), 35(1).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, s. 21.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 20 (as am. *idem*, c. 37, s. 34), 36 (as am. *idem*, c. 8, s. 9), 37 (as am. *idem*), 39(1).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 337(5), 500.
- Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240, s. 45(1)(g),(h).
- Patent Act*, R.S.C. 1952, c. 203.
- Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 28(1), 59(1)(b), 63(1).
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1), 44, 54(1), 55(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 21; S.C. 1993, c. 15, s. 48), 57(1), 61.
- Patent Act of 1869 (The)*, S.C. 1869, c. 11, s. 24.
- Patent Law*, 35 U.S.C. § 271(f) (1988).
- Patent Law Amendment Act, 1852 (The)* (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 83, s. 42.
- Patent Law Amendments Act of 1984*, Pub. L. No. 98-622, § 101(a), 98 Stat. 3383 (1984).
- Patents Act, 1949* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 87, s. 60.
- Patents Act, 1977* (U.K.), 1977, c. 37, s. 61.
- Patents Act, 1990*, No. 83, 1990 (Aust.).
- Statute of Monopolies*, 21 Jac. 1, c. 3.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte des brevets de 1869*, S.C. 1869, ch. 11, art. 24.
- Acte pour encourager les progrès des Arts utiles en cette Province*, S.B.-C. 1824, ch. 25.
- Acte pour refondre et amender les lois relatives aux patentes ou brevets d'invention en cette province*, S. Prov. C. 1849, ch. 24.
- An act to encourage the progress of useful arts within this Province*, S.U.C. 1826, ch. 5.
- Code civil du Bas-Canada*, art. 17(2), 983, 1056c, 1057, 2232, 2241, 2242, 2261.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(22).
- Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 21.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3, 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 20 (mod., *idem*, ch. 37, art. 34), 36 (mod., *idem*, ch. 8, art. 9), 37 (mod., *idem*), 39(1).
- Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45(1)(g),(h).
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34(1), 35(1).
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(1), 44, 54(1), 55(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, s. 21; L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 57(1), 61.
- Loi sur les brevets*, S.R.C. 1952, ch. 203.
- Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 28(1), 59(1)(b), 63(1).
- Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 53.2 (édicé par L.C. 1993, ch. 44, art. 234).
- Patent Law*, 35 U.S.C. § 271(f) (1988).
- Patent Law Amendment Act, 1852 (The)* (U.K.), 15 & 16 Vict., ch. 83, art. 42.

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 53.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 234).

Patent Law Amendments Act of 1984, Pub. L. No. 98-622, § 101(a), 98 Stat. 3383 (1984).

Patents Act, 1949 (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, ch. 87, art. 60.

Patents Act, 1977 (U.K.), 1977, ch. 37, art. 61.

Patents Act, 1990, No. 83, 1990 (Aust.).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 337(5), 500.

Statute of Monopolies, 21 Jac. 1, ch. 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Windsurfing Int. Inc. v. Trilantic Corp. (1985), 7 C.I.P.R. 281; 8 C.P.R. (3d) 241; 63 N.R. 218 (F.C.A.); *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1; 20 C.P.R. (3d) 1; 15 F.T.R. 240; 82 N.R. 235 (F.C.A.); leave to appeal refused [1988] 1 S.C.R. vi; (1988), 21 C.P.R. (3d) v; 69 N.R. 80; *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (F.C.A.); *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; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; (1981), 42 N.R. 7; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375; [1991] 1 W.W.R. 352; 76 Alta. L.R. (2d) 289; 5 C.E.L.R. (N.S.) 1; 108 N.R. 241 (C.A.); *Unilever PLC v. Proctor & Gamble Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 499; 184 N.R. 378 (F.C.A.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 18 D.L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (3d) 449; 150 N.R. 207 (F.C.A.); *Colonial Fastener Co. Ltd. v. Lightning Fastener Co. Ltd.*, [1937] S.C.R. 36; [1937] 1 D.L.R. 21; *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (F.C.A.); *Meters Ld. v. Metropolitan Gas Meters Ld* (1911), 28 R.P.C. 157 (C.A.); *AlliedSignal v. Du Pont Canada Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 417; 184 N.R. 113 (F.C.A.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (F.C.A.); *Mastini v. Bell Telephone Co. of Canada et al.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 215; 1 C.P.R. (2d) 1 (Ex. Ct.); *Johnson Controls Inc. v. Varta Batteries Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 1; 80 C.P.R. (2d) 1; 53 N.R. 6 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp., [1995] 1 F.C. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1995] 2 S.C.R. v (as to issue of award of simple versus compound interest).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Windsurfing Int. Inc. c. Trilantic Corp. (1985), 7 C.I.P.R. 281; 8 C.P.R. (3d) 241; 63 N.R. 218 (C.A.F.); *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1; 20 C.P.R. (3d) 1; 15 F.T.R. 240; 82 N.R. 235 (C.A.F.); autorisation de pourvoi refusée [1988] 1 R.C.S. vi; (1988), 21 C.P.R. (3d) v; 69 N.R. 80; *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (C.A.F.); *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; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; (1981), 42 N.R. 7; *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375; [1991] 1 W.W.R. 352; 76 Alta. L.R. (2d) 289; 5 C.E.L.R. (N.S.) 1; 108 N.R. 241 (C.A.); *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 499; 184 N.R. 378 (C.A.F.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1992), 18 D.L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (3d) 449; 150 N.R. 207 (C.A.F.); *Colonial Fastener Co. Ltd. v. Lightning Fastener Co. Ltd.*, [1937] R.C.S. 36; [1937] 1 D.L.R. 21; *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (C.A.F.); *Meters Ld. v. Metropolitan Gas Meters Ld* (1911), 28 R.P.C. 157 (C.A.); *AlliedSignal c. Du Pont Canada Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 417; 184 N.R. 113 (C.A.F.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (C.A.F.); *Mastini c. Bell Telephone Co. of Canada et al.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 215; 1 C.P.R. (2d) 1 (C. de l'É.); *Johnson Controls Inc. c. Varta Batteries Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 1; 80 C.P.R. (2d) 1; 53 N.R. 6 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp., [1995] 1 C.F. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1995] 2 R.C.S. v (sur la question de l'intérêt simple par opposition à l'intérêt composé).

OVERRULED:

Reeves Brothers Inc. v. Toronto Quilting & Embroidery Ltd. (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp., 406 U.S. 518 (1972); *Paper Converting Mach. Co. v. Magna-Graphics Corp.*, 745 F.2d 11 (Fed. Cir. 1984); *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle*, [1990] 1 All ER 909 (Ch. D.); *Def Lepp Music and Others v. Stuart-Brown and Others*, [1986] R.P.C. 273 (Ch. D.); *PSM International plc v. Specialised Fastener Products (Southern) Ltd.*, [1993] F.T.R. 113 (Patents County Ct.); *Irving Refining Ltd. v. National Harbours Board*, [1976] 2 F.C. 415 (T.D.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.* (1978), 39 C.P.R. (2d) 191 (F.C.T.D.); *Radio Corp. & America v. Philco Corp. (Delaware)*, [1965] 2 Ex. C.R. 197; (1965), 46 C.P.R. 1; 29 Fox Pat. C. 97; confd [1966] S.C.R. 296; (1966), 56 D.L.R. (2d) 407; 48 C.P.R. 128; 32 Fox Pat. C. 99; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1995] 2 S.C.R. v; as to issue of considerations in exercise of discretion to award accounting of profits; *J.M. Voith GMBH v. Beloit Corp.* (1989), 26 C.I.P.R. 22; 27 C.P.R. (3d) 289; 30 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *J.M. Voith GmbH et al. v. Beloit Corp. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322; 128 N.R. 54 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. refused [1992] 1 S.C.R. viii; (1992), 40 C.P.R. (3d) v; 138 N.R. 408.

REFERRED TO:

Skelding v. Daly et al. (1941), 57 B.C.R. 121; [1942] 1 W.W.R. 489; 1 C.P.R. 266; 2 Fox Pat. C. 161 (C.A.); *Steel Co. of Canada Ltd. v. Sivaco Wire & Nail Co.* (1973), 11 C.P.R. (2d) 153 (F.C.T.D.); *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32; 17 Fox Pat. C. 125 (Ex. Ct.); *Radio Corporation of America v. Andrea*, 90 F.2d 612 (2d Cir. 1937); *Hewitt-Robins, Inc. v. Link-Belt Co.*, 371 F.2d 225 (7th Cir. 1966); *Cold Metal Process Co. v. United Engineering & Foundry Co.*, 235 F.2d 224 (3d Cir. 1956); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius and Bruning*, [1964] S.C.R. 49; (1963), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat. C. 99; *Club de chasse et pêche de Chartierville inc. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 1529 (Sup. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243 (Sup. Ct.); *Brisson c. Leduc*, [1988] R.J.Q. 1623 (Sup. Ct.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy*

DÉCISION INFIRMÉE:

Reeves Brothers Inc. c. Toronto Quilting & Embroidery Ltd. (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp., 406 U.S. 518 (1972); *Paper Converting Mach. Co. v. Magna-Graphics Corp.*, 745 F.2d 11 (Fed. Cir. 1984); *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle*, [1990] 1 All ER 909 (Ch.D.); *Def Lepp Music and Others v. Stuart-Brown and Others*, [1986] R.P.C. 273 (Ch. D.); *PSM International plc v. Specialised Fastener Products (Southern) Ltd.*, [1993] F.T.R. 113 (Patents County Ct.); *Irving Refining Ltd. c. Le Conseil des ports nationaux*, [1976] 2 C.F. 415 (1^{re} inst.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.* (1978), 39 C.P.R. (2d) 191 (C.F. 1^{re} inst.); *Radio Corp. & America v. Philco Corp. (Delaware)*, [1965] 2 R.C.É. 197; (1965), 46 C.P.R. 1; 29 Fox Pat. C. 97; conf. par [1966] R.C.S. 296; (1966), 56 D.L.R. (2d) 407; 48 C.P.R. 128; 32 Fox Pat. C. 99; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1995] 2 R.C.S. v; sur la question des éléments à examiner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder la restitution des bénéfices; *J.M. Voith GMBH c. Beloit Corp.* (1989), 26 C.I.P.R. 22; 27 C.P.R. (3d) 289; 30 F.T.R. 35 (C.F. 1^{re} inst.); *J.M. Voith GmbH et autres c. Beloit Corp. et autre* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322; 128 N.R. 54 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1992] 1 R.C.S. viii; (1992), 40 C.P.R. (3d) v; 138 N.R. 408.

DÉCISIONS CITÉES:

Skelding v. Daly et al. (1941), 57 B.C.R. 121; [1942] 1 W.W.R. 489; 1 C.P.R. 266; 2 Fox Pat. C. 161 (C.A.); *Steel Co. of Canada Ltd. c. Sivaco Wire & Nail Co.* (1973), 11 C.P.R. (2d) 153 (C.F. 1^{re} inst.); *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32; 17 Fox Pat. C. 125 (C. de l'É); *Radio Corporation of America v. Andrea*, 90 F.2d 612 (2d Cir. 1937); *Hewitt-Robins, Inc. v. Link-Belt Co.*, 371 F.2d 225 (7th Cir. 1966); *Cold Metal Process Co. v. United Engineering & Foundry Co.*, 235 F.2d 224 (3d Cir. 1956); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius and Bruning*, [1964] R.C.S. 49; (1963), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat. C. 99; *Club de chasse et pêche de Chartierville inc. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 1529 (C.S.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243 (C.S.); *Brisson c. Leduc*, [1988] R.J.Q. 1623 (C.S.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy*

Resources Corp., [1995] 1 F.C. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Re Navy League of Canada*, [1927] 2 D.L.R. 184; (1927), 59 N.S.R. 212 (S.C.); *Electric Fireproofing Co. of Canada v. Electric Fireproofing Co.* (1910), 43 S.C.R. 182; *Teledyne Indust. Ltd. v. Lido Indust. Products Ltd.* (1982), 30 C.P.C. 285; 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.); *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315; 47 D.L.R. 27; [1919] 1 W.W.R. 1005; *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1987] 2 F.C. 373; (1986), 11 C.I.P.R. 221; 12 C.P.R. (3d) 289; 7 F.T.R. 81 (T.D.); varied on a different point [1988] 2 F.C. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432; 50 F.T.R. 225 (F.C.T.D.); *Neilson and Others v. Betts* (1871) Law Rep. 5 H.L. 1; *De Vitre and Others v. Betts* (1873) Law Rep. 6 H.L. 319; *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Co.*, 377 U.S. 476 (1964); *Formea Chemicals Ltd. v. Polymer Corp. Ltd.*, [1967] 1 O.R. 546; (1967), 61 D.L.R. (2d) 475; 49 C.P.R. 251; 35 Fox Pat. C. 21 (C.A.); affd *Formea Chemicals Limited v. Polymer Corporation Limited*, [1968] S.C.R. 754; (1968), 55 C.P.R. 38; 38 Fox Pat. C. 116; 69 D.L.R. (2d) 114; *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (H.L.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Weingarten Brothers v. Charles Bayer & Co.* (1905), 22 R.P.C. 341 (H.L.); *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.); *Watson, Laidlaw and Co. v. Pott* (1914), 31 R.P.C. 104 (H.L.); *Weingarten Brothers v. Charles Bayer & Co.* (1905), 22 R.P.C. 341 (H.L.); *Szuba v. Szuba*, [1951] 1 D.L.R. 387; [1950] O.W.N. 669 (Ont. H.C.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433; 78 F.T.R. 86 (F.C.T.D.); affd (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (F.C.A.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *Automatic Coal Gas Retort Co. v. The Mayor & c. of Salford* (1897), 14 R.P.C. 451 (Ch. D.); *Bond v. Hopkins* (1802), 1 Sch. & Lefr. 413; *Hanson v. Keating* (1844), 67 R.R. 1; *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 1115 (F.C.T.D.); *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 7 C.I.P.R. 205; 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.).

Resources Corp., [1995] 1 C.F. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 R.C.S. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Re Navy League of Canada*, [1927] 2 D.L.R. 184; (1927), 59 N.S.R. 212 (S.C.); *Electric Fireproofing Co. of Canada v. Electric Fireproofing Co.* (1910), 43 R.C.S. 182; *Teledyne Indust. Ltd. c. Lido Indust. Products Ltd.* (1982), 30 C.P.C. 285; 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.); *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315; 47 D.L.R. 27; [1919] 1 W.W.R. 1005; *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1987] 2 C.F. 373; (1986), 11 C.I.P.R. 221; 12 C.P.R. (3d) 289; 7 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); modifié sur un point différent [1988] 2 C.F. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432; 50 F.T.R. 225 (C.F. 1^{re} inst.); *Neilson and Others v. Betts* (1871) Law Rep. 5 H.L. 1; *De Vitre and Others v. Betts* (1873) Law Rep. 6 H.L. 319; *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Co.*, 377 U.S. 476 (1964); *Formea Chemicals Ltd. v. Polymer Corp. Ltd.*, [1967] 1 O.R. 546; (1967), 61 D.L.R. (2d) 475; 49 C.P.R. 251; 35 Fox Pat. C. 21 (C.A.); conf. par *Formea Chemicals Limited v. Polymer Corporation Limited*, [1968] R.C.S. 754; (1968), 55 C.P.R. 38; 38 Fox Pat. C. 116; 69 D.L.R. (2d) 114; *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (H.L.); *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Weingarten Brothers v. Charles Bayer & Co.* (1905), 22 R.P.C. 341 (H.L.); *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.); *Watson, Laidlaw and Co. v. Pott* (1914), 31 R.P.C. 104 (H.L.); *Weingarten Brothers v. Charles Bayer & Co.* (1905), 22 R.P.C. 341 (H.L.); *Szuba v. Szuba*, [1951] 1 D.L.R. 387; [1950] O.W.N. 669 (H.C. Ont.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433; 78 F.T.R. 86 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1995), 61 C.P.R. (3d) 271; 184 N.R. 149 (C.A.F.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *Automatic Coal Gas Retort Co. v. The Mayor & c. of Salford* (1897), 14 R.P.C. 451 (Ch. D.); *Bond v. Hopkins* (1802), 1 Sch. & Lefr. 413; *Hanson v. Keating* (1844), 67 R.R. 1; *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 1115 (C.F. 1^{re} inst.); *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 7 C.I.P.R. 205; 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

- Baker, P. V. and P. St. J. Langan. *Snell's Equity*, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Baudouin, J.-L. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1990.

DOCTRINE

- Baker, P. V. and P. St. J. Langan. *Snell's Equity*, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Baudouin, J.-L. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1990.

- Brisson, Jean-Maurice et André Morel. «Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation» (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 297.
- Clerk and Lindsell on Torts*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Fetherstonhaugh, Frederick B. and Harold G. Fox. *The Law and Practice of Letters Patent of Invention in Canada*. Toronto: Carswell, 1926.
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
- Macklin, G. Alexander. «Relief in Intellectual Property Actions» in *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, Vol. 17, February 1983.
- MacOdrum, Donald H. «Entitlement to an Accounting of Profits» in *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, Vol. 19, November 1983.
- Mathély, Paul. «Le droit français des brevets d'invention» (1974) *Journal des notaires et des avocats*, Paris.
- Meagher, R. P. et al. *Equity: Doctrines and Remedies*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.
- Mew, Graeme. *The Law of Limitations*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Murphy, J. Dwyer. «Paper Converting Machine Company v. Magna-Graphics Corporation: Increased Protection Against Making and Using Combination Patents» (1985), 34 *Am. U.L.R.* 761.
- Watt, Stuart. «Patent Infringement: Redefining the 'Making' Standard to Include Partial Assemblies» (1985), 60 *Wash. L. Rev.* 889.
- Brisson, Jean-Maurice et André Morel. «Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation» (1996), 75 *R. du B. Can.* 297.
- Clerk and Lindsell on Torts*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Fetherstonhaugh, Frederick B. and Harold G. Fox. *The Law and Practice of Letters Patent of Invention in Canada*. Toronto: Carswell, 1926.
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 5^e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1993.
- Macklin, G. Alexander. «Relief in Intellectual Property Actions» in *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, Vol. 17, February 1983.
- MacOdrum, Donald H. «Entitlement to an Accounting of Profits» in *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, Vol. 19, November 1983.
- Mathély, Paul. «Le droit français des brevets d'invention» (1974) *Journal des notaires et des avocats*, Paris.
- Meagher, R. P. et al. *Equity: Doctrines and Remedies*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.
- Mew, Graeme. *The Law of Limitations*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Murphy, J. Dwyer. «Paper Converting Machine Company v. Magna-Graphics Corporation: Increased Protection Against Making and Using Combination Patents» (1985), 34 *Am. U.L.R.* 761.
- Watt, Stuart. «Patent Infringement: Redefining the "Making" Standard to Include Partial Assemblies» (1985), 60 *Wash. L. Rev.* 889.

APPEALS and CROSS-APPEAL from the judgment in an infringement action (*J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.*, [1993] 2 F.C. 515; (1993), 47 C.P.R. (3d) 448; 61 F.T.R. 161 (T.D.)). Appeals dismissed except with respect to appeal No. A-179-93, in which it was declared that Canadian letters patent 1,020,383 (the Beloit patent) and claims 1, 2, and 4 through 11 had been infringed by DEW triple-nip presses; cross-appeal dismissed except with respect to the assessment of damages.

COUNSEL:

Donald J. Wright, Q.C. and *J. Douglas Wilson* for appellants (plaintiffs in T-1450-86 and T-2253-86; defendant in T-1268-86).

APPELS et APPEL INCIDENT contre le jugement prononcé dans une action en contrefaçon (*J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1993] 2 C.F. 515; (1993), 47 C.P.R. (3d) 448; 61 F.T.R. 161 (1^{re} inst.)). Appels rejetés sauf pour ce qui est de l'appel n^o A-179-93, dans lequel il a été déclaré que les lettres patentes canadiennes 1,020,383 (le brevet Beloit) ainsi que les revendications 1, 2 et 4 à 11 ont été contrefaites par les presses à triple pince DEW; appel incident rejeté, sauf pour ce qui est de l'évaluation des dommages-intérêts.

AVOCATS:

Donald J. Wright, c.r. et *J. Douglas Wilson* pour les appelantes (demandereses dans les dossiers T-1450-86 et T-2253-86; défenderesse dans le dossier T-1268-86).

James D. Kokonis, Q.C. and A. David Morrow for respondents (defendants in T-1450-86 and T-2253-86; plaintiff in T-1268-86).

SOLICITORS:

Ridout & Maybee, Toronto, for appellants (plaintiffs in T-1450-86 and T-2253-86; defendant in T-1268-86).

Smart & Biggar, Ottawa, for respondents (defendants in T-1450-86 and T-2253-86; plaintiff in T-1268-86).

The following are the reasons for judgment of the Court delivered in English:

INTRODUCTION

1 These three appeals by Beloit Canada Ltée/Ltd. and Beloit Corporation (Beloit) are from portions of a judgment and an amended judgment of the Trial Division, pronounced on 16 February [[1993] 2 F.C. 515] and 25 March 1993, respectively. The respondent Valmet-Dominion Inc. (now Valmet-Montreal Inc.), cross-appeals. Appeals by two former respondents, J.M. Voith GmbH and Voith S.A. (hereinafter Voith) have been settled.

2 These appeals and cross-appeal concern a patent owned by Beloit Corporation (Beloit U.S.) for the press section of a paper machine, of which Beloit Canada Ltée/Ltd. (Beloit) is the Canadian licensee. The patent, issued to Beloit U.S. in 1976, covers an arrangement of rolls and felts within the press section in such a manner as to create a succession of three de-watering nips in close proximity, conveying a supported "web" (the very wet sheet from which the paper is produced) before an open draw. This configuration increases the de-watering process in the press section of the paper machine, which, in turn, strengthens the web, thereby reducing tears in the web and permitting the paper machines to operate more rapidly. None of the singular elements of the invention are new; the tri-nip is a combination patent which combines old, previously known parts, into a new configuration. The invention has been a commercial success.

James D. Kokonis, c.r. et A. David Morrow pour les intimées (défenderesses dans les dossiers T-1450-86 et T-2253-86; demanderesse dans le dossier T-1268-86).

PROCUREURS:

Ridout & Maybee, Toronto, pour les appelantes (demanderesse dans les dossiers T-1450-86 et T-2253-86; défenderesse dans le dossier T-1268-86).

Smart & Biggar, Ottawa, pour les intimées (défenderesses dans les dossiers T-1450-86 et T-2253-86; demanderesse dans le T-1268-86).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour:

INTRODUCTION

1 Les trois présents appels interjetés par Beloit Canada Ltée/Ltd et Beloit Corporation (Beloit) concernent des parties d'un jugement et d'un jugement modifié de la Section de première instance prononcés respectivement les 16 février [[1993] 2 C.F. 515] et 25 mars 1993. L'intimée Valmet-Dominion Inc. (maintenant Valmet-Montréal Inc.) interjette appel incident. Les appels interjetés par deux anciennes intimées, J.M. Voith GmbH et Voith S.A. (ci-après Voith), ont fait l'objet d'un règlement.

2 Les présents appels et l'appel incident concernent un brevet détenu par Beloit Corporation (Beloit U.S.) pour la presse d'une machine à papier dont Beloit Canada Ltée/Ltd (Beloit) est le titulaire de licence canadien. Le brevet, délivré à Beloit U.S. en 1976, porte sur une disposition des rouleaux et feutres dans la presse d'une machine à papier qui crée une succession de trois pinces essoreuses rapprochées, par lesquelles passe la feuille supportée (la feuille très humide à partir de laquelle le papier est fabriqué) avant le tirage ouvert. Cette configuration améliore le procédé d'essorage dans la presse de la machine à papier, ce qui donne une feuille plus résistante, réduisant ainsi le risque de déchirure et permettant aux machines à papier de fonctionner plus rapidement. Aucun des éléments constitutifs de l'invention n'est nouveau; la triple pince est un brevet de combinaison qui réunit d'anciens éléments déjà connus selon une nouvelle disposition. Cette invention est un succès sur le plan commercial.

The Parties

3 The appellant, Beloit Canada Ltée/Ltd. is the Canadian subsidiary of Beloit Corporation, an American company having its head office in Beloit, Wisconsin. Beloit Canada was incorporated under the laws of Quebec and is licensed in Canada for all patents of Beloit U.S. Beloit Canada is the manufacturer and sole distributor in Canada of paper machines covered by those patents.

4 The respondent, Valmet-Dominion Inc. (hereinafter VDI) was incorporated in March of 1984. It is engaged in the manufacture and sale of paper machines in Canada and the United States. The incorporation of VDI is the result of lengthy negotiations between Valmet Oy and General Electric Canada (hereinafter GEC). Following its creation, VDI assumed and completed contracts for paper machines which had been entered into by Dominion Engineering Works (hereinafter DEW), a subsidiary of GEC. The respondent, General Electric Canada, is a company incorporated under the laws of Canada having its head office in Toronto. In December of 1983, DEW amalgamated with GEC to become Canadian General Electric Company Limited which subsequently changed its name to General Electric Canada Inc. on June 1, 1987.

Procedural History of the Present Litigation

5 On 4 June 1986, in the proceedings culminating in the present appeals, VDI initially commenced action number T-1268-86 against Beloit, impeaching the validity of the Beloit patent on the basis of prior knowledge and prior publication pursuant to subsection 27(1) and section 61 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act).¹ On 24 June 1986, Beloit commenced action T-1450-86 against VDI, alleging, pursuant to subsection 57(1) of the Act, that VDI had infringed its patent. It sought a declaration that claims 1, 2 and 4 through 11 of their patent were valid and infringed, an injunction, damages or an accounting of profits. Beloit contended that VDI was estopped by reason of *res judicata* and abuse of process from asserting the invalidity of its patent or denying infringement, since VDI was a privy of Valmet Oy, against whom Beloit had, in an earlier

Les parties

3 L'appelante, Beloit Canada Ltée/Ltd., est la filiale canadienne de Beloit Corporation, une société américaine dont le siège social est situé à Beloit, au Wisconsin. Beloit Canada a été constituée en société sous le régime des lois du Québec et elle est titulaire de licences au Canada pour tous les brevets de Beloit U.S. Beloit Canada est le fabricant et distributeur exclusif au Canada des machines à papier visées par ces brevets.

4 L'intimée, Valmet-Dominion Inc. (ci-après VDI), a été constituée en société en mars 1984. Elle fabrique et vend des machines à papier au Canada et aux États-Unis. La constitution en société de VDI résulte de longues négociations entre Valmet Oy et General Electric Canada (ci-après GEC). Après sa création, VDI a pris en charge et exécuté des contrats concernant des machines à papier qui avaient été conclus par Dominion Engineering Works (ci-après DEW), une filiale de GEC. L'intimée, General Electric Canada, est une société constituée sous le régime des lois du Canada dont le siège social est situé à Toronto. En décembre 1983, DEW a fusionné avec GEC pour devenir Canadian General Electric Company Limited, laquelle a subséquemment changé sa dénomination pour celle de General Electric Canada Inc. le 1^{er} juin 1987.

Historique du présent litige

5 Le 4 juin 1986, dans l'instance qui a abouti aux présents appels, VDI a initialement intenté l'action n° T-1268-86 contre Beloit pour contester la validité du brevet de celle-ci à raison de connaissance et de publication antérieures, en application du paragraphe 27(1) et de l'article 61 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi)¹. Le 24 juin 1986, Beloit a intenté l'action n° T-1450-86 contre VDI, alléguant, suivant le paragraphe 57(1) de la Loi, que VDI avait contrefait son brevet. Beloit sollicitait une déclaration portant que les revendications 1, 2 et 4 à 11 de son brevet étaient valides et avaient été contrefaites, une injonction, des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices. Beloit faisait valoir que VDI était irrecevable, du fait de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure, à conclure à l'invalidité de son brevet ou à nier la contrefaçon

action, obtained a declaration of validity and an injunction restraining their infringement of the patent in suit.²

étant donné qu'elle était une ayant-cause de Valmet Oy, contre laquelle Beloit avait, dans une action antérieure, obtenu un jugement déclaratoire de validité et une injonction lui interdisant de contrefaire le brevet en cause².

6 On 6 June 1986, Voith commenced action number T-1350-86 against Beloit, impeaching the validity of the Beloit patent. Beloit in turn commenced action number T-1607-86 against Voith on 11 July 1986, seeking a declaration similar to that which was sought against VDI. Then in October of 1986, Beloit commenced action number T-2253-86 against GEC for a declaration similar to that which was sought in the actions against VDI and Voith. GEC counterclaimed, impeaching the validity of the Beloit patent on the same grounds as the other two plaintiffs.

6 Le 6 juin 1986, Voith a intenté contre Beloit l'action n° T-1350-86, contestant la validité de son brevet. À son tour, le 11 juillet 1986, Beloit a intenté contre Voith l'action n° T-1607-86 par laquelle elle sollicitait une déclaration semblable à celle qu'elle demandait à l'encontre de VDI. Puis, en octobre 1986, Beloit a intenté contre GEC l'action n° T-2253-86 par laquelle elle sollicitait une déclaration semblable à celles qu'elle demandait dans les actions intentées contre VDI et Voith. GEC a présenté une demande reconventionnelle par laquelle elle contestait la validité du brevet de Beloit pour les mêmes motifs que les deux autres demandresses.

7 By order dated 4 October 1988, the Associate Chief Justice ordered that all these actions be tried together. The Court took evidence on commission in Heidenheim, Germany, in Sweden and in the United States of America. The trial then continued in Toronto in April and May 1989.

7 Par la voie d'une ordonnance datée du 4 octobre 1988, le juge en chef adjoint a ordonné la réunion de toutes ces instances. La Cour a recueilli une preuve par voie de commission rogatoire à Heidenheim, en Allemagne, en Suède et aux États-Unis. Le procès s'est ensuite poursuivi à Toronto en avril et en mai 1989.

8 On 17 November 1989, the Trial Division dismissed Beloit's infringement actions No. T-1450-86 against VDI, No. T-1607-86 against Voith, and No. T-2253-86 against GEC and allowed the impeachment actions by VDI (T-1268-86) and by Voith (No. T-1350-86) against Beloit and the counterclaim of GEC. In addition, the Trial Division declared that Beloit's Canadian patent No. 1,020,383 was invalid.³ Appeals were taken in each of the five actions. By judgment dated 4 June 1991, this Court:⁴

8 Le 17 novembre 1989, la Section de première instance a rejeté les actions en contrefaçon de Beloit n°s T-1450-86, T-1607-86 et T-2253-86 dirigées respectivement contre VDI, Voith et GEC, et a accueilli les actions en invalidation n°s T-1268-86 et T-1350-86 intentées respectivement par VDI et Voith contre Beloit, ainsi que la demande reconventionnelle présentée par GEC. De plus, la Section de première instance a déclaré que le brevet canadien n° 1,020,383 de Beloit était invalide³. Des appels ont été interjetés dans ces cinq actions. Par arrêt daté du 4 juin 1991, la présente Cour⁴:

1. set aside the judgment dismissing Beloit's action for infringement and expunging Beloit's Canadian letters patent 1,020,383 and the award of costs to Voith, VDI and GEC;

1. a infirmé le jugement portant rejet de l'action en contrefaçon de Beloit, invalidation du brevet canadien n° 1,020,383 et octroi des dépens à Voith, VDI et GEC;

2. declared Beloit's Canadian letters patent 1,020,383 and claims 1, 2 and 4 to 12 thereof to be valid; and,

2. a confirmé la validité du brevet canadien n° 1,020,383 ainsi que des revendications 1, 2 et 4 à 12 y contenues; et

3. referred these matters back for a continuation of the trial on the issue of infringement.

3. a renvoyé l'affaire pour la reprise du procès sur la question de la contrefaçon.

9 On 19 March 1992, the Supreme Court of Canada dismissed applications for leave to appeal from this judgment.⁵

Le 19 mars 1992, la Cour suprême du Canada a rejeté les demandes d'autorisation de pourvoi de ce jugement⁵.

10 The Beloit actions were returned to the Trial Division for continuation of the trial. At trial, Beloit put in issue the following contracts, in respect of which it alleged that its patent had been infringed [at pages 529-530]:

Les actions de Beloit ont été renvoyées à la Section de première instance pour la reprise du procès. Au procès, Beloit a mis en cause les contrats suivants qui, selon elle, opéraient contrefaçon de son brevet [aux pages 529 et 530]:

1. One complete machine except headbox, sold by the defendant GEC to Midtec Paper Corporation. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec in June, 1979. Installation of machine in Kimberly, Wisconsin.

1. Une machine complète sauf la caisse d'arrivée, vendue par la défenderesse GEC à Midtec Paper Corporation. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) en juin 1979. Installation de la machine à Kimberly, Wisconsin.

2. One complete machine sold by the defendant GEC to Donohue-Normick Inc. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec on August 13, 1980. Installation of machine in Amos, Quebec.

2. Une machine complète vendue par la défenderesse GEC à Donohue-Normick Inc. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) le 13 août 1980. Installation de la machine à Amos (Québec).

3. A press-section rebuild sold by the defendant GEC to Consolidated-Bathurst Inc. Offer, acceptance and contract made in Montréal Quebec on July 11, 1980. Installation in Shawinigan, Quebec.

3. Une presse remise à neuf vendue par la défenderesse GEC à Consolidated-Bathurst Inc. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) le 11 juillet 1980. Installation à Shawinigan (Québec).

4. Two complete machines sold by defendant VDI to Klockner Stadler Hunter Ltd. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec on April 29, 1983. Installation of machines in South Sabah, Malaysia.

4. Deux machines complètes vendues par la défenderesse VDI à Klockner Stadler Hunter Ltd. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) le 29 avril 1983. Installation des machines au Sabah du Sud, en Malaysia.

5. One press-section with minor dryer rebuild sold by the defendant VDI to Great Lakes Forest Products Limited. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec in February, 1985. Installation in Thunder Bay, Ontario.

5. Une presse avec sécherie légèrement remise à neuf, vendue par la défenderesse VDI à Great Lakes Forest Products Limited. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) en février 1985. Installation à Thunder Bay (Ontario).

6. One complete machine except dryer sold by defendant VDI to Corner Brook Pulp & Paper Limited. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec on September 12, 1985. Installation in Corner Brook, Newfoundland.

6. Une machine complète sauf la sécherie vendue par la défenderesse VDI à Corner Brook Pulp & Paper Limited. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) le 12 septembre 1985. Installation à Corner Brook (Terre-Neuve).

7. One complete machine sold by defendant VDI to Donohue Malbaie Inc. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec on September 18, 1985. Installation made in Clermont Mill, Quebec.

7. Une machine complète vendue par la défenderesse VDI à Donohue Malbaie Inc. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) le 18 septembre 1985. Installation à Clermont Mill (Québec).

8. One complete machine sold by defendant VDI to Repap N.B. Inc. Offer, acceptance and contract made in Montréal, Quebec on January 31, 1985. Installation made in Newcastle, New Brunswick.

8. Une machine complète vendue par la défenderesse VDI à Repap N.B. Inc. Offre, acceptation et contrat faits à Montréal (Québec) le 31 janvier 1985. Installation à New Castle (Nouveau-Brunswick).

9. A press section rebuild sold by defendant Voith to Canadian International Paper (Gatineau).

9. Une presse remise à neuf vendue par la défenderesse Voith à Canadian International Paper (Gatineau).

10. A press section rebuild sold by defendant Voith to British Columbia Forest Products.

10. Une presse remise à neuf vendue par la défenderesse Voith à British Columbia Forest Products.

11 It is from the judgment in the infringement action respecting these contracts that the appeals and cross-appeal are taken.

11 Les appels et l'appel incident concernent le jugement rendu dans l'action en contrefaçon relative à ces contrats.

A. JUDGMENT BELOW

A. JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

12 Before the learned Trial Judge, the principal issues were whether Beloit's patent had been infringed by VDI and GEC and if so, what remedies were available to it as a result.

12 Devant le juge de première instance, les principales questions consistaient à savoir si VDI et GEC avaient contrefait le brevet de Beloit et, dans l'affirmative, quelle réparation la Cour pouvait lui accorder.

13 In extensive reasons, the Trial Judge reached the following conclusions. First, that "high speed" was not an essential element of the claims, since the three-nip configuration was adaptable to high as well as low speed machines. Secondly, that five of the contracts, in respect of which infringement had been alleged, were prescribed by Article 2261 of the *Civil Code of Lower Canada* (C.C.L.C.).⁶ These contracts related to [at page 535]:

13 Dans des motifs détaillés, le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes. Premièrement, que la «grande vitesse» n'était pas un élément essentiel des revendications étant donné que la configuration à trois pinces pouvait entrer dans la conception des machines rapides comme dans celle des machines lentes. Deuxièmement, que l'action relative à cinq contrats argués de contrefaçon était prescrite par l'article 2261 du *Code civil du Bas-Canada* (C.c.B.-C.).⁶ Ces contrats se rapportaient à [page 535]:

1. One complete paper machine except headbox, sold by the defendant GEC to Midtec Paper Corporation . . . June, 1979.

1. Une machine complète sauf la caisse d'arrivée, vendue par la défenderesse GEC à Midtec Paper Corporation . . . juin 1979.

2. One complete machine sold by the defendant GEC to Donohue-Normick Inc. . . . August 13, 1980.

2. Une machine complète vendue par la défenderesse GEC à Donohue-Normick Inc. . . 13 août 1980.

3. A press-section rebuild sold by the defendant GEC to Consolidated-Bathurst Inc. . . . July 11, 1980.

3. Une presse remise à neuf vendue par la défenderesse GEC à Consolidated-Bathurst Inc. . . 11 juillet 1980.

4. Two complete machines sold by the defendant VDI to Klockner Stadler Hunter Ltd. . . . April 29, 1983. Installation of machines in South Sabah, Malaysia.

4. Deux machines complètes vendues par la défenderesse VDI à Klockner Stadler Hunter Ltd. . . 29 avril 1983. Installation des machines au Sabah du Sud, en Malaysia.

14 Thirdly, that the contract by GEC to sell unascertained components of press sections at a future date was a sale to the others within the meaning of section 44 of the Act. Fourthly, that the sale in Canada of component parts of the patented invention was an infringement of the patent in suit, but since he had concluded that the two contracts involved (sale by GEC to Donohue and to Consolidated Bathurst) were prescribed by Article 2261 of the C.C.L.C., he held that the plaintiff was barred from recovering damages in respect of these

14 Troisièmement, que le contrat conclu par GEC pour vendre ultérieurement des éléments constitutifs de presse incertains constituait une vente à d'autres au sens de l'article 44 de la Loi. Quatrièmement, que la vente au Canada d'éléments constitutifs de l'invention brevetée constituait une contrefaçon du brevet en litige; le juge ayant toutefois conclu que les deux contrats en cause (la vente par GEC à Donohue et à Consolidated-Bathurst) étaient prescrits par l'article 2261 du C.c.B.-C., il a statué que la demanderesse n'était pas recevable à recouvrer des

infringements. Fifthly, that the manufacture and sale of component parts, delivered in Canada for assembly and use outside Canada, did not constitute infringement.

dommages-intérêts relativement à ces contrefaçons. Cinquièmement, que la fabrication et la vente de pièces livrées au Canada en vue de leur assemblage et de leur utilisation à l'extérieur du Canada n'opéraient pas contrefaçon.

15 On the issue of remedies, the Trial Judge concluded that the Court had jurisdiction to grant the remedy of accounting of profits, but that the remedy was discretionary and was awardable according to well recognized criteria. Since all those criteria did not exist in the case before him, he concluded that an award of damages was the appropriate remedy. Finally, he ordered pre-judgment interest from the date the plaintiff commenced its action to 31 December 1990.

15 Au sujet de la question des réparations, le juge de première instance a conclu que la Cour avait compétence pour accorder la restitution des bénéfices mais que cette réparation était de nature discrétionnaire et qu'elle était accordée en fonction de critères bien connus. Étant donné que tous ces critères n'étaient pas réunis en l'espèce, il a conclu que l'octroi de dommages-intérêts constituait la réparation appropriée. Enfin, il a ordonné le versement de l'intérêt avant jugement à compter de la date à laquelle la demanderesse avait intenté son action jusqu'au 31 décembre 1990.

16 Based upon these conclusions, the Trial Judge allowed Beloit's action in respect of the following contracts entered into by VDI and Voith [at page 552]:

16 Se fondant sur ces conclusions, le juge de première instance a accueilli l'action de Beloit à l'égard des contrats suivants conclus par VDI et Voith [à la page 552]:

1. The press section (with minor dryer rebuild) sold by the defendant VDI to Great Lakes Forest Products Limited.

1. La presse (avec remise à neuf mineure de la sécherie) vendue par la défenderesse VDI à Great Lakes Forest Products Limited.

2. The machine (except dryer) sold by defendant VDI to Corner Brook Pulp & Paper Limited.

2. La machine (sauf la sécherie) vendue par la défenderesse VDI à Corner Brook Pulp & Paper Limited.

3. The machine sold by defendant VDI to Donohue Malbaie Inc.

3. La machine vendue par la défenderesse VDI à Donohue Malbaie Inc.

4. The machine sold by defendant VDI to Repap N.B. Inc.

4. La machine vendue par la défenderesse VDI à Repap N.B. Inc.

5. The press section rebuild sold by defendant Voith to Canadian International Paper (Gatineau).

5. La presse remise à neuf vendue par la défenderesse Voith à Canadian International Paper (Gatineau).

6. The press section rebuild sold by defendant Voith to British Columbia Forest Products.

6. La presse remise à neuf vendue par la défenderesse Voith à British Columbia Forest Products.

In all other respects, he dismissed Beloit's actions.

À tous autres égards, il a rejeté les actions de Beloit.

17 In an amended judgment pronounced on 25 March 1993, the Trial Judge, *inter alia* ordered that an injunction issue against VDI and Voith. Pursuant to Rule 500 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], he referred the assessment of damages to the Prothonotary. He refused to order delivery up of infringing articles or to deal with the issue of costs since the issue was not raised at trial. Finally, he extended the order for pre- and post-judgment inter-

17 Dans un jugement modifié rendu le 25 mars 1993, le juge de première instance a notamment ordonné qu'une injonction soit émise contre VDI et Voith. En vertu de la Règle 500 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], il a renvoyé l'évaluation des dommages au protonotaire. Il a refusé d'ordonner la remise des articles contrefaits ou de traiter de la question des dépens étant donné que cette question n'avait pas été soulevée au procès. Enfin, il a

est to VDI as well as Voith.

étendu l'ordonnance relative aux intérêts avant et après jugement à VDI ainsi qu'à Voith.

POINTS IN ISSUE

POINTS EN LITIGE

18 In the principal appeal, the appellants raise the following issues:

Dans l'appel principal, les appelantes soulèvent 18 les questions suivantes:

Whether the Trial Judge failed to apply the proper legal tests and misunderstood the evidence when he:

Le juge de première instance a-t-il omis d'appliquer les critères juridiques appropriés et a-t-il mal apprécié la preuve lorsque:

(i) denied Beloit its *prima facie* right to an election to claim an accounting of profits made by the respondents as a result of their infringement, in the absence of any basis in law or equity for doing so;

i) il a refusé de reconnaître à Beloit le droit *prima facie* de choisir de demander la restitution des bénéfices réalisés par les intimées par suite de la contrefaçon par elles de son brevet, en l'absence de toute justification tirée de la loi ou de l'*equity*;

(ii) dismissed the claims against VDI in relation to the South Sabah machines, and all the claims against GEC on the basis that they were prescribed;

ii) il a rejeté les demandes dirigées contre VDI relativement aux machines destinées au Sabah du Sud ainsi que toutes les demandes dirigées contre GEC au motif qu'elles étaient prescrites;

(iii) dismissed the claims for infringement in relation to some machines sold and manufactured in Canada on the basis that they were assembled outside Canada;

iii) il a rejeté les demandes concernant la contrefaçon relativement à certaines machines vendues et fabriquées au Canada au motif qu'elles avaient été assemblées à l'extérieur du Canada;

(iv) dismissed the claims against VDI for infringement by providing parts, services, information and assistance necessary to the continued running of DEW Triple Nip press sections of former GEC customers on the basis that Beloit did not establish that the customers knew of the existence of the patent or that they were actually induced or procured by VDI to infringe; and

iv) il a rejeté les demandes dirigées contre VDI pour contrefaçon du fait d'avoir fourni des pièces, des services, des renseignements et l'aide nécessaires au fonctionnement continu des presses à triple pince DEW des anciens clients de GEC au motif que Beloit n'avait pas établi que ces clients connaissaient l'existence de son brevet ou que VDI les avait en fait incités ou amenés à contrefaire ce brevet;

(v) failed to grant judgments containing a declaration of which claims were infringed; an order for an injunction detailing who and what activities are restrained; an order providing for pre- and post-judgment compound interest; and an order for costs.

v) il a omis d'accorder des jugements déclaratoires indiquant quelles revendications avaient été contrefaites; une injonction précisant les personnes visées et les activités interdites; une ordonnance prévoyant les intérêts composés avant et après jugement ainsi qu'une ordonnance relative aux dépens.

19 For its part, the respondent VDI raises the following issues in the cross-appeal:

Pour sa part, dans le cadre de l'appel incident, 19 l'intimée VDI soulève les questions suivantes:

(i) Whether the Trial Judge erred in not dismissing the infringement action against VDI on the ground that there was no infringement by VDI, because the claims are limited to high speed press sections,

i) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne rejetant pas l'action en contrefaçon dirigée contre VDI au motif que celle-ci n'avait pas commis de contrefaçon parce que les revendications

which is a limitation that cannot be construed, or if it can be construed, it does not apply to any of the VDI press sections in suit.

Or in the alternative:

(ii) whether the Trial Judge erred in not finding that the recovery of the defendant's profits is not a remedy available to the plaintiff in a patent infringement action;

(iii) whether the Trial Judge erred in directing that damages be assessed against VDI for the press sections themselves and any other paper machine components with which the press sections may have been sold.

ANALYSIS

1. Construction of the patent

20 We find it convenient to deal first with the allegation of the respondent VDI, in its cross-appeal, that the Trial Judge erred in construing the patent.

21 In its cross-appeal, VDI alleges that the Trial Judge has erred in his construction of the patent. Specifically, VDI submits that the Trial Judge overlooked this Court's construction which includes "high speed" as an essential element of the claims. VDI also submits that the Trial Judge also erred by not finding that the patent is ambiguous with respect to high speed. In the alternative, VDI asserts that even if the words "high speed" are not ambiguous, the patent is unenforceable.

22 It is useful at the outset to refer to the language of claim 1 and to this Court's discussion of the patent's construction. Claim 1 of the patent provides:⁷

1. A press mechanism for removing water from a traveling [*sic*] fibrous web formed on a forming section of

se limitaient aux presses à grande vitesse et qu'il s'agit d'une limite qui ne prête pas à interprétation ou qui, si elle s'y prête, ne s'applique à aucune des presses de VDI en cause?

Ou, subsidiairement:

ii) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne concluant pas que la restitution des bénéfices réalisés par la défenderesse ne constitue pas une réparation dont la demanderesse peut se prévaloir dans une action en contrefaçon de brevet?

iii) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ordonnant que des dommages-intérêts soient adjugés à l'encontre de VDI pour les presses elles-mêmes et pour tout autre élément constitutif de machines à papier qui aurait pu être vendu avec les presses?

ANALYSE

1. Interprétation du brevet

Nous estimons qu'il est utile de traiter d'abord de 20 l'allégation contenue dans l'appel incident de l'intimée VDI selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur d'interprétation du brevet.

Dans son appel incident, VDI allègue que le juge 21 de première instance a commis une erreur dans son interprétation du brevet. Plus précisément, elle fait valoir que le juge de première instance n'a pas tenu compte de l'interprétation de la présente Cour qui considère la «grande vitesse» comme un élément essentiel des revendications. VDI fait aussi valoir que le juge de première instance a également commis une erreur en ne concluant pas que le brevet est ambigu à l'égard de la grande vitesse. Subsidiairement, VDI dit que même si les mots «grande vitesse» ne sont pas ambigus, le brevet est inapplicable.

En début d'analyse, il est utile de se reporter au 22 libellé de la revendication n° 1 et de l'examen fait par la présente Cour de l'interprétation du brevet. Voici la revendication n° 1 du brevet⁷:

1. Un mécanisme de presse pour extraire l'eau d'une bande fibreuse en déplacement, formée dans le formeur

a machine comprising in combination:

first and second rolls defining a first press nip there between;

a third press roll forming a second nip with the first roll;

a fourth press roll forming a third nip with the third press roll;

a web carrying first felt receiving from the web from the forming section and passing through the first nip following the first roll and thereafter passing through the second nip separating from the web after the second nip with the web following the third roll after said second nip to pass through the third nip, a second felt passing through the first nip on the side of the web opposite said first felt; and

a third felt passing through said third nip with the web.

d'une machine comprenant la combinaison d'éléments suivants:

un premier et un deuxième rouleaux forment entre eux une première pince;

un troisième rouleau forme, avec le premier rouleau, une deuxième pince;

un quatrième rouleau forme, avec le troisième rouleau, une troisième pince;

un premier feutre porteur de la feuille de papier reçoit la feuille du formeur et la fait passer par la première pince suivant le premier rouleau, et ensuite par la deuxième pince avant de s'en séparer et de laisser la feuille de papier suivre le troisième rouleau, après ladite deuxième pince, et passer par la troisième pince; un deuxième feutre passe par la première pince du côté de la feuille de papier opposée au premier feutre; et

un troisième feutre qui passe par la troisième pince avec la feuille.

23 Addressing the issue of construction of the patent, Mahoney J.A., at page 337 of (1991), 36 C.P.R. (3d) 322⁸ first noted that the Trial Judge [(1989), 26 C.I.P.R. 22] had "adopted the construction of claim 1 enunciated at p. 292 of *Valmet*" and then proceeded to cite the following portion of the Trial Judge's reasons:

What is claimed as novel and inventive in the Tri-Nip is the combination of previously known elements in the design of a high-speed press section consisting of:

1. Three dewatering nips before the first open draw;
2. A double felted first nip;
3. A pick-up felt passing through the first two nips with no transfer of the web between the nips;
4. The first and second nips being on a common roll R1; and
5. The second and third nips being on a common roll R3.

Mahoney J.A. then observed that:

The trial judge noted, correctly . . . that: "The speed aspect, although referred to in the disclosure of the patent, is not specifically mentioned in the claims under attack". [Footnote omitted.]

Abordant la question de l'interprétation du brevet, 23 le juge Mahoney, J.C.A., a d'abord souligné, à la page 337 de (1991), 36 C.P.R. (3d) 322⁸, que le juge de première instance [(1989), 26 C.I.P.R. 22] avait «adopté l'interprétation donnée par la décision *Valmet*, à la page 292, de la revendication n° 1» et il a ensuite cité le passage suivant des motifs du juge de première instance:

Ce qui est revendiqué comme étant novateur et inventif dans la conception Tri-Nip est la combinaison d'éléments déjà connus dans la conception d'une presse à grande vitesse comprenant:

1. Trois pinces essoreuses avant le premier tirage ouvert;
2. Une première pince à deux feutres;
3. Un feutre de levage qui passe par les deux premières pinces sans transfert de la feuille entre celles-ci;
4. Les première et deuxième pinces sur un rouleau commun (R1); et
5. Les deuxième et troisième pinces sur un rouleau commun (R3).

Le juge Mahoney a ensuite fait remarquer ce qui suit:

Le juge de première instance note à juste titre . . . que «(la) vitesse de la machine, même s'il en est question dans la divulgation du brevet, ne fait l'objet d'aucune mention particulière dans les revendications en cause.» [Note de bas de page omise.]

24 Next, Mahoney J.A. explored whether the patent had been anticipated by a prior publication of Mr.

Le juge Mahoney a ensuite examiné la question 24 de savoir si le brevet avait été devancé par une

Christian Schiel (the Schiel Paper). Mahoney J.A. reversed the Trial Judge's determination by concluding that the Schiel Paper had not anticipated the invention at issue. He found that the Schiel Paper only referred to the invention in issue with respect to its processing of high and low ash papers. At page 340, Mahoney J.A. wrote that:

The remaining paragraphs quoted from the Schiel paper are at best ambivalent in recommending a double felted first nip. Newsprint is produced on high speed machines. Its production, as found in Valmet and unquestioned here, is "the most common application of the invention in suit".

A fair reading of the entire Schiel paper, without the benefit of inadmissible parol evidence, leads only to the conclusion that its author had no thought that a three-nip configuration with a double felted first nip could be used in a high speed press section. Those essential elements of claim 1 of the patent, the claim upon which all other claims depend, are not taught by the Schiel paper. It cannot be said that the Schiel paper contains "so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to the claimed invention". The Schiel paper did not anticipate the Beloit patent. [Emphasis added.]

25 We are unable to agree with VDI that this Court has construed claim 1 in a manner different from that of the Trial Judge [(1989), 26 C.I.P.R. 22]. This Court has specifically referred to and approved the Trial Judge's finding that the [at page 31] "speed aspect, although referred to in the disclosure of the patent, is not specifically mentioned in the claims under attack". The subsequent discussion of the use of the patent in a high speed press section arises in a context where the Court noted [at page 29], referring to *Valmet*, that "the most common application of the invention in suit" (emphasis added) involved high speed machines. The Court in its discussion neither stated that "high speed" was an essential element of the claim nor that the Trial Judge erred by not construing the claim as having "high speed" as an element of the claim. Accordingly, we conclude that the Trial Judge correctly found that this Court did not construe claim 1 to include "high speed" as an element. In light of this conclusion, it is unnecessary to address to the remaining submissions of VDI regarding "high speed".

publication antérieure de M. Christian Schiel (le mémoire Schiel). Il a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que le mémoire Schiel ne devançait pas l'invention en cause. Il a estimé que ce mémoire ne mentionnait l'invention en cause qu'à l'égard du traitement des papiers à faible et à haute teneur en cendres. À la page 340, le juge Mahoney a écrit ceci:

Les autres paragraphes cités du mémoire Schiel sont au mieux ambivalents pour ce qui est de recommander une première presse à double feutre. Le papier journal est fabriqué par des machines à grande vitesse. Sa production, selon la conclusion de l'arrêt Valmet qui n'est pas contestée en l'espèce, est «l'application la plus courante de l'invention en cause» . . .

Un examen impartial du mémoire Schiel, sans le recours de témoignages oraux inadmissibles, oblige à conclure que son auteur n'envisageait nullement la possibilité qu'un montage à trois pinces, dont la première est à double feutre, pût être utilisée dans une section de presse à grande vitesse. Ces éléments essentiels de la revendication n° 1 du brevet, celle sur laquelle reposent toutes les autres revendications, ne sont pas révélés par le mémoire Schiel. On ne saurait dire que ce dernier renferme «des instructions d'une telle clarté qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée». Le mémoire Schiel n'était pas une description antérieure du brevet Beloit. [Non souligné dans l'original.]

Nous ne pouvons souscrire à l'argument de VDI selon lequel la présente Cour a interprété la revendication n° 1 différemment du juge de première instance [(1989), 26 C.I.P.R. 22]. La Cour s'est spécifiquement reportée à la conclusion du juge de première instance selon laquelle la [à la page 31] «vitesse de la machine, même s'il en est question dans la divulgation du brevet, ne fait l'objet d'aucune mention particulière dans les revendications en cause» et l'a approuvée. L'examen subséquent de l'exploitation du brevet dans une presse à grande vitesse s'inscrit dans un contexte où la Cour a souligné, en parlant de *Valmet*, que [à la page 29] «l'application la plus courante de l'invention en cause» (non souligné dans l'original) concernait les machines à grande vitesse. Dans son examen, la Cour n'a jamais dit que la «grande vitesse» était un élément essentiel de la revendication, non plus qu'elle n'a dit que le juge de première instance avait commis une erreur d'interprétation du brevet en ne considérant pas la «grande vitesse» comme un élément constitutif. Par conséquent, nous concluons que

2. Infringement

26 Two questions were raised concerning the issue of infringement. First, whether the Trial Judge erred in concluding that the sale of parts for assembly outside of Canada did not amount to infringement and, secondly, whether he erred in concluding that the provision of spare parts, services, information, and assistance to customers did not amount to infringement. We deal with each issue in turn.

(a) Assembly outside of Canada

27 One of the issues argued before us was whether the manufacture and sale of component parts, delivered for assembly and use outside Canada, constitutes an infringement of the appellants' patent.⁹

28 This issue applies to the two DEW triple-nip press sections sold by GEC, and manufactured by the respondent VDI, to South Sabah, Malaysia. However, since this sale by GEC occurred prior to the two-year limitation period,¹⁰ we find it necessary to consider only the manufacturing activities of VDI.

29 The Trial Judge found that, while there may have been pre-assembly of some parts of the whole press section in the machines, the general practice was to assemble the machines at the site of the purchaser. He dismissed the plaintiff's argument that *Windsurfing Int. Inc. v. Trilantic Corp.*¹¹ applied to the case at bar because the infringer, in that case, sold unassembled parts of the invention in Canada. He felt that since Beloit's patent was an invention that embodies the marriage of old, previously known parts, into a new configuration, the only protection

le juge de première instance a estimé à juste titre que la présente Cour n'avait pas interprété la revendication n° 1 comme incluant la «grande vitesse» au nombre de ses éléments. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'aborder les autres arguments de VDI concernant la «grande vitesse».

2. Contrefaçon

26 Deux questions ont été soulevées au sujet de la contrefaçon. Premièrement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que la vente de pièces en vue de leur assemblage à l'extérieur du Canada n'opérait pas contrefaçon et, deuxièmement, a-t-il commis une erreur en concluant que la fourniture de pièces de rechange, de services, de renseignements et d'aide aux clients équivalait à de la contrefaçon? Nous traiterons séparément de chacune de ces questions.

a) Assemblage à l'extérieur du Canada

27 L'une des questions qui a fait l'objet d'un débat devant nous consistait à savoir si la fabrication et la vente de pièces de rechange livrées en vue de leur assemblage et de leur utilisation à l'extérieur du Canada constituaient une contrefaçon du brevet des appelantes⁹.

28 Cette question se pose au sujet des presses à triple pince DEW fabriquées par l'intimée VDI et vendues par GEC au Sabah du Sud, en Malaysia. Toutefois, étant donné que cette vente par GEC a été conclue avant l'expiration du délai de prescription de deux ans¹⁰, nous estimons qu'il n'est nécessaire de prendre en compte que les activités de fabrication de VDI.

29 Le juge de première instance a conclu que, bien qu'il puisse y avoir eu assemblage préalable de certaines pièces de l'ensemble de la presse des machines, l'usage général consistait à assembler les machines au lieu où se trouvait l'acheteur. Il a rejeté l'argument de la demanderesse selon lequel l'arrêt *Windsurfing Int. Inc. c. Trilantic Corp.*¹¹ s'appliquait à l'espèce parce que, dans cette affaire, la contrefactrice avait vendu des pièces détachées de l'invention au Canada. Il a estimé qu'étant donné que le brevet de Beloit était une invention qui combinait des élé-

which section 44 of the Act afforded the appellants was with respect to the amalgamation of those parts in a new and innovative fashion which comprised the essence of its invention. The singular parts of the invention were not protected. He, therefore, concluded that in order to be considered to have infringed Beloit's patent, the respondents must have either sold the components of the invention for use and assembly in Canada, or must themselves have assembled those parts in the manner described within the claims of the patent, within the boundaries of this country, and later exported the finished product. Since the evidence was clear that this is not what happened, the Trial Judge concluded that the contracts in question did not constitute an infringement under Canadian patent laws. In so doing, he referred to the United States Supreme Court decision in *Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp.*¹² We are unable to accept the conclusion of the Trial Judge for the following reasons.

ments anciens déjà connus en une nouvelle configuration, la seule protection que l'article 44 de la Loi lui assurait se limitait à la réunion de ces pièces d'une manière inédite et innovatrice qui constituait l'essentiel de son invention. Les éléments détachés de l'invention n'étaient pas protégés. Par conséquent, il a conclu que pour être considérées comme ayant contrefait le brevet de Beloit, les intimées devaient avoir vendu les éléments constitutifs de l'invention en vue de leur utilisation et de leur assemblage au Canada ou encore avoir elles-mêmes assemblé ces pièces de la manière décrite dans les revendications du brevet à l'intérieur des frontières du pays pour exporter plus tard le produit fini. Comme il ressortait de la preuve que tel n'était pas le cas, le juge de première instance a conclu que les contrats en cause n'opéraient pas contrefaçon au sens des lois canadiennes sur les brevets. Pour ce faire, il s'est fondé sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp.*¹². Nous ne pouvons souscrire à la conclusion du juge de première instance pour les motifs suivants.

30 Although infringement is not defined in the Act, it has been defined in Canadian jurisprudence as any act which interferes with the full enjoyment of the monopoly granted to the patentee.¹³ That monopoly is the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing, using and vending to others to be used the invention. Section 44 of the Act reads:

44. Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to the conditions prescribed in this Act, grant to the patentee and his legal representatives for the term therein mentioned, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing, using and vending to others to be used the invention, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.

Bien que la notion de contrefaçon ne soit pas définie dans la Loi, la jurisprudence canadienne la définit comme tout acte qui entrave la pleine jouissance du monopole octroyé au breveté¹³. Ce monopole consiste dans le droit, la faculté et le privilège exclusifs de fabriquer l'invention, de la construire, de l'exploiter et de la vendre à d'autres en vue de son exploitation. L'article 44 de la Loi dispose:

44. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou nom de l'invention, avec renvoi au mémoire descriptif, et accorde, sous réserve des conditions prescrites dans la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée y mentionnée, à partir de la date de la concession du brevet, le droit, la faculté et le privilège exclusifs de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent.

31 The respondents defend the action partly on the basis that they did not sell the patented invention, but rather sold manufactured components for a press section for assembly and use outside Canada. Beloit's three-nip press is a combination patent where the novelty results from the idea of putting together different essential elements, all previously known, in a particular combination. The respondents

La défense des intimées repose partiellement sur leur prétention qu'elles n'ont pas vendu l'invention brevetée mais plutôt des éléments constitutifs fabriqués pour une presse en vue de son assemblage et de son utilisation à l'extérieur du Canada. La presse à triple pince de Beloit constitue un brevet de combinaison dans lequel la nouveauté résulte de l'idée de réunir différents éléments essentiels, tous anté-

argue that the mere making, using or vending of components that afterwards enter into a combination is not prohibited where the patent is limited to the combination itself.

32 It is well established that there is no infringement of a patent in selling an article that does not in itself infringe the patent even when the vendor knows that the purchaser buys the article for the purpose of using it in the infringement of the patent.¹⁴ However, in *Beloit Canada Ltée./Ltd.*,¹⁵ Pratte J.A. held that there were two exceptions to this rule:

(a) if the vendor, alone (*Windsurfing International Inc. v. Trilantic Corp.* (1985), 7 C.I.P.R. 281, 8 C.P.R. (3d) 241, 63 N.R. 218 (*sub nom. Windsurfing International Inc. v. Bic Sports Inc.*)), additional reasons (1986), 8 C.P.R. (3d) 270 (F.C.A.)) or in association with another person (*Incandescent Gas Light Co. v. New Incandescent Mantle Co.* (1898), 15 R.P.C. 81), sells all the components of the invention to a purchaser in order that they be assembled by him; and

(b) if the vendor, knowingly and for his own ends and benefit, induces or procures the purchaser to infringe the patent. (*Slater Steel Industries Ltd. v. R. Payer Co.* (1968) 38 Fox Pat. C. 139, 55 C.P.R. 61 (Ex. Ct.)).

33 The second exception has no application here. A person who, beyond Canada, makes, constructs, uses, or sells the invention commits no breach of the Canadian patent.¹⁶ Therefore, the construction of a combination patent abroad is not an infringement, and cannot consequently trigger a domestic contributory infringement.

34 The focus of this inquiry must, therefore, be on whether the domestic actions of the respondents constitute an infringement. Did the respondents make, construct, use or vend the patented invention in Canada by manufacturing and selling component parts of the patented press section?

35 The Trial Judge relied upon the decision of the United States Supreme Court in *Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp.*¹⁷ in finding that the respondents had not infringed the patent. In that case, a divided Court held that selling the constituent parts of a combination patent, with the admitted intent that the buyer would combine the parts in a

rieurement connus, selon une organisation particulière. Les intimées prétendent que la simple fabrication, utilisation ou vente des éléments constitutifs qui seront ensuite réunis n'est pas interdite lorsque le brevet se limite à la combinaison elle-même.

Il est bien établi que la vente d'un article qui n'opère pas lui-même contrefaçon d'un brevet ne constitue pas une contrefaçon même si le vendeur sait que l'acheteur achète cet article dans le but de s'en servir pour contrefaire ce brevet¹⁴. Toutefois, dans *Beloit Canada Ltée./Ltd.*¹⁵, le juge Pratte, J.C.A., a statué que cette règle comportait deux exceptions:

a) si le vendeur, seul (*Windsurfing International Inc. c. Trilantic Corp.* (1985), 7 C.I.P.R. 281, 8 C.P.R. (3d) 241, 63 N.R. 218 (*sub nom. Windsurfing International Inc. c. Big Sports Inc.*)), motifs de jugement additionnels (1986), 8 C.P.R. (3d) 270 (C.A.F.)) ou en association avec une autre personne (*Incandescent Gas Light Co. v. New Incandescent Mantle Co.* (1898), 15 R.P.C. 81), vend toutes les composantes de l'invention à un acheteur pour qu'elles soient assemblées par ce dernier; et

b) si le vendeur, en toute connaissance de cause et dans un but personnel, incite ou amène l'acheteur à contrefaire le brevet (*Slater Steel Industries Ltd. v. R. Payer Co.* (1968) 38 Fox Pat. C. 139, 55 C.P.R. 61 (C. de l'É.)).

Cette deuxième exception ne s'applique pas en 33 l'espèce. Une personne qui, à l'extérieur du Canada, fabrique, construit, exploite ou vend l'invention ne contrefait pas le brevet canadien¹⁶. Par conséquent, la construction d'un brevet de combinaison à l'étranger ne constitue pas une contrefaçon et ne peut donc donner lieu à une complicité de contrefaçon au pays.

Le présent examen doit donc porter sur la ques- 34 tion de savoir si les agissements des intimées au pays constituent une contrefaçon. En fabriquant et en vendant des pièces constitutives de la presse brevetée, les intimées ont-elles fabriqué, construit, exploité ou vendu l'invention brevetée au Canada?

Le juge de première instance s'est fondé sur l'ar- 35 rêt de la Cour suprême des États-Unis *Deepsouth Packing Co., Inc. v. Laitram Corp.*¹⁷ pour conclure que les intimées n'avaient pas contrefait le brevet. Dans cet arrêt, la Cour a statué, sur division, que la vente d'éléments constitutifs d'un brevet de combinaison dans le but avoué de faire combiner les piè-

foreign country, did not violate the United States patent laws. In so holding, the Court defined “making”¹⁸ as a state of final operable assembly.

ces par l’acheteur dans un État étranger ne violait pas les lois américaines en matière de brevet. Dans sa décision, la Cour a défini la «fabrication»¹⁸ comme un état d’assemblage fonctionnel final.

36 However, it would appear that *Deepsouth* does not represent the current status of U.S. patent law with regard to combination patents. Indeed, the *Patent Law Amendments Act of 1984*¹⁹ superseded the holding in *Deepsouth* by establishing that to supply in or from the United States all or a substantial portion of the components of a patented invention to induce the components’ combination abroad is an infringing act. In this way, the U.S. Congress severely restricted attempts to take advantage of the territorial limits of the patent law by making and selling component parts of a patented product in an unassembled form.

Toutefois, il semblerait que l’arrêt *Deepsouth* ne représente pas l’état actuel du droit américain en matière de brevets de combinaison. En fait, la *Patent Law Amendments Act of 1984*¹⁹ a eu pour effet d’écarter la décision rendue dans *Deepsouth* en établissant que le fait de fournir aux États-Unis ou à partir de ce pays l’ensemble ou une partie importante des éléments constitutifs d’une invention brevetée pour favoriser la combinaison des éléments à l’étranger constitue un acte de contrefaçon. De cette façon, le Congrès américain a grandement limité la possibilité de profiter de la territorialité des lois sur les brevets par la fabrication et la vente d’éléments constitutifs d’un produit breveté en pièces détachées.

37 Moreover, in *Paper Converting Mach. Co. v. Magna-Graphics Corp.*,²⁰ the Federal Circuit Court rejected the *Deepsouth* traditional operable assembly standard for determining what constitutes “making” a patented invention. In its place, the Court adopted a more flexible standard that included partial assemblies that have no useful non-infringing purpose. Moreover, the Court held that testing a sub-assembly sufficed to violate the patentee’s rights. *Paper Converting Mach.* interpreted *Deepsouth* so narrowly that several legal commentators have argued that *Deepsouth* has been stripped of all precedential value.²¹

De plus, dans la décision *Paper Converting Mach. Co. v. Magna-Graphics Corp.*²⁰, la Cour de circuit fédérale a rejeté la norme classique d’assemblage fonctionnel de l’arrêt *Deepsouth* aux fins de déterminer en quoi consiste la «fabrication» d’une invention brevetée. La Cour l’a remplacée par une norme plus souple qui inclut les assemblages partiels ne pouvant servir qu’à contrefaire un brevet. En outre, cette Cour a statué que la mise à l’épreuve d’un sous-assemblage suffit à violer les droits du breveté. L’arrêt *Paper Converting Mach.* donne une interprétation si restrictive de l’arrêt *Deepsouth* que plusieurs commentateurs juridiques ont prétendu que ce dernier avait été dépouillé de toute autorité²¹.

38 Other U.S. cases have held that, although only a final operable assembly could infringe a combination patent, any such assembly, no matter how momentary, constituted “making”, and any testing of the completed assembly was a use.²²

Dans d’autres affaires américaines, il a été statué que bien que seul un assemblage fonctionnel final puisse contrefaire un brevet de combinaison, tout assemblage semblable, aussi provisoire soit-il, constituait de la «fabrication» et toute mise à l’épreuve de l’assemblage constituait une exploitation²².

39 Canadian jurisprudence has not addressed the issue of unassembled component parts except in *Windsurfing Int. Inc. v. Trilantic Corp.*²³ In that case, the plaintiff had sued on a combination patent obtained in relation to sailboards. The defendant’s sailboards were sold in Canada in unassembled form. However, all of the parts sold by the defen-

La jurisprudence canadienne n’aborde pas la question des pièces détachées, sauf dans *Windsurfing Int. Inc. c. Trilantic Corp.*²³. Dans cette affaire, la demanderesse avait intenté une poursuite en contrefaçon de son brevet de combinaison portant sur des planches à voile. Les planches à voile de la défendresse étaient vendues au Canada en pièces détachées.

dant, once assembled, infringed the claims of the combination patent. Urie J.A. held that the defendant had induced the purchasers to infringe because the facts demonstrated that the respondent knew and intended that the ultimate purchaser would utilize the sailboards parts for the assembly of a usable sailboard which, upon assembly, would infringe the appellants' patent. As such, the defendant had become a party to such infringement.

40 While the defendants in *Windsurfing* were held liable for having induced others to infringe, Urie J.A., speaking for the Court, also stated the following regarding the selling of unassembled parts:²⁴

No one has ever alleged in this case infringement by the components of the invention. They are acknowledged to be old. The invention is the combination of the old components or elements. The respondent clearly is not selling parts. It is selling parts *for the purpose of* making a sailboard. Without assembly there can be no sailboard. Without assembly there can be no purpose in a purchaser buying the unassembled parts since, unassembled, they cannot be used for the purpose for which they are purchased, that is, to sail. To suggest that a patent infringement suit can be successfully avoided by selling parts as components of a kit in contradistinction to their sale assembled is, in my view, errant nonsense.

41 This is, in our view, the correct approach to take with regard to the making and selling of all components of a patented invention. Where the elements of an invention are sold in a substantially unified and combined form for the purpose of later assembly, infringement may not be avoided by a separation or division of parts which leaves to the purchaser a simple task of integration and assembly.

42 In the present case, the Trial Judge concluded that when the respondents shipped the unassembled parts out of the country, they had not made, constructed, used or sold to others, in Canada, the appellants' invention. He arrived at this conclusion because the respondents had not sold the components of the invention for use and assembly in Canada, nor had they assembled the machines themselves and later exported the finished product.

Toutefois, toutes les pièces vendues par la défenderesse, une fois assemblées, contrefaisaient les revendications du brevet de combinaison. Le juge Urie, J.C.A., a statué que la défenderesse avait incité les acheteurs à la contrefaçon parce qu'il ressortait des faits que l'intimée savait et voulait que l'acheteur ultime se serve des pièces de planche à voile pour l'assemblage d'une planche fonctionnelle qui, une fois assemblée, contreferait le brevet des appelantes. De cette manière, la défenderesse était devenue partie à la contrefaçon.

Bien que les défenderesses aient, dans *Windsurfing*, été tenues responsables d'avoir incité des tiers à la contrefaçon, le juge Urie, parlant au nom de la Cour, a aussi dit ce qui suit au sujet de la vente de pièces détachées²⁴: 40

En l'espèce, la contrefaçon des éléments de l'invention n'a jamais été alléguée. Ils sont reconnus comme étant anciens. Ce qui constitue l'invention, c'est la combinaison de vieux composants ou éléments. Il est clair que l'intimée ne vend pas des pièces. Elle vend des pièces *dans le but de* constituer une planche à voile. Sans l'assemblage, il ne peut y avoir de planche à voile. Sans assemblage, l'achat des pièces disjointes n'a aucun sens puisque, disjointes, elles ne peuvent être utilisées à la fin pour laquelle elles sont achetées, à savoir faire de la voile. À mon avis, la proposition voulant qu'on puisse éviter une action en contrefaçon de brevet en vendant des pièces formant un ensemble plutôt qu'en vendant ces pièces assemblées est absurde et erronée.

C'est là, à notre avis, la bonne méthode à appliquer en ce qui concerne la fabrication et la vente de l'ensemble des éléments constitutifs d'une invention brevetée. Lorsque les éléments d'une invention sont vendus sous une forme en bonne partie unifiée et combinée en vue d'un assemblage ultérieur, l'action en contrefaçon ne peut être évitée par une séparation ou une division de pièces qui laisse à l'acheteur la simple tâche de les intégrer et les assembler. 41

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que lorsque les intimées ont expédié les pièces détachées à l'extérieur du pays, elles n'avaient pas fabriqué, construit, exploité ou vendu à d'autres, au Canada, l'invention des appelantes. Il en est venu à cette conclusion parce que les intimées n'avaient pas vendu les éléments constitutifs de l'invention en vue de leur utilisation et de leur assemblage au Canada, non plus qu'elles n'avaient assemblé les machines elles-mêmes et exporté ultérieurement le produit fini. 42

43 In our view, however, the Trial Judge failed to consider that the respondent GEC had in fact sold in Canada the patented invention when it signed contracts in Montréal for complete press machines, not simply for components. It was admitted at trial that:²⁵

17. After issuance of the Beloit Patent CGE has . . . contracted in Canada for sale to South Sabah for assembly and use in Malaysia, paper machine presses called DEW triple nip press sections which have the elements described above as Trip-nip type presses.

44 After GEC ceased all of its activities concerning triple-nip presses, VDI undertook to continue such activities, including any obligations flowing from the agreement to sell two complete triple-nip presses to Klockner Stadler Hunter Ltd. It was agreed at trial that:²⁶

18. On April 28, 1984 CGE ceased all of its activities concerning DEW triple nips and VDI continued such activity. VDI manufactured in Canada components for the DEW triple nips for South Sabah.

45 Thus, GEC sold two complete machines to Klockner Stadler Hunter Ltd., which were manufactured and delivered by VDI, and later installed in South Sabah, Malaysia.

46 While the delivery format was in unassembled parts, it is the whole press section that was sold by GEC, and made by VDI. Further evidence that the respondents were in business of selling and making the whole press section, and not only components or parts, may be found in admissions made during Beloit's examination of Juhani Pakkala of VDI and GEC that the machines were assembled for verification in their Montréal workshops:²⁷

J. PAKKALA: A. . . . [the components] were all installed in Montreal at our workshops, and then packed and shipped to the customer.

MR. WILSON: Q. When you say "all installed at your works", you assembled them?

A. Assembled them, yes.

Q. To see if it's going to fit together, and then you take it apart and ship it out?

43 À notre avis toutefois, le juge de première instance a omis de prendre en compte le fait que l'intimée GEC avait de fait vendu au Canada l'invention brevetée lorsqu'elle a signé à Montréal des contrats concernant des presses complètes, et non simplement des éléments constitutifs. L'aveu suivant a été produit au procès²⁵:

[TRADUCTION] 17. Après la délivrance du brevet de Beloit, GEC a . . . conclu un contrat au Canada pour la vente à la South Sabah, en vue de l'assemblage et de l'utilisation en Malaysia, de presses de machine à papier appelées presses à triple pince qui comportent les éléments constitutifs appelés ci-dessus presses Trip Nip.

44 Après que GEC eut cessé toutes ses activités relatives aux presses à triple pince, VDI a entrepris de poursuivre ces activités, y compris toutes obligations découlant du contrat de vente de deux presses à triple pince complètes à Klockner Stadler Hunter Ltd. L'aveu suivant a été produit au procès²⁶:

[TRADUCTION] 18. Le 28 avril 1984, GEC a cessé toutes ses activités relatives aux triples pinces DEW et VDI a poursuivi ces activités. VDI a fabriqué au Canada les éléments constitutifs de la triple pince DEW pour la South Sabah.

45 Ainsi, GEC a vendu à Klockner Stadler Hunter Ltd. deux machines complètes, lesquelles ont été fabriquées et livrées par VDI et que cette dernière a plus tard installées au Sabah du Sud, en Malaysia.

46 Même si la livraison s'est faite en pièces détachées, c'est toute la presse que GEC a vendue et que VDI a fabriquée. Les aveux faits au cours de l'interrogatoire, par Beloit, de Juhani Pakkala de VDI et GEC portant que les machines avaient été assemblées à des fins de vérification aux ateliers de Montréal, contiennent d'autres éléments de preuve indiquant que les intimées vendaient et fabriquaient toute la presse et non seulement des éléments constitutifs ou des pièces de celle-ci²⁷:

[TRADUCTION] J. PAKKALA: R. . . . [les éléments constitutifs] étaient tous installés à Montréal à nos ateliers et ensuite emballés et expédiés au client.

M^e WILSON: Q. Lorsque vous dites «tous installés à nos ateliers», vous les assemblez?

R. Nous les assemblions, oui.

Q. Pour voir si les pièces allaient bien ensemble et ensuite vous les démontez pour les expédier?

A. Yes.

Q. And that was the standard practice for all of these Sym-Press machines that we're talking about?

A. Yes. I would add to that we are not assembling the whole press section. We don't assemble the rolls, normally, at all. We only assemble, for instance, one of the felt rolls, and take one felt roll and check each location, that it fits there, and we just then assume that all of the 25 other rolls are identical.

Q. Did you follow the same practice for the South Sabah machines?

A. Yes.

R. Oui.

Q. Et c'était ce qui se faisait d'habitude pour toutes ces machines Sym-Press dont nous parlons?

R. Oui. J'ajouterais que nous n'assemblions pas toute la presse. Normalement, nous n'assemblions pas du tout les rouleaux. Par exemple, nous assemblions un des rouleaux et nous prenions un feutre pour vérifier chaque position, pour voir si ça allait bien ensemble, et nous présumions que les 25 rouleaux étaient tous identiques.

Q. Avez-vous procédé de la même façon pour les machines de la South Sabah?

R. Oui.

47 A manufacturer cannot avoid liability for infringement by disassembling the machine after the completed assembly has occurred. In our view, the manufacture of all of the components that are later sufficiently assembled to test the fitting of the parts, constitutes "making" a patented invention for the purposes of section 44 of the Act.

48 Thus, the respondent VDI can be said to have made the patented invention when it manufactured the components, and then sufficiently assembled the machines to ensure their functionality in their workshops in Montréal. The fact that the press sections were then disassembled for the purpose of shipping and delivery cannot shield VDI from liability for having made in Canada press sections that infringe the appellants' patent. This conclusion does not constitute an extraterritorial application of the Act, but rather makes the respondent VDI liable for its domestic actions.

49 To find otherwise would unduly reward VDI for evading the responsibilities of the Canadian patent system. The monopoly granted by section 44 of the Act should not be construed so narrowly as to allow a competitor to manufacture components and assemble the components into the patented invention before shipment on the basis that the infringer had the good sense to deliver the product in a disassembled form.

50 We, therefore, conclude that VDI's manufacture of the two South Sabah machines constitutes "making" under the terms of section 44 of the Act, and

Un fabricant ne peut se soustraire à sa responsabilité pour contrefaçon en démontant une machine après l'avoir assemblée. À notre avis, la fabrication de l'ensemble des éléments constitutifs qui sont par la suite suffisamment assemblés pour permettre de vérifier l'ajustement des pièces, constitue la «fabrication» d'une invention brevetée au sens de l'article 44 de la Loi. 47

Ainsi, on peut dire que l'intimée VDI a fabriqué l'invention brevetée lorsqu'elle a fabriqué les éléments constitutifs pour ensuite assembler les machines à ses ateliers de Montréal dans le but d'en vérifier le caractère fonctionnel. Le fait que les presses étaient démontées en vue de leur expédition et de leur livraison ne peut soustraire VDI à la responsabilité d'avoir fabriqué au Canada des presses qui contrefaisaient le brevet des appelantes. Cette conclusion ne constitue pas une application extraterritoriale de la Loi, mais elle rend l'intimée VDI responsable de ses actes au pays. 48

Conclure autrement récompenserait indûment VDI pour s'être soustraite à sa responsabilité sous le régime canadien des brevets. Le monopole accordé par l'article 44 de la Loi ne saurait être interprété si restrictivement qu'il permette à un concurrent contrefacteur de fabriquer des éléments constitutifs et de les assembler pour en faire l'invention brevetée avant de les expédier, parce qu'il a eu la bonne idée de livrer le produit en pièces détachées. 49

Par conséquent, nous concluons que la fabrication par VDI des deux machines destinées au Sabah du Sud constitue une «fabrication» au sens de l'article 50

amounts to an infringement of Beloit's patent.

(b) Provision of parts, services, information and assistance to customers

44 de la Loi et équivaut à une contrefaçon du brevet de Beloit.

b) Fourniture de pièces, de services, de renseignements et aide aux clients

51 In his amended judgment and reasons dated 25 March 1993, the Trial Judge rejected the appellants' submission that VDI was a party to the infringement by providing parts, services, information and assistance necessary to the continued running of the patented press sections belonging to GEC's former customers, Donohue-Normick Inc. and Consolidated-Bathurst Inc. He wrote at page 4 of the amended judgment and reasons that:

The plaintiff maintains that it raised this issue in its memorandum filed before the infringement hearing in October 1992. However, no argument was made at the hearing with respect to this issue and the plaintiff having failed to adduce any evidence that third parties knew of the existence of the patent or that they were induced or procured by the defendants to infringe, no order will issue.

Dans son jugement et ses motifs modifiés datés du 25 mars 1993, le juge de première instance a rejeté l'argument des appelantes selon lequel VDI avait participé à la contrefaçon parce qu'elle avait fourni les pièces, les services, les renseignements ainsi que l'aide nécessaires au fonctionnement continu des presses brevetées appartenant aux anciens clients de GEC, Donohue-Normick Inc. et Consolidated-Bathurst Inc. À la page 4 des motifs du jugement modifié, il écrit:

[TRADUCTION] La demanderesse prétend qu'elle a soulevé la question dans le mémoire qu'elle a déposé en vue de l'audience d'octobre 1992 portant sur la contrefaçon. Toutefois, à l'audience, aucun argument n'a été soulevé relativement à cette question et la demanderesse ayant omis de présenter des éléments prouvant que des tiers connaissaient l'existence du brevet ou que les défenderesses les ont incités ou amenés à la contrefaçon, aucune ordonnance ne sera rendue.

52 The appellants argue that the Trial Judge's determination is wrong for two reasons. First, the issue was raised by both parties in their written and oral arguments. Secondly, the appellants need only establish that the respondents knew of the existence of the patent and intended their customers to infringe the said patent.

Les appelantes prétendent que la décision du juge de première instance est erronée pour deux motifs. Premièrement, les deux parties ont soulevé cette question dans leur plaidoirie écrite et orale. Deuxièmement, il suffit aux appelantes d'établir que les intimées connaissaient l'existence du brevet et qu'elles voulaient que leurs clients contrefassent ce brevet.

53 Since the respondents have replied only to the second ground, this Court will limit itself to that second ground which addresses the substantive question of whether VDI was a party to the infringement.

Les intimées n'ayant répondu qu'au deuxième motif, la présente Cour se limitera à ce motif, qui soulève la question de fond consistant à savoir si VDI a participé à la contrefaçon.

54 As stated earlier, this Court previously addressed the issue of infringement caused by the sale of spare parts in *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy.*²⁸ In its decision, this Court considered whether Valmet had breached an injunction which enjoined it from manufacturing, using, selling or inducing others to use the same press section in dispute in the case at bar. It was alleged that Valmet breached the injunction by delivering to VDI parts that were to be used

Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, la présente Cour a déjà abordé, dans *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy.*²⁸, la question de la contrefaçon du fait de la vente de pièces de rechange. Dans sa décision, la Cour a examiné la question de savoir si Valmet avait désobéi à une injonction lui interdisant de fabriquer, d'exploiter, de vendre ou d'inciter d'autres à exploiter la même presse que celle qui est en cause en l'espèce. On alléguait que Valmet avait violé l'in-

in the manufacture of tri-nip press sections. This Court concluded that Valmet had not breached the injunction. It is useful to repeat here the passage from the reasons of Pratte J.A., already quoted:²⁹

. . . it is well established that there is no infringement of a patent in selling an article which does not in itself infringe the patent even when the vendor knows that the purchaser buys the article for the purpose of using it in the infringement of the patent. There seems to be only two exceptions to that rule, namely, that there is infringement:

(a) if the vendor alone . . . or in association with another person . . . , sells all the components of the invention to a purchaser in order that they be assembled by him; and

(b) if the vendor, knowingly and for his own ends and benefit, induces or procures the purchaser to infringe the patent. . . . [Footnotes omitted.]

55 Subsequently, in *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy*, this Court considered whether to award profits on spares and auxiliary equipment as well as post-contract sales of spares and concluded that as a general principle “the sale of individual spare parts for an infringing press section does not itself constitute an infringement of the patent here in suit.”³⁰ Furthermore, the Court wrote:

In our 1992 decision [*Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (F.C.A.)], quoted above, we had made it plain that, in our view, it was a question of fact whether profits arising from “the after sale provision of parts and services” resulted from the defendant’s infringement. The expression “parts and services” clearly includes the spare parts and auxiliary equipment which form the subject-matter of the present item of claim.³¹

56 Accordingly, in the case at bar, the supply of spare parts and services alone does not constitute an infringement. VDI will be found to infringe only if it comes within the second exception enunciated by Pratte J.A. namely that VDI knowingly, for its own benefit, induced or procured Donohue and Consolidated-Bathurst to continue running the press sections. As stated by Pratte J.A.:

In order to induce or procure another person to infringe a patent, one must do something that leads that other person

jonction en livrant à VDI des pièces devant servir à la fabrication de presses à triple pince. La Cour a conclu que Valmet n’avait pas violé l’injonction. Il est utile ici de reprendre le passage des motifs du juge Pratte, J.C.A., déjà cité²⁹:

. . . il est bien établi qu’il n’y a pas de contrefaçon d’un brevet dans la vente d’un article qui en soi ne contrefait pas le brevet même si le vendeur sait que l’acheteur achète cet article dans le dessein de l’utiliser dans la contrefaçon du brevet. Il semble qu’il n’existe que deux exceptions à cette règle, savoir qu’il y a contrefaçon:

a) si le vendeur, seul . . . ou en association avec une autre personne . . . , vend toutes les composantes de l’invention à un acheteur pour qu’elles soient assemblées par ce dernier; et

b) si le vendeur, en toute connaissance de cause et dans un but personnel, incite ou amène l’acheteur à contrefaire le brevet . . . [Notes de bas de page omises.]

55 Subséquemment, dans *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy*, la présente Cour a examiné la question de savoir s’il fallait accorder la restitution des bénéfices réalisés sur les pièces de rechange et l’équipement accessoire ainsi que sur les ventes postérieures au contrat de pièces de rechange. Elle a conclu que, en règle générale, «la vente des pièces de rechange individuelles destinées à une presse contrefaite ne constitue pas en soi une contrefaçon du brevet visé en l’espèce»³⁰. En outre, la Cour a écrit:

Dans notre décision de 1992 [*Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (C.A.F.)], précitée, nous avons clairement dit qu’à notre avis seuls les faits entrent en jeu lorsqu’il s’agit de déterminer si les bénéfices tirés de la fourniture de pièces et de services, après-vente, sont attribuables à la violation du brevet par la partie défenderesse. Le terme «pièces et services» désigne manifestement les pièces de rechange et l’équipement accessoire qui font l’objet de cet élément de la réclamation³¹.

56 En conséquence, en l’espèce, la seule fourniture de pièces de rechange et de services ne constitue pas une contrefaçon. On considérera que VDI a commis une contrefaçon seulement si elle tombe sous le coup de la deuxième exception mentionnée par le juge Pratte, savoir qu’elle a sciemment, pour son propre avantage, incité ou amené Donohue et Consolidated-Bathurst à continuer à faire fonctionner les presses. Ainsi que l’a dit le juge Pratte:

Pour inciter ou amener une autre personne à contrefaire un brevet, on doit faire quelque chose qui conduit cette per-

to infringe the patent. If one does nothing, there cannot be any inducement

sonne à le faire. Si on ne fait rien, il ne saurait y avoir lieu à incitation

The evidence does not show that [Valmet] took any part in V.D.I.'s decision to continue manufacturing and selling Tri-Nip press sections.³²

La preuve ne montre pas qu[e] [Valmet] [ait] participé à la décision de V.D.I. de continuer de fabriquer et de vendre des presses Tri-Nip³².

57 Similarly, while VDI supplied spare parts and services for the continued running of the infringing press sections, the appellants have not directed this Court to any evidence, overlooked by the Trial Judge, which would indicate that VDI participated in the decision by Donohue or Consolidated-Bathurst to continue to operate the infringing press sections. Accordingly, there is no basis to set aside the finding by the Trial Judge that VDI did not infringe the patent by supplying spare parts or services for the continued running of the infringing press sections.

De même, bien que VDI ait fourni des pièces de rechange et des services pour le fonctionnement continu des presses arguées de contrefaçon, les appelantes n'ont pas soumis à la présente Cour des éléments de preuve dont le juge de première instance n'aurait pas tenu compte et qui indiqueraient que VDI a participé à la décision de Donohue ou de Consolidated-Bathurst de continuer à exploiter les presses arguées de contrefaçon. En conséquence, rien ne permet d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle VDI n'a pas contrefait le brevet en fournissant des pièces de rechange ou des services pour le fonctionnement continu des presses arguées de contrefaçon. 57

3. Prescription

3. Prescription

58 We turn now to the appellants' contention that the Trial Judge erred in applying Article 2261 of the C.C.L.C. to bar the claims against VDI in relation to the South Sabah machines and all the claims against GEC.

Nous passons maintenant à la prétention des appelantes selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur en appliquant l'article 2261 du C.c.B.-C. pour déclarer irrecevables les chefs de demande contre VDI relatifs aux machines installées au Sabah du Sud ainsi que tous les chefs de demande contre GEC. 58

59 The Trial Judge addressed the preliminary issue of whether all claims against GEC, and those against VDI in relation to the two South Sabah machines, were prescribed. Noting that the Act is silent with respect to limitation periods, he referred to subsection 39(1) of the *Federal Court Act*³³ which required him to apply the law of the relevant province, namely Quebec.³⁴

Le juge de première instance a abordé la question préalable consistant à savoir si tous les chefs de demande contre GEC et les chefs de demande contre VDI relatifs aux deux machines installées au Sabah du Sud étaient prescrits. Soulignant le silence de la Loi quant aux délais de prescription, il s'est reporté au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*³³ qui exige l'application des lois de la province où est survenu le fait générateur, soit le Québec³⁴. 59

60 He found no value in the appellants' argument that if, instead of damages, an account of profits is had, the two-year prescription of Article 2261 of the *Civil Code of Lower Canada* did not apply and that, in its stead, the thirty-year omnibus prescription provision of Article 2242 applied.³⁵ The appellants based their argument on the fact that Article 2261

Il n'a pas retenu l'argument des appelantes selon lequel si la restitution des bénéfices est accordée au lieu de dommages-intérêts, ce n'est pas la prescription de deux ans de l'article 2261 du *Code civil du Bas-Canada* qui s'applique, mais plutôt la prescription générale trentenaire de l'article 2242³⁵. Les appelantes fondaient leur argument sur le fait que le 60

uses the word “damages” (*dommages*) and could only apply if that remedy was sought. He held, on the contrary, that a patent infringement action is a single cause of action, and that the remedy sought for infringement cannot constitute a separate cause of action. He thus rejected the holding of Gibson J. in *Reeves Brothers Inc. v. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.*³⁶ which had been relied on by the appellants.

61 The Trial Judge noted that, throughout the C.C.L.C., the word “damages” in the English version is used interchangeably and gives rise to two different meanings; (1) the harm or prejudice caused due to faulty act or delict; and (2) the compensation that can be recovered if harm has been done. The first meaning relates to the cause of action. The second relates to the remedy which is more properly referred to as “*dommages et intérêts*”.³⁷ He found that the reference to damages (*dommages*) in Article 2261 relates to the harm or prejudice caused due to a faulty act or delict, rather than to the compensation that can be recovered if harm has been done. This led him to conclude that Article 2261 describes situations which give rise to a cause of action, and not to the remedy of “*dommages et intérêts*”.

62 Relying on *Mastini v. Bell Telephone Co. of Canada et al.*,³⁸ he held that an infringement of a patent is a tort or delict under the law of Quebec and is the type of harm or “*dommages*” targeted by Article 2261. Thus, in order to pursue an action for infringement, the action must be instituted within two years. Since the evidence, at least with respect to GEC, indicated that Beloit was aware of the allegedly infringing activities of the respondent, from approximately 1975, but took no action until 1986, the Trial Judge concluded that the following contracts were prescribed:

— One complete machine except headbox, sold by GEC to Midtec Paper Corporation (June 1979).

— One complete machine sold by GEC to Donohue-Normick Inc. (13 August 1980).

mot «dommages» (*damages*) est employé à l'article 2261 et que celui-ci ne s'applique que si cette réparation est sollicitée. Le juge a statué qu'une action en contrefaçon de brevet est au contraire une cause d'action unique et que la réparation demandée à cet égard ne peut constituer une cause d'action distincte. Il a ainsi rejeté la décision rendue par le juge Gibson dans *Reeves Brothers Inc. c. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.*³⁶ sur laquelle les appelantes se fondaient.

61 Le juge a souligné que tout au long du C.c.B.-C., le terme «*damages*» s'emploie indifféremment dans la version anglaise, où il peut avoir deux sens: (1) préjudice causé par suite d'une faute ou d'un délit; (2) réparation ou indemnisation du préjudice causé. La première définition se rapporte à la cause d'action. La seconde se rapporte à la réparation plus justement appelée «dommages et intérêts»³⁷. Il a estimé que la mention des «*damages*» (*dommages*) à l'article 2261 concerne le préjudice résultant d'une faute ou d'un délit plutôt que l'indemnisation qu'il est possible d'obtenir en cas de préjudice, ce qui l'a amené à conclure que l'article 2261 prévoit les cas donnant naissance à la cause d'action, et non pas à la réparation par «dommages et intérêts».

62 Se fondant sur la décision *Mastini v. Bell Telephone Co. of Canada et al.*³⁸, le juge de première instance a statué que la contrefaçon d'un brevet constitue une faute ou un délit au regard de la loi québécoise et qu'il s'agit du type de préjudice ou de «dommages» visés par l'article 2261. L'action en contrefaçon de brevet doit donc être intentée dans un délai de deux ans. Étant donné que la preuve, du moins à l'égard de GEC, indiquait que Beloit était au courant des activités arguées de contrefaçon de l'intimée, à compter de 1975 environ, mais qu'elle n'avait pas pris de mesures avant 1986, le juge de première instance a conclu que les actions relatives aux contrats suivants étaient prescrites:

— Une machine complète sauf la caisse d'arrivée, vendue par GEC à Midtec Paper Corporation (juin 1979).

— Une machine complète vendue par GEC à Donohue-Normick Inc. (13 août 1980).

– A press-section rebuild sold by GEC to Consolidated-Bathurst Inc. (11 July 1980).

– Two complete machines sold by GEC and manufactured by VDI to Klockner Stadler Hunter Ltd. (29 April 1983) and assembled in South Sabah, Malaysia.

– Une presse remise à neuf vendue par GEC à Consolidated-Bathurst Inc. (11 juillet 1980).

– Deux machines complètes fabriquées par VDI et vendues par GEC à Klockner Stadler Hunter Ltd. (29 avril 1983) et installées au Sabah du Sud, en Malaysia.

63 Beloit submits that the claims against VDI, the manufacturer of the two South Sabah machines, were not prescribed whether Article 2261 applies or not. Since VDI agrees with this position, we need not discuss it further except to note the error of the Trial Judge with regard to these two contracts.

Beloit fait valoir que les chefs de demande contre VDI, le fabricant des deux machines destinées au Sabah du Sud, ne sont pas prescrits, indépendamment de l'application ou non de l'article 2261. VDI étant d'accord avec cette position, il ne nous est pas nécessaire de l'examiner davantage sauf pour souligner l'erreur du juge de première instance relativement à ces deux contrats.

64 Beloit claims that the Trial Judge also erred in holding that patent infringement is an offence or quasi-offence under Article 2261 of the C.C.L.C. The action for patent infringement, Beloit reasons, arises solely from the operation of the law, namely the *Patent Act*. As a result, the omnibus prescription period of Article 2242 applies rather than Article 2261. Moreover, Beloit alleges that the two-year prescription period does not apply to this case because a claim for an accounting of profits is not a claim for "damages" within the meaning of Article 2261. In any event the claims against GEC are not prescribed by Article 2261 because, contrary to the Trial Judge's finding, GEC failed to establish when the prescription period began to run.

Beloit prétend que le juge de première instance a aussi commis une erreur en statuant que la contrefaçon d'un brevet constitue un délit ou un quasi-délit au sens de l'article 2261 du C.c.B.-C. Selon Beloit, l'action en contrefaçon de brevet procède de la loi seule, savoir la *Loi sur les brevets*. En conséquence, c'est la prescription générale de l'article 2242 qui s'applique et non celle de l'article 2261. De plus, Beloit allègue que le délai de prescription de deux ans ne s'applique pas en l'espèce parce qu'une demande de restitution des bénéfices ne constitue pas une demande de «dommages-intérêts» au sens de l'article 2261. En tout état de cause, les actions relatives aux chefs de demande contre GEC ne sont pas prescrites par application de l'article 2261 parce que, contrairement à la conclusion du juge de première instance, GEC n'a pas établi le moment où la prescription a commencé à courir.

65 The liability for patent infringement is found in subsection 55(1) of the *Patent Act* which read thus at the relevant time:³⁹

55. (1) Any person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under him for all damages sustained by the patentee or by any person, by reason of the infringement.

La responsabilité pour contrefaçon de brevet est prévue au paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*, qui disposait à l'époque en cause³⁹:

55. (1) Quiconque viole un brevet est responsable, envers le breveté et envers toute personne se réclamant du breveté, de tous dommages-intérêts que cette violation a fait subir au breveté ou à cette autre personne.

66 In *Johnson Controls Inc. v. Varta Batteries Ltd.*,⁴⁰ this Court held that an action based on section 55 (formerly section 57) of the *Patent Act* is an action "to give to the aggrieved party (the patentee) a right to damages to the extent of the actual loss suffered

Dans l'arrêt *Johnson Controls Inc. c. Varta Batteries Ltd.*⁴⁰, la présente Cour a statué qu'une action fondée sur l'article 55 (anciennement l'article 57) de la *Loi sur les brevets* constitue une action «donn[ant] à la partie lésée (le breveté) le droit d'obtenir des

by him due to the acts of an infringing party”.

dommages dans la mesure de la perte effectivement subie par elle en raison des gestes du contrefacteur».

67 Besides damages, section 57 of the Act allows further reliefs:

En plus des dommages-intérêts, l'article 57 de la Loi autorise d'autres mesures de redressement: 67

57. (1) In any action for infringement of a patent, the court, or any judge thereof, may, on the application of the plaintiff or defendant, make such order as the court or judge sees fit,

57. (1) Dans toute action en contrefaçon de brevet, le tribunal, ou l'un de ses juges, peut, sur requête du plaignant ou du défendeur, rendre l'ordonnance qu'il juge à propos de rendre:

(a) restraining or enjoining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject-matter of the patent, and for his punishment in the event of disobedience of that order, or

a) pour interdire ou défendre à la partie adverse de continuer à exploiter, fabriquer ou vendre l'article qui fait l'objet du brevet, et pour prescrire la peine à subir dans le cas de désobéissance à cette ordonnance;

(b) for and respecting inspection or account,

b) pour les fins et à l'égard de l'inspection ou du règlement de comptes,

and generally, respecting the proceedings in the action.

et d'une façon générale, quant aux procédures de l'action.

68 In *Clerk and Lindsell on Torts*, the authors state that the infringement of a copyright, patent or a trade mark involves the breach of a statutory right and, therefore, cannot be considered a tort at common law.⁴¹ However, the authors characterize intellectual and industrial profits as interests partly protected by the law of torts. This is explained by the fact that some elements of intellectual and industrial property law are tortious in nature:⁴²

Dans leur ouvrage *Clerk and Lindsell on Torts*, les auteurs soutiennent que l'atteinte portée à un droit d'auteur, un brevet ou une marque de commerce constitue la violation d'un droit prévu par la loi et qu'elle ne peut, par conséquent, être considérée comme un délit de common law⁴¹. Selon ces mêmes auteurs toutefois, les bénéfices intellectuels et industriels sont des intérêts partiellement protégés par le droit de la responsabilité délictuelle. Ils expliquent en effet que certains éléments du droit de propriété intellectuelle et industrielle présentent un caractère délictuel⁴²: 68

The law recognises and protects [intellectual property] rights, but both their existence and vindication tend to depend on an amalgam of the principles of common law and equity, and increasingly on statute. To a large extent, statute now regulates the protection of patents, copyrights, registered trade marks and design, albeit the remedies to redress infringement of those rights have tortious aspects.

[TRADUCTION] Le droit reconnaît et protège les droits [de propriété intellectuelle] mais leur existence et leur revendication tend à dépendre d'un amalgame de principes de common law et d'*equity* et de plus en plus de la loi. Dans une large mesure, la loi régit maintenant la protection des brevets, des droits d'auteur, des marques de commerce déposées et des dessins bien que les recours visant à réparer l'atteinte portée à ces droits comportent des aspects délictuels.

69 In some contexts, infringement of copyright, patents and trade marks has been considered tortious in nature.⁴³ For instance, in *PSM International plc v. Specialised Fastener Products (Southern) Ltd.*, it was held that “infringement of copyright is and always has been treated as a tortious invasion of a property right”.⁴⁴

Dans certains contextes, l'atteinte portée au droit d'auteur, aux brevets et aux marques de commerce a été considérée comme présentant un caractère délictuel⁴³. Par exemple, dans la décision *PSM International plc v. Specialised Fastener Products (Southern) Ltd.*, il a été jugé que [TRADUCTION] «la violation du droit d'auteur est et a toujours été traitée comme une atteinte délictuelle à un droit de propriété»⁴⁴. 69

70 Under the French legal system, patent law is also a matter of statute which remains subject to the

Dans le système juridique français, le droit des brevets relève aussi d'une loi tout en demeurant 70

general principles of the civil law in matters not addressed by statute. Under that system, infringement has been characterized as a “quasi-delict”.⁴⁵

assujetti aux principes généraux de droit civil pour ce qui est des questions dont la loi ne traite pas. Dans ce système, la contrefaçon a été qualifiée de «quasi-délit»⁴⁵.

71 In Canada, the cause of action for patent infringement arises solely under the *Patent Act*. It does not follow, however, that, for prescription purposes under the C.C.L.C., patent infringement becomes an “[o]bligations aris[ing] from . . . the operation of the law solely” within the meaning of Article 983 of the C.C.L.C.⁴⁶

Au Canada, la cause d’action de la contrefaçon d’un brevet procède exclusivement de la *Loi sur les brevets*. Toutefois, il ne s’ensuit pas qu’aux fins de la prescription en vertu du C.c.B.-C., la contrefaçon d’un brevet devienne une «obligation procéd[ant] . . . de la loi seule» au sens de l’article 983 du C.c.B.-C.⁴⁶.

72 Article 983 of the C.C.L.C. provides a list of different sources of “obligations”. Each source is explicitly defined in other provisions of the C.C.L.C. When Article 983 refers to “the operation of the law”, reference must be had to Article 1057 of the C.C.L.C.⁴⁷ to determine the ambit of this phrase. What is clear is that the word “law”, as defined in Article 17(2) of the C.C.L.C.,⁴⁸ refers only to the laws of Quebec and not to the *Patent Act*.

L’article 983 du C.c.B.-C. établit la source des «obligations», chaque source étant explicitement définie dans d’autres dispositions du C.c.B.-C. Pour déterminer la portée des mots «la loi seule» à l’article 983, il faut ainsi se reporter à l’article 1057 du C.c.B.-C.⁴⁷. Il est évident que le mot «loi», tel qu’il est défini au paragraphe 17(2) du C.c.B.-C.⁴⁸, ne vise que les lois du Québec et non la *Loi sur les brevets*.

73 In *Mastini v. Bell Telephone Co. of Canada et al.*,⁴⁹ it was not disputed, says Jackett P., that an infringement of a patent was “a tort or wrong” at common law and a “delict” or “offence” under the law of Quebec, although such torts or “offences” were within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada by virtue of class 22 of section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. Interestingly enough, *Mastini* predates subsection 39(1) of the *Federal Court Act*.⁵⁰ Be that as it may, it is our view that, for prescription purposes, an infringement of a patent is properly characterized as an offence or quasi-offence (“*délit*” or “*quasi-délit*”) under the law of Quebec, with the result that Article 2261 of the C.C.L.C. operates as a bar to such action when it is not brought within two years of the act complained of.⁵¹ In *Johnson Controls Inc. v. Varta Batteries Ltd.*,⁵² this Court has already held that a patent infringement action in Ontario is subject to a six-year limitation period pursuant to paragraph 45(1)(g) of the *Limitations Act*,⁵³ and not two years under paragraph 45(1)(h) which deals with actions given by any statute. This is so because the

Dans *Mastini c. Bell Telephone Co. of Canada et al.*,⁴⁹ le président Jackett a dit que la contrefaçon d’un brevet constituait indubitablement un «délit» ou une «faute» au regard de la common law et un «délit» ou une «faute» au regard de la loi québécoise, même si ces délits ou ces fautes relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada en vertu de la catégorie 22 de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Il est intéressant de noter que le jugement rendu dans cette affaire est antérieur au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.⁵⁰ Quoi qu’il en soit, nous estimons qu’aux fins de la prescription, la contrefaçon d’un brevet est à juste titre qualifiée de délit ou de quasi-délit au regard de la loi québécoise, de sorte que l’article 2261 du C.c.B.-C. rend irrecevable l’action en contrefaçon de brevet qui n’est pas intentée dans le délai de deux ans suivant l’acte reproché⁵¹. Dans l’arrêt *Johnson Controls Inc. c. Varta Batteries Ltd.*,⁵² la présente Cour a déjà statué qu’une action en contrefaçon de brevet intentée en Ontario était assujettie au délai de prescription de six ans de l’alinéa 45(1)(g) de la *Loi sur la prescription*

Patent Act has as its objective, not the punishment of the wrongdoer, but the compensation of the aggrieved party for losses occasioned by the acts of another.

74 A compensation for a loss is akin to tortious liability. Many note the difficulty in defining what constitutes a tort. Linden suggests that the best working definition so far produced is "A tort is a civil wrong, other than a breach of contract, which the law will redress by an award of damages".⁵⁴ Boudouin says for his part [TRANSLATION] "Civil liability entails the obligation to re-establish the broken economic equilibrium and to repara the damage caused to the victim".⁵⁵ These definitions reflect the logic applied in the *Johnson Controls* case and assist us in confirming the choice made in *Mastini* with regard to the notions of "delict" and "quasi-delict".⁵⁶

75 It was later held by the Trial Division of this Court, in *Reeves Brothers Inc. v. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.*,⁵⁷ that if, instead of damages, an accounting of profits is had, Article 2261 does not apply but, rather, the omnibus thirty-year prescription of Article 2241. There, the Trial Judge wrongly characterized the remedy as if it were the cause of action.⁵⁸ In view of the fact that the conclusion in that case was based on an erroneous characterization, we are of the view that *Reeves Brothers Inc.* was wrongly decided and ought no longer to be followed.

76 We conclude that the delay for prescription is governed by the provision of Article 2261 of the C.C.L.C. which prescribes a two-year limitation.

77 Beloit attacks the finding of the Trial Judge that it had knowledge of the infringement since 1975. For the prescription to run, the burden was on GEC, says Beloit, to prove that Beloit was aware of the infringement. It claims that while there might have been evidence about Beloit's general knowledge of the activities of the respondents, there was no evidence as to when Beloit first learned of the sales

*des actions*⁵³ plutôt qu'au délai de prescription de deux ans de l'alinéa 45(1)h), qui traite des actions prévues par toute loi. Il en est ainsi parce que la *Loi sur les brevets* vise non pas à punir l'auteur du délit mais bien à indemniser la partie lésée du préjudice occasionné par les agissements d'autrui.

L'indemnisation du préjudice s'apparente à la responsabilité délictuelle. Plusieurs auteurs soulignent la difficulté de définir ce qui constitue un délit civil. Selon le professeur Linden, la meilleure définition à ce jour est la suivante: «un délit civil est un acte dommageable extra-contractuel, entraînant la responsabilité civile de son auteur, que la loi répare en accordant des dommages-intérêts»⁵⁴. Boudouin affirme pour sa part que «[l]a responsabilité civile entraîne l'obligation de rétablir l'équilibre économique rompu et de réparer le dommage causé à la victime»⁵⁵. Ces définitions reflètent le raisonnement suivi dans l'arrêt *Johnson Controls* et elles nous aident à confirmer le recours aux notions de «délit» et de «quasi-délit» dans la décision *Mastini*⁵⁶.

Subséquemment, dans la décision *Reeves Brothers Inc. c. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.*⁵⁷, la Section de première instance de la présente Cour a statué que si la réparation accordée est la restitution des bénéfices et non des dommages-intérêts, c'est la prescription générale trentenaire de l'article 2241 qui s'applique et non l'article 2261. Dans cette affaire, le juge de première instance a erronément défini la réparation comme s'il s'agissait de la cause d'action⁵⁸. Étant donné que la conclusion dans cette affaire était fondée sur une définition erronée, nous estimons que la décision *Reeves Brothers Inc.* est erronée et qu'elle ne doit plus être suivie.

Nous concluons que le délai de prescription est celui de l'article 2261 du C.c.B.-C., soit un délai de deux ans.

Beloit conteste la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle avait connaissance de la contrefaçon depuis 1975. Elle dit que pour que la prescription puisse courir, il appartenait à GEC de prouver que Beloit était au courant de la contrefaçon. Elle prétend que même s'il pouvait y avoir certains éléments de preuve établissant la connaissance d'ordre général que Beloit avait des activités

and when Beloit first became aware that the DEW triple-nip press section infringed its patent.

78 The evidence shows that Richard J. Regnier, President and General Manager of Beloit Canada, was cross-examined on his affidavit and said:⁵⁹

Q. Were you personally aware of the formation of the joint venture between Valmet and Canadian General Electric that led to the formation of the Defendant Valmet-Dominion Inc.?

A. Yes, I heard about that shortly after it happened.

Q. In early 1984?

A. That is correct.

...

Q. You were aware of its products?

A. Generally I am aware of its products, primarily assets related to paper machines.

Q. I'm sure your Canadian company was well aware of Dominion Engineering and its products before the 1984 joint venture.

A. That is correct.

...

Q. Now, sir, didn't Dominion Engineering Works Limited before the creation of the joint venture that led to V.D.I., didn't that company, Dominion Engineering Works, offer for sale and sell trip-nip press sections in Canada?

A. I believe that is correct.

Q. Did your company ever complain to them about patent infringement?

A. I don't know the answer to that.

Q. Would you check and let me know?

MR. WILSON:⁶⁰ My understanding is that they didn't and that there is now a patent infringement action.

MR. MORROW:⁶¹ Q. How far back does that activity go—the activity by Dominion Engineering in offering for sale and selling trip-nip press sections? I should say: How far back does your company's information as to that activity go?

des intimées, il n'y avait aucune preuve de la date à laquelle Beloit a été informée pour la première fois des ventes ni de la date à laquelle elle a été informée pour la première fois du fait que la presse à triple pince DEW contrefaisait son brevet.

Ainsi qu'il appert de la preuve, Richard J. Regnier, président et directeur général de Beloit Canada, a dit ceci alors qu'il était contre-interrogé sur son affidavit⁵⁹:

[TRADUCTION] Q. Étiez-vous personnellement au courant de la formation de la coentreprise entre Valmet et Canadian General Electric qui a mené à la création de la défenderesse Valmet-Dominion Inc.?

R. Oui, j'en ai entendu parler peu de temps après.

Q. Au début de 1984?

R. C'est exact.

...

Q. Connaissiez-vous ses produits?

R. En général, je suis au courant de ses produits, principalement les éléments d'actif se rapportant aux machines à papier.

Q. Je suis sûr que votre société canadienne était bien renseignée au sujet de Dominion Engineering et de ses produits avant la coentreprise de 1984.

R. C'est exact.

...

Q. Maintenant, Monsieur, Dominion Engineering Works Limited n'a-t-elle pas, avant la création de la coentreprise qui a mené à VDI, cette compagnie, Dominion Engineering Works, n'a-t-elle pas offert en vente et vendu des presses à triple pince au Canada?

R. Je crois que c'est exact.

Q. Votre société n'a-t-elle jamais porté plainte auprès d'elle pour contrefaçon de son brevet?

R. J'ignore la réponse à cette question.

Q. Pourriez-vous vérifier et me le faire savoir?

M^c WILSON⁶⁰: Je suis d'avis qu'ils n'ont pas porté plainte et qu'il y a aujourd'hui une action en contrefaçon de brevet.

M^r MORROW⁶¹: Q. À quand remonte cette activité—l'activité par laquelle Dominion Engineering offrait en vente et vendait des presses à triple pince? Je devrais dire: depuis quand votre société est-elle au courant de cette activité?

78

A. Our information indicates one ordered in 1975, one order in 1980.

Q. And your company. . . neither your company nor Beloit U.S. ever sued Dominion Engineering for patent infringement arising from those activities—correct, sir?

A. I don't believe so.

Q. Shall I take the answer as "no" unless you advise me to the contrary?

A. That's correct.

. . .

Q. I take it, sir, that your company has been aware not only of the existence of the Defendant V.D.I. but also of its activities in the sphere of trip-nip press sections since it was formed—is that right, sir?

A. I believe that is correct.

79 The Supreme Court of Canada has made it clear that tort actions accrue as of the date of their "discoverability". Writing for the Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, Le Dain J. stated:

I am thus of the view that the judgment of the majority in *Kamloops*⁶² laid down a general rule that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence, and that that rule should be followed and applied to the appellant's cause of action in tort against the respondents under the Nova Scotia *Statute of Limitations*. . . .⁶³

. . .

80 The Court, in *Central Trust Co.*, also increased the types of claims that can fall under the discoverability rule, finding no principled reason for distinguishing between an action for property damage (as in *Kamloops*) and an action for recovery of purely financial loss caused by professional negligence. Since *Kamloops* and *Central Trust Co.*, the discoverability rule has enjoyed broad application.⁶⁴

81 With regard to Quebec law, Article 2232 enumerates the causes which suspend the course of prescription:

R. Nos renseignements nous indiquent qu'une machine a été commandée en 1975 et une autre en 1980.

Q. Et votre société . . . ni votre société ni Beloit U.S. n'avez jamais intenté de poursuite contre Dominion Engineering pour contrefaçon de brevet découlant de ces activités—est-ce exact, Monsieur?

R. Je ne crois pas.

Q. Dois-je considérer que votre réponse est «non» à moins que vous ne me disiez le contraire?

R. C'est exact.

. . .

Q. Je comprends, Monsieur, que votre société a été informée non seulement de l'existence de la défenderesse VDI mais aussi de ses activités dans le domaine des presses à triple pince depuis sa formation—est-ce exact, Monsieur?

R. Je crois que c'est exact.

La Cour suprême du Canada a clairement indiqué 79 que la prescription relative aux actions en responsabilité délictuelle commençait à courir à compter de la «possibilité de découvrir le préjudice subi». Dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, le juge Le Dain a dit ceci au nom de la Cour:

Je suis donc d'avis que le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops*⁶² pose une règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait été fait preuve de diligence raisonnable; j'estime en outre qu'on doit suivre cette règle et l'appliquer à la cause d'action délictuelle que possède l'appelante contre les intimés, en vertu de *The Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse⁶³.

. . .

Dans cet arrêt, la Cour suprême a aussi élargi les 80 types de demandes susceptibles de tomber sous le coup de la règle de la possibilité de découvrir le préjudice subi, estimant qu'il n'y avait aucune raison en principe de distinguer entre l'action pour dommages causés à un bien (comme dans *Kamloops*) et l'action en indemnisation pour le préjudice purement financier résultant de la négligence professionnelle. Depuis les arrêts *Kamloops* et *Central Trust Co.*, la règle relative à la possibilité de découvrir le préjudice subi a été largement appliquée⁶⁴.

En ce qui concerne la loi québécoise, l'article 81 2232 énumère les causes de suspension de la prescription:

Art. 2232. Prescription runs against all persons, unless they are included in some exception established by this code, or unless it is absolutely impossible for them in law or in fact to act by themselves or to be represented by others.

82 The Supreme Court of Canada, in *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*,⁶⁵ held that the causes suspending prescription in Article 2232 did not include situations where a creditor lacked the awareness of the legal facts which are the basis of his right of action, unless such lack of awareness results from the debtor's fault. Lamer J. [as he then was], speaking for the Court, wrote:

I am therefore of the view that in general it is rightly so that legal scholars refuse to regard the creditor's lack of awareness of the legal facts which are the basis of his right as constituting an absolute *de facto* impossibility of acting (see Pierre Martineau, *La prescription*, P.U.M., 1977, at pp. 353 *et seq.*). Be that so, there however appears to be as much agreement, and I concur, in recognizing that lack of awareness of the legal facts giving rise to a right, when such lack of awareness results from the debtor's fault, is *de facto* impossibility of acting as provided for in art. 2232, and that the starting point for computing deadlines will be suspended until the creditor is aware of the existence of his right—provided, it should be added, that he acted with the care of a reasonable man.⁶⁶

83 While the test in *Oznaga* is stricter, both *Central Trust Co.* and *Oznaga* require that a plaintiff, who pleads suspension of a limitation period, demonstrate that their lack of awareness of the material facts that give rise to the cause of action exists despite having exercised due diligence. The Trial Judge appears to have inferred that because Beloit was aware of the activities of the respondents, it knew or ought to have known of the infringing sales. He concluded that Beloit "at least with respect to the defendant GEC, was aware of its allegedly infringing activities since approximately 1975".⁶⁷ The appellants did not indicate to us any evidence with regard to their due diligence. Considering that the Trial Judge heard all the evidence, we are more than reluctant to reverse the inference he made on the facts.⁶⁸

84 We conclude that since Beloit filed a statement of claim against VDI, on 4 June 1986, and a statement

Art. 2232. La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par ce code, ou dans l'impossibilité absolue en droit ou en fait d'agir par elles-mêmes ou en se faisant représenter par d'autres.

Dans l'arrêt *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*⁶⁵, la Cour suprême du Canada a statué que les causes de suspension de la prescription prévues à l'article 2232 n'incluaient pas les situations où le créancier ignorait les faits juridiques générateurs de son droit d'action, à moins que cette ignorance ne résulte de la faute du débiteur. Au nom de la Cour, le juge Lamer [alors juge puiné] a écrit:

Ainsi suis-je d'avis que c'est à bon droit que de façon générale les auteurs refusent de considérer l'ignorance, par le créancier, des faits juridiques générateurs de son droit, comme étant une impossibilité absolue en fait d'agir (voir Pierre Martineau, *La prescription*, P.U.M., 1977, aux pp. 353 et ss.). Par ailleurs, on semble tout autant d'accord, et j'y souscris, pour reconnaître que l'ignorance des faits juridiques générateurs de son droit, lorsque cette ignorance résulte d'une faute du débiteur, est une impossibilité en fait d'agir prévue à l'art. 2232 et que le point de départ de la computation des délais sera suspendu jusqu'à ce que le créancier ait eu connaissance de l'existence de son droit, en autant, ajouterais-je, qu'il se soit comporté avec la vigilance du bon père de famille.⁶⁶

Bien que le critère établi dans l'arrêt *Oznaga* soit plus strict, cet arrêt ainsi que l'arrêt *Central Trust Co.* exigent que le demandeur qui invoque la suspension de la prescription prouve qu'il ignorait les faits importants donnant lieu à la cause d'action en dépit de sa diligence raisonnable. Le juge de première instance semble avoir inféré que, du fait de sa connaissance des activités des intimées, Beloit était informée ou aurait dû être informée des ventes arguées de contrefaçon. Il a conclu que Beloit «à l'égard de la défenderesse GEC tout au moins, . . . était au courant de ses activités de contrefaçon depuis 1975 à peu près»⁶⁷. Les appelantes ne nous ont soumis aucun élément de preuve concernant la diligence raisonnable dont elles auraient fait preuve. Considérant que le juge de première instance a entendu l'ensemble de la preuve, nous sommes très réticents à infirmer la conclusion qu'il a tirée à partir des faits.⁶⁸

Nous concluons qu'étant donné que Beloit a déposé une déclaration contre VDI le 4 juin 1986 et

of claim against GEC, on 20 October 1986, any activities of those respondents prior to June 1984 and October 1984, respectively are prescribed.

85 Before dealing with the remaining issues in the appeal, it might be useful to summarize here the conclusions we have reached, based on the foregoing analysis. First, that the Trial Judge correctly found that this Court did not construe claim 1 of the patent in suit to include "high speed" as an element of the invention. Secondly, the manufacture by VDI in Canada of the two machines which were substantially assembled and tested in its Montréal plant and subsequently disassembled in Canada and shipped to South Sabah, Malaysia, for reassembly was a "making" within the terms of section 44 of the Act and was therefore an infringement of the patent in suit. Accordingly, the contrary finding of the Trial Judge was erroneous. Thirdly, the Trial Judge did not err in concluding that VDI did not infringe the patent in suit by supplying spare parts or services to Donohue and Consolidated-Bathurst for the continued running of the press sections. Fourthly, the Trial Judge erred when he concluded that the claims against VDI, the manufacturer of the two South Sabah machines, were statute-barred. Finally, that the Trial Judge was right to conclude that the prescription was a two-year period.

REMEDIES

86 The remaining submissions of the parties all relate to remedies. To these we now give consideration.

1. Accounting of profits

87 In their cross-appeal, the respondents contend that liability for the infringement and the consequential remedy is provided in subsection 55(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 21] of the Act, which reads:

une déclaration contre GEC le 20 octobre 1986, toutes activités de ces intimées antérieures à juin 1984 et octobre 1984, respectivement, sont prescrites.

85 Avant de traiter des autres questions soulevées en appel, il peut être utile de résumer nos conclusions en fonction de l'analyse qui précède. Premièrement, le juge de première instance a conclu à juste titre que la présente Cour n'a pas interprété la revendication n° 1 du brevet en cause comme incluant la «grande vitesse» à titre d'élément constitutif de l'invention. Deuxièmement, la fabrication par VDI au Canada de deux machines en grande partie assemblées et vérifiées à son usine de Montréal et subséquemment démontées au Canada pour être expédiées au Sabah du Sud, en Malaysia, afin d'y être réassemblées, constitue une «fabrication» au sens de l'article 44 de la Loi et, par conséquent, une contrefaçon du brevet en cause. En conséquence, la conclusion contraire du juge de première instance était erronée. Troisièmement, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que VDI n'a pas contrefait le brevet en cause en fournissant des pièces de rechange ou des services à Donohue et Consolidated-Bathurst pour assurer le fonctionnement continu des presses. Quatrièmement, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les chefs de demande contre VDI, le fabricant des deux machines destinées au Sabah du Sud, étaient prescrites. Enfin, le juge de première instance a conclu à juste titre que le délai de prescription était de deux ans.

LES RÉPARATIONS

86 Les autres arguments des parties se rapportent tous à la question des réparations, que nous allons maintenant examiner.

1. Restitution des bénéfices

87 Dans leur appel incident, les intimées prétendent que la responsabilité pour contrefaçon et la réparation corrélative sont prévues au paragraphe 55(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 21] de la Loi, qui dispose:

55. (1) Any person who infringes a patent is

(a) liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damages sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement; and

(b) liable to pay reasonable compensation to the patentee and to all persons claiming under the patentee for any damages sustained by the patentee or by any such person by reason of any act on his part, after the application for the patent became open to the inspection of the public under section 10 and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to the inspection of the public under that section. [Emphasis added.]

88 It is the respondents' view that a remedy in damages is the only remedy available to a patentee once infringement has been found and that this Court is without jurisdiction to grant any other. They support this contention by referring to subsection 54(1) of the Act which gives jurisdiction to provincial superior courts to award the "amount of the damages claimed" in an infringement action.

89 Relying on the decision of the Trial Division in *Irving Refining Ltd. v. National Harbours Board*,⁶⁹ the respondents say that subsection 57(1) of the Act cannot be invoked to ground the remedy of accounting of profits as a remedy in actions for infringement of a patent. For convenience, we reproduce that subsection here:

57. (1) In any action for infringement of a patent, the court, or any judge thereof, may, on the application of the plaintiff or defendant, make such order as the court or judge sees fit,

(a) restraining or enjoining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject-matter of the patent, and for his punishment in the event of disobedience of that order, or

(b) for and respecting inspection of account,

and generally, respecting the proceedings in the action. [Emphasis added.]

90 It is the respondents' contention that the use of the phrases an "order" "respecting the proceedings in the action" and the words on "application of the plaintiff or defendant" in this subsection, all indicate

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci de tous dommages-intérêts que cette contrefaçon a fait subir à ces personnes après l'octroi du brevet. Il est également responsable envers ceux-ci, à concurrence d'une indemnité raisonnable, des dommages-intérêts qu'un acte de sa part leur a fait subir entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible sous le régime de l'article 10 et l'octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été accordé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible. [Non souligné dans l'original.]

88 Les intimées prétendent que le recours en dommages-intérêts est le seul recours dont le breveté peut se prévaloir une fois que la contrefaçon a été établie, et que la présente Cour n'a pas compétence pour accorder une autre réparation. Elles fondent leurs prétentions sur le paragraphe 54(1) de la Loi qui donne compétence aux cours supérieures provinciales pour octroyer le «montant des dommages-intérêts réclamés» dans une action en contrefaçon.

89 Se fondant sur la décision de la Section de première instance *Irving Refining Ltd. c. Le Conseil des ports nationaux*,⁶⁹ les intimées disent que le paragraphe 57(1) de la Loi ne peut être invoqué pour fonder la restitution des bénéfices dans des actions en contrefaçon de brevet. Pour plus de commodité, nous reproduisons ce paragraphe:

57. (1) Dans toute action en contrefaçon de brevet, le tribunal, ou l'un de ses juges, peut, sur requête du plaignant ou du défendeur, rendre l'ordonnance qu'il juge à propos de rendre:

a) pour interdire ou défendre à la partie adverse de continuer à exploiter, fabriquer ou vendre l'article qui fait l'objet du brevet, et pour prescrire la peine à subir dans le cas de désobéissance à cette ordonnance;

b) pour les fins et à l'égard de l'inspection ou du règlement de comptes,

et d'une façon générale, quant aux procédures de l'action. [Non souligné dans l'original.]

90 Les intimées prétendent que, dans ce paragraphe, l'emploi des mots «l'ordonnance», «quant aux procédures de l'action» et «sur requête» du plaignant ou du défendeur indique l'intention du législateur d'ac-

an intention by Parliament to provide remedies in interlocutory proceedings and not in final proceedings commenced by statement of claim. According to the respondent, the word "account" is meant to facilitate the calculation of damages awarded pursuant to subsection 55(1) of the Act.

corder une réparation dans une instance interlocutoire et non dans une instance finale intentée par voie de déclaration. Selon les intimées, le terme «règlement de comptes» vise à faciliter le calcul des dommages-intérêts octroyés en vertu du paragraphe 55(1) de la Loi.

91 The respondents also refer to the decision of the Trial Division in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*⁷⁰ where Collier J. held that the use of the word "account" in paragraph 57(1)(b) [then paragraph 59(1)(b)] embraces the more technical "accounting of profits" and allows for the remedy in patent infringement cases. They remark that Collier J. declined to grant the remedy in that case and that his refusal was upheld by the Supreme Court of Canada.⁷¹ In any case, they contend that Collier J. was wrong to read into paragraph 57(1)(b) of the Act, the word "profits".⁷²

Les intimées citent aussi la décision de la Section 91 de première instance dans *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*⁷⁰, dans laquelle le juge Collier a statué que l'emploi du mot «comptes» à l'alinéa 57(1)(b) [auparavant l'alinéa 59(1)(b)] englobe la «comptabilisation des bénéfices» plus technique et autorise cette réparation dans les affaires de contrefaçon de brevet. Les intimées soulignent que le juge Collier a refusé d'accorder cette réparation en l'espèce et que sa décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada⁷¹. En tout état de cause, elles prétendent que le juge Collier a eu tort d'interpréter l'alinéa 57(1)(b) de la Loi comme incluant le mot «bénéfices»⁷².

92 The respondents then contrast paragraph 57(1)(b) of the Act with section 53.2 of the *Trade-marks Act*⁷³ and subsections 34(1) and 35(1) of the *Copyright Act*⁷⁴ where the remedy of an accounting of "profits" is provided *eo nomine*. Based on the references in those statutes, the respondents contend that the use of the word "accounts" in paragraph 57(1)(b) of the Act should be construed as providing for an order of accounting for the number and the value of the infringing articles sold by the defendant in lieu of an interlocutory injunction.

Les intimées opposent l'alinéa 57(1)(b) de la Loi à 92 l'article 53.2 de la *Loi sur les marques de commerce*⁷³ et aux paragraphes 34(1) et 35(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*⁷⁴, où la restitution des «bénéfices» est expressément prévue. Se fondant sur le libellé de ces lois, les intimées soutiennent que l'emploi du mot «comptes» à l'alinéa 57(1)(b) de la Loi devrait être interprété comme prévoyant une ordonnance de comptabilisation du nombre et de la valeur des articles argués de contrefaçon vendus par la défenderesse, au lieu d'une injonction interlocutoire.

93 The respondents contend further that since, in their view, the Act does not award a remedy of accounting of profits for an infringement action, section 20 [as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34] of the *Federal Court Act* cannot do so. In support of this contention, they rely on the decisions of the Exchequer Court and the Supreme Court of Canada in *Radio Corp. of America v. Philco Corp. (Delaware)*,⁷⁵ a case involving conflicting applications for patents. Jackett P., as he then was, expressed the view that section 21 of the *Exchequer Court Act* [R.S.C. 1952, c. 98] (now section 20 of the *Federal Court Act*) confers jurisdiction on the Court only where a right to relief is expressly given by the *Patent Act* [R.S.C. 1952, c. 203]. In the

Les intimées prétendent en outre qu'étant donné 93 que la Loi n'accorde pas, à leur avis, la restitution des bénéfices dans le cas d'une action en contrefaçon, l'article 20 [mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34] de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut le faire. Pour étayer cette prétention, elles se fondent sur les décisions rendues par la Cour de l'Échiquier et la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Radio Corp. of America v. Philco Corp. (Delaware)*⁷⁵ portant sur un conflit de demandes de brevet. Le président Jackett, plus tard juge en chef de la Cour fédérale, a estimé que l'article 21 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* [S.R.C. 1952, ch. 98] (aujourd'hui l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*) ne confère compétence à la Cour que lorsque la *Loi sur les*

Supreme Court of Canada, Martland J., wrote for the Court, at page 304:

The important point is, however, that, since 1923, Parliament has made it clear in the provisions of the various *Patent Acts* that, notwithstanding the jurisdiction conferred by the *Exchequer Court Act* upon the Exchequer Court to deal with conflicting patent applications, the right to seek redress in that Court by an applicant is governed and limited by the provisions of the *Patent Act* respecting conflicting applications. The conclusion which I draw from the legislative history of the provisions of the *Patent Act* respecting conflicting applications is that, although jurisdiction is conferred upon the Exchequer Court by s. 21 of the *Exchequer Court Act* in cases of conflicting applications for a patent, the right of a party involved in such a conflict to attack the patent application of another party is governed by s. 45 and such party is restricted to such rights as are conferred by that section.

94 By analogy with this passage, the respondents assert that unlike paragraph 18(1)(a) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4) of the *Federal Court Act*, section 20 of the same Act does not create a right to relief and, as well, confer jurisdiction on the Court.

95 For its part, the appellants contend that there is an express provision in the Act providing for the award of a remedy of an accounting of profits in infringement cases. First, they adopt the reasoning of Collier J. in *Consolboard*, *supra*, and point to several subsequent decisions of this Court in which the reasoning in *Consolboard* has been applied, including the recent decision of this Court in *AlliedSignal v. Du Pont*.⁷⁶ Furthermore, they say that by virtue of sections 3 and 20 of the *Federal Court Act*, where the subject-matter is otherwise within the jurisdiction of the Court, where equitable principles are applicable to the issue and where no statutory authority bars jurisdiction, this Court has the authority to enforce all remedies available to it as a court of law and equity. In support of this argument, the appellants refer to three decisions of the Trial Division.⁷⁷ Finally, the appellants assert that authority for the grant of the remedy of accounting of profits in an action for patent infringement may be found in subsection 20(2) of the *Federal Court Act*, which reads:

brevets [S.R.C. 1952, ch. 203] accorde expressément une mesure de redressement. À la page 304, au nom de la Cour suprême du Canada, le juge Martland a écrit:

[TRADUCTION] Toutefois, il importe de souligner que depuis 1923, le Parlement a indiqué clairement dans les dispositions des différentes lois sur les brevets que, notwithstanding la compétence conférée par la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* à cette Cour pour traiter des conflits de demandes de brevet, le droit d'un requérant d'obtenir un redressement devant cette Cour est régi et limité par les dispositions de la *Loi sur les brevets* concernant les demandes conflictuelles. La conclusion que je tire de l'histoire législatif des dispositions de la *Loi sur les brevets* concernant les conflits de demandes est que bien que l'article 21 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* confère une compétence à cette Cour dans les affaires de conflits de demandes de brevet, le droit d'une partie concernée par un tel conflit de contester la demande de brevet d'une autre partie est régi par l'article 45 et cette partie est limitée aux droits qu'accorde cet article.

94 Par analogie avec ce passage, les intimées affirment que contrairement à l'alinéa 18(1)(a) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'article 20 de cette même Loi ne crée pas de droit à réparation et ne confère donc aucune compétence à la Cour.

95 Pour leur part, les appelantes prétendent que la Loi renferme une disposition expresse prévoyant la possibilité d'accorder la restitution des bénéfices dans les affaires de contrefaçon. Premièrement, elles adoptent le raisonnement du juge Collier dans la décision *Consolboard*, précitée, et invoquent plusieurs décisions subséquentes de la présente Cour dans lesquelles le raisonnement suivi dans *Consolboard* a été appliqué, y compris la décision récente *AlliedSignal c. Du Pont*⁷⁶. En outre, elles affirment qu'en vertu des articles 3 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68] et 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsque l'objet se trouve par ailleurs dans les limites de la compétence de la Cour, lorsque des principes d'*equity* s'appliquent à la question et lorsque aucun pouvoir prévu par une loi ne lui enlève la compétence, la présente Cour a le pouvoir d'accorder toutes les réparations qu'elle peut accorder en tant que tribunal de droit et d'*equity*. À l'appui de cet argument, les appelantes citent trois décisions de la Section de première instance⁷⁷. Enfin, les appelantes affirment que le pouvoir d'accorder la restitution des bénéfices dans une action en contrefaçon de brevet

découle du paragraphe 20(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui dispose:

20. . . .

(2) The Trial Division has concurrent jurisdiction in all cases, other than those mentioned in subsection (1), in which a remedy is sought under the authority of any Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent of invention, copyright, trade-mark, industrial design or topography referred to in paragraph (1)(a).

20. . . .

(2) La Section de première instance a compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visés par le paragraphe (1) relativement à un brevet d'invention, un droit d'auteur, une marque de commerce, un dessin industriel ou une topographie au sens de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*.

96 A review of the jurisprudence and the literature discloses that this Division of the Court has never confronted squarely the issue whether the Court has jurisdiction to award the remedy of an accounting of profits in an action for infringement of a patent. Some commentators have questioned whether the Act does indeed provide for the award of such a remedy in patent infringement cases. See, G. A. Macklin, Q.C., "Relief in Intellectual Property Actions";⁷⁸ and D. H. MacOdrum, "Entitlement to an Accounting of Profits".⁷⁹

96 Une étude de la jurisprudence et de la doctrine révèle que la présente Section de la Cour n'a jamais abordé directement la question de savoir si la Cour a compétence pour accorder la restitution des bénéfices dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet. Certains auteurs se sont demandés si la Loi prévoyait de fait la possibilité d'accorder ce type de réparation en matière de contrefaçon de brevet. Voir G. A. Macklin, c.r., «Relief in Intellectual Property Actions»⁷⁸, et D. H. MacOdrum, «Entitlement to an Accounting of Profits»⁷⁹.

97 In our view, the time has come to put the issue to rest in this Court. For the reasons that follow, we are all of the view that this Court does have and has always had jurisdiction to award the remedy of accounting of profits and that that jurisdiction is found in paragraph 57(1)(b) of the Act and in sections 3 and 20 of the *Federal Court Act*.

97 À notre avis, le moment est venu pour la Cour de régler cette question. Pour les motifs qui suivent, nous estimons que la Cour a et a toujours eu compétence pour accorder la restitution des bénéfices et que cette compétence découle de l'alinéa 57(1)b) de la Loi ainsi que des articles 3 et 20 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

(a) History of the remedy of accounting

a) Historique de la réparation par restitution des bénéfices

98 A brief review of the history of the remedy might serve as a useful starting point for analysis.

98 Un aperçu de l'historique de cette réparation pourrait servir de point de départ utile pour l'analyse.

99 The remedy of accounting has existed as an action at common law since at least the year 1200, although originally it was limited to actions against bailiffs, guardians in socage or receivers.⁸⁰ Prior to 1760, the Court of Chancery had concurrent jurisdiction with the common law courts to order an account in certain cases where such remedy was necessary to assert a legal right.

99 La réparation par restitution existe en tant qu'action en common law depuis l'an 1200 au moins bien qu'à l'origine elle se soit limitée aux actions contre les huissiers, les gardiens en socage ou les séquestres⁸⁰. Avant 1760, la Cour de chancellerie avait compétence concurrente avec les tribunaux de common law pour ordonner la restitution dans certains cas lorsque cette réparation était nécessaire pour faire valoir un droit reconnu par la common law.

100 The equitable remedy of an account was granted against the infringer of a patent, copyright or trade

100 Dans le cadre de l'*equity*, la restitution était accordée à l'encontre de la personne qui avait violé un

mark, on the premise that the infringer acted as the agent of the owner of the right and was therefore obliged to account for the profits earned through the infringement. Accordingly, the owner of a patent who claimed an account of profits was considered to have condoned the infringement and could not claim damages in addition to the account.⁸¹ The House of Lords then determined that the plaintiff in an action for infringement of a patent, having succeeded, is entitled to an election either for damages or an account of profits.⁸² Since 1858, the remedy of accounting, therefore, continues to exist as an equitable remedy in patent infringement cases within the jurisdiction of courts vested with the authority to administer both law and equity.

(b) Legislative history of subsection 57(1) of the Act

101 The first Patent Act of Lower Canada enacted in 1824 and entitled *An Act to promote the progress of useful Arts in this Province*⁸³ predated by some 28 years the first English statute to codify into statutory form the English Patent Laws (the *Patent Act* of 1852), subject to the *Statute of Monopolies* [21 Jac. 1, c. 3] of 1623. Consequently, the original Canadian Acts governing patents were modelled after the United States Acts of 1790, 1793 and 1836. Upper Canada passed its first Patent Act in 1826⁸⁴ and in 1849, the two Acts were consolidated.⁸⁵ However, it was not until the first post-Confederation Patent Act that the remedy of accounting appeared in the Statute.⁸⁶ Although *The Patent Act of 1869* was clearly modelled after the U.S. Patent Act of 1836,⁸⁷ the language in section 24 is almost identical to that in section 42 of the British Patent Act of 1852.⁸⁸ The relevant section of the *The Patent Act of 1869* reads:

24. An action for the infringement of a Patent may be brought before any Court of Record having jurisdiction to the amount of damages asked for and having its sittings within the Province in which the infringement is said to have taken place, and being at the same time, of the Courts of such jurisdiction within such Province, the one of which the place of holding is nearest to the place of residence or of business of the defendant; and such Court

brevet, un droit d'auteur ou une marque de commerce au motif que celle-ci avait agi à titre de mandataire du titulaire du droit auquel il avait été porté atteinte et qu'elle était donc tenue de rendre compte des bénéfices réalisés par suite de cette atteinte. En conséquence, on considérerait que le titulaire de brevet qui demandait une restitution des bénéfices avait admis l'atteinte et ne pouvait réclamer des dommages-intérêts en sus de la restitution⁸¹. La Chambre des lords a ensuite décidé que dans une action en contrefaçon de brevet, le demandeur qui a gain de cause a le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices⁸². Depuis 1858, la restitution continue donc d'exister à titre de réparation d'*equity* dans les affaires de contrefaçon de brevet relevant de la compétence des tribunaux investis du pouvoir de statuer en droit et en *equity*.

b) Historique législatif du paragraphe 57(1) de la Loi

La première loi du Bas-Canada sur les brevets 101 édictée en 1824 et intitulée *Acte pour encourager les progrès des Arts utiles en cette Province*⁸³ précède de quelque 28 ans la première loi anglaise qui a codifié le droit anglais des brevets (la *Patent Act* de 1852), sous réserve de la *Statute of Monopolies* [21 Jac. 1, c. 3] de 1623. En conséquence, les lois canadiennes régissant initialement les brevets se sont inspirées des lois américaines de 1790, 1793 et 1836. Le Haut-Canada a adopté sa première loi sur les brevets en 1826⁸⁴ et en 1849, les deux lois ont été refondues⁸⁵. Toutefois, la restitution n'est apparue qu'avec la première loi sur les brevets postérieure à la Confédération⁸⁶. Même si *L'Acte des brevets de 1869* s'inspire manifestement de la *Patent Act* américaine de 1836⁸⁷, le libellé de l'article 24 est presque identique à celui de l'article 42 de la *British Patent Act* de 1852⁸⁸. La disposition pertinente de *L'Acte des brevets de 1869* canadien dispose:

24. Il pourra être porté une action pour contrefaçon de brevet devant tout tribunal ayant juridiction jusqu'à concurrence des dommages-intérêts réclamés et siégeant dans la province où la contrefaçon sera représentée avoir été commise, et se trouvant, des tribunaux qui auront une telle juridiction dans cette province, celui dont le siège sera le plus près du lieu de résidence ou d'affaire du défendeur; et ce tribunal prononcera et adjugera les dé-

shall decide the case and determine as to costs; n [sic] any action for the infringement of a Patent, the Court, if sitting, or any judge thereof in Chambers if the Court be not sitting may, on the application of the plaintiff or defendant respectively, make such order for an injunction, restraining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject matter of the patent, and for his punishment in the event of the disobedience to such order, or for inspection or account, and respecting the same and the proceedings in the action, as the Court of Judge may see fit;—but from such order an appeal shall lie under the same circumstances and to the same Court, as from other judgments or orders of the Court in which the order was made. [Emphasis added.]

pens; dans toute action pour contrefaçon de brevet, le tribunal, s'il siège, ou un de ses juges en chambre, si le tribunal n'est pas en session, pourra, sur requête soit du demandeur, soit du défendeur, rendre tel ordre d'injonction, interdisant à la partie adverse l'usage, la manufacture ou la vente de la chose brevetée et portant une peine en cas de transgression du dit ordre, ou rendre tel ordre d'inspection, ou de production de compte, et tel ordre concernant ces choses et les procédures dans la cause, que le tribunal ou le juge croira justes; mais on pourra interjeter appel de cet ordre, dans les circonstances et au tribunal où se porteront les appels des jugements et ordres du tribunal qui aura décerné cet ordre. [Non souligné dans l'original.]

102 The corresponding section in the English Patent Act of 1852 reads:

L'article correspondant de la Patent Act de 1852 102 dispose:

XLII. In any Action in any of Her Majesty's Superior Courts of Record at Westminster and in Dublin for the Infringement of Letters Patent, it shall be lawful for the Court in which such Action is pending, if the Court be then sitting, or if the Court be not sitting then for a Judge of such Court, on the Application of the Plaintiff or Defendant respectively, to make such Order for an Injunction, Inspection, or Account, and to give such Direction respecting such Action, Injunction, Inspection, and Account, and the Proceedings therein respectively, as to such Court or Judge may seem fit. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] XLII. Dans toute action intentée devant une des cours supérieures d'archives de Sa Majesté à Westminster et à Dublin relativement à la contrefaçon de lettres patentes, la Cour, devant laquelle cette action est en instance, est autorisée, si elle siège ou, un juge de cette Cour si elle ne siège pas, sur requête du demandeur ou du défendeur, respectivement, à rendre une ordonnance d'injonction, d'inspection ou de restitution et à donner les directives relatives à l'action, l'injonction, l'inspection et la restitution et aux procédures y afférentes respectivement, que cette Cour ou ce juge estime appropriée. [Non souligné dans l'original.]

103 It should be noticed that the U.S. Patent Act of 1836, which in all other respects is comparable to the Canadian Patent Act of 1869,⁸⁹ makes no mention of an inspection or account.⁹⁰ Based on the foregoing comparison, we infer that Parliament clearly intended to adopt the English law respecting the remedy of accounting in patent infringement cases.

Il est à remarquer que la Patent Act américaine de 103 1836, qui à tous autres égards est comparable à *L'Acte des brevets de 1869* canadien⁸⁹, ne fait aucunement mention d'une inspection ou d'une restitution⁹⁰. De la comparaison qui précède, nous inférons que le Parlement avait manifestement l'intention d'adopter le droit anglais relativement à la réparation par restitution dans les affaires de contrefaçon de brevet.

104 We acknowledge that contemporary Canadian and English legislation differ in respect of the remedy of accounting for profits in patent infringement cases.⁹¹ Nonetheless, it is our view that the earlier English authorities, based on statutory provisions almost identical to Canadian legislation, are persuasive in interpreting the latter. Similarly, Australian jurisprudence is equally persuasive to the extent that the provision in the Australian Patent Act provides for the relief of accounting in an infringement action.⁹²

Nous reconnaissons que les lois canadiennes et 104 anglaises actuelles diffèrent au chapitre de la réparation par restitution des bénéfices en matière de contrefaçon de brevet⁹¹. Néanmoins, nous sommes d'avis que la jurisprudence anglaise antérieure, fondée sur des dispositions presque identiques à la loi canadienne, peut servir à l'interprétation de celle-ci. De même, la jurisprudence australienne peut aussi être utile dans la mesure où la disposition de la loi sur les brevets de l'Australie prévoit la réparation par restitution des bénéfices dans une action en contrefaçon⁹².

105 We reject the argument that English authorities respecting the remedy of accounting are of no assistance because the basis for the grant of patents in England was the Crown prerogative, but in Canada the grant and the remedies are statutory.⁹³ In our view, the origin of the right to a patent remains one of prerogative even if it is merged in the statutory right.⁹⁴

106 The respondents' final contention on this issue is that sections 3 and 20 of the *Federal Court Act* cannot provide for the remedy because it is not expressly granted by the *Patent Act*. In support of that contention, the respondents place great reliance upon *Philco, supra* [note 75], in which Jackett P., stated, at page 214:

No right to obtain relief from a Court in respect thereto exists except where such right has been conferred expressly or impliedly by some statute and, as far as I am aware, the only statute that deals with such applications is the *Patent Act* itself.

107 The short answer to that contention is that the remedy is expressly provided for in paragraph 57(1)(b) of the *Patent Act*. Since the remedy of accounting is an equitable remedy and section 20 of the *Federal Court Act* confers upon this Court the authority to grant equitable remedies, we are of the view that the Court does have jurisdiction to grant the remedy to successful patentees in infringement cases, in a proper case.

108 It should be noticed that the remedies of injunction and account provided in paragraphs (a) and (b) of subsection 57(1) of the Act were both developed in the Courts of Equity.⁹⁵

(c) Whether the remedy of accounting of profits is discretionary and, if so, whether the Trial Judge exercised his discretion judicially in refusing the remedy

109 The appellants do not challenge the assertion that the Court has the discretion to award or refuse the equitable remedy of an accounting of profits. Indeed

Nous rejetons l'argument selon lequel la jurisprudence anglaise en matière de restitution des bénéfices n'est d'aucun secours au motif qu'en Angleterre l'octroi de brevets relevait de la prérogative royale alors qu'au Canada l'octroi des brevets et les réparations procèdent d'une loi⁹³. À notre avis, le droit d'obtenir un brevet participe toujours de la nature de la prérogative même s'il a été incorporé dans une loi⁹⁴.

Enfin, au sujet de cette question, les intimées 106 prétendent que les articles 3 et 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peuvent permettre d'accorder la réparation en cause parce que la *Loi sur les brevets* ne le prévoit pas expressément. À l'appui de cette prétention, les intimées se fondent essentiellement sur le jugement rendu dans *Philco*, précité [note 75], où le président Jackett, plus tard juge en chef, dit à la page 214:

[TRADUCTION] Il n'existe pas de droit d'obtenir auprès d'un tribunal une réparation à cet égard sauf lorsque ce droit a été conféré expressément ou implicitement par une loi et, pour autant que je sache, la seule loi qui traite de ces requête est la *Loi sur les brevets* elle-même.

La réponse brève à cette prétention est que la 107 réparation est expressément prévue à l'alinéa 57(1)b) de la *Loi sur les brevets*. Étant donné que la restitution est une réparation d'*equity* et que l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la présente Cour le pouvoir d'accorder des réparations d'*equity*, nous estimons que la Cour a compétence pour accorder cette réparation aux brevetés qui ont gain de cause dans les affaires de contrefaçon, si cela est opportun.

Il est à remarquer que les recours en injonction et 108 en restitution prévus aux alinéas a) et b) du paragraphe 57(1) de la Loi ont tous deux été créés par les cours d'*equity*⁹⁵.

c) La réparation par restitution des bénéfices est-elle discrétionnaire et, dans l'affirmative, le juge de première instance a-t-il exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en la refusant?

Les appelantes ne contestent pas le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder ou de refuser le 109 recours en *equity* que constitue la restitution des

the appellants could not properly do so, having regard to the permissive language of paragraph 57(1)(b) of the Act. Instead, the appellants contend that the discretion to award the equitable remedy of an accounting of profits is limited. They contend that in a patent infringement action a successful plaintiff is *prima facie* entitled to elect damages or an accounting of profits.⁹⁶ They contend further that having elected the remedy of accounting for profits in its statement of claim and not being in breach of any of the applicable principles of equity (clean hands, laches or acquiescence) they were entitled to the equitable relief as of right.⁹⁷ The appellants contend finally that the Trial Judge erred in refusing the remedy on the basis of the factors he considered, namely, the complexity and inordinate length of the actions, delay by the appellants in bringing the actions after they became aware of the infringement, and the fact that the infringement complained of all occurred while the patent in suit had been declared invalid at first instance, when the decision at first instance was reversed.

110 For their part, the respondents contend that if the remedy of an accounting of profits is available, that remedy is discretionary and that this Court should not interfere with the Trial Judge's refusal to grant the remedy unless it was satisfied that the Trial Judge made some palpable or overriding error which affected the exercise of his discretion. They contend further that the Trial Judge exercised his discretion on proper principles by considering the following factors; the appellants' delay in instituting the actions, the fact that the appellants were aware of the infringement some time before commencing the actions and, the fact that an accounting of profits would be inconvenient and lead to considerable expense and delay. Reliance is placed on the decision of the Supreme Court of Canada in *Consolboard*, *supra*, and of this Court in *AlliedSignal Inc. v. Du Pont Canada Inc.*⁹⁸ They contend finally that the remedy of accounting of profits should not be granted since all of the three-nip press section contracts were undertaken when the patent had been found to be invalid by the Court and, there was no evidence that Beloit had bid for any of the GEC contracts in suit.

bénéfices, ce que le libellé facultatif de l'alinéa 57(1)(b) de la Loi ne leur permettait d'ailleurs pas de faire. Elles prétendent plutôt que ce pouvoir discrétionnaire est limité. Elles soutiennent que dans une action en contrefaçon, le demandeur qui a gain de cause a le droit *prima facie* de choisir entre les dommages-intérêts et la restitution des bénéfiques⁹⁶. Elles ajoutent qu'ayant choisi la restitution des bénéfiques dans leurs déclarations et n'ayant violé aucun des principes d'*equity* applicables (mains nettes, inertie ou assentiment), elles ont pleinement droit à ce recours⁹⁷. Enfin, les appelantes prétendent que le juge de première instance a commis une erreur en refusant le recours sur la base des facteurs dont il a tenu compte, savoir la complexité et la durée excessive des actions, le retard des appelantes à intenter les actions après avoir été informées de la contrefaçon et le fait que la contrefaçon reprochée s'est produite alors que le brevet en cause avait été déclaré invalide en première instance et que cette décision de première instance a par la suite été infirmée.

Pour leur part, les intimées prétendent que s'il est possible d'accorder la réparation par restitution des bénéfiques, ce recours est discrétionnaire et que la présente Cour ne devrait pas modifier la décision du juge de première instance de refuser de l'accorder à moins qu'elle ne soit convaincue que ce dernier a commis une erreur manifeste ou dominante qui a faussé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. En outre, elles prétendent que le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée en tenant compte des facteurs suivants: le retard des appelantes à intenter les actions, le fait que les appelantes ont été informées de la contrefaçon un certain temps avant d'intenter les actions et le fait que la restitution des bénéfiques serait peu commode et entraînerait des frais et des retards considérables. Les intimées se fondent sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Consolboard*, précité, et celui de la présente Cour dans *AlliedSignal Inc. c. Du Pont Canada Inc.*⁹⁸. Enfin, elles prétendent que le recours en restitution des bénéfiques ne devrait pas être octroyé étant donné que tous les contrats relatifs à la presse à triple pince ont été conclus alors que le brevet avait été jugé invalide par la Cour et qu'il n'y avait aucune preuve que Beloit avait soumissionné pour l'un des contrats de GEC en cause.

111 The appellants rely on English authorities to establish that a successful plaintiff has a *prima facie* right to elect an accounting of profits. However, without commenting on the efficacy of those authorities, we note that the jurisprudence in this Court, by which we are bound, is that “the choice between the two remedies [damages or accounting profits] cannot be left entirely to the successful plaintiff”.⁹⁹ In *Unilever PLC v. Proctor & Gamble Inc.*,¹⁰⁰ this Court held that the decision to award an accounting of profits in patent cases is within the discretion of the judge or prothonotary. That case affirmed the earlier decision of this Court in *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*,¹⁰¹ where Mahoney J.A. stated that “(t)he award of the option of an election of profits is, in any event, clearly discretionary”. The jurisprudence of this Court has identified several circumstances under which an accounting of profits may reasonably be refused, such as excessive delay and any misconduct on the part of the patentee. In the present case, the Trial Judge chose not to grant the accounting of profits on the basis that there was a lengthy delay in the proceedings; that the relief would lead to further delay and expense; and, that the infringing parties acted in good faith when they entered the contracts in suit at a time when the Trial Division of this Court had decided that the patent in suit was invalid.

112 We examine in turn each of the factors which the Trial Judge considered in exercising his discretion to refuse the remedy.

The complexity and inordinate length of the actions:

113 While it is true that there is no rule or principle of equity by which the successful patentee is to be denied an equitable remedy due to the inordinate length or complexity of the proceedings, both the British and Canadian courts have repeatedly expressed their concern for the inefficiency of such a remedy in patent infringement, cases. In *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy*

111 Les appelantes se fondent sur la jurisprudence anglaise pour établir que le demandeur qui a gain de cause dispose du droit *prima facie* de choisir la restitution des bénéfices. Toutefois, sans nous prononcer sur l'autorité de cette jurisprudence, nous soulignons que la jurisprudence de la présente Cour, par laquelle nous sommes liés, porte que «le choix entre les deux redressements [dommages-intérêts ou restitution des bénéfices] ne peut être laissé entièrement à la discrétion de la partie demanderesse qui a gain de cause»⁹⁹. Dans l'arrêt *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.*¹⁰⁰, la présente Cour a statué que la décision d'accorder la restitution des bénéfices dans les affaires de brevet relève du pouvoir discrétionnaire du juge ou du protonotaire. Cet arrêt confirmait l'arrêt antérieur de la présente Cour *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*¹⁰¹, où le juge Mahoney, J.C.A., a dit que «la comptabilisation des bénéfices est un redressement de nature nettement discrétionnaire». La jurisprudence de la présente Cour a relevé certaines circonstances dans lesquelles la restitution des bénéfices peut raisonnablement être refusée, telles que le retard excessif et toute mauvaise conduite de la part du breveté. En l'espèce, le juge de première instance a choisi de ne pas accorder de restitution des bénéfices parce que l'instance durait depuis longtemps, que ce recours pouvait entraîner d'autres retards et frais, et que les parties censées avoir commis la contrefaçon avaient agi de bonne foi lorsqu'elles avaient conclu les contrats en cause alors que la Section de première instance de la présente Cour avait déclaré le brevet en cause invalide.

112 Nous examinerons maintenant chacun des facteurs que le juge de première instance a pris en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la réparation en cause.

La complexité et la durée excessive des actions:

113 Bien qu'il soit vrai qu'il n'y ait aucune règle ni aucun principe d'*equity* en vertu duquel un breveté qui a gain de cause doit se voir refuser un recours en raison de la durée excessive ou de la complexité d'une instance, les tribunaux tant britanniques que canadiens ont maintes fois exprimé leurs préoccupations à l'égard de l'inefficacité d'une telle réparation dans des affaires de contrefaçon de brevet. Dans

Resources Corp.,¹⁰² Létourneau J.A. noted some of the inconveniences associated with an accounting of profits:

It is trite to say that the exercise of this remedy has been associated with a number of practical difficulties which have somewhat diminished its usefulness. As early as 1892, Lindley L.J., of the English Court of Appeal, wrote:

The Plaintiff therefore was perfectly within his right in electing, as he did in this case, to have an account of profits; but I do not know any form of account which is more difficult to work out, or may be more difficult to work out than an account of profits. One sees it—and I personally have seen a good deal of it—in partnership cases where the capital of a deceased or outgoing partner has been left in the trade; an account has been directed of the profits made in respect of his capital, which is something like the profits made in respect of an invention, and the difficulty of finding out how much profit is attributable to any one source is extremely great—so great that accounts in that form very seldom result in anything satisfactory to anybody. The litigation is enormous, the expense is great, and the time consumed is out of all proportion to the advantage ultimately attained; so much so that in partnership cases I confess I never knew an account in that form worked out with satisfaction to anybody. I believe in almost every case people get tired of it and get disgusted. Therefore, although the law is that a Patentee has a right to elect which course he will take, as a matter of business he would generally be inclined to take an inquiry as to damages, rather than launch upon an inquiry as to profits (*Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), at pp. 162-163).

The remedy often leads to a relitigation of the nature and extent of the infringement in an attempt to minimize the amount of profits made from it or to obtain apportionment. It also gives rise to litigation in the determination of the secondary benefits, i.e., the level and amount of earnings made on the profits by a defendant. Central to the debate between the litigants are the extent and the proper allocation of the burden of proof. This case is no exception to the rule.

114 In our view, it was within the discretion of the Trial Judge to take into consideration the equitable results of the election of an accounting of profits based on the complexity and length of proceedings among other considerations.

l'arrêt *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*¹⁰², le juge Létourneau, J.C.A., a souligné certains des inconvénients liés à la restitution des bénéfices:

Il a été répété à satiété que l'exercice de ce recours suscite des difficultés d'ordre pratique qui en diminuent quelque peu l'utilité. Dès 1892, le lord juge Lindley, de la Cour d'appel d'Angleterre, écrivait:

(TRADUCTION) Le demandeur avait donc parfaitement le droit de choisir, comme il l'a fait en l'occurrence, qu'il soit rendu compte des bénéfices; mais je ne connais aucune forme de reddition de compte qui soit ou puisse être plus difficile à réaliser que celle des bénéfices. On y a recours—et je l'ai vu faire à de nombreuses reprises—dans des affaires visant une société, lorsque le capital d'un associé décédé ou sortant est laissé dans l'entreprise et qu'une ordonnance de reddition de compte est rendue relativement aux bénéfices réalisés grâce à ce capital. Ces bénéfices s'apparentent à ceux qu'on peut tirer d'une invention. La difficulté d'établir le montant des bénéfices attribuables à une source donnée, quelle qu'elle soit, est énorme, au point que ce type de reddition de compte réussit rarement à satisfaire qui que ce soit. Les différends s'accumulent, les dépenses s'additionnent et le temps qui y est consacré est hors de proportion avec l'avantage qu'on finit par obtenir, à telle enseigne qu'en matière de sociétés, il me faut confesser n'avoir jamais eu connaissance de comptes rendus qui aient donné satisfaction à qui que ce soit. Je crois que dans presque tous les cas, les gens se lassent et se découragent. Par conséquent, même si la loi prévoit que le breveté a le droit de choisir le recours dont il se prévaut, il ferait bien, en pratique, d'opter pour la détermination du montant des dommages-intérêts plutôt que de demander l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices (*Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), aux p. 162 et 163).

Ce recours donne souvent lieu, en effet, à la réouverture du débat judiciaire sur la nature et l'étendue de la controverse, en raison des tentatives faites pour minimiser le montant des bénéfices réalisés ou pour en obtenir la répartition. Fait également l'objet d'un contentieux la question des bénéfices secondaires, c'est-à-dire la détermination du niveau et du montant des gains tirés des bénéfices réalisés par le défendeur. La question de la charge de la preuve, c'est-à-dire son ampleur et son attribution, constitue un élément capital d'un tel débat, et la présente espèce ne fait pas exception à la règle.

À notre avis, le juge de première instance pouvait, 114 à sa discrétion, prendre en compte les résultats en *equity* du choix de la restitution des bénéfices en fonction notamment de la complexité et de la durée de l'instance.

115 The Trial Judge was well qualified to exercise his discretion and to refuse the remedy since he had heard a reference to assess profits in a parallel case involving the same patent.¹⁰³ The Trial Judge was correct to refer to the complexity of these actions which required partial hearings in Germany, and elsewhere, not a usual occurrence in patent cases. Moreover, the Trial Judge was aware of the potential length of the proceedings, given the lengthy proceedings involving Valmet Oy in which he had been involved.

116 Once a patentee has successfully demonstrated infringement, the Court, as a court of law and equity, has the discretion to grant the patentee's choice of remedies. The language of section 57 of the *Patent Act* is clear and unambiguous. It provides that the court or judge "may" as "the court or judge sees fit" grant an account in a patent infringement action. If the judge thereby refuses the award of an account, damages are available pursuant to section 55 of the Act. Given that "equity follows the law",¹⁰⁴ the court or the judge is not obliged to rely on the maxims of equity in order to deny a successful plaintiff his or her election of an accounting of profits.

Beloit was aware of GEC's allegedly infringing action since 1975 and took no action until GEC instituted its action in 1986:

117 There is no doubt that when the acts of infringement were carried out with the full knowledge of the plaintiff, a delay in instituting infringement proceedings is a ground for refusing the election of an accounting of profits.¹⁰⁵ However, counsel for the appellants, took the view that because Beloit came to equity with clean hands it had a *prima facie* right to equitable relief. According to counsel GEC did not establish when Beloit first discovered GEC's infringing action and therefore, the defence of acquiescence should fail. But, the respondents did not plead acquiescence in these actions. As mentioned earlier, the Trial Judge was not bound by maxims of equity in exercising his discretion to refuse the election of an accounting of profits since such election is provided for as a statutory alternative to a

Le juge de première instance était bien placé pour exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser le recours puisqu'il avait entendu une référence en vue d'évaluer les bénéfices dans une affaire parallèle concernant le même brevet¹⁰³. Il a eu raison de mentionner la complexité des présentes actions qui ont exigé des audiences partielles en Allemagne et ailleurs, un fait inhabituel dans les affaires de brevets. En outre, il pouvait prévoir la durée éventuelle de l'instance étant donné la longueur de l'affaire *Valmet Oy* dont il avait été saisi.

Une fois que le breveté a prouvé la contrefaçon de son brevet, la Cour, en tant que tribunal de droit et d'*equity*, a le pouvoir discrétionnaire de lui accorder la réparation de son choix. Le libellé de l'article 57 de la *Loi sur les brevets* est clair et non équivoque. Il prévoit que le tribunal ou l'un de ses juges «peut», s'«il [le] juge à propos», accorder la restitution dans une action en contrefaçon de brevet. Si le juge refuse la restitution, il peut accorder des dommages-intérêts en vertu de l'article 55 de la Loi. Étant donné que [TRADUCTION] «l'*equity* respecte la loi»¹⁰⁴, le tribunal ou l'un de ses juges n'est pas tenu de se fonder sur les maximes d'*equity* pour refuser au demandeur qui a gain de cause la restitution des bénéfices qu'il a choisie.

Beloit était au courant de la prétendue contrefaçon commise par GEC depuis 1975 et elle n'a pris aucune mesure avant que GEC n'intente son action en 1986:

117 Il n'y a aucun doute que lorsque le demandeur a eu pleinement connaissance des actes de contrefaçon, son retard à intenter des procédures en contrefaçon constitue un motif pour lui refuser la restitution des bénéfices qu'il a choisie¹⁰⁵. Toutefois, l'avocat des appelantes a exprimé l'avis que, parce que Beloit sollicite une réparation d'*equity*, et qu'elle a les mains nettes, elle dispose d'un droit *prima facie* à cette réparation. Selon celui-ci, GEC n'a pas établi quand Beloit a découvert pour la première fois les actes de contrefaçon commis par GEC et, par conséquent, la défense fondée sur l'assentiment devrait être rejetée. Or, les intimées n'ont pas plaidé l'assentiment en l'espèce. Ainsi qu'il a été mentionné, le juge de première instance n'était pas lié par les maximes d'*equity* dans l'exercice de son pouvoir

remedy in damages.

118 Before this Court there was evidence establishing that Beloit was well aware of DEW and its products before 1984; that DEW offered for sale and sold trip press sections before 1984; that Beloit was aware of GEC's activities as far back as 1975; and that GEC's alleged infringing activities began in 1979 and ended in 1984.¹⁰⁶ Beloit however, did not inform DEW or GEC of any complaints of infringement nor did it take action against GEC until 1986.

The contracts in suit were all entered into when the patent had been held invalid by the Trial Division:

119 The appellants contended that there is no principle in equity which provides that a plaintiff ought to be denied an equitable remedy on the basis of an erroneous trial judgment from which it promptly appealed. While we agree with this submission we do not think that this error by itself, if error it be, requires us to interfere with the exercise of discretion by the Trial Judge to award the remedy of accounting of profits. The judgment of the Trial Division was valid until set aside and acts done pursuant to it were arguably done in good faith. In *Reading & Bates v. Baker*,¹⁰⁷ we held that the good faith of an infringer is a factor which a judge could consider in exercising his or her discretion to award a remedy of accounting. In this case, the respondent VDI has accepted responsibility for the risk it took by entering into contracts in the period following the Trial Division's determination that Beloit's patent was invalid. In doing so, it ran the risk of reversal of that determination by this Court, but we are unable to say it did not act in good faith.

120 It is trite that:¹⁰⁸

As a general rule, an appellate court will not interfere with the exercise of a discretion by a trial judge unless the judge has proceeded upon some erroneous principle, or

discrétionnaire de refuser le choix de la restitution des bénéfices, étant donné qu'il s'agit selon la loi d'un recours subsidiaire au recours en dommages-intérêts.

Devant la présente Cour, certains éléments de 118 preuve ont établi que Beloit était bien au courant de DEW et de ses produits avant 1984; que DEW avait offert en vente et vendu les presses à triple pince avant 1984; que Beloit était déjà au courant des activités de GEC en 1975; et que GEC avait entrepris en 1979 et cessé en 1984 les activités arguées de contrefaçon¹⁰⁶. Toutefois, Beloit ne s'est pas plainte auprès de DEW ou GEC de contrefaçon, non plus qu'elle n'a pris de mesures contre GEC avant 1986.

Les contrats en cause ont tous été conclus après que le brevet a été déclaré invalide par la Section de première instance:

Les appelantes prétendent qu'aucun principe 119 d'*equity* ne prévoit que le demandeur devrait se voir refuser un recours en raison d'un jugement erroné de première instance dont il a promptement interjeté appel. Bien que nous souscrivions à cet argument, nous ne croyons pas que cette erreur en soi, si erreur il y a, exige que nous modifiions la décision du juge de première instance d'accorder ou non le recours en restitution des bénéfices. Le jugement de la Section de première instance était valide jusqu'à son annulation et les gestes posés en fonction de celui-ci l'ont censément été de bonne foi. Dans l'arrêt *Reading & Bates c. Baker*¹⁰⁷, nous avons statué que la bonne foi du contrefacteur constitue un élément dont le juge peut tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder la restitution. En l'espèce, l'intimée VDI a accepté d'assumer les conséquences du risque qu'elle a pris en concluant les contrats dans la période suivant la décision de la Section de première instance déclarant le brevet de Beloit invalide. Ce faisant, elle courait le risque que la présente Cour infirme cette décision mais nous ne pouvons dire qu'elle n'a pas agi de bonne foi.

Il est bien établi que¹⁰⁸:

En règle générale, une cour d'appel ne modifiera une décision rendue par un juge de première instance dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que si ce juge a agi

some misapprehension of the facts, or where the order is not just and reasonable.

sur le fondement d'un principe erroné ou d'une appréciation fautive des faits, ou si l'ordonnance prononcée n'est pas juste et raisonnable.

121 We are unable to say that in refusing the remedy of accounting of profits the Trial Judge exercised his discretion in a manner that would justify our intervention. Accordingly, we find no error in the conclusion of the Trial Judge that the remedy of accounting of profits was not appropriate in the circumstances of this case.

Nous ne pouvons affirmer qu'en refusant le recours en restitution des bénéfices le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui justifierait que nous modifiions sa décision. En conséquence, nous ne relevons aucune erreur dans sa conclusion que le recours en restitution des bénéfices n'était pas approprié eu égard aux circonstances de l'espèce. 121

2. Damages

2. Dommages-intérêts

122 In its cross-appeal, VDI submits that the Trial Judge erred in directing that damages be assessed against VDI for the press sections themselves and any other paper machine components with which the press sections may have been sold. VDI argues that the assessment of damages should be limited to the press sections themselves.

Dans son appel incident, VDI fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant que des dommages-intérêts soient imposés à VDI pour les presses elles-mêmes ainsi que pour tous autres éléments constitutifs de machines à papier avec lesquelles les presses peuvent avoir été vendues. VDI fait valoir que l'évaluation des dommages-intérêts devrait se limiter aux presses elles-mêmes. 122

123 VDI puts forward three grounds in support of its assertion that Beloit is only entitled to the profits obtained by the infringement of the press sections which constitute one of the four sections of the paper machine. First, Beloit's statement of claim against VDI and GEC relates only to press sections. Second, there is no evidence that the sale of any of the VDI or GEC press sections was linked to the sale of other machine sections. Third, this Court must set aside the Trial Judge's determination in order to be consistent with its decision in *Beloit Canada Ltée v. Valmet* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.). Accordingly, VDI concludes that this Court must direct the referee to limit damage assessment to the press sections.

VDI avance trois motifs à l'appui de sa prétention selon laquelle Beloit a uniquement droit aux bénéfices réalisés par la contrefaçon des presses qui constituent l'une des quatre sections de la machine à papier. Premièrement, la déclaration de Beloit contre VDI et GEC ne concerne que les presses. Deuxièmement, il n'y a aucune preuve que la vente de l'une des presses de VDI ou de GEC était liée à la vente des autres sections de la machine. Troisièmement, la présente Cour doit écarter la décision du juge de première instance si elle veut être cohérente avec l'arrêt *Beloit Canada Ltée c. Valmet* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (C.A.F.). En conséquence, VDI conclut que la présente Cour doit donner instruction à l'arbitre de limiter son évaluation des dommages aux presses. 123

124 Conversely, Beloit submits that the Trial Judge's decision is consistent with the jurisprudence and that the Trial Judge correctly inferred from evidence that the inclusion of infringing tri-nip press sections was a factor in the sales by VDI and GEC of the paper machines in which they were included.

Beloit fait au contraire valoir que la décision du juge de première instance est conforme à la jurisprudence et que celui-ci a inféré à juste titre de la preuve que l'inclusion des presses à triple pince arguées de contrefaçon a constitué un facteur dans les ventes par VDI et GEC des machines à papier dont elles faisaient partie. 124

125 Two questions must be addressed in deciding this issue. First, whether the patentee is entitled to an assessment of the whole article sold where its patented article forms only part of the whole article. Second, if the first is answered in the affirmative, then it must be determined whether Beloit, in the case at bar, is entitled to an assessment based upon sales of the press sections with other components.

126 With respect to the first issue, the Supreme Court of Canada in *Colonial Fastener Co. Ltd. v. Lightning Fastener Co. Ltd.*,¹⁰⁹ held that there may be instances when a patentee may be entitled to damages based upon the whole article of which the patented article forms a part. In that instance, the Court awarded damages not just for the infringed article, the stringers, but for the completed article, the fasteners. The Court reached this conclusion on the basis that the stringers were only of importance in their use with the fasteners. In coming to this conclusion the Court adopted the principle established in *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.*¹¹⁰ where, at pages 41-42, Kerwin J. (as he then was), stated for the Court:

... the Court of Appeal had to consider the amount of damages the plaintiff was entitled to where the defendant infringed plaintiff's patents, one of which related to a particular kind of cam and spindle for opening the gas valve in a prepayment gas meter, and the other of which was for a particular kind of crown wheel in a like meter. It had been shewn before the Master and Eve J., . . . that the plaintiff would have sold many more meters but for the defendant's intervention, and it was, therefore, awarded 13s. 4d. for the loss of profit on each of such meters. [Emphasis added.]

127 Similarly in *Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy*,¹¹¹ this Court stated at page 119, with respect to a discovery issue in the reference, that it could:

... see no reason in principle why a patentee, whose property has been wrongly appropriated through infringement, should not recover *all* the profits, direct and indirect, derived by the infringer from his wrongful infringement . . .

128 This Court went on to note that [at pages 119-120]:

Pour trancher ce débat, il faut répondre à deux questions. Premièrement, le breveté a-t-il droit à une évaluation de l'ensemble de l'objet vendu lorsque l'objet visé par son brevet ne constitue qu'une partie de l'ensemble de l'objet en cause? Deuxièmement, dans l'affirmative, il faut décider si Beloit, en l'espèce, a droit à une évaluation fondée sur les ventes des presses avec les autres éléments constitutifs.

En ce qui concerne la première question, la Cour suprême du Canada a, dans l'arrêt *Colonial Fastener Co. Ltd. v. Lightning Fastener Co. Ltd.*¹⁰⁹, statué que dans certains cas le breveté pouvait avoir droit à des dommages-intérêts calculés sur l'ensemble de l'objet dont l'élément breveté fait partie. Dans cette affaire, la Cour a accordé des dommages-intérêts non seulement pour l'objet contrefait, les demi-chaînes, mais aussi pour l'objet complet, les fermetures à glissière, au motif que les demi-chaînes n'avaient d'utilité qu'à titre d'éléments des fermetures à glissières. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a adopté le principe établi dans *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.*¹¹⁰, où le juge Kerwin (tel était alors son titre) a dit ceci au nom de la Cour, aux pages 41 et 42:

[TRADUCTION] . . . la Cour d'appel devait considérer le montant des dommages-intérêts auxquels la demanderesse avait droit par suite de la contrefaçon de ses brevets par la défenderesse, dont l'un se rapportait à un type particulier de came et de tige commandant l'ouverture des soupapes d'un compteur à gaz à prépaiement et dont l'autre constituait un type particulier de roue de couronne dans un compteur semblable. Il a été prouvé devant le protonotaire et le juge Eve, . . . , que la demanderesse aurait vendu beaucoup plus de compteurs n'eût été des gestes posés par la défenderesse, et par conséquent, il lui a été accordé 13s.4d. pour le manque à gagner afférent à chaque compteur. [Non souligné dans l'original.]

De même, dans *Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy*¹¹¹, la présente Cour a dit à la page 119, à l'égard d'une question ayant trait à l'examen préalable dans le cadre de la référence, qu'elle ne pouvait:

... [voir] en principe, aucune raison pour laquelle un breveté, dont la propriété a abusivement été appropriée par voie de contrefaçon, ne devrait pas recouvrer *tous* les profits, directs ou indirects, que l'auteur de la contrefaçon a tirés de sa contrefaçon illégale . . .

La Cour a poursuivi en soulignant que [aux pages 128 119 et 120]:

Questions as to whether any proportion of the profits earned by the defendant on the sales of non-infringing parts of paper machines was due to such machines have infringing press sections incorporated into them, and the amounts thereof, if any, are difficult questions of fact.

129 Accordingly, this Court in *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy*¹¹² upheld the Trial Judge's refusal to award profits on the entire machines containing infringing press sections. This Court wrote at page 278 that the "question is wholly one of fact". At page 279 it observed that the "judge made very strong findings of fact" and then cited the following portion of the Trial Judge's reasons [(1994), 55 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.), at page 458]:

Based on the evidence, I am unable to conclude that any of the profit realized by Valmet on the sale of the four paper machines in question was derived as a result of its wrongful infringement of the plaintiff's patent. The facts clearly show there were numerous reasons why the defendant was successful in its bid for the sale of those machines. None of them, in my view, are in any way related to the infringing press section.

130 Based upon the jurisprudence, in our view the first question should be answered in the affirmative. A patentee is entitled to damages assessed upon the sale of non-infringing components when there is a finding of fact that such sale arose from infringing the patented component.

131 The remaining question is whether the Trial Judge correctly determined that Beloit was entitled to damages based upon sales of other components with the press components. At pages 550-551, the Trial Judge wrote:¹¹³

I cannot accept the defendant's contention that an award of damages to the plaintiff should be limited to the press section of a paper machine and not beyond, in those instances where the defendants actually sold an entire machine. The case law does not support a restriction of the measure of damages to the loss of profits attributable to the patented article itself. If, in the normal course of a patentee's trade, the patented article is sold by itself, this may well be all he is entitled to. However, where the

La question de savoir si une proportion des profits tirés par la défenderesse de la vente des parties non contrefaites des machines à papier était due à ce que ces machines comprenaient des presses contrefaites, et la détermination de leur montant, s'il en est, sont des questions de fait difficiles.

En conséquence, dans *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy*¹¹², la présente Cour a confirmé le refus du juge de première instance d'accorder les bénéfices sur l'ensemble des machines contenant les presses arguées de contrefaçon. À la page 278, la Cour a écrit que la «question relève entièrement des faits». À la page 279, elle a fait remarqué que le juge «tire des conclusions de fait très fermes», citant ensuite l'extrait suivant des motifs du juge de première instance [(1994), 55 C.P.R. (3d) 433 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 458]:

Compte tenu de la preuve, je ne puis conclure que les bénéfices tirés par Valmet de la vente des quatre machines à papier en question résultaient de la contrefaçon illicite du brevet de la demanderesse. Les faits montrent clairement qu'il existait maintes raisons pour lesquelles la soumission de la défenderesse en vue de la vente de ces machines avait été retenue. À mon avis, aucune de ces raisons ne se rapporte de quelque façon que ce soit à la presse de contrefaçon.

En nous fondant sur la jurisprudence, nous estimons qu'il convient de répondre à la première question par l'affirmative. Le breveté a droit à des dommages-intérêts évalués en fonction de la vente des éléments constitutifs non argués de contrefaçon lorsqu'une conclusion de fait établit que cette vente s'est faite par suite de la contrefaçon de l'élément constitutif breveté.

L'autre question consiste à déterminer si le juge de première instance a décidé à juste titre que Beloit avait droit à des dommages-intérêts en fonction des ventes d'autres éléments avec les éléments constitutifs de la presse. Aux pages 550 et 551, le juge de première instance a écrit ceci¹¹³:

Je ne peux accepter l'argument des défenderesses que les dommages-intérêts accordés à la demanderesse devraient être limités à la presse de la machine dans les cas où elles ont vendu une machine complète. La jurisprudence ne va pas dans le sens d'une limitation des dommages-intérêts au manque à gagner afférent à l'article breveté lui-même. S'il se trouve que l'article breveté est vendu séparément dans le cours normal des affaires du breveté, il se peut que ce soit là tout ce qu'il lui revient.

patented article is not always or necessarily sold by itself, it is reasonable to assume that the damage to the patentee lies, not merely in loss of profits attributable to the article itself, but in selling the articles in which he trades, in the present case, paper machines with triple-nip press sections. Indeed, this was the position taken by the Supreme Court of Canada in *Colonial Fastener Co. Ltd. v. Lightning Fastener Co. Ltd.* . . .

. . .

The end result is that at the reference, the plaintiff must show what profit it would have made on the sale of the three machines sold by the defendant VDI to Corner Brook Pulp & Paper Limited, Donohue Malbaie Inc., and Repap N.B. Inc., respectively, the two press section rebuilds sold by the defendant Voith to Canadian International Paper (Gatineau) and to British Columbia Forest Products, and the one press section sold by the defendant VDI to Great Lakes Forest Products Limited, all of which have been found to infringe the patent. [Emphasis added.]

132 We are unable to agree with the Trial Judge's statement that "where the patented article is not always or necessarily sold by itself, it is reasonable to assume that the damage to the patentee lies . . . in selling the articles in which he trades." As shown in the preceding review of the jurisprudence, the scope of damages to which a patentee is entitled is not based upon an assumption but rather on a finding of fact. The reasons of the Trial Judge do not, in our respectful view, contain a specific finding based on evidence that non-infringing component parts of machines were sold because the infringing press sections were sold with them. We must conclude from the record, therefore, that the Trial Judge erred in directing that VDI must pay damages based on other components with which the press sections were sold rather than on the press sections alone.

3. Whether the Trial Judge failed to apply the proper legal tests for the award of pre- and post-judgment compound interest; whether he overlooked a declaration as to which claims were infringed; and whether he overlooked the issue of an injunction describing who and what activities are restrained

133 Although the appellants raised all of these issues as his final ground of appeal we consider it appro-

Cependant, si l'article breveté n'est pas toujours ou nécessairement vendu seul, il est raisonnable de présumer que le préjudice causé au breveté réside, non seulement dans le manque à gagner afférent à cet article lui-même, mais dans la vente des articles dont il fait le commerce, en l'occurrence les machines à papier avec presse à triple pince. En effet, telle est la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Colonial Fastener Co. Ltd. v. Lightning Fastener Co. Ltd.* . . .

. . .

Il s'ensuit qu'au renvoi, la demanderesse aura à montrer quel bénéfice elle aurait réalisé sur la vente des trois machines vendues par la défenderesse VDI à Corner Brook Pulp & Paper Limited, à Donohue Malbaie Inc. et à Repap N.B. Inc. respectivement, des deux presses remises à neuf vendues par la défenderesse Voith à Canadian International Paper (Gatineau) et à British Columbia Forest Products, et de la presse vendue par la défenderesse VDI à Great Lakes Forest Products Limited, autant d'articles dont la Cour a jugé qu'ils constituent la contrefaçon du brevet en cause. [Non souligné dans l'original.]

Nous ne pouvons souscrire à l'énoncé du juge de première instance selon lequel «si l'article breveté n'est pas toujours ou nécessairement vendu seul, il est raisonnable de présumer que le préjudice causé au breveté réside . . . dans la vente des articles dont il fait le commerce». Ainsi qu'il appert de l'examen de la jurisprudence qui précède, l'étendue des dommages-intérêts auxquels un breveté a droit n'est pas fondée sur une hypothèse mais plutôt sur une conclusion de fait. À notre humble avis, les motifs du juge de première instance ne renferment pas une conclusion spécifique fondée sur la preuve portant que la vente des éléments constitutifs non argués de contrefaçon des machines était liée à la vente des presses arguées de contrefaçon. Par conséquent, nous devons conclure, d'après le dossier, que le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant que VDI paie des dommages-intérêts fondés sur les autres éléments constitutifs avec lesquels les presses ont été vendues plutôt que sur les presses seules.

3. Le juge de première instance a-t-il omis d'appliquer les critères juridiques appropriés pour l'octroi d'intérêts composés avant et après jugement? A-t-il omis de prononcer une déclaration indiquant quelles revendications ont été contrefaites; A-t-il omis de préciser, dans l'injonction, les personnes et les activités visées?

Bien que les appelantes aient soulevé toutes ces questions comme motif final d'appel, nous considé-

priate to deal with each separately:

(i) Pre- and post-judgment interest

134 The Trial Judge did not deal with this issue in his judgment pronounced on 16 February 1993. However, on 25 March 1993, pursuant to a motion brought by the appellants under subsection 337(5) of the *Federal Court Rules*, the Trial Judge considered the submissions of counsel for the parties on the issue and amended his judgment as follows:

IT IS HEREBY ORDERED THAT the defendants Voith and VDI shall pay to Beloit simple pre-judgment interest on such damages from the date Beloit commenced its actions to 31 December 1990 at the rate of 10% per annum, and thereafter simple interest at the rate of 7% per annum until payment in full.

135 The appellants contend that the Trial Judge should have awarded compound instead of simple interest on the damage award, both pre- and post-judgment, and relies in support on the decisions of this Court in *Reading & Bates v. Baker*¹¹⁴ and *Algonquin Mercantile v. Dart Industries*.¹¹⁵ To this, the respondents make the following reply. First, they say that the award of pre- and post-judgment interest are governed by subsections 36(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9] and 37(1) [as am. *idem*] of the *Federal Court Act* which incorporate by reference the law in force in the province in which the cause of action arose. Secondly, they note that the causes of action here arose in Quebec and say that the provincial law applicable is Article 1056c of the *Civil Code of Lower Canada* which reads:

Art. 1056c. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31) over the legal interest rate.

rons qu'il convient d'examiner chacune d'elles séparément.

i) Intérêts avant et après jugement

Dans le jugement qu'il a prononcé le 16 février 1993, le juge de première instance n'a pas traité de cette question. Toutefois, le 25 mars 1993, à la suite d'une requête présentée par les appelantes en vertu du paragraphe 337(5) des *Règles de la Cour fédérale*, le juge de première instance a examiné les arguments des avocats des parties sur cette question et il a modifié son jugement comme suit:

[TRADUCTION] IL EST PAR LA PRÉSENTE ORDONNÉ QUE les défenderesses Voith et VDI paient à Beloit les intérêts simples avant jugement sur le montant des dommages-intérêts à compter de la date à laquelle Beloit a intenté ses actions jusqu'au 31 décembre 1990 au taux de 10 % par année et, par la suite des intérêts simples au taux de 7 % par année jusqu'au paiement intégral.

Les appelantes prétendent que le juge de première instance aurait dû accorder des intérêts composés au lieu d'intérêts simples sur les dommages-intérêts, tant avant qu'après jugement, et elles se fondent à cet égard sur les décisions de la présente Cour dans *Reading & Bates c. Baker*¹¹⁴ et *Algonquin Mercantile c. Dart Industries*¹¹⁵. Les intimées répondent ce qui suit à cet argument. Premièrement, elles affirment que l'octroi d'intérêts avant et après jugement est régi par les paragraphes 36(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9] et 37(1) [mod., *idem*] de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui intègrent par renvoi la loi en vigueur dans la province où est survenue la cause d'action. Deuxièmement, elles soulignent que les causes d'actions en l'espèce sont survenues au Québec et que le droit provincial applicable en l'espèce est l'article 1056c du *Code civil du Bas-Canada* qui dispose:

Art. 1056c. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

136 Thirdly, the respondents say that subsection 36(5) [as am. *idem*] of the *Federal Court Act* invests the Court with a discretion over the award of the pre-judgment interest and having regard to the respondents' good faith as implied in the conclusions of the Trial Judge, the discretion he exercised in awarding pre-judgment interest at the simple rather than the compound rate was proper and ought not to be disturbed. *Reading & Bates v. Baker, supra*, was cited in support. No similar contention was made in defence of the award of post-judgment interest.

137 We are unable to accept the appellants' contention that the Trial Judge erred in refusing to award compound interest, pre- and post-judgment. Subsection 36(5) of the *Federal Court Act* provides expressly for the exercise of a discretion by the Court in relation to the award of pre-judgment interest and, although section 37 of the *Federal Court Act* does not contain a comparable provision, this Court has recognized that an award of post-judgment interest is also discretionary.¹¹⁶ It is true that the Trial Judge did not articulate the basis upon which he awarded simple interest pre- and post-judgment. However, this omission, by itself, does not provide a basis for reversal, if we are satisfied that it was open to him on the facts found to make the award that he did.

138 Before us, the focus of the appellants' contention on this issue, as we understand it, was upon the failure by the Trial Judge to apply the proper legal test in making the award and not upon whether there was a factual justification for the award.

139 We are all of the view that there is, in law, no legal test which mandates the award of compound interest pre- and post-judgment to a successful patentee in an infringement action. Acceptance of such a thesis would imply a rejection of the discretionary nature of the award. Indeed, *Reading & Bates v. Baker, supra*, upon which the appellants place great reliance, expressly recognizes the discretionary

Troisièmement, les intimées disent que le paragraphe 36(5) [mod., *idem*] de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire sur l'octroi d'intérêts avant jugement; elles soutiennent que le juge de première instance ayant implicitement reconnu leur bonne foi dans ses conclusions, le pouvoir discrétionnaire qu'il a exercé en octroyant des intérêts avant jugement au taux simple plutôt qu'au taux composé était approprié et que cette décision ne devrait pas être modifiée. L'arrêt *Reading & Bates c. Baker*, précité, a été cité à l'appui de cet argument. Aucune prétention similaire n'a été faite à l'appui de l'octroi d'intérêts après jugement.

Nous ne pouvons accepter, comme le prétendent 137 les appelantes, que le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'accorder des intérêts composés, avant et après jugement. Le paragraphe 36(5) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit expressément l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la Cour relativement à l'octroi d'intérêts avant jugement et, bien que l'article 37 de cette Loi ne renferme pas de disposition semblable, la présente Cour a reconnu que l'octroi d'intérêts après jugement était aussi discrétionnaire¹¹⁶. Il est vrai que le juge de première instance n'a pas dit pourquoi il octroyait des intérêts non composés avant et après jugement. Toutefois, cette omission ne constitue pas en soi un motif pour infirmer sa décision, si nous sommes convaincus qu'il lui était loisible d'accorder ce qu'il a accordé compte tenu des faits établis devant lui.

Devant nous, la principale prétention des appelantes à l'égard de cette question, selon ce que nous en comprenons, concerne l'omission du juge de première instance d'appliquer le critère juridique approprié pour accorder les intérêts et non sur la question de savoir si l'octroi des intérêts était justifié dans les faits.

Nous sommes tous d'avis qu'il n'y a, en droit, 139 aucun critère juridique qui exige l'octroi d'intérêts composés avant et après jugement à un breveté qui a gain de cause dans une action en contrefaçon. Accepter cette proposition impliquerait la négation du caractère discrétionnaire de l'octroi. En fait, dans *Reading & Bates c. Baker*, précité, sur lequel les appelantes se fondent en grande partie, il a été ex-

nature of the award of pre-judgment interest and that an award of simple interest might be appropriate in a proper case. Létourneau J.A., writing for a unanimous Court, stated at pages 503-504:

There is no doubt that the analogy between an infringer and a trustee is an imperfect one. However, it is one that the courts, in their struggle to achieve equity, devised at a time when the awarding of pre-judgment interest was not permitted at common law, but was emerging in equity. It eventually led, in this latter case, to the compounding of interest because compound interest became a modern reality and the reality of business life. The modern reality is that interest paid or earned on deposits or loans is compound interest.

In my view, bearing in mind this reality and the need to achieve equity in the accounting of profits, the awarding of compound pre-judgment interest as deemed earnings on the profits is the rule, subject to a Court's discretion to mitigate it or to award only simple interest in appropriate circumstances. The good faith of the infringer is certainly a criterion that judge can take into account in the exercise of his discretion. Other factors could include the highly debatable validity of the patent claim or the fact that compounding the interest may reach beyond equity into the realm of punishment. [Emphasis added.]

140 But there, the Court was considering the award of pre-judgment interest in the context of the equitable remedy of accounting. Here, the Trial Judge had awarded the statutory remedy of damages. In our view, this fact alone makes the rule laid down in *Reading & Bates v. Baker, supra*, inapplicable to this case. Moreover, as the respondents contend in paragraph 128 of their memorandum of fact and law, given the finding of good faith by the respondents, it was open to the Trial Judge to exercise his discretion by awarding simple pre- and post-judgment interest. For these reasons, we are of the view that the discretion which the Trial Judge exercised ought not to be disturbed.

4. Whether the Trial Judge overlooked the making of a declaration as to which claims were infringed

141 In our view, when the reasons for judgment are read as a whole and understood, there is no con-

pressément reconnu que l'octroi d'intérêts avant jugement avait un caractère discrétionnaire et que l'octroi d'intérêts simples pouvait être approprié dans certains cas. Le juge Létourneau, J.C.A., au nom de la Cour à l'unanimité, dit ceci aux pages 503 et 504:

Sans aucun doute, l'analogie entre le contrefacteur et le fiduciaire n'est pas parfaite, mais il s'agit d'un raisonnement que les tribunaux, dans leur effort pour parvenir à l'équité, ont élaboré à une époque où la common law ne permettait pas l'octroi d'intérêts avant jugement, mais où l'*equity* commençait à l'accepter. Dans ce dernier système, le raisonnement a fini par mener à l'octroi d'intérêts composés parce que ceux-ci sont devenus une réalité moderne et se sont imposés dans la vie commerciale. La réalité moderne veut que les intérêts courant sur des prêts ou produits par des dépôts soient des intérêts composés.

À mon avis, vu cette réalité et la nécessité d'assurer l'équité dans la reddition de compte, l'octroi d'intérêts composés au titre de gains réputés tirés des bénéfices est la règle, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'en atténuer l'application ou de n'accorder que des intérêts simples lorsque les circonstances le demandent. La bonne foi du contrefacteur peut certes être prise en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. D'autres facteurs peuvent être examinés, dont la validité douteuse de la revendication de brevet ou le fait que l'octroi d'intérêts composés déborde le domaine de l'équité pour entrer dans celui de la punition. [Non souligné dans l'original.]

Dans cette affaire, la Cour envisageait l'octroi 140 d'intérêts avant jugement dans le contexte de la réparation d'*equity* par restitution des bénéfices. Or, en l'espèce, le juge de première instance a accordé le recours en dommages-intérêts prévu par une loi. À notre avis, ce seul fait rend la règle établie dans *Reading & Bates c. Baker*, précité, inapplicable à la présente instance. En outre, ainsi que les intimées le prétendent au paragraphe 128 de leur exposé des faits et du droit, étant donné la reconnaissance de leur bonne foi, il était loisible au juge de première instance d'exercer son pouvoir discrétionnaire en accordant des intérêts simples avant et après jugement. Pour ces motifs, nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'intervenir dans la façon dont le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire.

4. Le juge de première instance a-t-il omis de prononcer une déclaration indiquant quelles revendications ont été contrefaites?

À notre avis, la lecture des motifs du jugement 141 dans leur ensemble et leur bonne compréhension ne

fusion respecting the claims that were found to have been infringed, although the Trial Judge did not make a declaration to that effect. Counsel for the appellants has included such a declaration in paragraph 2 of the draft judgment filed as Schedule 3 to his memorandum of fact and law which we are prepared to adopt with necessary modifications in order to remedy the omission.

5. Whether the Trial Judge overlooked the issue of an injunction describing who and what activities are restrained

142 In his amended judgment, the Trial Judge made the following order:

IT IS HEREBY ORDERED THAT an injunction issue against VDI and Voith,

but he did not specify the activities in respect of which the restraining order was made.

143 Since this objection to the judgment as against VDI was withdrawn during oral argument, and we were informed that the action against Voith had been settled, we see no need to discuss it further.

CONCLUSION

144 For the foregoing reasons, we would dispose of the appeals as follows:

1. With respect to appeal No. A-179-93, we would allow the appeal, in part, and would declare that Canadian letters patent 1,020,383 (the Beloit patent) and claims 1, 2, and 4 through 11 thereof have been infringed by DEW triple-nip presses. In particular, but without limiting the determination of the extent of infringement to be made on the reference, such claims have been infringed by:

(a) the manufacture by the respondent VDI in Canada of two DEW triple-nip presses as part of complete machines to Klockner Stadler Hunter Ltd. for South Sabah Pulp and Paper Mill;

font ressortir aucune confusion concernant les revendications jugées contrefaites, même si le juge de première instance n'a pas fait de déclaration à ce sujet. L'avocat des appelantes a inclus une telle déclaration au paragraphe 2 du projet de jugement déposé comme annexe 3 à son exposé des faits et du droit, que nous sommes prêts à adopter avec les modifications nécessaires afin de remédier à cette omission.

5. Le juge de première instance a-t-il omis de préciser, dans l'injonction, les personnes et les activités visées?

Dans son jugement modifié, le juge de première 142 instance a rendu l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ QU'une injonction soit émise contre VDI et Voith,

mais il n'a pas précisé les activités à l'égard desquelles l'ordonnance restrictive était rendue.

Puisque cette objection au jugement rendu contre 143 VDI a été retirée au cours de la plaidoirie orale, et que nous avons été informés du règlement de l'action intentée contre Voith, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question plus avant.

CONCLUSION

Par les motifs exposés ci-dessus, nous sommes 144 d'avis de disposer des appels comme suit:

1. Pour ce qui est de l'appel n° A-179-93, nous sommes d'avis accueillir l'appel, en partie, et de déclarer que les lettres patentes canadiennes 1,020,383 (le brevet de Beloit) ainsi que les revendications 1, 2 et 4 à 11 de celles-ci ont été contrefaites par les presses à triple pince DEW. Plus particulièrement, et sans limiter l'étendue de la contrefaçon devant être déterminée dans le cadre de la référence, ces revendications ont été contrefaites par:

a) la fabrication, par l'intimée VDI au Canada, de deux presses à triple pince DEW s'intégrant à des machines complètes vendues à Klockner Stadler Hunter Ltd. pour la South Sabah Pulp and Paper Mill;

- (b) the sale by the respondent VDI of a press section (with minor dryer rebuild) to Great Lakes Forest Products Limited;
- (c) the sale by the respondent VDI of one complete machine except dryer to Corner Brook Pulp & Paper Limited;
- (d) the sale by the respondent VDI of one complete machine to Donohue Malbaie Inc;
- (e) the sale by the respondent VDI of one complete machine to Repap N.B. Inc.
2. In all other respects, the appeals should be dismissed.
3. The cross-appeal should be allowed in part for the reason that the Trial Judge erred in directing that VDI must pay damages based on other components with which the press sections were sold rather than on the press section alone.
4. In all other respects, the cross-appeal should be dismissed.
5. Success being divided there should be no award of costs of the appeals or the cross-appeal.
- b) la vente, par l'intimée VDI, d'une presse (avec sécherie légèrement remise à neuf) à Great Lakes Forest Products Limited;
- c) la vente, par l'intimée VDI, d'une machine complète, sauf la sécherie, à Corner Brook Pulp & Paper Limited;
- d) la vente, par l'intimée VDI, d'une machine complète à Donohue Malbaie Inc;
- e) la vente, par l'intimée VDI, d'une machine complète à Repap N.B. Inc.
2. À tous autres égards, nous sommes d'avis de rejeter les appels.
3. Nous sommes d'avis d'accueillir en partie l'appel incident au motif que le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant que VDI paie des dommages-intérêts fondés sur les autres éléments constitutifs avec lesquels les presses ont été rendues plutôt que sur les presses seules.
4. À tous autres égards, nous sommes d'avis de rejeter l'appel incident.
5. Chacune des parties ayant eu partiellement gain de cause, nous sommes d'avis de ne pas adjuger de dépens quant aux appels ou à l'appel incident.
-
- ¹ Formerly ss. 28(1) and 63(1), R.S.C. 1970, c. P-4.
- ² *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 87 C.I.P.R. 205 (F.C.A.).
- ³ *J.M. Voith GMBH v. Beloit Corp.* (1989), 26 C.I.P.R. 22 (F.C.T.D.).
- ⁴ *J.M. Voith GmbH et al v. Beloit Corp. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322 (F.C.A.).
- ⁵ [1992] 1 S.C.R. viii.
- ⁶ Since the events in these proceedings predate January 1, 1994, the *Civil Code of Lower Canada* applies and not the *Civil Code of Quebec*.
- ⁷ Appeal Book, Vol. 3A, at p. 433.
- ⁸ Leave to appeal refused [1992] 1 S.C.R. viii.
- ⁹ *J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.*, [1993] 2 F.C. 515 (T.D.), at p. 539.
- ¹⁰ For a discussion on the limitation period, see below section 3 "Prescription", at p. 529.
- ¹¹ (1985), 7 C.I.P.R. 281 (F.C.A.).
- ¹ Anciennement les art. 28(1) et 63(1), S.R.C. 1970, ch. P-4.
- ² *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 87 C.I.P.R. 205 (C.A.F.).
- ³ *J.M. Voith GMBH c. Beloit Corp.* (1989), 26 C.I.P.R. 22 (C.F. 1^{re} inst.).
- ⁴ *J.M. Voith GmbH et autre c. Beloit Corp et autres* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322 (C.A.F.).
- ⁵ [1992] 1 R.C.S. viii.
- ⁶ Étant donné que les événements faisant l'objet des présentes instances sont antérieurs au 1^{er} janvier 1994, c'est le *Code civil du Bas-Canada* et non le *Code civil du Québec* qui s'applique.
- ⁷ Dossier d'appel, vol. 3A, à la p. 433.
- ⁸ Demande d'autorisation de pourvoi refusée: [1992] 1 R.C.S. viii.
- ⁹ *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1993] 2 C.F. 515 (1^{re} inst.), à la p. 539.
- ¹⁰ Pour un examen du délai de prescription, voir la section 3 ci-dessous intitulée «Prescription», à la p. 529.
- ¹¹ (1985), 7 C.I.P.R. 281 (C.A.F.).

¹² 406 U.S. 518 (1972).

¹³ *Skelding v. Daly et al.* (1941), 57 B.C.R. 121 (C.A.), at pp. 128-129; *Steel Co. of Canada Ltd. v. Sivaco Wire & Nail Co.* (1973), 11 C.P.R. (2d) 153 (F.C.T.D.).

¹⁴ *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1 (F.C.A.), at pp. 17-18; leave to appeal to S.C.C. refused [1988] 1 S.C.R. vi.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32 (Ex. Ct.).

¹⁷ *Supra*, note 12.

¹⁸ U.S. Patent Law states that: "Every patent shall contain . . . a grant to the patentee . . . for the term of seventeen years . . . the right to exclude others from making, using or selling the invention throughout the United States", see 35 U.S.C. § 154 (1988).

¹⁹ Pub. L. No. 98-622, § 101(a), 98 Stat. 3383 (1984) (codified at 35 U.S.C. § 271(f) (1988)).

²⁰ 745 F.2d 11 (Fed. Cir. 1984).

²¹ See S. Watt, "Patent Infringement: Redefining the 'Making' Standard to Include Partial Assemblies" (1985), 60 *Wash. L. Rev.* 889; J. D. Murphy, "Paper Converting Company v. Magna-Graphics Corporation: Increased Protection Against Making and Using Combination Patents" (1985), 34 *Am. U.L.R.* 761.

²² *Radio Corporation of America v. Andrea*, 90 F.2d 612 (2d Cir. 1937); *Hewitt-Robins, Inc. Link-Belt Co.*, 371 F.2d 225 (7th Cir. 1966), at p. 230; *Cold Metal Process Co. v. United Engineering & Foundry Co.*, 235 F.2d 224 (3d Cir. 1956), at p. 230.

²³ *Supra*, note 11.

²⁴ *Id.*, at p. 309.

²⁵ A.B. (A-176-93), Vol. 2, at p. 209, joint admissions of fact.

²⁶ A.B. (A-176-93), Vol. 2, at p. 210, joint admissions of fact.

²⁷ A.B. (A-176-93), Vol. 3C, at pp. 751-752, examination for discovery of Juhani Pakkala.

²⁸ *Supra*, note 14.

²⁹ *Id.*, at pp. 17-18.

³⁰ (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.), at p. 281.

³¹ *Ibid.*

³² *Supra*, note 14.

³³ R.S.C., 1985, c. F-7.

³⁴ S. 39(1) of the *Federal Court Act* prescribes:

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

This subsection is an example where civil law supplements federal legislation. See J.-M. Brisson and A. Morel "Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 297, at p. 324.

¹² 406 U.S. 518 (1972).

¹³ *Skelding v. Daly et al.* (1941), 57 B.C.R. 121 (C.A.), aux p. 128 et 129; *Steel Co. of Canada Ltd. c. Sivaco Wire & Nail Co.* (1973), 11 C.P.R. (2d) 153 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1 (C.A.F.), aux p. 17 et 18; demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1988] 1 R.C.S. vi.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Dole Refrigerating Products v. Can. Ice Machine Co. & Amerio Contact Plate Freezers Inc.* (1957), 28 C.P.R. 32 (C. de l'É).

¹⁷ Précité, note 12.

¹⁸ La loi américaine sur les brevets porte: [TRADUCTION] «Tout brevet accorde . . . au breveté . . . pour une période de dix-sept ans . . . le droit d'empêcher toute autre personne de fabriquer, d'exploiter ou de vendre l'invention aux États-Unis», voir 35 U.S.C. § 154 (1988).

¹⁹ Pub. L. No. 98-622, § 101(a), 98 Stat. 3383 (1984) (codifié à 35 U.S.C. § 271(f) (1988)).

²⁰ 745 F.2d 11 (Fed. Cir. 1984).

²¹ Voir S. Watt, «Patent Infringement: Redefining the "Making" Standard to Include Partial Assemblies» (1985), 60 *Wash. L. Rev.* 889; J. D. Murphy, «Paper Converting Company v. Magna-Graphics Corporation: Increased Protection Against Making and Using Combination Patents» (1985), 34 *Am. U.L.R.* 761.

²² *Radio Corporation of America v. Andrea*, 90 F.2d 612 (2d Cir. 1937); *Hewitt-Robins, Inc. Link-Belt Co.*, 371 F.2d 225 (7th Cir. 1966), à la p. 230; *Cold Metal Process Co. v. United Engineering & Foundry Co.*, 235 F.2d 224 (3d Cir. 1956), à la p. 230.

²³ Précité, note 11.

²⁴ *Id.*, à la p. 309.

²⁵ Dossier d'appel (A-176-93), vol. 2, à la p. 209. Exposé conjoint des faits.

²⁶ Dossier d'appel (A-176-93), vol. 2, à la p. 210. Exposé conjoint des faits.

²⁷ Dossier d'appel (A-176-93), vol. 3C, aux p. 751 et 752. Interrogatoire préalable de Juhani Pakkala.

²⁸ Précité, note 14.

²⁹ *Id.*, aux p. 17 et 18.

³⁰ (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (C.A.F.), à la p. 281.

³¹ *Ibid.*

³² Précité, note 14.

³³ L.R.C. (1985), ch. F-7.

³⁴ L'art. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose:

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

Ce paragraphe est un exemple de cas où le droit civil complète la loi fédérale. Voir J.-M. Brisson et A. Morel «Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation» (1996), 75 *R. du B. can.* 297, à la p. 324.

³⁵ The Trial Judge referred to the *Civil Code of Québec*. Technically, it is the *Civil Code of Lower Canada* which was replaced January 1, 1994, by the *Civil Code of Québec*. The relevant articles of the C.C.L.C. are the following:

Art. 2242. All things, rights and actions the prescription of which is not otherwise regulated by law, are prescribed by thirty years, without the party prescribing being bound to produce any title, and notwithstanding any exception pleading bad faith.

Art. 2261. The following actions are prescribed by two years;

2. For damages resulting from offences or quasi-offences, whenever other provisions do not apply;

³⁶ (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.).

³⁷ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3rd ed., Montréal, Yvon Blais, 1990, at p. 97.

³⁸ (1971), 18 D.L.R. (3d) 215 (Ex. Ct), Jackett P.

³⁹ Changes have been made in a recent amendment to the *Patent Act*, S.C. 1993, c. 15, s. 48, notably with regard to the French version. Both versions of s. 55(1) now read:

55. (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

⁴⁰ (1984), 3 C.I.P.R. 1 (F.C.A.), at pp. 22-23.

⁴¹ *Clerk and Lindsell on Torts*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 1348. In *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle*, [1990] 1 All ER 909 (Ch. D.), it was held that infringement of a foreign copyright cannot constitute a tort under English law. In *Def Lepp Music and Others v. Stuart-Brown and Others*, [1986] R.P.C. 273, at p. 276, a decision of the High Court of Justice—Chancery Division, it was held that the right to sue for copyright infringement was “under English law a statutory right, not a tort at common law”.

⁴² *Clerk and Lindsell on Torts*, *supra*, at pp. 21-22. Patent law, which has its roots in the historical traditions of the common law, notably in the British history of monopolies granted under the prerogative, is now a matter of statute. F. B. Fetherstonhaugh & H. G. Fox, *The Law and Practice of Letters Patent of Invention in Canada* (Toronto: Carswell, 1926), at p. 1; H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1969), at p. 5; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormas Meister Lucius and Bruning*, [1964] S.C.R. 49, at p. 56.

⁴³ *Clerk and Lindsell on Torts*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at p. 1348.

³⁵ Le juge de première instance a parlé du *Code civil du Québec*. Techniquement, il s'agit du *Code civil du Bas-Canada* qui a été remplacé le 1^{er} janvier 1994 par le *Code civil du Québec*. Les articles pertinents du C.c.B.-C. sont les suivants:

Art. 2242. Toutes choses, droits et actions dont la prescription n'est pas autrement réglée par la loi, se prescrivent par trente ans, sans que celui qui prescrit soit obligé de rapporter titre et sans qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

Art. 2261. L'action se prescrit par deux ans dans les cas suivants:

2. Pour dommages résultant de délits et quasi-délits, à défaut d'autres dispositions applicables;

³⁶ (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1^{re} inst.).

³⁷ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1990, à la p. 97.

³⁸ (1971), 18 D.L.R. (3d) 215 (C. de l'É.), le président Jackett.

³⁹ Des changements ont été apportés dans une modification récente de la *Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 15, art. 48, particulièrement en ce qui concerne la version française. Les deux versions de l'art. 55(1) disposent maintenant:

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

⁴⁰ (1984), 3 C.I.P.R. 1 (C.A.F.), aux p. 22 et 23.

⁴¹ *Clerk and Lindsell on Torts*, 17^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 1348. Dans *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle*, [1990] 1 All ER 909 (Ch. D.), il a été jugé que la violation d'un droit d'auteur étranger ne peut constituer un délit au regard de la loi anglaise. Dans *Def Lepp Music and Others v. Stuart-Brown and Others*, [1986] R.P.C. 273, à la p. 276, un arrêt de la Haute Cour de Justice, division de la chancellerie, il a été jugé que le droit d'intenter une poursuite en violation de droit d'auteur constituait [TRADUCTION] «au regard du droit anglais, un droit prévu par la loi et non un délit en common law».

⁴² *Clerk and Lindsell on Torts*, précité, aux p. 21 et 22. Le droit des brevets, dont les racines remontent aux traditions historiques de la common law, particulièrement à l'histoire britannique des monopoles octroyés en vertu de la prerogative, fait maintenant l'objet d'une loi. F. B. Fetherstonhaugh & H. G. Fox, *The Law and Practice of Letters Patent of Invention in Canada* (Toronto: Carswell, 1926), à la p. 1; H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* 4^e éd. (Toronto: Carswell, 1969), à la p. 5; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius and Bruning*, [1964] R.C.S. 49, à la p. 56.

⁴³ *Clerk and Lindsell on Torts*, 17^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1995), à la p. 1348.

⁴⁴ [1993] F.S.R. 113 (Patents County Ct.), at p. 116.

⁴⁵ See Paul Mathély, "Le droit français des brevets d'invention" (1974) *Journal des notaires et des avocats*, at p. 11, Paris.

⁴⁶ Art. 983 of the C.C.L.C. provides:

Art. 983. Obligations arise from contracts, quasi-contracts, offences, quasi-offences, and from the operation of the law solely.

⁴⁷ Art. 1057 of the C.C.L.C. provides:

Art. 1057. Obligations result in certain cases from the sole and direct operation of law, without the intervention of any act, and independently of the will of the person obliged or of him in whose favor the obligation is imposed.

Such are the obligations of tutors and other administrators who cannot refuse the charge cast upon them;

The obligation of children to furnish the necessaries of life to their indigent parents;

Certain obligations of owners of adjoining properties;

The obligations which in certain cases arise from fortuitous events;

And others of a like nature.

⁴⁸ Art. 17(2) of the C.C.L.C. provides:

Art. 17. . . .

2. The wor[d] . . . "law", . . . mean[s] the acts, statutes and laws of the Legislature of Quebec. . .

⁴⁹ *Supra*, note 38.

⁵⁰ The decision in *Mastini* was delivered 21 January 1971, while the *Federal Court Act* was brought into force on 1 June 1971.

⁵¹ The Quebec courts have ruled that the violation of a statute may give rise to a civil action prescribed by the two-year limitation period of Art. 2261. See *Club de chasse et pêche de Chartierville inc. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 1529 (Sup. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243 (Sup. Ct.); *Brisson c. Leduc*, [1988] R.J.Q. 1623 (Sup. Ct.).

⁵² *Supra*, note 40.

⁵³ R.S.O. 1980, c. 240.

⁵⁴ A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Toronto: Butterworths, 1993), at pp. 1-2.

⁵⁵ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3rd ed., Cowansville (Que.), Yvon Blais Inc., 1990, at p. 2.

⁵⁶ A "delict" is a voluntary act. A "quasi-delict" is an involuntary act". See J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3rd ed., Cowansville (Que.): Yvon Blais Inc., 1990, at p. 2.

⁵⁷ *Supra*, note 36.

⁵⁸ The nature of the remedy of an accounting of profits was considered in *Reading & Bates Construction Co. v.*

⁴⁴ [1993] F.S.R. 113 (Patents County Ct.), à la p. 116.

⁴⁵ Voir Paul Mathély, «Le droit français des brevets d'invention» (1974), *Journal des notaires et des avocats*, à la p. 11, Paris.

⁴⁶ L'art. 983 du C.c.B.C. dispose:

Art. 983. Les obligations procèdent des contrats, des quasi-contracts, des délits, des quasi-délits, ou de la loi seule.

⁴⁷ L'art. 1057 du C.c.B.-C. dispose:

Art. 1057. Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il interviennent aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

Telles sont les obligations des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée;

L'obligation des enfants à fournir à leurs parents indigents les nécessités de la vie;

Certaines obligations des propriétaires de terrains adjacents;

Les obligations qui, en certaines circonstances, naissent de cas fortuits;

Et autres semblables.

⁴⁸ L'art. 17(2) du C.c.B.-C. dispose:

Art. 17. . . .

2. . . . «loi» . . . [signifie les] actes, statuts ou lois de la législature de Québec . . .

⁴⁹ Précité, note 38.

⁵⁰ Le jugement concernant l'affaire *Mastini* a été rendu le 21 janvier 1971, tandis que la *Loi sur la Cour fédérale* est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971.

⁵¹ Les tribunaux du Québec ont statué que la violation d'une loi peut donner lieu à une action civile prescrite par le délai de deux ans prévu à l'art. 2261. Voir *Club de chasse et de pêche de Chartierville inc. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 1529 (C.S.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)* [1986], R.J.Q. 243 (C.S.); *Brisson c. Leduc*, [1988] R.J.Q. 1623 (C.S.).

⁵² Précité, note 40.

⁵³ L.R.O. 1980, ch. 240.

⁵⁴ A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, 5^e éd. (Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1993), aux p. 1 et 2.

⁵⁵ J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville (Qué.): Yvon Blais Inc., 1990, à la p. 2.

⁵⁶ Un «délit» est un acte volontaire. Un «quasi-délit» est un acte involontaire. Voir J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville (Qué.): Yvon Blais Inc., 1990, à la p. 2.

⁵⁷ Précité, note 36.

⁵⁸ La nature de la réparation qu'est la restitution des bénéfices a été examinée dans *Reading & Bates Construc-*

Baker Energy Resources Corp., [1995] 1 F.C. 483 (C.A.).

⁵⁹ A.B., Vol. 3C, at pp. 785-787, Exhibit 144, discovery of Beloit.

⁶⁰ Counsel for Beloit.

⁶¹ Counsel for Beloit.

⁶² *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2.

⁶³ [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224.

⁶⁴ For examples of the types of claim in which the rules has been applied, see Graeme Mew, *The Law of Limitations* (Toronto: Butterworths, 1991), at pp. 106-109.

⁶⁵ [1981] 2 S.C.R. 113. This case predates *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

⁶⁶ *Id.*, at p. 126.

⁶⁷ *J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.*, [1993] 2 F.C. 515, at p. 548.

⁶⁸ On questions of fact, the oft-cited passage from Ritchie J. in *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808, is a guiding star:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at trial.

⁶⁹ [1976] 2 F.C. 415 (T.D.), at p. 419.

⁷⁰ (1978), 39 C.P.R. (2d) 191 (F.C.T.D.).

⁷¹ [1981] 1 S.C.R. 504.

⁷² Counsel referred to the decisions: *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315, at p. 320; *Re Navy League of Canada*, [1927] 2 D.L.R. 184 (N.S.S.C.), at p. 185; and *Electric Fireproofing Co. of Canada v. Electric Fireproofing Co.* (1910), 43 S.C.R. 182, at p. 186.

⁷³ R.S.C., 1985, c. T-13 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 234).

⁷⁴ R.S.C., 1985, c. C-42.

⁷⁵ [1965] 2 Ex. C.R. 197, at pp. 214-216; confd by [1966] S.C.R. 296, at pp. 302-305.

⁷⁶ *AlliedSignal v. Du Pont Canada Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.), at pp. 444-445.

⁷⁷ *Teledyne Indust. Ltd. v. Lido Indust. Products Ltd.* (1982), 30 C.P.C. 285 (F.C.T.D.) (Addy J.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1987] 2 F.C. 373 (T.D.) (Addy J.); varied on appeal on a different point, [1988] 2 F.C. 305 (C.A.); *R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432 (F.C.T.D.), at p. 438 (Rouleau J.).

tion Co. c. Baker Energy Resources Corp., [1995] 1 C.F. 483 (C.A.).

⁵⁹ Dossier d'appel, vol. 3C, aux p. 785 à 787, pièce 144, interrogatoire préalable de Beloit.

⁶⁰ Avocat de Beloit.

⁶¹ Avocat de Beloit.

⁶² *Kamlopps (Ville de) c. Nielsen, et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2.

⁶³ [1986] 2 R.C.S. 147, à la p. 224.

⁶⁴ Pour des exemples des types de demandes auxquelles la règle a été appliquée, voir Graeme Mew, *The Law of Limitations* (Toronto: Butterworths, 1991), aux p. 106 à 109.

⁶⁵ [1981] 2 R.S.C. 113. Cet arrêt est antérieur à l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.S.C. 147.

⁶⁶ *Id.*, à la p. 126.

⁶⁷ *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1993] 2 C.F. 515, à la p. 548.

⁶⁸ Au sujet des questions de faits, le passage suivant des motifs du juge Ritchie dans *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808, souvent cité, constitue un point de repère utile:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

⁶⁹ [1976] 2 C.F. 415 (1^{re} inst.), à la p. 419.

⁷⁰ (1978), 39 C.P.R. (2d) 191 (C.F. 1^{re} inst.).

⁷¹ [1981] 1 R.C.S. 504.

⁷² Les avocats ont cité les décisions suivantes: *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315, à la p. 320; *Re Navy League of Canada*, [1927] 2 D.L.R. 184 (C.S.N.-É.), à la p. 185; et *Electric Fireproofing Co. of Canada v. Electric Fireproofing Co.* (1910), 43 R.C.S. 182, à la p. 186.

⁷³ L.R.C. (1985), ch. T-13 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 234).

⁷⁴ L.R.C. (1985), ch. C-42.

⁷⁵ [1965] 2 R.C.É. 197, aux p. 214 à 216; conf. par [1966] R.C.S. 296, aux p. 302 à 305.

⁷⁶ *AlliedSignal c. Du Pont Canada Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.), aux p. 444 et 445.

⁷⁷ *Teledyne Indust. Ltd. c. Lido Indust. Products Ltd.* (1982), 30 C.P.C. 285 (C.F. 1^{re} inst.) (le juge Addy); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1987] 2 C.F. 373 (1^{re} inst.) (le juge Addy), modifié en appel sur un autre point, [1988] 2 C.F. 305 (C.A.); *R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 438 (le juge Rouleau).

⁷⁸ G. Alexander Macklin, "Relief in Intellectual Property Actions", in *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, Vol. 17, Feb. 1983, p. 1089, at pp. 1090-1091.

⁷⁹ Donald H. MacOdrum, "Entitlement to an Accounting of Profits" in *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, Vol. 19, Nov. 1983, p. 1243, at p. 1245.

⁸⁰ R. P. Meagher, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane, *Equity: Doctrines and Remedies*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1992), at p. 659.

⁸¹ *Neilson and Others v. Betts* (1871), Law Rep. 5 H.L. 1, at p. 22, per Lord Westbury; *Patents Act, 1949* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 87, s. 60, *Patents Act, 1977* (U.K.), 1977, c. 37, s. 61.

⁸² *De Vitre and Others v. Betts*, (1873) Law Rep. 6 H.L. 319.

⁸³ S.L.C. 1824, c. 25, enacted on March 9, 1824; note that many authors mistakenly refer to 1823 as the year of enactment of the first Canadian Patent Act.

⁸⁴ *An Act to encourage the progress of useful arts within this Province*, S.U.C. 1826, c. 5, enacted on January 30, 1826.

⁸⁵ *An Act to consolidate and amend the Laws of Patents for Inventions in this Province*, S. Prov. C. 1849, c. 24, enacted in May 1849.

⁸⁶ *The Patent Act of 1869*, S.C. 1869, c. 11.

⁸⁷ U.S. Statutes 1836, Session I, c. 357, enacted July 4, 1836 and revised March 3, 1837; c. 45.

⁸⁸ *The Patent Law Amendment Act, 1852* (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 83.

⁸⁹ Both Acts have 54 sections.

⁹⁰ The remedy of an accounting of the defendant's profits was incorporated into U.S. Patent legislation subsequent to the introduction of the remedy in the Canadian Patent Act. However, the remedy of accounting was abolished by the U.S. Patent Act of 1946 (see *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Co.*, 377 U.S. 476 (1964), at p. 505). In the U.K., patent legislation was amended in 1919 to exclude the remedy of an accounting of profits only to be restored in 1949 on the recommendation of the Swan Committee, a 1947 Departmental Committee of the Board of Trade, Cmd. 7206, p. 48. The Committee explained that when a patentee is limited to a remedy in damages, they may thereby be obliged to disclose information to the infringer, possibly a competitor in trade, information that could prove compromising to the patentee's business.

⁹¹ For example, s. 57 of *The Patent Act of 1869* has remained virtually unchanged since 1869 whereas the English version of the same provision was amended to provide that in an action for patent infringement a claim may be made, *inter alia*, "(c) for damages in respect of the infringement; (d) for an account of profits derived by him [the defendant] from the infringement": *Patents Act 1977* (U.K.), 1977, c. 37, s. 61. Moreover, unlike to the Canadian legislation, the current English legislation

⁷⁸ G. Alexander Macklin, «Relief in Intellectual Property Actions», dans *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, vol. 17, février 1983, p. 1089, aux p. 1090 et 1091.

⁷⁹ Donald H. MacOdrum, «Entitlement to an Accounting of Profits» dans *Patent and Trademark Institute of Canada Bulletin*, Series 8, vol. 19, nov. 1983, p. 1243, à la p. 1245.

⁸⁰ R. P. Meagher, W. M. C. Gummow et J. R. F. Lehane, *Equity: Doctrines and Remedies*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1992), à la p. 659.

⁸¹ *Neilson and Others v. Betts* (1871), Law Rep. 5 H.L. 1, à la p. 22, par lord Westbury; *Patents Act, 1949* (R.-U.) 12, 13 & 14 Geo. 6, ch. 87, art. 60; *Patents Act, 1977* (R.-U.), 1977, ch. 37, art. 61.

⁸² *De Vitre and Others v. Betts*, (1873) Law Rep. 6 H.L. 319.

⁸³ S.B.-C. 1824, ch. 25, édictée le 9 mars 1824; il est à remarquer que de nombreux auteurs mentionnent erronément 1823 comme année d'adoption de la première loi canadienne sur les brevets.

⁸⁴ *An act to encourage the progress of useful arts within this Province*, S.U.C. 1826, ch. 5, édictée le 30 janvier 1826.

⁸⁵ *Acte pour refondre et amender les lois relatives aux patentes ou brevets d'invention en cette province*, S. Prov. C. 1849, ch. 24, édictée en mai 1849.

⁸⁶ *L'Acte des brevets de 1869*, S.C. 1869, ch. 11.

⁸⁷ U.S. Statutes 1836, Session I, ch. 357, édictée le 4 juillet 1836 et révisée le 3 mars 1837; ch. 45.

⁸⁸ *The Patent Law Amendment Act, 1852* (R.-U.), 15 & 16 Vict., ch. 83.

⁸⁹ Les deux lois comptent 54 articles.

⁹⁰ La réparation par restitution des bénéfices réalisés par le défendeur a été intégrée à la loi sur les brevets américaine à la suite de l'introduction de cette réparation dans la loi sur les brevets canadienne. Toutefois, la réparation par restitution a été abolie dans la Patent Act américaine de 1946 (voir *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Co.*, 377 U.S. 476 (1964), à la p. 505). Au Royaume-Uni, la loi sur les brevets a été modifiée en 1919 afin d'exclure la réparation par restitution des bénéfices pour être finalement rétablie en 1949 sur la recommandation du comité Swan, un comité ministériel du Board of Trade de 1947, Cmd. 7206, à la p. 48. Le comité a expliqué que lorsqu'un breveté est limité au recours en dommages-intérêts, il se peut qu'il soit tenu de divulguer au contrefacteur, et éventuellement à un concurrent commercial, des renseignements qui pourraient compromettre ses activités.

⁹¹ Par exemple, l'art. 57 de *L'Acte des brevets de 1869* est demeuré pratiquement inchangé depuis 1869 tandis que la version anglaise de la disposition équivalente de la loi anglaise a été modifiée pour prévoir que dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet, une demande peut être présentée, notamment [TRADUCTION] «c) pour des dommages-intérêts relatifs à la contrefaçon; d) pour une restitution des bénéfices tirés par lui [le défendeur] par suite de la contrefaçon»: *Patents Act 1977* (R.-U.), 1977,

expressly provides that a court shall not award both an accounting and damages.

⁹² The pertinent section of the Australian *Patents Act*, 1990, No. 83, 1990, is:

122. (1) The relief which a court may grant for infringement of a patent includes an injunction (subject to such terms, if any, as the court thinks fit) and, at the option of the plaintiff, either damages or an account of profits.

⁹³ MacOdrum, *supra*, note 79, at p. 1246, note 19; H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Invention*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1969), pp. 5-6.

⁹⁴ *Formea Chemicals Ltd. v. Polymer Corp. Ltd.*, [1967] 1 O.R. 546 (C.A.); affd [1968] S.C.R. 754.

⁹⁵ P. V. Baker & P. St. J. Langan, *Snell's Equity*, 29th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1990), at pp. 582, 638.

⁹⁶ *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), at pp. 162-163; *Automatic Coal Gas Retort Co. v. The Mayor &c. of Salford* (1897), 14 R.P.C. 451 (Ch. D.), at p. 471 (Romer J.); *Watson, Laidlaw and Co. v. Pott* (1914), 31 R.P.C. 104 (H.L.), at p. 118; and *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115 (F.C.T.D.), at p. 20 (Reed J.).

⁹⁷ *Bond v. Hopkins* (1802), 1 Sch. & Lefr. 413 (H.L.), at p. 429; *Hanson v. Keating* (1844), 67 R.R. 1, at pp. 3-4; *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (H.L.), at p. 179, cited with approval in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 155; *Weingarten Brothers v. Charles Bayer & Co.* (1905), 22 R.P.C. 341 (H.L.), at p. 351; and *Szuba v. Szuba*, [1951] 1 D.L.R. 387 (Ont. H.C.), at pp. 388-391.

⁹⁸ (1995), 61 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.).

⁹⁹ *AlliedSignal*, *supra*, note 76, at p. 444.

¹⁰⁰ (1995), 61 C.P.R. (3d) 499 (F.C.A.).

¹⁰¹ (1992), 18 D.L.R. (4th) 1 (F.C.A.), at p. 27.

¹⁰² [1995] 1 F.C. 483 (C.A.), at pp. 493-494; application for leave to appeal to S.C.C. refused, 1 June 1995, File No. 24458 [[1995] 2 S.C.R. v].

¹⁰³ *Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.); affd (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.).

¹⁰⁴ Baker & Langan, *supra*, note 95, at p. 29.

¹⁰⁵ *Consolboard*, *supra*, note 70 (F.C.T.D.), at pp. 220-222; affd [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 514.

¹⁰⁶ Appeal Book, Vol. 3C, at pp. 785-787.

¹⁰⁷ *Supra*, note 102, at pp. 493-495.

¹⁰⁸ *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.), at p. 49.

¹⁰⁹ [1937] S.C.R. 36.

¹¹⁰ (1911), 28 R.P.C. 157 (C.A.).

¹¹¹ (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (F.C.A.).

¹¹² (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.).

ch. 37 art. 61. En outre, contrairement à la loi canadienne, la loi anglaise actuelle prévoit expressément qu'un tribunal ne peut octroyer à la fois la restitution des bénéfices et des dommages-intérêts.

⁹² L'article pertinent de la *Patents Act*, 1990, n° 83, 1990, de l'Australie, dispose:

[TRADUCTION] **122. (1)** En réparation de la contrefaçon d'un brevet, un tribunal peut accorder une injonction (sous réserve des conditions, s'il en est, qu'il estime appropriées) et, au choix du demandeur, des dommages-intérêts ou une restitution des bénéfices.

⁹³ MacOdrum, précité, note 79, à la p. 1246, note 19; H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Invention*, 4^e éd. (Toronto: Carswell, 1969), aux p. 5 et 6.

⁹⁴ *Formea Chemicals Ltd. v. Polymer Corp. Ltd.*, [1967] 1 O.R. 546 (C.A.); conf. par [1968] R.C.S. 754.

⁹⁵ P. V. Baker et P. St. J. Langan, *Snell's Equity*, 29^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1990), aux p. 582 et 638.

⁹⁶ *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), aux p. 162 et 163; *Automatic Coal Gas Retort Co. v. The Mayor &c. of Salford* (1897), 14 R.P.C. 451 (Ch. D.), à la p. 471 (le juge Romer); *Watson, Laidlaw and Co. v. Pott* (1914), 31 R.P.C. 104 (H.L.), à la p. 118; et *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 20 (le juge Reed).

⁹⁷ *Bond v. Hopkins* (1802), 1 Sch. & Lefr. 413 (H.L.), à la p. 429; *Hanson v. Keating* (1844), 67 R.R. 1, aux p. 3 et 4; *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173 (H.L.), à la p. 179, cité avec approbation dans *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 155; *Weingarten Brothers v. Charles Bayer & Co.* (1905), 22 R.P.C. 341 (H.L.), à la p. 351; et *Szuba v. Szuba*, [1951] 1 D.L.R. 387 (H.C. Ont.), aux p. 388 à 391.

⁹⁸ (1995), 61 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.).

⁹⁹ *AlliedSignal*, précité, note 76, à la p. 444.

¹⁰⁰ (1995), 61 C.P.R. (3d) 499 (C.A.F.).

¹⁰¹ (1992), 18 D.L.R. (4th) 1 (C.A.F.), à la p. 27.

¹⁰² [1995] 1 C.F. 483 (C.A.), aux p. 493 et 494; demande d'autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, 1^{er} juin 1995, n° du greffe 24458 [[1995] 2 R.C.S. v].

¹⁰³ *Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (C.A.F.).

¹⁰⁴ Baker & Langan, précité, note 95, à la p. 29.

¹⁰⁵ *Consolboard*, précité, note 70 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 220 à 222; conf. par [1981] 1 R.C.S. 504, à la p. 514.

¹⁰⁶ Dossier d'appel, vol. 3C, aux p. 785 à 787.

¹⁰⁷ Précité, note 102, aux p. 493 à 495.

¹⁰⁸ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.), à la p. 49.

¹⁰⁹ [1937] R.C.S. 36.

¹¹⁰ (1911), 28 R.P.C. 157 (C.A.).

¹¹¹ (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (C.A.F.).

¹¹² (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (C.A.F.).

¹¹³ [1993] 2 F.C. 515.

¹¹⁴ *Supra*, note 102.

¹¹⁵ *Supra*, note 77.

¹¹⁶ See *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305 (C.A.), at p. 321.

¹¹³ [1993] 2 C.F. 515.

¹¹⁴ Précité, note 102.

¹¹⁵ Précité, note 77.

¹¹⁶ Voir *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305 (C.A.), à la p. 321.

A-505-96

A-505-96

Ontario Hydro (*Appellant*) (*Plaintiff*)**Ontario Hydro** (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*) (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*) (*défenderesse*)*INDEXED AS: ONTARIO HYDRO v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: ONTARIO HYDRO c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Stone, Décary and McDonald JJ.A.
—Toronto, May 27; Ottawa, June 10, 1997.Cour d'appel, juges Stone, Décary et McDonald,
J.C.A.—Toronto, 27 mai et Ottawa 10 juin 1997.

Energy — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing action to recover portion of costs of relocating National Energy Board from Ottawa to Calgary which utility had been required to pay — National Energy Board Act, s. 24.1 giving NEB power to make regulations for recovery of costs attributable to responsibilities under any Act of Parliament — Giving NEB discretionary power to determine what costs attributable to statutory responsibilities — Limited to costs attributable to statutory responsibilities — Relocation not within dictionary meaning of “responsibilities” — National Energy Board Cost Recovery Regulations, s. 6 defining costs attributable to statutory responsibilities of NEB as “program costs” — Program costs described in Expenditure Plan — Nothing therein contemplating relocation — When read in conjunction with Regulations, ss. 4, 6, Act, s. 24.1 permitting recovery of costs related to Board’s program; not including relocation costs.

Énergie — Appel de la décision de la Section de première instance rejetant l'action en recouvrement de la partie des frais de transfert du siège de l'Office national de l'énergie d'Ottawa à Calgary que le service public a dû payer — L'art. 24.1 de la Loi sur l'Office national de l'énergie confère à l'ONÉ le pouvoir de prendre un règlement pour le recouvrement des frais afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de toute loi fédérale — Il confère à l'ONÉ le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels frais sont afférents à l'exercice de ses attributions légales — Les frais se limitent à ceux attribuables à l'exercice des attributions légales — Selon le dictionnaire, le mot «responsibility» (attributions) n'englobe pas la réinstallation — L'art. 6 du Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie assimile les frais afférents à l'exercice des attributions légales de l'ONÉ au «coût de son programme» — Le coût du programme est décrit dans le plan de dépenses — Aucun élément n'évoque la réinstallation — Lorsqu'il est lu de concert avec les art. 4 et 6 du Règlement, l'art. 24.1 permet le recouvrement des frais liés au programme de l'Office, à l'exclusion des frais de réinstallation.

Construction of statutes — National Energy Board Act, s. 24.1 giving NEB power to make regulations for recovery of costs attributable to responsibilities under any Act of Parliament — National Energy Board Cost Recovery Regulations, s. 6, determining cost recovery charges, passed at same time as s. 24.1 introduced — Same words used in Act, s. 24.1, Regulations, s. 6 — Trial Judge interpreting Regulations without regard to enabling statute — Where statute, regulations closely meshed so as to form integrated scheme, provisions of both interpreted in light of overall scheme — Some value had to be given scheme of Regulations in interpreting Act — When read in conjunction with Regulations, ss. 4, 6, Act, s. 24.1 permitting recovery of program costs related to Board’s program; not including costs of NEB’s relocation to Calgary from Ottawa.

Interprétation des lois — L'art. 24.1 de la Loi sur l'Office national de l'énergie investit l'ONÉ du pouvoir de prendre un règlement pour le recouvrement des frais afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de toute loi fédérale — L'art. 6 du Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie, qui prévoit le calcul des frais recouvrables, a été pris au même moment que l'art. 24.1 a été ajouté à la Loi — Les mêmes termes sont employés à l'art. 24.1 de la Loi et à l'art. 6 du Règlement — Le juge de première instance a interprété le Règlement sans tenir compte de la loi habilitante — Lorsque la loi et le règlement sont si étroitement liés qu'ils forment un tout, les dispositions des deux textes sont interprétées en fonction de ce cadre global — Une certaine importance devait être accordée à la formulation du Règlement aux fins d'interpréter les dispositions de la Loi — Lorsqu'il est lu de concert avec les art. 4 et 6 du Règlement, l'art. 24.1 autorise le recouvrement du coût afférent au programme de l'Office, lequel n'englobe pas les frais de transfert du siège de l'ONÉ d'Ottawa à Calgary.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an action brought by Ontario Hydro to recover a portion of the costs of relocating the National Energy Board from Ottawa to Calgary which the utility had been required to pay. *National Energy Board Act*, subsection 24.1(1) gives the Board, subject to the approval of the Treasury Board, the power to make regulations for the purposes of recovering costs attributable to its responsibilities under any Act of Parliament. Section 24.1 came into force on January 1, 1991. Pursuant to section 24.1, the Board passed the *National Energy Board Cost Recovery Regulations*, on December 20, 1990, which came into force on January 1, 1991, and which permit the Board, in accordance with the formula therein, to determine and recover from oil and gas pipeline companies and from exporters of electricity certain costs attributable to the performance of its statutory duties. Section 6, which determines the cost recovery charges, uses the same words used in Act, section 24.1 i.e. "costs attributable . . . to the responsibilities of the Board under the Act or any other Act of Parliament".

In 1992, the Board rendered four bills to the appellant, each of which included the cost associated with the relocation of its head office in the calculation of the costs recoverable pursuant to the Regulations. The appellant paid each invoice under protest. The Trial Judge dismissed the appellant's action to recover the amounts so paid on the ground that the Regulations expressly contemplated costs outside the Board's normal activities would be "program costs".

The issue was whether the appellant was liable to pay a portion of the relocation costs under Regulations, section 24.1.

Held, the appeal should be allowed.

Neither the Act nor the Regulations allowed the Board to require the appellant to contribute to the relocation costs.

The Trial Judge interpreted the Regulations without regard to the enabling statute. Where the statute and regulations are closely meshed so as to form an integrated scheme, provisions from both are interpreted in the light of that overall scheme. The Regulations were passed at the same time as section 24.1 was introduced in the Act and the wording used in the introductory passage of section 6 of the Regulations is similar to that used in section 24.1. Therefore some value had to be given to the scheme of the Regulations in interpreting the Act.

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Section de première instance rejetant l'action d'Ontario Hydro intentée en vue de recouvrer la partie des frais de transfert du siège de l'Office national de l'énergie d'Ottawa à Calgary que le service public a dû payer. Au paragraphe 24.1(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, sous réserve de l'agrément du Conseil du Trésor, l'Office est investi du pouvoir de prendre un règlement afin de recouvrer les frais afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de toute loi fédérale. L'article 24.1 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991. En vertu de cette disposition, le 20 décembre 1990, l'Office a pris le *Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie*, lequel est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991 et permet à l'Office, suivant une formule donnée, de calculer puis de recouvrer auprès des entreprises exploitant un oléoduc ou un gazoduc, ainsi que des exportateurs d'électricité, certains frais afférents à l'exercice de ses attributions légales. L'article 6, qui établit quels sont les droits exigibles au titre du recouvrement des frais, emploie les mêmes termes qu'à l'article 24.1 de la Loi, c.-à-d. «frais afférents à l'exercice des attributions de l'Office dans le cadre de la Loi ou de toute autre loi fédérale».

En 1992, l'Office a présenté à l'appelante quatre factures incluant, dans chacun des cas, les frais liés à la réinstallation de son siège dans le calcul des frais recouvrables en application du Règlement. L'appelante a acquitté chacune des factures sous toutes réserves. Le juge de première instance a rejeté l'action de l'appelante intentée pour recouvrer les sommes payées pour le motif que le Règlement envisage expressément que les frais dépassant le champ des activités normales de l'Office font partie du «coût du programme».

La question en litige est de savoir si l'appelante était tenue de payer une partie des frais de réinstallation aux termes du Règlement pris en vertu de l'article 24.1.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Ni la Loi ni le Règlement n'autorisent l'Office à exiger de l'appelante qu'elle paie une partie de ses frais de réinstallation.

Le juge de première instance a interprété le Règlement sans tenir compte du libellé de la loi habilitante. Lorsque la loi et le règlement sont si étroitement liés qu'ils forment un tout, les dispositions des deux textes sont interprétés en fonction de ce cadre global. Le Règlement a été pris en même temps que l'article 24.1 a été ajouté à la Loi, et le libellé employé dans la partie introductive de l'article 6 du Règlement est semblable à celui de l'article 24.1. Une certaine importance devait donc être accordée à la formulation du Règlement aux fins d'interpréter les dispositions de la Loi.

Section 24.1 clearly gives the Board a discretionary power to determine what costs are attributable to its statutory responsibilities. That discretion was not absolute, in that only those costs attributable to its statutory responsibilities could be recovered. As relocation does not fall within the dictionary meaning of the word “responsibilities”, relocation could not be a cost attributable to the Board’s statutory responsibilities if one were to examine only the provisions of the statute. It was therefore necessary to look at the Regulations. Paragraphs 6(a) and (b) define costs attributable to the statutory responsibilities of the Board as “program costs”. The Board’s program was described in its Expenditure Plan. Nothing in that program description contemplated relocation. While program costs were set out in the Expenditure Plan, they were not defined by it. When section 24.1 of the Act is read in conjunction with sections 4 and 6 of the Regulations, the costs recoverable pursuant to section 24.1 are program costs related to the Board’s Program, which did not include relocation costs.

Regulations, paragraph 9(a), on which the Trial Judge relied heavily in reaching her conclusion, was restricted to the very narrow purpose of Part II of the Act, dealing with the advisory sub-activity of the Board. It merely recognizes that “program costs” may be incurred, at the request of the Minister, in activities which are outside the scope of the Board’s normal activities. If it expands the concept of “program costs” it does it solely to include, in addition to program costs incurred on a recurring annual basis, program costs exceptionally incurred on a once-and-for-all basis in the context of Part II. It did not permit costs unrelated to the Board’s Program to qualify as program costs for the purposes of recovery under section 6.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 500 *et seq.*
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 16.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 7(1) (as am. by S.C. 1991, c. 27, s. 2), 24.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 7, s. 13).
National Energy Board Cost Recovery Regulations, SOR/91-7, ss. 4(3), 5, 6, 7, 9.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

L’article 24.1 confère manifestement à l’Office le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels frais sont afférents à l’exercice de ses attributions légales. Ce pouvoir discrétionnaire n’est cependant pas absolu, car seuls les frais qui sont afférents à ses attributions légales peuvent être recouvrés. Comme, selon le dictionnaire, les «attributions» n’englobent pas la réinstallation, il s’ensuit que, sur la base des seules dispositions de la Loi, on ne peut conclure que les frais de réinstallation sont afférents à l’exercice des attributions légales de l’Office. Il était donc nécessaire de tenir compte du Règlement. Les alinéas 6a) et b) assimilent les frais afférents à l’exercice des attributions légales de l’Office au coût de son programme. Le programme de l’Office est décrit dans son plan de dépenses. Aucun élément de la description du programme n’évoque la réinstallation. Le coût du programme est énoncé dans le plan de dépenses, mais il n’y est pas défini. Lorsque l’article 24.1 de la Loi est lu de concert avec les articles 4 et 6 du Règlement, les frais recouvrables en application de l’article 24.1 correspondent au coût afférent au programme de l’Office, lequel n’englobe pas les frais de réinstallation.

L’alinéa 9a) du Règlement, sur lequel le juge de première instance s’appuie considérablement pour arriver à sa conclusion, ne vise que l’objet très restreint de la partie II de la Loi, soit la sous-activité de l’Office liée à son rôle consultatif. Il reconnaît simplement que des frais afférents au programme peuvent être engagés, à la demande du ministre, relativement à des activités qui dépassent le champ des activités normales de l’Office. S’il a pour effet d’élargir la notion de «coût du programme», ce n’est que pour inclure, en plus des frais annuels récurrents, des frais afférents au programme engagés de façon exceptionnelle et irrévocable dans le contexte de la partie II. Il ne permet pas que des frais non liés au programme de l’Office soient assimilés au coût du programme aux fins du recouvrement prévu à l’article 6.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 16.
Loi sur l’Office national de l’énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 7(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 27, art. 2), 24.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 7, art. 13).
Règlement sur le recouvrement des frais de l’Office national de l’énergie, DORS/91-7, art. 4(3), 5, 6, 7, 9.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 500 *et s.*

JURISPRUDENCE

DÉCISION CITÉE:

R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

AUTHORS CITED

- Allen, E. *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990. «responsibility».
- Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979. «responsibility».
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1994. «attributions».
- Robert, P. *Le Petit Robert 1*. Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1991. «attributions».
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from trial judgment (*Ontario Hydro v. National Energy Board* (1996), 112 F.T.R. 225 (F.C.T.D.)) dismissing an action for reimbursement of the amount paid by the appellant towards the relocation of the National Energy Board's head office pursuant to *National Energy Board Act*, section 24.1 and *National Energy Board Cost Recovery Regulations*, section 6. Appeal allowed.

COUNSEL:

- Eric R. Finn and Ilana Saltsman* for appellant (plaintiff).
- Frederick B. Woyiwada and Darrell Kloeze* for respondent (defendant).

SOLICITORS:

- Ontario Hydro Law Division*, Toronto, for appellant (plaintiff).
- Deputy Attorney General of Canada* for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DOCTRINE

- Allen, E. *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990. «responsibility».
- Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979. «responsibility».
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1994. «attributions».
- Robert, P. *Le Petit Robert 1*. Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1991. «attributions».
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL contre le jugement de première instance (*Ontario Hydro c. Office national de l'énergie* (1996), 112 F.T.R. 225 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant l'action en remboursement de la somme payée par l'appelante à titre de contribution aux frais de réinstallation du siège de l'Office national de l'énergie en application de l'article 24.1 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de l'article 6 du *Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie*. Appel accueilli.

AVOCATS:

- Eric R. Finn et Ilana Saltsman* pour l'appelante (demanderesse).
- Frederick B. Woyiwada et Darrell Kloeze* pour l'intimée (défenderesse).

PROCUREURS:

- Contentieux, Ontario Hydro*, Toronto, pour l'appelante (demanderesse).
- Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée (défenderesse).

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

1 DÉCARY J.A.: The issue in this appeal from a decision of the Trial Division [(1996), 112 F.T.R. 225] is whether, under the *National Energy Board Cost Recovery Regulations*¹ (the Regulations), the appellant is liable to pay a portion of the cost of

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La question en litige aux fins du présent appel d'une décision de la Section de première instance [(1996), 112 F.T.R. 225] est de savoir si, en vertu du *Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie*¹

relocating the National Energy Board (the Board) from Ottawa to Calgary.

(le Règlement), l'appelante est tenue de payer une partie des frais de transfert du siège de l'Office national de l'énergie (l'Office) d'Ottawa à Calgary.

2 The issue arose in the following circumstances. The appellant is a public utility that exports electricity out of the province of Ontario. As such, it is a party that meets the classification enumerated in section 24.1 of the *National Energy Board Act*² (the Act) and is thereby subject to any regulation made pursuant to this section "for the purposes of recovering all or a portion of such costs as the National Energy Board determines to be attributable to its responsibilities [*afférents à l'exercice de ses attributions*" in the French text] under this or any other Act of Parliament". Section 24.1³ came into force January 1, 1991.

2 Les circonstances de l'affaire sont les suivantes. L'appelante est un service public qui exporte de l'électricité à partir de la province de l'Ontario. À ce titre, elle est visée par l'article 24.1 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*² (la Loi) et est donc assujettie à tout règlement pris en vertu de cette disposition «afin de recouvrer tout ou partie des frais [que l'Office national de l'énergie] juge afférents à l'exercice de ses attributions [*attributable to its responsibilities*», dans la version anglaise] dans le cadre de la présente Loi et de toute autre loi fédérale». L'article 24.1³ est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991.

3 Pursuant to section 24.1 of the Act, the Board passed the Regulations on December 20, 1990, effective as of January 1, 1991. The Regulations provide that the Board may, in accordance with the formula set out therein, determine and recover from oil and gas pipeline companies and from exporters of electricity described in Schedules I, II and III, certain costs attributable to the performance of its statutory responsibilities. The appellant is referred to in Schedule III, Part I.

3 Le 20 décembre 1990, sous le régime de l'article 24.1 de la Loi, l'Office a pris le Règlement, lequel est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991. Suivant le Règlement, l'Office peut, en appliquant une formule donnée, calculer puis recouvrer auprès des entreprises exploitant un oléoduc ou un gazoduc, ainsi que des exportateurs d'électricité visés aux annexes I, II et III, certains frais afférents à l'exercice de ses attributions légales. L'appelante est visée à l'annexe III, partie I.

4 On June 21, 1991, the Governor General assented to an amendment to subsection 7(1)⁴ of the Act which called for relocating the head office of the Board from the city of Ottawa to the city of Calgary. The relocation was completed by September 1, 1991. The amendment came into force on November 1, 1991. The Board estimated the cost of relocation to be \$14,846,765 of which 50% (\$7,423,383) was to be recovered in each of 1992 and 1993. Additional costs relating to the relocation were incurred during the years 1994 to 1997.

4 Le 21 juin 1991, le gouverneur général a sanctionné la loi modifiant le paragraphe 7(1)⁴ de la Loi, qui visait à transférer le siège de l'Office d'Ottawa à Calgary. Le processus de réinstallation a pris fin le 1^{er} septembre 1991. La modification est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1991. L'Office a estimé les frais de réinstallation à 14 846 765 \$, dont 50 % (7 423 383 \$) devait être recouvré au cours de chacun des exercices 1992 et 1993. Des frais supplémentaires connexes ont été engagés au cours des années 1994 à 1997.

5 In 1992, the Board rendered four bills in respect of cost recovery charges to the appellant. In each case, the Board included the cost associated with the relocation of its head office in its calculation of the costs recoverable pursuant to the Regulations. The appellant paid each invoice under protest on the

5 En 1992, l'Office a présenté à l'appelante quatre factures établissant le montant des droits exigibles au titre du recouvrement des frais. Dans chacun des cas, l'Office incluait les frais liés à la réinstallation de son siège dans le calcul des frais recouvrables en application du Règlement. L'appelante a acquitté

ground that the cost of relocation could not be included in the calculation of costs under section 6 of the Regulations. The amount at issue for the year 1992 was \$83,864. Other charges were also debited from the appellant's account during the following years. The appellant concedes that if the relocation costs were properly included in the calculation, the invoices are accurate. If the relocation costs were not properly included, the Board agrees to carry out an accounting and reimburse the appellant for relocation costs improperly charged.

chacune des factures, mais elle l'a fait sous toutes réserves pour le motif que le coût de réinstallation ne pouvait être inclus dans le calcul des frais visés à l'article 6 du Règlement. Le montant en litige pour l'année 1992 est de 83 864 \$. D'autres frais ont également été portés au débit du compte de l'appelante pendant les années suivantes. L'appelante reconnaît que si les frais de réinstallation ont été à juste titre compris dans le calcul, le montant des factures est exact. Pour sa part, si l'imputation de ces frais n'est pas légitime, l'Office s'engage à dresser un nouvel état de compte et à rembourser l'appelante des sommes indûment perçues.

6 The appellant filed a statement of claim in which it sought the reimbursement of the relocation costs, as well as a declaration that the relocation costs are not costs that can be recovered pursuant to section 6 of the Regulations.

6 Dans sa déclaration, l'appelante demande le remboursement des frais de réinstallation, ainsi qu'un jugement déclaratoire voulant que de tels frais ne puissent être recouverts sur le fondement de l'article 6 du Règlement.

7 The Trial Judge dismissed the action. She did so, essentially, on the basis of the following conclusion [at page 233]:

7 Le juge de première instance a rejeté l'action et ce, essentiellement sur la base de la conclusion suivante [à la page 233]:

I am satisfied that, in ordinary parlance, and in the Board's practice, its Program is treated as the sum of its Activities and the recurring Activity costs are the "program costs". However, these are not determinative of the meaning of "program costs" in the Regulations. I say this because, in my view, this case can be decided having regard to the text of the Regulations. Section 6 essentially defines "program costs" as those costs which are set out in the Estimates. Section 9 deals with recoverable costs which, in my view, must mean "program costs" and allows the Minister to exclude "program costs" which "are outside the normal activities of the Board". To me, this is a clear indication that, in the context of the Regulations, "program costs" is capable of meaning something other than the annual recurring costs associated with the Board's Activities. Because the Regulations appear to expressly contemplate that costs outside the Board's normal activities will be "program costs", I see no reason why Relocation Costs cannot be "program costs".

Je suis convaincue que, en langage ordinaire et dans le cadre des pratiques suivies par l'Office, le programme de cet organisme est considéré comme l'ensemble de ses activités et que les frais récurrents liés à ces activités représentent le «coût du programme». Toutefois, ces activités ne permettent pas de décider du sens qu'il faut donner à l'expression «coût du programme» apparaissant dans le Règlement. J'apporte cette précision parce qu'à mon avis la présente affaire peut être tranchée à la lumière du libellé de ce texte réglementaire. En effet, l'article 6 définit essentiellement le «coût du programme» comme les coûts énoncés dans le budget. L'article 9 traite des frais recouvrables, lesquels, selon moi, s'entendent du «coût du programme» et il permet au ministre d'exclure les frais du programme qui «dépassent le champ des activités normales de l'Office». À mon avis, il s'agit d'un indice évident que, dans le contexte du Règlement, l'expression «coût du programme» peut viser autre chose que les frais annuels récurrents liés aux activités de l'Office. Comme le Règlement paraît envisager de manière expresse que les frais dépassant le champ des activités normales de l'Office font partie du «coût du programme», je ne vois pas pourquoi les coûts de réinstallation ne pourraient être visés par cette expression.

8 It will be useful to first set out the relevant provisions of the Act and of the Regulations:

8 Examinons tout d'abord les dispositions pertinentes de la Loi et du Règlement:

The National Energy Board Act*Head Office and Meetings*

7. (1) The head office of the Board shall be at Calgary, Alberta.

...

Fees, Levies and Charges

24.1 (1) Subject to the approval of the Treasury Board, the National Energy Board may, for the purposes of recovering all or a portion of such costs as the National Energy Board determines to be attributable to its responsibilities under this or any other Act of Parliament, make regulations

(a) imposing fees, levies or charges on any person or company authorized under this Act to

- (i) construct or operate a pipeline or an international or interprovincial power line,
- (ii) charge tolls,
- (iii) export or import oil or gas, or
- (iv) export electricity; and

(b) providing for the manner of calculating the fees, levies and charges in respect of the person or company and their payment to the National Energy Board.

The National Energy Board
Cost Recovery Regulations

Whereas the National Energy Board has determined that certain costs are attributable to its responsibilities under the National Energy Board Act or any other Act of Parliament;

...

REGULATIONS RESPECTING THE RECOVERY OF
CERTAIN COSTS OF THE NATIONAL ENERGY
BOARD

...

Payment of Charges and Fees

4. . . .

(3) Each exporter set out in Part I of Schedule III shall every year pay to the Board a cost recovery charge calculated in the manner set out in subsection 14(3).

Loi sur l'Office national de l'énergie*Siège et réunions*

7. (1) Le siège de l'Office est fixé à Calgary (Alberta).

...

Droits, redevances et frais

24.1 (1) Sous réserve de l'agrément du Conseil du Trésor, et afin de recouvrer tout ou partie des frais qu'il juge afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de la présente loi et de toute autre loi fédérale, l'Office peut, par règlement:

a) imposer des droits, redevances ou frais à chaque personne ou compagnie pouvant, au titre de la présente loi, construire ou exploiter un pipeline ou une ligne internationale ou interprovinciale, exiger des droits, exporter ou importer du gaz ou du pétrole ou exporter de l'électricité;

b) déterminer leur mode de calcul à l'égard de la personne ou de la compagnie et prévoir leur paiement.

Règlement sur le recouvrement des frais de
l'Office national de l'énergie

Attendu que l'Office national de l'énergie juge que des frais sont afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de la Loi sur l'Office national de l'énergie et de toute autre loi fédérale,

...

RÈGLEMENT CONCERNANT LE RECOUVREMENT
DES FRAIS DE L'OFFICE NATIONAL DE
L'ÉNERGIE

...

Droits et redevances exigibles

4. . . .

(3) Les exportateurs figurant à la partie I de l'annexe III paient annuellement à l'Office, au titre du recouvrement des frais, les droits calculés conformément au paragraphe 14(3).

5. (1) Each company set out in Part II of Schedules I and II and each exporter set out in Part II of Schedule III shall every year pay to the Board an administration fee of \$10,000.

(2) Each company set out in Part III of Schedules I and II shall every year pay to the Board an administration fee of \$500.

Determination of Board Costs

6. For the purpose of calculating cost recovery charges in accordance with these Regulations, the total costs attributable for a calendar year to the responsibilities of the Board under the Act or any other Act of Parliament are the aggregate of

(a) one fourth of the estimated program costs of the Board including the costs of goods and services provided to the Board by other federal departments or agencies, as set out in the Expenditure Plan published in the *Estimates of the Government of Canada* for the Board's fiscal year ending in the calendar year, and

(b) three fourths of the forecasted program costs of the Board including the costs of goods and services provided to the Board by other federal departments or agencies, as prepared for the Expenditure Plan to be published in the *Estimates of the Government of Canada* for the Board's fiscal year beginning during that calendar year.

7. The Board shall, on or before September 30 in every year, calculate

(a) the amount, if any, by which the total program costs determined in accordance with section 6 for the preceding calendar year exceed the actual expenditures of the Board during the preceding calendar year; or

(b) the amount, if any, by which the actual expenditures of the Board during the preceding calendar year exceed the total determined in accordance with section 6 for that preceding calendar year.

...

9. The Minister may determine that

(a) any costs otherwise recoverable or any portion thereof attributable to activities undertaken by the Board at the request of the Minister pursuant to Part II of the Act that are outside the scope of the normal activities of the Board are to be excluded from the total costs to be recovered by the Board;

(b) any costs otherwise recoverable or any portion thereof attributable to activities undertaken by the Board

5. (1) Les compagnies figurant à la partie II des annexes I et II et les exportateurs figurant à la partie II de l'annexe III paient annuellement à l'Office, au titre du recouvrement des frais administratifs, une redevance de 10 000 \$.

(2) Les compagnies figurant à la partie III des annexes I et II paient annuellement à l'Office, au titre du recouvrement des frais administratifs, une redevance de 500 \$.

Calcul des frais de l'Office

6. Aux fins du calcul des droits exigibles au titre du recouvrement des frais aux termes du présent règlement, le total des frais afférents à l'exercice des attributions de l'Office dans le cadre de la Loi et de toute autre loi fédérale est égal, pour chaque année civile, au total:

a) du quart du coût estimatif du programme de l'Office, y compris les coûts des biens et services fournis à l'Office par les autres ministères et organismes fédéraux, tel qu'il est énoncé dans le plan de dépenses publié dans le *Budget des dépenses du gouvernement du Canada* pour l'exercice de l'Office se terminant durant cette année civile;

b) des trois quart du coût prévu du programme de l'Office, y compris les coûts des biens et services fournis à l'Office par les autres ministères et organismes fédéraux, tel qu'il est établi pour le plan de dépenses publié dans le *Budget des dépenses du gouvernement du Canada* pour l'exercice de l'Office commençant durant cette année civile.

7. Au plus tard le 30 septembre de chaque année, l'Office calcule, selon le cas:

a) l'excédent du total des frais déterminés conformément à l'article 6 pour l'année civile précédente sur les dépenses réelles de l'Office pour cette année;

b) l'excédent des dépenses réelles de l'Office pour l'année civile précédente sur le total des frais déterminés conformément à l'article 6 pour cette année.

...

9. Le ministre peut:

a) exclure du total des frais à recouvrer par l'Office tout ou partie des frais, par ailleurs recouvrables, qui sont afférents à des activités entreprises par l'Office à la demande du ministre en vertu de la partie II de la Loi et qui dépassent le champ des activités normales de l'Office;

b) exclure du total des frais à recouvrer par l'Office ou reporter à une période de recouvrement ultérieure tout

in a calendar year that are not for the direct benefit, in that calendar year, of the companies or persons in respect of which these Regulations apply are to be excluded from the total costs to be recovered by the Board or that the recovery of those costs is to be deferred to a later period; and

ou partie des frais, par ailleurs recouvrables, qui sont afférents à des activités entreprises par l'Office durant une année civile et qui ne sont pas, durant cette année, à l'avantage direct des compagnies ou des personnes visées par le présent règlement;

9 Counsel for the parties both approached this case on the assumption that the sole issue being the interpretation of the Regulations, it was not necessary to examine the provisions of the enabling statute. The Trial Judge also followed this approach, with the result that the Regulations were interpreted without having regard to the enabling statute.

9 Les avocats des deux parties estiment que l'issue de l'affaire repose uniquement sur l'interprétation du Règlement, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les dispositions de la loi habilitante. Le juge de première instance s'est rangé à leur point de vue, et le Règlement a été interprété sans qu'il soit tenu compte du libellé de la loi habilitante.

10 This approach is inconsistent with the cardinal rules that where the provision to be interpreted appears in a regulation, it must be read in the context of both the regulations and the enabling statute as a whole,⁵ and that where, as here, the expressions used in the Regulations are those used in the enabling statute, they have the same respective meanings as in the enactment conferring the power.⁶ As the efforts of counsel were directed at determining the intent and purpose of the Regulations, there is little, if anything, before us, apart from the very words of the enabling statute, that can help us in the interpretation we must make of the statute.

10 Cette démarche est incompatible avec la règle cardinale voulant qu'une disposition réglementaire doive être interprétée en fonction du règlement et de la loi habilitante dans leur ensemble⁵ et celle selon laquelle lorsque, comme en l'espèce, les expressions employées dans le Règlement sont les mêmes que celles qui figurent dans la loi habilitante, elles doivent avoir la même portée que dans le texte législatif d'habilitation⁶. Étant donné que les avocats ont mis l'accent sur l'intention du gouverneur en conseil et sur l'objet du Règlement, nous disposons de fort peu d'éléments, si même il en est, outre les mots mêmes employés dans la loi habilitante, pour nous guider dans l'interprétation que nous devons faire du texte législatif.

11 Normally, in cases such as this one, the Court will examine the provisions of the enabling statute first in order to ascertain precisely what it is that Parliament has allowed to be regulated. It will then turn to the regulation. There being a presumption that the regulation has been passed in accordance with the provisions of the enabling statute and that there is coherence between the terms used in the statute and those used in the regulation,⁷ the Court will endeavour to interpret the regulation in such a way as to keep it within the confines permitted by the enabling statute. Should that prove impossible, the regulation or part of it will be declared *ultra vires*. Reconciliation is therefore the rule, and it will be achieved in most cases.

11 Normalement, en pareilles circonstances, la Cour se penche sur les dispositions de la loi habilitante pour déterminer avec précision, dans un premier temps, ce dont le législateur a permis la réglementation. Elle examine ensuite le texte réglementaire. Il est présumé que le règlement a été pris en conformité avec les dispositions de la loi habilitante et qu'il existe une cohérence entre la terminologie de la Loi et celle du règlement⁷. La Cour s'efforce alors d'interpréter ce dernier de façon que sa portée demeure dans les limites établies par la loi habilitante. Lorsque cela se révèle impossible, le règlement ou une partie de celui-ci est jugé *ultra vires*. La conciliation est donc la règle, et elle est réalisée dans la plupart des cas.

12 It was observed in *Driedger on the Construction of Statutes*⁸ that because regulations are a subordi-

12 Dans l'ouvrage *Driedger on the Construction of Statutes*⁸, il est signalé que le règlement étant une

nate form of legislation, usually made after the enabling statute has been passed, they have limited value in interpreting provisions of the statute. In appropriate circumstances, where the statute and the regulations are closely meshed so as to form an integrated scheme, provisions from both are interpreted in the light of that overall scheme.

sorte de loi subalterne dont l'adoption succède habituellement à celle de la loi habilitante, sa valeur est restreinte aux fins d'interpréter les dispositions législatives. Dans les cas qui s'y prêtent, lorsque la loi et le règlement sont si étroitement liés qu'ils forment un tout, les dispositions des deux textes sont interprétées en fonction de ce cadre global.

13 In the case at bar, the Regulations were passed at the same time as section 24.1 was introduced in the Act and the wording used in the introductory passage of section 6 of the Regulations, which is at the core of this appeal, is similar to that used in section 24.1 of the Act. I am therefore prepared, in interpreting provisions of the Act, to give some value to the scheme set out in the Regulations. In the end result, therefore, the flaw in the approach taken in the Court below may prove to be of little consequence.

Dans la présente affaire, le Règlement a été pris en même temps que l'article 24.1 a été ajouté à la Loi, et le libellé employé dans la partie introductive de l'article 6 du Règlement, qui est au cœur du présent appel, est semblable à celui de l'article 24.1 de la Loi. Je suis donc disposé, pour interpréter les dispositions de la Loi, à accorder une certaine importance à la formulation du Règlement. En fin de compte, le caractère erroné de la démarche suivie en première instance pourrait donc avoir peu de conséquences. 13

14 A look, first, at the enabling Act. The relevant sections are subsection 7(1), which determines the location of the head office, and section 24.1, which gives the Board the power to pass the Regulations at issue.

Examinons tout d'abord la loi habilitante. Ses dispositions pertinentes sont le paragraphe 7(1), qui précise l'emplacement du siège de l'Office, et l'article 24.1, qui investit l'Office du pouvoir de prendre le règlement en cause. 14

15 Subsection 7(1) is a purely administrative provision that gives no power whatsoever to the Board. It determines where the head office of the Board will be located. That determination is not made by the Board, but by the Governor in Council, and eventually by Parliament, as illustrated by the events that occurred in this case. The decision to move the head office from Ottawa to Calgary was an administrative decision in which the Board had no statutory authority to participate.

Le paragraphe 7(1) est une disposition de nature purement administrative qui ne confère aucun pouvoir à l'Office. Il précise l'emplacement du siège de l'Office. Cet emplacement n'a pas été choisi par l'Office, mais plutôt par le gouverneur en conseil, puis par le Parlement. La Loi ne conférait pas à l'Office le pouvoir de participer à la prise de la décision administrative de transférer son siège d'Ottawa à Calgary. 15

16 In subsection 24.1(1), the Board is given, subject to the approval of the Treasury Board, the power to make regulations "for the purposes of recovering all or a portion of such costs as the National Energy Board determines to be attributable to its responsibilities under this or any other Act of Parliament".

Au paragraphe 24.1(1), sous réserve de l'agrément du Conseil du Trésor, l'Office est investi du pouvoir de prendre un règlement «afin de recouvrer tout ou partie des frais qu'il juge afférents à l'exercice de ses attributions dans le cadre de la présente loi et de toute autre loi fédérale». 16

17 The Board, clearly, is given a discretionary power to determine what costs are attributable to its statutory responsibilities. That discretion, however, is not

Manifestement, l'Office a le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels frais sont afférents à l'exercice de ses attributions légales. Ce pouvoir 17

absolute and counsel for the respondent conceded that the Board could not use that provision to recover costs unrelated to these responsibilities. The discretion is fettered in another way: the costs that can be recovered are not all the costs which the Board incurs in its activities; they are limited to such costs as can be attributed to its statutory responsibilities. Had Parliament intended to allow the Board to recover all and any of its costs, it would not have taken the extrastep of limiting the application of section 24.1 to those costs that could be attributed to the Board's statutory responsibilities. Counsel for the respondent did so recognize.

18 "Responsibility", in *Black's Law Dictionary*,⁹ is defined as "The state of being answerable for an obligation". In *The Concise Oxford Dictionary of Current English*,¹⁰ it is defined as "b. authority; the ability to act independently and make decisions". Its French counterpart in section 24.1, "*attributions*", means [TRANSLATION] "powers granted to the holder of an office, a body or a service" and is equated with [TRANSLATION] "jurisdiction, right, function, power, prerogative, privilege, role" in *Le Petit Robert I*.¹¹ In the *Dictionnaire de droit québécois et canadien*¹² it is defined as [TRANSLATION] "1. Rights and duties of an office, function . . . 2. Matter or category of acts within an authority's powers or jurisdiction". As relocation does not fall within the meaning of the word "responsibilities", it follows that if one were to examine only the provisions of the statute, relocation could not be said to be a cost attributable to the Board's statutory responsibilities within the meaning of section 24.1.

19 Do the Regulations shed a different light?

20 The preamble to the Regulations, as well as their formal title, refer to the recovery of certain costs only. This, presumably, was done in recognition of the fact that section 24.1 of the Act, as we have seen, does not permit the recovery of all costs.

discretionnaire n'est cependant pas absolu, et les avocats de l'intimée reconnaissent que l'Office ne pourrait s'appuyer sur cette disposition pour recouvrer des frais étrangers à ces attributions. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire fait l'objet d'une autre restriction: tous les frais que l'Office engage dans l'exercice de ses activités ne peuvent être recouverts; seuls les frais qui sont afférents à ses attributions légales peuvent l'être. Si le législateur avait voulu permettre à l'Office de recouvrer tous ses frais quels qu'ils soient il n'aurait pas pris la mesure supplémentaire qui consiste à restreindre l'application de l'article 24.1 aux frais qui sont afférents à l'exercice des attributions légales de l'Office. Les avocats de l'intimée le reconnaissent.

Dans le *Black's Law Dictionary*⁹, le mot «*responsibility*» (attributions) est défini comme [TRANSLATION] «Le fait d'être débiteur d'une obligation». Dans *The Concise Oxford Dictionary of Current English*¹⁰, ce terme est défini comme [TRANSLATION] «b. pouvoir; la capacité d'agir indépendamment et de prendre des décisions». Selon *Le Petit Robert I*¹¹, le terme français équivalent, «attributions», s'entend des «pouvoirs attribués au titulaire d'une fonction, à un corps ou service» et est assimilé à «compétence, droit, fonction, pouvoir, prérogative, privilège, rôle». Dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*¹², ce mot est défini comme «1. Droits et devoirs attachés à une charge, à une fonction . . . 2. Matière ou catégorie d'actes qui relèvent des pouvoirs ou de la compétence d'une autorité». Comme les «attributions» n'englobent pas la réinstallation, il s'ensuit que, sur la base des seules dispositions de la Loi, on ne peut conclure que les frais de réinstallation sont afférents à l'exercice des attributions légales de l'Office au sens de l'article 24.1.

Le Règlement jette-t-il un éclairage différent? 19

Le préambule du Règlement et son titre officiel renvoient au recouvrement de certains frais seulement. Il y a lieu de présumer que cela résulte du fait que l'article 24.1 de la Loi, comme nous l'avons vu, n'autorise pas le recouvrement de tous les frais engagés. 20

21 Sections 4 and 5 establish two types of costs: an administration fee, which is a fixed amount, and a cost recovery charge, determined and calculated in the manner set out in the Regulations.

22 Section 6 determines the cost recovery charges. It uses, in its introductory words, the same words used in section 24.1 of the Act, i.e. "costs attributable . . . to the responsibilities of the Board under the Act or any other Act of Parliament". These words must, therefore, bear the same meaning as those found in the statute.

23 Paragraphs 6(a) and (b) define costs attributable to the statutory responsibilities of the Board as "program costs". There was evidence before the Trial Judge allowing her to find that "program costs" meant repetitive annual expenditures that do not ordinarily include project costs such as relocation costs. There was also evidence that in the Expenditure Plan prepared by the Board, the "Board's Program" was described as follows:

4. Program Description

Functions: The National Energy Board functions as a quasi-judicial tribunal. It serves as a regulatory enforcement body responsible for overseeing the construction and operation of certain approved energy projects. The Board regulates the tolls and tariffs of pipeline companies under federal jurisdiction to ensure that the tolls are just and reasonable and not unjustly discriminatory. It also serves as a source of advice to the government on specific policy questions and periodically undertakes studies of various energy issues both on its own initiative and at the request of the responsible Minister.

Activity Structure: The National Energy Board program consists of one activity—Energy Regulation and Advice and five sub-activities as described below:

Advice and Inquiry: Use of the Board's expertise and data bases to provide information and analysis on the control, conservation, use, transportation, marketing, and development of oil, natural gas, and electricity. Inquiry into aspects of the North American energy situation important to the maintenance of Canada's energy security.

21 Les articles 4 et 5 établissent deux types de frais: les droits au titre du recouvrement des frais, calculés de la manière prévue dans le Règlement, et la redevance au titre du recouvrement des frais administratifs, dont le montant est fixe.

22 L'article 6 établit quels sont les droits exigibles au titre du recouvrement des frais. Il emploie, dans sa partie introductive, les mêmes termes qu'à l'article 24.1 de la Loi, c.-à-d. «frais afférents à l'exercice des attributions de l'Office dans le cadre de la Loi et de toute autre loi fédérale». Ce libellé doit donc avoir la même portée que celui de la Loi.

23 Les alinéas 6a) et b) assimilent les frais afférents à l'exercice des attributions légales de l'Office au coût de son programme. Le juge de première instance disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que le «coût du programme» correspondait aux frais annuels récurrents, ce qui n'englobe habituellement pas le coût d'un projet particulier, comme la réinstallation. La preuve révèle également que, dans le plan de dépenses établi par l'Office, le «programme» de ce dernier est décrit comme suit:

4. Description du Programme

Fonctions: l'Office national de l'énergie agit en tant que tribunal quasi judiciaire. Il est chargé, en qualité d'organisme de réglementation, de surveiller les travaux de construction et d'exploitation d'installations énergétiques approuvées. L'Office réglemente les droits et les tarifs des sociétés pipelinières relevant de la compétence du gouvernement fédéral pour s'assurer que ces droits sont justes, raisonnables et non discriminatoires. Il conseille également le gouvernement sur des questions de politiques particulières et entreprend périodiquement l'étude de diverses questions énergétiques tant de son propre chef qu'à la demande du ministre compétent.

Structure de l'activité: Le programme de l'Office national de l'énergie se compose d'une activité—Réglementation et consultation en matière d'énergie et de cinq sous-activités dont voici la description:

Consultations et enquêtes: Les connaissances et bases de données de l'Office servent à renseigner sur le contrôle, l'économie, l'utilisation, le transport, la commercialisation et l'exploitation du pétrole, du gaz naturel et de l'électricité, ainsi qu'à analyser ces différents domaines. Il est important, pour le maintien de la sécurité énergétique du Canada, de faire enquête sur des aspects de la situation énergétique en Amérique du Nord.

Facilities Regulation: Ensuring expeditious, safe, and environmentally sound construction and operation of gas and oil pipelines and power lines subject to federal jurisdiction.

Traffic, Tolls, and Tariffs Regulation: Ensuring that tolls of pipelines under federal jurisdiction are just and reasonable and that pipeline services are provided on a continuing basis, without unjust discrimination, and in a cost-efficient manner.

Energy Trade: Ensuring Canadian interests are served through participation in the developing North American market for electrical power, gas, and oil.

Program Management and Services: Providing effective support and advice to Board Members, departmental managers, and employees so that program objectives may be achieved. [A.B., Vol. IV, at pages 669-670.]

Règlementation des installations: Veiller à ce que la construction et l'exploitation des gazoducs, des oléoducs et des lignes de transport d'électricité relevant de la compétence fédérale se déroulent de façon rapide, sûre et saine du point de vue environnemental.

Règlementation du transport, des droits et des tarifs: Veiller à ce que les droits exigibles par les sociétés pipelinières relevant de la compétence fédérale soient justes et raisonnables et que les services pipeliniers soient fournis sur une base continue, sans distinction injuste et d'une manière efficace du point de vue des coûts.

Commerce énergétique: Veiller à ce que les intérêts canadiens soient protégés grâce à une participation dans le commerce nord-américain en expansion de l'électricité, du gaz et du pétrole.

Gestion du programme et des services: Fournir un appui efficace et des avis aux membres de l'Office, aux gestionnaires ministériels et aux employés de sorte que les objectifs du programme soient atteints. [Dossier d'appel, vol. IV, aux p. 669 et 670.]

24 It follows, in my view, that the word “responsibilities”, in section 6 of the Regulations, refers both to the “Functions” and to the “Activity Structure” as described above. I see nothing in the Program Description that even comes close to contemplate relocation.

25 Counsel for the respondent has submitted, and the Trial Judge seems to have accepted, that because paragraph 6(a) uses the words “program costs . . . as set out in the Expenditure Plan published in the *Estimates of the Government of Canada*”, any costs set out in the Expenditure Plan under the expression “program costs” are “program costs” for the purposes of section 6. I see no merit in this submission, which is tantamount to saying that the Board can, by toying with words, transform into program costs costs that do not fit the definition of program costs. Program costs are definitely set out in the Expenditure Plan, but they are not defined by it.

26 I have therefore no problem, at this stage, in reaching the conclusion that when section 24.1 of the Act is read in conjunction with sections 4 and 6 of the Regulations, the costs recoverable pursuant to section 24.1 of the Act are the program costs related to the Board's Program, which costs do not include relocation costs.

Il s'ensuit, selon moi, que le terme «attributions» employé à l'article 6 du Règlement renvoie aux rubriques «Fonctions» et «Structure de l'activité» qui précèdent. Je ne vois rien dans la Description du Programme qui évoque un tant soit peu la réinstallation. 24

Les avocats de l'intimée soutiennent, et le juge de première instance semble se ranger à leur avis, qu'étant donné que l'alinéa 6a) utilise les mots «coût . . . du programme . . . tel qu'il est énoncé dans le plan de dépenses publié dans le *Budget des dépenses du gouvernement du Canada*», les frais visés dans le plan de dépenses par l'expression «coût du programme» constituent le «coût du programme» aux fins de l'article 6. Cette prétention n'est pas fondée, car elle équivaut à dire que l'Office peut, en jouant avec les mots, englober dans le coût du programme des frais qui ne répondent pas à la définition d'un tel coût. Le coût du programme est certes énoncé dans le plan de dépenses, mais il n'y est pas défini. 25

À ce stade, donc, il m'est facile de conclure que lorsque l'article 24.1 de la Loi est lu de concert avec les articles 4 et 6 du Règlement, que les frais recouvrables en application de l'article 24.1 de la Loi correspondent au coût afférent au programme de l'Office, lequel coût n'englobe pas les frais de réinstallation. 26

- 27 The Trial Judge relied heavily, in reaching her conclusion that program costs included relocation costs, on section 9 of the Regulations. I am of the view, to the contrary, that section 9 is of little assistance.
- 28 Paragraph 9(a)—which is in any event of a very limited application because it is restricted to the very narrow purpose of Part II of the Act, dealing with the advisory sub-activity of the Board—does not distract from the rule set out in section 6. It cannot but refer, as the Trial Judge herself noted, to program costs identified in section 6, as it refers to costs “otherwise recoverable”. It merely recognizes that “program costs” may be incurred, at the request of the Minister, in activities which are outside the scope of the Board’s normal activities. If it expands the concept of “program costs”, it does it solely so as to include, in addition to program costs incurred on a recurring annual basis, program costs exceptionally incurred on a once-and-for-all basis in the context of Part II of the Act. It does not permit costs unrelated to the Board’s Program to qualify as program costs for the purposes of recovery under section 6.
- 29 In the end, I have reached the conclusion that the Board is over-reaching when it attempts to recover the costs of relocating its head office in Calgary. Neither the Act nor the Regulations allow the Board to require the appellant to contribute to these costs.
- 30 The appeal should therefore be allowed, the judgment of the Trial Judge should be set aside, a declaration should issue that the costs incurred by the National Energy Board in relocating its head office from Ottawa to Calgary are not costs that can be recovered from the appellant pursuant to section 24.1 of the *National Energy Board Act* and to section 6 of the *National Energy Board Cost Recovery Regulations*, and an order should issue granting repayment by the Board to the appellant of the sum of \$83,864 on account of the relocation costs for the year 1992 and of the sum, with respect to subsequent years, to be determined by a reference under
- Pour arriver à la conclusion que le coût du programme comprend ces frais, le juge de première instance s’appuie considérablement sur l’article 9 du Règlement. Je suis d’avis, tout au contraire, que cette disposition contribue peu à résoudre le litige.
- L’alinéa 9a)—qui de toute façon n’a qu’une portée très limitée et ne vise que l’objet très restreint de la partie II de la Loi, soit la sous-activité de l’Office liée à son rôle consultatif—n’écarte pas la règle établie à l’article 6. La disposition ne peut que renvoyer, comme le signale lui-même le juge de première instance, au coût du programme mentionné à l’article 6, puisqu’il renvoie à des frais «par ailleurs recouvrables». Elle reconnaît simplement que des frais afférents au programme peuvent être engagés, à la demande du ministre, relativement à des activités qui dépassent le champ des activités normales de l’Office. Si elle a pour effet d’élargir la notion de «coût du programme», ce n’est que pour inclure, en plus des frais annuels récurrents, des frais afférents au programme engagés de façon exceptionnelle et irrévocable dans le contexte de la partie II de la Loi. L’alinéa ne permet pas que des frais non liés au programme de l’Office soient assimilés au coût du programme aux fins du recouvrement prévu à l’article 6.
- En définitive, j’arrive à la conclusion que la tentative de l’Office de recouvrer les frais de réinstallation de son siège à Calgary est illégitime. Ni la Loi ni le Règlement n’autorisent l’Office à exiger de l’appelante qu’elle paie une partie de ces frais.
- L’appel devrait donc être accueilli, le jugement de première instance devrait être annulé, un jugement déclaratoire devrait être rendu selon lequel les frais engagés par l’Office national de l’énergie pour le transfert de son siège d’Ottawa à Calgary ne constituent pas des frais qui peuvent être recouverts auprès de l’appelante en application de l’article 24.1 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* et de l’article 6 du *Règlement sur le recouvrement des frais de l’Office national de l’énergie* et une ordonnance devrait être rendue pour enjoindre à l’Office de rembourser à l’appelante la somme de 83 864 \$ au titre des frais de réinstallation pour l’année 1992, ainsi qu’une

Rules 500 *et seq* [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].

31 The appellant should be entitled to pre-judgment and post-judgment interests on the sum repaid as well as to costs in both Divisions of this Court.

STONE J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ SOR/91-7, December 13, 1990.
² R.S.C., 1985, c. N-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 7, s. 13).
³ S.C. 1990, c. 7, s. 13.
⁴ S.C. 1991, c. 27, s. 2.
⁵ See: *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865.
⁶ See s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.
⁷ See: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1991), at p. 310.
⁸ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at p. 246.
⁹ H. C. Black, *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979), at p. 1179.
¹⁰ E. Allen, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990), at p. 1026.
¹¹ P. Robert, *Le Petit Robert I* (Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1991), at p. 129.
¹² H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1994), at p. 48.

autre somme, pour les années subséquentes, dont le montant sera déterminé dans le cadre d'une référence en application des Règles 500 et suivantes [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663].

L'appelante a droit à l'intérêt avant et après jugement sur la somme remboursée, ainsi qu'à ses frais et dépens aux deux paliers de la Cour. 31

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris.

¹ DORS/91-7, 13 décembre 1990.
² L.R.C. (1985), ch. N-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 7, art. 13).
³ L.C. 1990, ch. 7, art. 13.
⁴ L.C. 1991, ch. 27, art. 2.
⁵ Voir *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865.
⁶ Voir art. 16 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.
⁷ Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 1991, à la p. 310.
⁸ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., (Toronto: Butterworths, 1994), à la p. 246.
⁹ H. C. Black, *Black's Law Dictionary*, 5^e éd., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, à la p. 1179.
¹⁰ E. Allen, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8^e éd., (Oxford: Clarendon Press, 1990), à la p. 1026.
¹¹ P. Robert, *Le Petit Robert I* (Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1991), à la p. 129.
¹² H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1994), à la p. 48.

A-779-95
A-807-95

A-779-95
A-807-95

Walter Patrick Twinn suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band, Wayne Roan, suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Ermineskin Band; and Bruce Starlight, suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sarcee Band, now known as the Tsuu T'ina First Nation (*Appellants*)

Walter Patrick Twinn agissant en son nom et en celui de tous les autres membres de la Bande de Sawridge, Wayne Roan, agissant en son nom et en celui de tous les autres membres de la Bande d'Ermineskin; et Bruce Starlight, agissant en son nom et en celui de tous les autres membres de la Bande de Sarcee, maintenant connue sous le nom de Première Nation Tsuu T'ina (*appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

and

et

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta, Horse Lake Indian Band and Native Women's Association of Canada (*Interveners*)

Le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta, la Bande indienne de Horse Lake et Native Women's Association of Canada (*intervenants*)

INDEXED AS: SAWRIDGE BAND v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BANDE DE SAWRIDGE c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Strayer and Linden JJ.A.—Edmonton, June 2 and 3, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Strayer et Linden, J.C.A.—Edmonton, 2 et 3 juin 1997.

Judges and Courts — F.C.T.D. decision appealed for reasonable apprehension of bias based on Judge's colourful remarks during 75-day trial, repeated in considered reasons for judgment — Appellate court to approach such allegations with great caution — Wide margin of discretion accorded Trial Judges in conduct of cases — Remarks not to be taken out of context — Case involving claim by Indians aboriginal, treaty, Charter rights infringed by 1985 Indian Act amendments — Judge expressing view s. 35 Constitution Act, 1982, Indian Act racist legislation — Reasonable observer would have formed opinion Judge biased against special status for Indians — Not for Judge to go against Constitution — New trial ordered.

Juges et tribunaux — Appel contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale au motif d'une crainte raisonnable de partialité fondée sur les propos colorés tenus par le juge au cours des 75 jours d'audience, repris dans les motifs de son jugement — La Cour d'appel doit aborder de telles allégations avec beaucoup de circonspection — Une grande marge de manœuvre est laissée aux juges de première instance dans la conduite des procès — Les propos ne doivent pas être cités hors de leur contexte — Allégation par des Indiens que les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 empiètent sur leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Le juge a exprimé l'opinion que l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et que la Loi sur les Indiens étaient des lois racistes — Un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge était contre un statut spécial pour les Indiens — Il n'appartenait pas au juge de contester la Constitution — Un nouveau procès est ordonné.

Practice — Appeals and new trials — Appeal allowed, new trial ordered for reasonable apprehension of bias on part of F.C.T.D. Judge — Case involving claim by Indians

Pratique — Appels et nouveaux procès — L'appel est accueilli, un nouveau procès est ordonné en raison de la crainte raisonnable que le juge de la Section de première

amendments to Indian Act infringing aboriginal, treaty, Charter rights — Judge's colourful remarks at trial, repeated in considered reasons for judgment, giving rise to reasonable apprehension of bias against special status for Indians.

Native peoples — Registration — F.C.T.D. Judge denying declarations 1985 Indian Act amendments regarding control of band membership lists infringing Indians' aboriginal, treaty, Charter rights — Judge characterizing s. 35 Constitution Act, 1982, Indian Act as racist legislation similar to apartheid in South Africa — Opposed to special status for Indians — Reluctant to accept oral history of Indians as "historical stories . . . become mortally skewed propaganda" — Judgment set aside for reasonable apprehension of bias.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — F.C.T.D. Judge dismissing action for declaration 1985 amendments to Indian Act concerning registration in band lists infringing rights recognized by s. 35, Constitution Act, 1982 — Judge revealing bias against special status for Indians — Characterizing s. 35 as racist — Not for Judge to oppose Constitution — New trial ordered as reasonable apprehension of bias.

Plaintiffs, suing on behalf of themselves and certain Indian bands, appealed the decision of Muldoon J., reported at [1996] 1 F.C. 3, denying declarations that provisions added to the *Indian Act* in 1985 concerning membership in band lists were invalid as abridging aboriginal or treaty rights guaranteed by *Constitution Act*, section 35 as well as their Charter section 2 paragraph (d) right to freedom of association. The impugned legislative amendment forced bands to include on their membership lists such people as: women who had become disentitled to Indian status by marriage to non-Indians and the children of such women and the illegitimate children of an Indian woman and a non-Indian man. The Indians' argument was that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Division Judge. Counsel for the Crown, after hearing the Indians' submissions as to bias and upon taking instructions, put forward no argument.

instance de la Cour fédérale ait pu juger avec partialité — Allégation par des Indiens que les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 empiètent sur leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Les propos colorés tenus par le juge au cours de l'audience, repris dans les motifs de son jugement, ont donné lieu à une crainte raisonnable d'un préjugé contre un statut spécial pour les Indiens.

Peuples autochtones — Inscription — Le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale n'a pas accordé les déclarations selon lesquelles les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens concernant l'inscription sur la liste de bande empiètent sur les droits ancestraux des Indiens, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Le juge a qualifié l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la Loi sur les Indiens de lois racistes semblables à l'apartheid en Afrique du Sud — Opposition à un statut spécial pour les Indiens — Hésitation à accepter l'histoire orale des Indiens étant donné que «les récits historiques . . . se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle» — Jugement annulé en raison d'une crainte raisonnable de partialité.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou droits issus de traités — Juge de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une demande de déclaration que les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens concernant l'inscription sur la liste de bande empiètent sur les droits reconnus par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le juge a montré un préjugé contre un statut spécial pour les Indiens — Il a qualifié l'art. 35 de raciste — Il n'appartenait pas au juge de contester la Constitution — Un nouveau procès est ordonné en raison de la crainte raisonnable de partialité.

Les demandeurs, agissant en leur propre nom et au nom de certaines bandes indiennes, ont interjeté appel contre une décision du juge Muldoon ([1996] 1 C.F. 3), qui a rejeté leur demande de déclarations que les dispositions ajoutées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* concernant leur droit d'établir leurs propres listes de membres étaient invalides parce qu'elles empiètent sur leurs droits ancestraux ou leurs droits issus de traités garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*, de même que sur leur liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte. Les dispositions contestées obligeaient les bandes à inclure dans leur liste des personnes comme: les femmes qui avaient perdu leur droit au statut d'Indienne en raison de leur mariage avec des non-Indiens, et les enfants de ces femmes, et les personnes qui étaient les enfants illégitimes d'une Indienne et d'un non-Indien. Les Indiens ont allégué qu'ils avaient une crainte raisonnable que le juge de première instance ait jugé avec partialité. L'avocat de la Couronne, après avoir entendu les arguments des Indiens sur la partialité et obtenu des directives, n'a présenté aucune conclusion.

Held, the appeal should be allowed and a new trial ordered.

First of all, it was important to note that there was no allegation of actual bias on the Judge's part. Rather, a reasonable apprehension of bias was asserted based upon certain remarks made by His Lordship during the 75-day trial and in his reasons for judgment. Such assertions by unsuccessful litigants were to be approached with great caution by an appellate court. Trial Judges are to be accorded a wide margin of discretion in conducting cases. In a lengthy trial, comments may be made in a variety of contexts which, taken in isolation, might appear to be tendentious.

While it was true that in the instant case it did not appear that counsel, during the trial, had objected to the Judge's interventions or conduct of the case, fairness required the observation that the bias complaint was, to a great extent, based upon what was said in the reasons for judgment.

The test for a reasonable apprehension of bias is the opinion that would be formed by a reasonably well informed person, viewing the matter realistically and practically. On that test, a reasonable observer would not have understood the Trial Judge to harbour negative views of the native peoples as such, given his many expressions of respect for Indian witnesses and culture. The reasonable observer would, however, have formed the impression that the Judge was strongly opposed to any special regime for native peoples differing from the rights and duties of other Canadians and that this attitude would have influenced his decision that the bands had no aboriginal right to control their own membership or, if they had, it was extinguished prior to the adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Judge's views on the matter were revealed by his use of such terms as "racism" and "apartheid" concerning the Indians' claims to distinctiveness. Unfortunately, His Lordship's colourful references such as to "Nazis", "Adolf Hitler" and "jackboots" were not limited to the trial but were repeated in his considered reasons for judgment. The Trial Division Judge explained his reluctance to accept oral history as evidence as follows: "historical stories, if ever accurate, soon became mortally skewed propaganda". He also characterized section 35 of the *Constitution Act, 1982* as racist legislation and suggested that the *Indian Act*, in giving special status to the native peoples, "sounds like that which South Africa is . . . trying to abolish; apartheid". The fact is that special status for aboriginal peoples is enshrined in our Constitution and it was not for the Judge to dispute that.

Arrêt: l'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Il importe d'abord de souligner qu'aucune partialité effective n'a été imputée au juge de première instance. Ce qui a plutôt été allégué, c'est une crainte raisonnable de partialité fondée sur certaines remarques faites par le juge au cours des 75 jours de procès et dans ses motifs de jugement. De telles allégations par des plaideurs déboutés doivent être abordées avec beaucoup de circonspection par une cour d'appel. Une grande marge de manœuvre doit être laissée au juge de première instance dans la conduite d'un procès. Dans un long procès, des commentaires peuvent être faits dans une diversité de contextes, commentaires qui, pris isolément, pourront sembler tendancieux.

Bien qu'il soit vrai que, en l'espèce, les avocats ne se soient pas, durant le procès, opposés aux interventions du juge ou à sa manière de conduire l'affaire, l'équité exige l'observation que la plainte de partialité se rapporte plutôt à ce que le juge a dit dans ses motifs.

Le critère permettant de conclure à une crainte raisonnable de partialité, c'est l'opinion que pourrait se faire de la situation une personne suffisamment renseignée qui étudierait la question de façon réaliste et pratique. Appliquant ce critère, la Cour d'appel ne croit pas qu'un observateur raisonnable serait arrivé à la conclusion que le juge du procès nourrissait des sentiments hostiles envers les peuples autochtones comme tels, compte tenu de ses nombreuses expressions de respect à l'endroit des témoins indiens et de la culture indienne. Cependant, un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge du procès était fortement opposé à un régime spécial pour les peuples autochtones, distinct du régime des droits et responsabilités appliqué aux autres Canadiens et que cette opposition l'avait influencé dans sa conclusion selon laquelle aucun droit ancestral n'avait existé pour les bandes d'établir elles-mêmes leurs listes de membres, ou dans sa conclusion selon laquelle le droit en question avait de toute façon été éteint avant l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ses opinions sur cette question ressortent de l'utilisation de certains termes tels que «racisme» et «apartheid», employés à l'égard des revendications d'un régime distinct pour les Indiens. Malheureusement, le juge n'a pas limité au procès ses expressions colorées telles que «Nazis», «Adolf Hitler» et «soldats», mais les a répétées dans ses motifs. Son hésitation à accepter l'histoire orale comme élément de preuve est expliquée de la façon suivante: «des récits historiques, même s'ils ont pu, à quelque moment, être fidèles, se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle». Il a aussi qualifié l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de loi raciste et a donné à entendre que la *Loi sur les Indiens*, en accordant un statut spécial aux peuples autochtones, «ressemble à ce que l'Afrique du

It was therefore necessary that the judgment below be set aside and a new trial ordered, the great cost and inconvenience notwithstanding.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to Amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27, s. 4.
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, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35 (as am. by SI/84-102, s. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; (1997), 144 D.L.R. (4th) 614; 113 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (5th) 291; 209 N.R. 252; *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; (1973), 36 D.L.R. (3d) 561; [1973] 5 W.W.R. 547; [1973] I.L.R. 1-532; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

CONSIDERED:

- Canada (Human Rights Comm.) v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 25 C.H.R.R. D/386; 25 C.R.R. (2d) 230; 89 F.T.R. 249 (F.C.T.D.).

APPEAL from the Trial Division decision reported at [1996] 1 F.C. 3 denying declarations that certain 1985 amendments to the *Indian Act* infringed the Indians' aboriginal, treaty and Charter rights.

Sud tente . . . d'abolir, c'est-à-dire l'apartheid». L'existence d'un statut spécial pour les peuples autochtones est inscrite dans notre Constitution et il n'appartenait pas au juge du procès de contester cela.

La Cour a par conséquent conclu qu'il était nécessaire d'annuler le jugement de la Section de première instance et d'ordonner un nouveau procès, nonobstant les coûts et inconvénients considérables qui pourraient en résulter.

LOIS ET RÉGLEMENTS

- 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 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35 (mod. par TR/84-102, art. 2).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1985, ch. 27, art. 4.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; (1997), 144 D.L.R. (4th) 614; 113 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (5th) 291; 209 N.R. 252; *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; (1973), 36 D.L.R. (3d) 561; [1973] 5 W.W.R. 547; [1973] I.L.R. 1-532; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

DÉCISION EXAMINÉE:

- Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1994), 25 C.H.R.R. D/386; 25 C.R.R. (2d) 230; 89 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1996] 1 C.F. 3), qui a refusé de déclarer que certaines modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* empiètent sur les droits ances-

Appeal allowed and new trial ordered for a reasonable apprehension of bias on the part of the Judge at trial.

traux des Indiens, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte. Appel accueilli et nouveau procès ordonné en raison d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance.

COUNSEL:

Martin J. Henderson, Philip P. Healey, Catherine M. Twinn for Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et al., Bruce Starlight et al.), appellants.

Marvin R. Storrow, Q.C., Josiah Wood, Q.C., Heather M. Caswell for Wayne Roan et al., appellants.

Terrence P. Glancy for Non-Status Indian Association of Alberta, intervenor.

P. Jonathan Faulds for Native Council of Canada (Alberta), intervenor.

H. Derek Lloyd, Heather L. Treacy for Horse Lake Indian Band, intervenor.

Lucy K. McSweeney, Mary Eberts for Native Women's Association of Canada, intervenor.

Patrick G. Hodgkinson, Mary King for Her Majesty the Queen, respondent.

AVOCATS:

Martin J. Henderson, Philip P. Healey, Catherine M. Twinn pour Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et autres, Bruce Starlight et autres), appellants.

Marvin R. Storrow, c.r., Josiah Wood, c.r., Heather M. Caswell pour Wayne Roan et autres, appellants.

Terrence P. Glancy pour Non-Status Indian Association of Alberta, intervenante.

P. Jonathan Faulds pour le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), intervenant.

H. Derek Lloyd, Heather L. Treacy pour la Bande indienne de Horse Lake, intervenante.

Lucy K. McSweeney, Mary Eberts pour Native Women's Association of Canada, intervenante.

Patrick G. Hodgkinson, Mary King pour Sa Majesté la Reine, intimée.

SOLICITORS:

Aird & Berlis, Toronto, *Twinn Law Office*, Slave Lake (Alberta), for Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et al., Bruce Starlight et al.), appellants.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for Wayne Roan et al., appellants.

Milner Fenerty, Calgary, for Horse Lake Indian Band, intervenor.

Royal, McCrum, Duckett & Clancy, Edmonton, for Non-Status Indian Association of Alberta, intervenor.

Field Atkinson, Edmonton, for Native Council of Canada (Alberta), intervenor.

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, for Native Women's Association of Canada, intervenor.

Deputy Attorney General of Canada for Her Majesty the Queen, respondent.

PROCUREURS:

Aird & Berlis, Toronto, *Twinn Law Office*, Slave Lake (Alberta), pour Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et autres, Bruce Starlight et autres), appelants.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour Wayne Roan et autres, appelants.

Milner Fenerty, Calgary, pour la Bande indienne de Horse Lake, intervenante.

Royal, McCrum, Duckett & Clancy, Edmonton, pour Non-Status Indian Association of Alberta, intervenante.

Field Atkinson, Edmonton, pour le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), intervenant.

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, pour Native Women's Association of Canada, intervenante.

Le sous-procureur général du Canada pour Sa Majesté la Reine, intimée.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

THE COURT

LA COUR

Introduction

1 On June 3, 1997 this Court, having heard argument on the first ground of appeal that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Judge, was obliged to dispose of that ground before hearing the remainder of the argument. As a result the Court allowed the appeal on that ground, for reasons to follow. These are those reasons. As will be apparent, they do not address the substance of the Judge's decision.

Introduction

1 Le 3 juin 1997, après avoir entendu l'argumentation concernant le premier moyen d'appel, selon lequel il existait une crainte raisonnable que le juge de première instance ait pu juger avec partialité, la Cour d'appel fédérale dût disposer de ce moyen avant d'entendre le reste de l'argumentation. La Cour a alors accueilli l'appel fondé sur ce moyen, les motifs devant suivre. Voici les motifs en question. Comme on le verra, ils ne concernent pas le fond de la décision du juge du procès.

Facts

2 This appeal involves an action commenced in 1986 for declarations that certain sections of the *Indian Act*¹ are invalid. These sections were added by an amendment in 1985.² Briefly put, this legislation, while conferring on Indian bands the right to control their own band lists, obliged bands to include in their membership certain persons who became entitled to Indian status by virtue of the 1985 legislation. Such persons included: women who had become disentitled to Indian status through marriage to non-Indian men and the children of such women; those who had lost status because their mother and paternal grandmother were non-Indian and had gained Indian status through marriage to an Indian; and those who had lost status on the basis that they were illegitimate offspring of an Indian woman and a non-Indian man. Bands assuming control of their band lists would be obliged to accept all these people as members. Such bands would also be allowed, if they chose, to accept certain other categories of persons previously excluded from Indian status.

Les faits

2 Le présent appel concerne une action introduite en 1986 en vue de faire déclarer invalides certains articles de la *Loi sur les Indiens*¹. Ces articles ont été ajoutés au moyen d'une modification en 1985². En résumé, ce texte, tout en conférant aux bandes indiennes le droit d'établir leurs propres listes de membres, obligeait les bandes à inclure certaines personnes ayant acquis le droit au statut d'Indien en vertu de ses dispositions. Il s'agissait des personnes suivantes: les femmes qui avaient perdu leur droit au statut d'Indienne en raison de leur mariage avec des non-Indiens, et les enfants de ces femmes, les personnes qui avaient perdu leur statut d'Indien parce que leur mère et leur grand-mère paternelle n'étaient pas Indiennes et avaient acquis le statut d'Indienne par leur mariage avec des Indiens, enfin les personnes qui avaient perdu leur statut d'Indien parce qu'elles étaient les enfants illégitimes d'une Indienne et d'un non-Indien. Les bandes qui recevaient le pouvoir d'établir leurs listes seraient tenues d'accueillir toutes ces personnes dans leurs rangs. Elles seraient également autorisées, si elles le voulaient, à accepter certaines autres catégories de personnes auparavant exclues du statut d'Indien.

3 The plaintiffs, appellants in this appeal, are members of three Indian bands in Alberta. They sought

3 Les demandeurs, appelants dans le présent appel, sont membres de trois bandes indiennes de l'Alberta.

the declarations of invalidity on two bases.

4 The first basis was that these provisions abridge existing Aboriginal or treaty rights of the plaintiffs, guaranteed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*³ as amended by the *Constitution Amendment Proclamation, 1983*⁴ which provides as follows:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

The plaintiffs contended that among their Aboriginal rights, as confirmed by treaty, is the right of each band to control its own membership, and that the 1985 legislation infringes upon that right.

5 Further, they contended at trial that the action of Parliament in requiring them to accept, as members of their band, certain people previously disentitled, is a denial of their “freedom of association” as guaranteed by paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁵ This ground was not pursued on appeal.

6 The trial of this action occupied some seventy-five days commencing September 20, 1993 and ending April 25, 1994. Reasons were issued on July 6, 1995 [[1996] 1 F.C. 3]. The three trial interveners, namely the Native Council of Canada, the Native Council of Canada (Alberta), and the Non-Status Indian Association of Alberta, participated actively at trial in the examination and cross-examination of witnesses. The Trial Judge dismissed the action for the declarations and awarded costs to

Ils sollicitaient les déclarations d’invalidité en se fondant sur deux moyens.

4 Selon le premier moyen, ces dispositions réduisent les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs, droits qui sont garantis par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³, modifiée par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*⁴. L’article 35 est ainsi formulé:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits—ancestraux ou issus de traités—visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Les demandeurs prétendaient que, parmi leurs droits ancestraux, confirmés par traité, figure le droit de chaque bande de déterminer sa composition et que la loi de 1985 porte atteinte à ce droit.

5 Ils ont aussi prétendu au procès que la décision du législateur de les obliger à accueillir dans les rangs de leurs bandes certaines personnes qui n’avaient pas auparavant le statut d’Indien constituait un déni de leur «liberté d’association», une liberté garantie par l’alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. Ce moyen n’a pas été invoqué en appel.

6 Il a fallu environ soixante-quinze jours pour juger cette action, entre le 20 septembre 1993 et le 25 avril 1994. Les motifs ont été communiqués le 6 juillet 1995 [[1996] 1 C.F. 3]. Les trois intervenants au procès, savoir le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) et la Non-Status Indian Association of Alberta, ont participé activement, durant le procès, à l’interrogatoire et au contre-interrogatoire des témoins. Le juge de première instance a rejeté l’ac-

be paid by the plaintiffs to the defendant and to the interveners, on a lump sum basis fixed by him. He directed that the payments in respect of the interveners costs should be made to the Receiver General of Canada on the basis that these interventions were funded under the Test Case Funding Program of the Department of Indian and Northern Affairs.

7 The plaintiffs appealed this judgment. The two appeals A-779-95 and A-807-95 filed in respect of this matter (the former on behalf of the Ermineskin Band and the latter on behalf of the Sawridge Band and the Sarcee Band, now known as the Tsuu T'ina First Nation) were ordered joined for the hearing of the appeal. These reasons apply to both appeals.

8 As noted earlier, the first ground of appeal raised by the appellants Sawridge and Sarcee bands was that the record disclosed the basis for a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Judge against the appellants. This position was supported at the hearing by counsel for the Ermineskin Band. At the outset the Court drew to the attention of counsel for the Sawridge and Sarcee bands the decision of the Supreme Court of Canada in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland Board of Public Utilities*⁶ in which it was stated by Cory J., writing for the Court, that if a reasonable apprehension of bias is found to exist on the part of a tribunal its decision must be treated as void. While counsel for the Sawridge and Sarcee bands submitted that this Court could nevertheless hear the appeal and substitute its own conclusions of fact and law for those of the Trial Judge, counsel for the other appellant agreed with the Court's view that if a reasonable apprehension of bias were found the appeal must be allowed and a new trial ordered. Counsel for the respondent also agreed with this position.

9 Counsel for all of the appellants then proceeded to present to the Court, from the trial record, comments or conduct during the trial by the Trial Judge, and passages in his reasons, to support their asser-

tion et a condamné les demandeurs aux dépens en faveur de la défenderesse et des intervenants, selon une somme forfaitaire fixée par lui. Il a ordonné que les dépens des intervenants soient payés au receveur général du Canada pour le motif que les interventions avaient été financées par le Programme de financement des causes types du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Les demandeurs ont fait appel de ce jugement. La jonction des deux appels A-779-95 et A-807-95 déposés dans cette affaire (le premier au nom de la bande d'Ermineskin et le deuxième au nom de la bande de Sawridge et de la bande de Sarcee, maintenant connue sous le nom de Première Nation Tsuu T'ina) a été ordonnée pour l'instruction de l'appel. Les présents motifs s'appliquent aux deux appels.

8 Comme il a déjà été dit, le premier moyen d'appel soulevé par la bande de Sawridge et la bande de Sarcee était que le dossier renfermait des éléments laissant craindre que le juge de première instance ait pu rendre une décision partielle à l'endroit des appelants. Ce point de vue a été partagé durant l'audience par l'avocat de la bande d'Ermineskin. La Cour a d'emblée attiré l'attention des avocats des bandes de Sawridge et de Sarcee sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*⁶, dans lequel le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, affirmait que, s'il est jugé qu'un tribunal donne prise à une crainte raisonnable de partialité, sa décision doit être tenue pour nulle. Les avocats des bandes de Sawridge et de Sarcee ont soutenu que la Cour pouvait néanmoins juger l'appel et substituer ses propres conclusions de fait et de droit à celles du juge de première instance, mais l'avocat de l'autre appelante s'est rangé à l'avis de la Cour selon lequel, si l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est admise, l'appel doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. L'avocat de l'intimée partageait lui aussi ce point de vue.

9 Les avocats de toutes les appelantes ont alors entrepris de présenter à la Cour, en puisant dans le dossier de première instance, des commentaires ou des agissements du juge de première instance durant

tion of a reasonable apprehension of bias. We will highlight some of these comments and passages later. Counsel on behalf of the respondent, after hearing the argument of the appellants and after taking instructions, made no submissions on this issue. Counsel for the Native Council of Canada (Alberta) made a number of submissions in opposition to those of the appellants. He submitted that the Trial Judge was motivated by several legitimate purposes: to allow "everyone to have a say on everything", not to conceal his reactions to evidence or submissions, to allow vigorous cross-examination on both sides, and to ensure by his questioning that a balanced version of the evidence was presented. In particular, he asserted that it would be unreasonable to interpret the Trial Judge's comments as critical of Aboriginal peoples in general: indeed the reality was, in counsel's view, that this was more a dispute between various elements of the Aboriginal community whose interests differ. He believed that the Judge was legitimately exercising a discretion in his conduct of the trial and in particular in reference to ordering an RCMP investigation of alleged wrongful communication with a witness. In general, he observed that the Trial Judge's "colourful language" should not be taken as an indication of bias.

- 10 The Court was obliged to dispose of this ground of appeal before proceeding. In allowing the appeal on this basis, with reasons to be delivered later, the Court indicated that it had concluded that there was material in the record upon which a reasonable apprehension of bias could be found.

Analysis

- 11 It is first important to underline that no actual bias has been alleged on the part of the Trial Judge, nor does this Court find such bias.
- 12 It should also be observed that, when faced with an appeal based in part on reasonable apprehension

le procès, ainsi que des extraits de ses motifs, pour soutenir le bien-fondé de leur crainte de partialité. Nous mettrons en relief plus loin certains de ces commentaires et extraits. L'avocat de l'intimée, après avoir entendu les arguments des appelantes et obtenu des directives, n'a pas présenté de conclusions sur ce point. L'avocat du Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) a présenté plusieurs conclusions qui s'opposaient à celles des appelantes. Il a affirmé que le juge de première instance était motivé par plusieurs objectifs légitimes: permettre à tout le monde de s'exprimer sur toutes choses, ne pas dissimuler ses réactions à l'égard des éléments de preuve ou des conclusions, permettre un vigoureux contre-interrogatoire aux deux parties et garantir par ses questions la production d'une version équilibrée de la preuve. Plus précisément, l'avocat du Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) a affirmé qu'il serait excessif de voir dans les observations du juge de première instance une critique dirigée contre les peuples autochtones en général. À son avis, il s'agissait davantage d'un différend entre divers éléments de la collectivité autochtone dont les intérêts diffèrent. Selon lui, le juge exerçait légitimement un pouvoir discrétionnaire dans sa manière de conduire le procès et en particulier lorsqu'il a ordonné une enquête de la GRC sur une prétendue communication illicite avec un témoin. D'une manière générale, il a fait observer que le «langage coloré» du juge de première instance ne devrait pas être vu comme un signe de partialité.

- La Cour a été obligée de disposer de ce moyen d'appel avant d'aller plus loin. En accueillant l'appel sur ce chef, avec communication ultérieure des motifs, la Cour indiquait que, selon elle, le dossier autorisait une crainte raisonnable de partialité.

Analyse

- 11 Il importe d'abord de souligner qu'aucune partialité effective n'a été imputée au juge de première instance, et la Cour ne dit pas, elle non plus, qu'il y a eu effectivement partialité de sa part.
- 12 Il convient aussi d'observer que, lorsqu'une juridiction d'appel est saisie d'un appel fondé en partie

of bias in the Trial Judge, an appellate court must approach such assertions with great caution. It is not uncommon for unsuccessful litigants, in reflecting on their loss, to attribute it to bias or an appearance of bias on the part of the trial judge. An appeal court, without very good justification, must not use the route of apprehended bias to nullify decisions of a trial judge which it could not otherwise review. A wide margin of discretion must be left to a trial judge in his conduct of a case, and his procedural decisions should not be interfered with unless there is a clear error of principle. Findings of fact should not be set aside in the absence of “palpable and overriding” error. It must further be kept in mind that in a trial of this length, many comments will be made in a variety of contexts which, when isolated, may appear to be tendentious. Some judges will engage in Socratic dialogue which may seem to the uninitiated to reveal a predisposition.

sur une crainte raisonnable que le juge du procès ait pu juger avec partialité, elle doit considérer ce moyen avec beaucoup de circonspection. Il n'est pas rare que des plaideurs déboutés, réfléchissant à leur échec, l'attribuent à la partialité ou à la supposée partialité du juge. Sauf si elle a de très bonnes raisons de le faire, la juridiction d'appel doit s'abstenir d'emprunter la voie de la crainte de partialité pour annuler les décisions d'un juge de première instance qu'elle ne pourrait pas autrement réformer. Une grande marge de manœuvre doit être laissée au juge de première instance dans la conduite d'un procès, et ses décisions en matière de procédure ne doivent pas être modifiées sauf si une erreur de principe a été manifestement commise. Les conclusions de fait ne doivent pas être annulées s'il n'y a pas erreur «évidente et absolue». Il faut garder à l'esprit aussi que, dans un procès de cette durée, il sera fait de nombreux commentaires dans une diversité de contextes, des commentaires qui, pris isolément, pourront sembler tendancieux. Certains juges s'engageront dans un dialogue socratique qui pourra être, aux yeux du profane, le signe d'une prévention.

13 It must also be observed in respect of this case that there were few if any instances brought to our attention where counsel made any objection during the trial, on the basis of apprehended bias, to the Judge's interventions or his conduct of the case. It is also fair to observe, however, that many of the complaints of apparent bias are based on the mode of expression of the Judge's reasons when considered against the background of the trial. The reasons were not, of course, available to counsel for comment prior to judgment.

13 Il faut dire d'ailleurs, en ce qui concerne la présente affaire, que l'on a porté à notre attention peu d'exemples, voire aucun, où les avocats se soient, durant le procès et en alléguant une crainte de partialité, opposés aux interventions du juge ou à sa manière de conduire l'affaire. On doit reconnaître aussi cependant que nombre des plaintes de partialité apparente participent de la manière du juge d'exposer ses motifs, considérées dans le contexte du procès. Les avocats ne pouvaient évidemment réagir aux motifs avant que jugement ne soit rendu.

14 According to the jurisprudence, a reasonable apprehension of bias may be said to exist where there is a reasonable apprehension “that the judge might not act in an entirely impartial manner”.⁷ What is required is not a “possible” apprehension but a “reasonable” apprehension; that is, the opinion that a reasonably well informed person, viewing the matter realistically and practically, might form of the situation.⁸

14 Selon la jurisprudence, on peut dire qu'il existe une crainte raisonnable de partialité lorsqu'on est fondé à croire «que le juge pourrait ne pas agir d'une façon complètement impartiale»⁷. Ce qu'il faut, ce n'est pas une crainte «possible», mais une crainte «raisonnable», c'est-à-dire l'opinion que pourrait se faire de la situation une personne suffisamment renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique⁸.

15 Using this test and reading many of the Judge's interventions in context we do not suppose that a

15 Appliquant ce critère, et après avoir lu dans leur contexte bon nombre des interventions du juge, nous

reasonable observer would have understood the learned Trial Judge to harbour negative views about Aboriginal people as such. Indeed, as noted earlier, the dispute before him involved in reality conflicting claims among various segments of the Aboriginal community to control or to claim membership in Indian bands. Critical comments must also be read in association with his many expressions of respect for Indian witnesses and culture.

ne croyons pas qu'un observateur raisonnable serait arrivé à la conclusion que le juge du procès nourrissait des sentiments hostiles envers les peuples autochtones. Comme on l'a déjà dit, le différend dont il était saisi portait plutôt en réalité sur les prétentions opposées de diverses parties de la collectivité autochtone en ce qui concerne l'établissement des conditions d'appartenance aux bandes indiennes. Les remontrances du juge doivent également être lues en même temps que ses nombreuses expressions de respect à l'endroit des témoins indiens et de la culture indienne.

16 We do think, however, that a reasonable observer would have formed the impression that the Trial Judge was strongly opposed to a special regime for some or all Aboriginal peoples different from the system of rights and responsibilities applying to other Canadians. If this apprehension were formed, it could have led such an observer to think that the Trial Judge was thereby influenced in his conclusion that no Aboriginal right had existed for the plaintiff bands to control their own membership or if it had, the right had been extinguished prior to the adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Nous croyons cependant qu'un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge du procès était fortement opposé à un régime spécial pour quelques-uns ou la totalité des peuples autochtones, c'est-à-dire à un régime distinct du régime des droits et responsabilités appliqué aux autres Canadiens. Si une telle crainte était venue à l'esprit de cet observateur, elle aurait pu le conduire à croire que le juge du procès était par là même influencé dans sa conclusion selon laquelle aucun droit ancestral n'avait existé pour les bandes demanderesse d'établir elles-mêmes leurs listes de membres, ou sa conclusion selon laquelle le droit en question avait de toute façon été éteint avant l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. 16

17 Such an observer might well have reflected on the fact that, ever since the adoption of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, 'No. 5]], section 91(24) thereof has given Parliament the power and responsibility to make special laws for Indians in distinction from other persons. This power and responsibility, of necessity, has always required some criteria for defining Indians in order to distinguish them from other Canadians as subjects of legislation. He would further recall that other constitutional documents, treaties and court decisions have distinguished between Aboriginal peoples and others, and section 35 of the *Constitution Act, 1982* has now guaranteed existing Aboriginal rights as rights pertaining to Indians, Inuit, and Métis. The existence of special

Un tel observateur aurait bien pu se dire que, depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] le paragraphe 91(24) de cette Loi confère au Parlement le pouvoir et la charge de faire des lois destinées spécialement aux Indiens. Ce pouvoir requiert nécessairement certains critères permettant de définir les Indiens, afin de pouvoir les distinguer des autres Canadiens comme sujets des lois spéciales en question. Il se rappellerait aussi que d'autres textes constitutionnels, traités ou précédents ont établi une distinction entre les peuples autochtones et les autres citoyens, et que, selon l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux existants sont garantis comme des droits se rapportant aux Indiens, aux Inuit et aux 17

status for Aboriginal peoples is, therefore, enshrined in our Constitution. It was not for the Trial Judge to dispute this aspect of Canada's constitutional law.

18 Regrettably, there are a number of passages in the trial transcript and in the Judge's reasons which convey a very negative view of Aboriginal rights or special status for all or some Aboriginal peoples.

19 A cause for reasonable apprehension of bias is perhaps most vividly raised by the Judge's use of terms such as "racism" and "apartheid" in association with references to any claims—at least, legally supported claims—to distinctiveness or exclusiveness on the part of Indians. For example, while Mr. Roan, a Cree, was testifying on behalf of the Ermineskin Band concerning the traditions and attitudes of the Cree, the Trial Judge observed:

There is another way of looking at what he is saying. He can be advocating racism and apartheid, as well as what he is saying from his testimony. And I just want to say that that's another way of looking at it. It's not a very happy way, but it's another way of looking at what Mr. Roan's testimony has been all about.

Later during examination of the same witness he expressed satisfaction that the witness was speaking only of such restraints on intermarriage as would amount to incest. He observed of the witness:

But today he's expressed what is, may I say, if I can take judicial notice of it, almost everyone's view, except perhaps some of the Nazis and haters in the country, and that is that racial intermating usually produces very beautiful, superior people, not inferior people. That's even known in animal husbandry, for heaven's sake.⁹

At one point, the Trial Judge questioned how having a separate justice system for Indians would be different from apartheid in South Africa.¹⁰ In discussion with an expert witness called by the plaintiffs, he seemed to regard Aboriginal communities which could exclude others as "the segregation

Métis. L'existence d'un statut spécial pour les peuples autochtones est par conséquent inscrite dans notre constitution. Il n'appartenait pas au juge du procès de contester cet aspect du droit constitutionnel canadien.

18 Il est dommage que plusieurs passages de la transcription du procès et des motifs du juge transmettent une idée très négative des droits ancestraux ou du statut spécial attribué à l'ensemble ou à quelques-uns des peuples autochtones.

19 Certains termes employés par le juge semblent donner particulièrement prise à une crainte raisonnable de partialité: des mots tels que «racisme» et «apartheid», employés à l'égard des revendications—du moins des revendications juridiquement valides—d'un régime distinct ou exclusif pour les Indiens. Par exemple, lorsque M. Roan, un Cri, témoignait au nom de la bande d'Ermineskin à propos des traditions et des attitudes des Cris, le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Il y a une autre manière de voir ce qu'il dit. Il peut être en train de prôner le racisme et l'apartheid, tout aussi bien que ce qu'il dit dans son témoignage. Et je voudrais simplement dire que c'est là une autre manière de voir la chose. Ce n'est pas une manière très heureuse, mais c'est une autre manière de considérer le témoignage de M. Roan.

Plus tard, durant l'interrogatoire du même témoin, le juge s'est dit satisfait de voir que le témoin ne parlait que des limites aux intermariages équivalant à l'inceste. Voici ce qu'il a dit à propos du témoin:

[TRADUCTION] Mais aujourd'hui, il a exprimé ce qui, on me permettra d'en prendre connaissance d'office, constitue presque l'avis général, sauf peut-être celui des Nazis et autres propagateurs de haine dans le pays, et c'est le fait que les mariages entre gens de races différentes produisent en général des gens très beaux, des gens supérieurs, non inférieurs. On sait même cela chez les éleveurs, pour l'amour du ciel⁹.

À un certain moment, le juge du procès s'est demandé en quoi l'instauration d'un système de justice séparé pour les Indiens pouvait se distinguer de l'apartheid pratiqué en Afrique du Sud¹⁰. Dans une discussion avec un témoin expert appelé par les demandeurs, il a semblé considérer le pouvoir d'ex-

of people on a racial basis into racial enclaves with racist laws . . . it is apartheid".¹¹ He returned to this theme with another expert, although the latter explained the difference between apartheid—where the majority was confined in its movements—and our system of areas reserved for the exclusive use of a minority who may leave there at any time.¹² When counsel for one of the interveners was discussing historical material in the report of another expert concerning the post-contact interaction between whites and Native groups, the Trial Judge observed:

That would be a natural consequence—if it weren't for the racist leaders and the Nazis, it would be a natural consequence of people living in the same country together.¹³

During argument some mention was made of a membership code that one band was considering, which would include some requirement of blood relationship for membership in the band. The Trial Judge speculated that it was because of such matters that the law requires the Minister to approve such codes. He went on to say:

There must be some reason though for the minister having to approve. You know, some people, myself included, when I hear about racial purity and blood purity, I think of jackboots and Nazis, and so that may be one of the reasons why the Minister would be required to approve, so that such virulence wouldn't raise its head again.¹⁴

20 These and other similar references by the Trial Judge during the trial, if they might be viewed by some as simply rhetorical or "colourful" language or simply provocative, were unfortunately repeated in his considered reasons. He referred there to the case as "this dismally racist subject of litigation".¹⁵ In reference to possible membership codes containing a "blood quantum" requirement for membership, he observed:

clusion d'autres personnes par les collectivités autochtones comme «la séparation de personnes, pour des motifs de race, en des enclaves raciales, avec des lois racistes . . . c'est l'apartheid»¹¹. Il est revenu sur ce sujet avec un autre expert, mais celui-ci expliqua la différence entre l'apartheid—où la majorité est limitée dans ses mouvements—et notre système consistant à réserver des zones pour l'utilisation exclusive d'une minorité, qui peut quitter n'importe quand les zones en question¹². Lorsque l'avocat de l'un des intervenants examinait le contenu historique du rapport d'un autre expert concernant l'interaction des Blancs et des groupes autochtones après l'arrivée des Blancs, le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Ce serait là une conséquence naturelle—si l'on oublie les instigateurs du racisme et les Nazis, ce serait là une conséquence naturelle de la cohabitation de peuples différents dans le même pays¹³.

Durant l'argumentation, mention fut faite d'un code d'appartenance qu'une bande envisageait d'adopter, un code qui renfermerait la nécessité d'une parenté par le sang comme condition d'appartenance à la bande. Le juge du procès a laissé entendre que c'était à cause de questions de ce genre que la loi requiert l'approbation de tels codes par le ministre. Puis il a déclaré:

[TRADUCTION] Si l'approbation du ministre est requise, ce doit être pour une bonne raison. Vous savez, lorsque des gens, y compris moi-même, entendent parler de pureté de race et de pureté de sang, ils pensent aux soldats et aux Nazis, et c'est sans doute là une des raisons pour lesquelles l'approbation du ministre est requise, pour empêcher la réapparition de la tyrannie¹⁴.

Sans doute ces remarques du juge durant le procès, ainsi que d'autres semblables, pourraient être considérées par certains comme de simples figures de rhétorique, comme des expressions colorées ou comme des idées destinées à provoquer des réactions, mais elles sont malheureusement répétées dans ses motifs. Il parle du procès comme d'un «litige à saveur tristement raciste»¹⁵. En ce qui concerne les éventuels codes d'appartenance subordonnant la qualité de membre à l'existence d'un certain degré de sang indien, il a tenu les propos suivants:

20

“Blood quantum” is a highly fascist and racist notion, and puts its practitioners on the path of the Nazi Party led by the late, most unlamented Adolf Hitler.¹⁶

His reluctance to accept oral history was explained, in his reasons, in the context of his opposition to racism.

That surely is the trouble with oral history. It just does not lie easily in the mouth of the folk who transmit oral history to relate that their ancestors were ever venal, criminal, cruel, mean-spirited, unjust, cowardly, perfidious, bigoted or indeed, aught but noble, brave, fair and generous, etc. etc.

In no time at all historical stories, if ever accurate, soon become mortally skewed propaganda, without objective verity. Since the above mentioned pejorative characteristics, and more, are alas common to humanity they must have been verily evinced by everybody’s ancestors, as they are by the present day descendants, but no one, including oral historians wants to admit that. Each tribe or ethnicity in the whole human species raises its young to believe that they are “better” than everyone else. Hence, the wars which have blighted human history. So ancestor advocacy or ancestor worship is one of the most counter-productive, racist, hateful and backward-looking of all human characteristics, or religion, or what passes for thought. People are of course free to indulge in it—perhaps it is an aspect of human nature—but it is that aspect which renders oral history highly unreliable. So saying, the Court is most emphatically not mocking or belittling those who assert that, because their ancestors never developed writing, oral history is their only means of keeping their history alive. It would always be best to put the stories into writing at the earliest possible time in order to avoid some of the embellishments which render oral history so unreliable.¹⁷

21 In his reasons, the Trial Judge also used critical, pejorative language about the relevant constitutional and statutory provisions. He referred to section 35 of the *Constitution Act, 1982* as

... in effect an “Indian provision” in an otherwise largely anti-racist Constitution.¹⁸

La notion de «degré de sang indien» est un concept éminemment fasciste et raciste, et ceux qui l’appliquent empruntent la voie qu’a suivie le Parti nazi sous la direction d’Adolf Hitler, individu dont bien peu de gens regrettent la mort¹⁶.

Son hésitation à accepter l’histoire orale est expliquée dans ses motifs, dans le contexte de son opposition au racisme.

Voilà certes le problème que pose l’histoire orale. En effet, il ne vient pas facilement aux individus qui transmettent l’histoire orale de rapporter que leurs ancêtres ont pu être des personnes vénales, criminelles, cruelles, abjectes, injustes, lâches, perfides, intolérantes ou quoi que ce soit d’autre que des personnes nobles, braves, équitables, généreuses et ainsi de suite.

En un rien de temps, les récits historiques, même s’ils ont pu, à quelque moment, être fidèles, se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle, sans vérité objective. Comme les caractéristiques péjoratives susmentionnées—et malheureusement bien d’autres encore—sont communes à l’ensemble de l’humanité, elles étaient sûrement présentes chez tous nos ancêtres, comme ils le sont chez leurs descendants actuels, mais personne, y compris les rapporteurs de l’histoire orale, ne veut l’admettre. Chaque tribu ou ethnie de toute l’espèce humaine inculque à ces enfants qu’ils sont «meilleurs» que tous les autres. Voilà l’origine des guerres qui ont affligé l’histoire de l’humanité. En conséquence, la défense ou le culte des ancêtres est l’une des plus contreproductives, des plus racistes, des plus haineuses et des plus rétrogrades de toutes les caractéristiques humaines, religions ou autres attitudes qui passent pour une manifestation de l’intelligence. Évidemment, les gens sont bien libres de s’y adonner—peut-être est-ce un trait de la nature humaine, mais c’est précisément ce trait qui fait de l’histoire orale une source si peu fiable. Cela dit, la Cour ne déprécie absolument pas ceux qui affirment que, comme leurs ancêtres n’ont jamais établi de langage écrit, l’histoire orale est leur seul moyen d’assurer la survivance de leur histoire. Il est toujours préférable de consigner les récits par écrit et ce le plus tôt possible après les faits, de façon à éviter que leur soient apportés certains des enjolivements qui font de l’histoire orale une source si peu fiable¹⁷.

Dans ses motifs, le juge de première instance 21 utilise également un langage critique et péjoratif à propos des dispositions constitutionnelles et législatives applicables. Il considère l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme

dans les faits, une «disposition visant spécifiquement les Indiens», dans une Constitution par ailleurs largement antiraciste¹⁸.

That is, he regards section 35 as racist. At least twice, he expressed specific disapproval of subsection 35(2) because it includes in the definition of "aboriginal peoples of Canada" the "Métis peoples of Canada".¹⁹ This view that persons with only partial Aboriginal ancestry should not be regarded as Aboriginals was, at best, irrelevant to the matters for decision, and its reiteration could certainly leave an impression that the Trial Judge further disapproved of section 35.

22 He also offered pejorative views of the *Indian Act*; the legislation which underwrites the special status of Aboriginal peoples. During the trial, he observed:

THE COURT: I say with some confidence "racist laws" because, so far as I know, the only statute of Canada which is not subject to the *Canadian Human Rights Act* is the *Indian Act*. That gives me some thought that perhaps it is indeed racist, even though that sounds pejorative.

So if we are on the same track, if not by the lights of people in the 1870s, then by today's lights, segregating people by race into racial enclaves with racist laws sounds like that which South Africa is in the process of trying to abolish; apartheid, does it not, or what do you say about that?²⁰

Counsel for the Horse Lake Band pointed to another source to suggest that this was not simply an isolated or tentative comment by the learned Judge. While this case was under reserve, he had expressed the following view on the *Indian Act* in another case:

Section 67 of the *Canadian Human Rights Act* runs thus:

67. Nothing in this Act affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.

The need, if such there be, for such legislation is obvious. The *Indian Act* is racist. It countenances the segregation of people by race, into racist enclaves according to racially discriminatory laws. It makes financial dependents of those who pay no taxes as an eternal charge on those who

Il considère donc l'article 35 comme une disposition raciste. Au moins deux fois, il dit sa désapprobation à l'égard du paragraphe 35(2), parce que ce paragraphe englobe dans la définition de «peuples autochtones du Canada» les «Métis du Canada»¹⁹. Cette opinion selon laquelle des personnes d'ascendance autochtone seulement partielle ne devraient pas être considérées comme des Autochtones était au mieux sans rapport avec les questions à trancher, et, en la réitérant, le juge pouvait certainement donner l'impression qu'il désapprouvait véritablement l'article 35.

Il a aussi exprimé une opinion défavorable à 22 propos de la *Loi sur les Indiens* (le texte législatif qui confère un statut spécial aux peuples autochtones). Durant le procès, le juge s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] LA COUR: Je dis avec une certaine assurance «lois racistes» parce que, autant que je sache, la seule loi du Canada qui ne soit pas subordonnée à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est la *Loi sur les Indiens*. Cela me conduit à croire que cette loi est peut-être une loi raciste, même si ce mot peut paraître péjoratif.

Donc, si nous sommes sur la même voie, sinon d'après la façon de voir les choses dans les années 1870, alors selon la façon de les voir aujourd'hui, la séparation de personnes selon leur race en enclaves raciales dotées de lois racistes ressemble à ce que l'Afrique du Sud tente aujourd'hui d'abolir, c'est-à-dire l'apartheid, n'est-ce pas, qu'en pensez-vous?²⁰

L'avocat de la bande de Horse Lake a signalé une autre source pour me montrer qu'il ne s'agissait pas là simplement d'une observation isolée ou indicative de la part du juge. Durant la période qui avait précédé le prononcé de sa décision, il avait exprimé dans une autre affaire l'opinion suivante concernant la *Loi sur les Indiens*:

L'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte:

67. La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi.

La nécessité, si nécessité il y a, d'une telle loi est évidente. La *Loi sur les Indiens* est une loi raciste. Elle tolère la ségrégation des gens selon leur race, dans des enclaves raciales et selon des règles discriminatoires racistes. Elle fait des parasites de gens qui ne paient aucun impôt et qui

are taxed to meet the expense of such dependency. The *Indian Act* fosters (along with the Aboriginal treaties) an establishment of apartheid in Canada.²¹

sont ainsi éternellement à la charge de ceux dont l'impôt sert à satisfaire cette dépendance. Elle institue (avec les traités avec les autochtones) une sorte d'apartheid au Canada²¹.

23 It is reasonably apparent from the record that one reason the Trial Judge deplores the existence of a separate regime of any sort for Indians is that he feels it wrongly keeps them in a state of dependence. His views on such matters were offered in his reasons as follows:

Peoples found to be in a more primitive (i.e. hunting) state of development than the others' state (i.e. industrial or post-industrial) are emphatically not inferior peoples. Their state of development might be likened by analogy to "adolescent" compared with the others' (non-Indians') "adult" state of development. But the law and treaties have protected Indians from "spreading their wings" as may non-Indian adolescents who do and always have made "improvident transactions" until a majority learned not to do so, but to conduct themselves prudently.

Il ressort assez du dossier que l'une des raisons pour lesquelles le juge du procès déplore l'existence d'un quelconque régime distinct pour les Indiens est que, selon lui, un tel régime présente l'inconvénient de les maintenir dans un état de dépendance. Ses vues sur la question sont exprimées ainsi dans ses motifs:

Les peuples qui sont à un stade d'évolution plus primitif (c'est-à-dire qui vivent de la chasse) que les autres (ceux qui sont rendus à l'ère industrielle ou post-industrielle) ne sont carrément pas des peuples inférieurs. On pourrait comparer leur stade de développement à celui de l'«adolescent» par rapport au stade de développement des «adultes» («non-Indiens»). Cependant, tant la loi que les traités ont empêché les Indiens de «voler de leurs propres ailes», comme peuvent le faire les adolescents non-indiens qui ont depuis toujours conclu des «transactions irréflechies», jusqu'à ce que la majorité d'entre eux apprennent à s'abstenir de le faire et à se conduire prudemment.

It is surely apparent that it is not eternal dependence with apartheid, but equal self-reliance, (including Canada's so-called "social safety net" for such as it is and will be) which promote the equal human dignity of all Canadians. It is difficult to understand why the Courts in recent years have promoted dependence. The so-called "honour of the Crown" is surely nothing more than a transparent semantic membrane for wrapping together Indian reserve apartheid and perpetual dependence on Canadian taxpayers. This melancholy situation, being authentically historic, does nothing to support the plaintiffs' claim to control their own membership as is already demonstrated herein. It has contributed to the depression and poverty of many Indians over time.²²

Il est évident que ce n'est pas un état de dépendance perpétuelle accompagné d'une situation d'apartheid, mais plutôt l'égalité et l'autosuffisance (y compris ce qu'on appelle le «filet de sécurité sociale» du Canada, pour ce qu'il est aujourd'hui et ce qu'il deviendra) qui favorisent la dignité humaine et l'égalité de tous les Canadiens. Il est difficile de comprendre pourquoi les tribunaux ont, au cours des dernières années, favorisé cet état de dépendance. Ce qu'on appelle l'«honneur de Sa Majesté» n'est certes rien de plus qu'une membrane sémantique transparente, qui sert à envelopper ensemble la situation d'apartheid que créent les réserves indiennes et l'état de dépendance perpétuelle par rapport aux contribuables canadiens. Cette situation déplorable, même si elle est historiquement authentique, n'appuie d'aucune façon, ainsi qu'il a déjà été démontré en l'espèce, la prétention des demandeurs selon laquelle ils décidaient qui appartenaient aux bandes. Cette situation a plutôt contribué à l'état de pauvreté et de marasme économique dans lequel vivent bon nombre d'Indiens²².

The learned Judge also deplored the corollary of such dependence, namely the burden as he perceived it on Canadian taxpayers.

Le juge déplore aussi le corollaire d'une telle dépendance, savoir le fardeau qui pèse, selon lui, sur les contribuables canadiens.

(The corrosive effects of a whole people's dependence on governmental hand-outs are illustrated by documents found in Exhibit 41(18). The Government's payments

(Les effets dévastateurs de la dépendance de tout un peuple aux largesses de l'État sont illustrés par les documents figurant à la pièce 41(18). Les sommes ainsi ver-

work another evil, too. They are an eternal charge on the country's taxpayers, even although the dolorous conditions of the last century lie dead in the past along with its glory, if any, which cannot be now restored.)²³

...

Once again the dependants' eternally received pay-outs are linked to the treaty in Elder Jacobs' mind. If the band could still control its own membership, and if the Government were, as it is, obliged to make payments and confer all of today's further benefits on all members, then notionally, bands could bring the taxpayers to their knees by expanding membership exponentially, without the limits even of Bill C-31. That is, of course, most unlikely, but Elder Jacobs' testimony shows how revised or forgotten is the treaty's original *quid pro quo*. Whoever pays the piper calls the tune. The taxpayers are the eternal payers and the government, at least somewhat on their behalf, has since treaty-time called the tune of absolute, all-extinguishing control of band membership, and of who is an Indian entitled to the payments and other benefits. Elder Jacobs got it wrong, like so many others with their wished-for, or thoughtlessly accepted, historically incorrect revisions.²⁴

...

Although the Government appeared to be very short-sighted and improvident to make payments in eternity to treaty Indians, it was not so thick-skulled as to permit the treaty Indians and friends to decide how many treaty-paid Indians would be admitted to status. The natural incidence of procreation presented enough risk to the taxpayers without vastly increasing it through Indian self-determined "naturalization".²⁵

The Judge perhaps best expresses his disapproval of special status for Indians in a passage which, it is fair to observe, also emphasizes his respect for them as persons.

There is an underlying, sometimes articulated premise in the jurisprudence and among certain cynical activists that the "pitiable Indians" were easy dupes for superior Euro-Canadians and needing protections which applied not

sées par l'État ont un autre effet pervers. En effet, elles constituent un fardeau perpétuel pour les contribuables du pays, même si les conditions pénibles du siècle dernier sont maintenant choses du passé tout autant que les moments glorieux, s'il en est, de cette époque, qu'il est impossible aujourd'hui de faire revivre)²³.

...

Dans l'esprit de l'ancien Jacobs, il y a un lien entre le traité et les paiements versés à perpétuité aux personnes dépendantes. Si, d'une part, la bande pouvait encore décider qui sont ses membres et si, d'autre part, le gouvernement était appelé, comme il est obligé de le faire, à verser les sommes prévues à tous les membres et à leur accorder tous les autres avantages existants aujourd'hui, les bandes pourraient alors, hypothétiquement, ruiner les contribuables en élargissant de façon exponentielle le nombre de leurs membres, sans aucune limite, même celles prévues par le projet de loi C-31. Évidemment, il est peu probable que cela se produise, mais le témoignage de l'ancien Jacobs montre bien de quelle façon on a oublié ou dénaturé la contrepartie originale prévue par le traité, c'est-à-dire qui paie les violons choisit la musique. Les contribuables sont les éternels payeurs et le gouvernement, à tout le moins pour leur compte, a, depuis l'époque des traités, choisi la musique en exerçant, de manière absolue, le pouvoir de décider qui sont les membres des bandes et les Indiens qui ont droit aux paiements et aux autres avantages. L'ancien Jacobs est dans l'erreur, comme bien d'autres qui souscrivent sans réflexion à un révisionnisme historique non fondé ou qui souhaite une telle relecture incorrecte de l'histoire²⁴.

...

Même si le gouvernement a semblé faire preuve de très peu de prévoyance et a agi de manière irréflectée en décidant de verser à perpétuité des sommes aux Indiens visés par les traités, il n'a pas été obtus au point de laisser ceux-ci et leurs amis décider combien de personnes auraient droit au statut d'Indien visé par un traité et aux paiements en découlant. Comme les effets naturels de la procréation présentaient déjà suffisamment de risques pour les contribuables, il était inutile de les accroître de façon significative en accordant aux Indiens le droit de décider eux-mêmes qui avaient droit à la «naturalisation»²⁵.

Le juge exprime sans doute le mieux sa désapprobation à l'égard du statut spécial des Indiens dans un passage qui, il convient de le mentionner, fait aussi ressortir son respect à l'égard des Indiens comme personnes.

Selon une prémisse sous-jacente, parfois exprimée dans la jurisprudence et par certains activistes cyniques, les «pauvres Indiens» se laissaient facilement duper par les êtres supérieurs qu'étaient les Euro-canadiens, et ils

only to 19th Century Indians, but also to contemporary Indians, born in the mid-20th Century. This Court finds nothing inferior, genetic, social or intellectual *inter alia* about those Indians who entered into the treaties, nor their descendants today. This Court rejects all stated or implied notions of any inferiority of Indians, whatever. That is why the Court leans against the alleged need, over a century later, of special state protection of Indians, which protection often appears to be excessive and degrading to Indians in comparison with all the other “visible” (and not so “visible”) peoples who make up the tax-paying and general population of Canada.²⁶

avaient besoin de mesures de protection, mesures applicables non seulement aux Indiens du 19^e siècle, mais également à ceux nés au milieu du 20^e siècle. La Cour estime que ni les Indiens qui ont conclu ces traités, ni leurs descendants actuels ne sont des êtres inférieurs, notamment sur les plans génétique, social ou intellectuel. La Cour rejette toute proposition—clairement exprimée ou sous-entendue—voulant que les Indiens soient des êtres inférieurs. Voilà pourquoi, la Cour est portée à rejeter l’idée que les Indiens ont, un siècle plus tard, besoin de la protection spéciale de l’État, protection qui semble souvent excessive et avilissante pour les Indiens, si on compare leur situation à celle des autres groupes «visibles» (et pas si «visibles» que cela) qui constituent la population générale du Canada et les contribuables de ce pays²⁶.

24 Among the many aspects of the record brought to our attention perhaps one other should be mentioned without going into detail. Contributing to the impression which a reasonable observer might have gained as to the Judge’s opposition to special status for Indians was his frequent comparison to the experience of different European societies when they have commingled, either historically or in modern times.²⁷

24 Parmi les nombreux aspects du dossier qui ont été portés à notre attention, il faudrait peut-être en mentionner un autre, sans entrer dans le détail. Cet autre aspect aurait pu conduire un observateur raisonnable à penser que le juge du procès était opposé à l’octroi d’un statut spécial pour les Indiens. Il s’agit de la comparaison qu’il fait souvent avec le brassage passé ou actuel des diverses populations européennes.²⁷

Conclusions

Conclusions

25 We believe the foregoing would indeed create in the mind of a fair-minded and reasonably well-informed observer the belief that the Trial Judge held certain views during the trial, which were confirmed in his reasons, that Aboriginal rights are “racist” and a form of “apartheid”. Having ascribed these pejorative terms to a system which is recognized in the history, the common law, and the Constitution of Canada, he might well be expected to give the narrowest possible interpretation to, or reject, any newly claimed Aboriginal right asserted by the plaintiffs to have existed in 1982. He might also be taken to assume that this alleged right—the right of bands to control their own membership—would be used to promote racism and apartheid and should therefore not be recognized.

25 Nous croyons que ce qui précède pourrait effectivement porter un observateur impartial et raisonnablement bien renseigné à croire que le juge de première instance a exprimé durant le procès des vues, confirmées dans ses motifs, selon lesquelles les droits autochtones sont des droits «racistes» et sont une forme d’apartheid. Puisqu’il a attribué ces termes péjoratifs à un système qui est consacré dans l’histoire, la common law et la Constitution du Canada, on pouvait bien imaginer qu’il interpréterait le plus étroitement possible, ou qu’il rejeterait, toute affirmation nouvelle des demandresses selon laquelle tel ou tel droit autochtone existait en 1982. On pouvait aussi penser qu’il présumait que ce prétendu droit—le droit des bandes d’établir elles-mêmes leurs listes de membres—serait utilisé pour promouvoir le racisme et l’apartheid et ne devrait donc pas être reconnu.

26 We are unable to characterize complaints by the appellants as to the general conduct of the trial as giving rise to such a reasonable apprehension of

26 Il nous est impossible de dire que les plaintes des appelantes à l’égard de la conduite générale du procès autorisent une crainte raisonnable de partialité.

bias. The Judge's unwillingness to grant the plaintiffs an adjournment at the beginning, and to make them pay a sum into Court because they were not prepared to begin, appears to us to have been within his discretion in the circumstances. His decision to order an RCMP investigation of a possible contact with a witness yet to be heard from was open to him even though it apparently caused bad publicity for the plaintiffs. Such a situation could have been fairly assessed by him as different from a situation where an earlier complaint was made to him as to the conduct of Crown counsel in speaking to a witness during intermission where counsel, as an officer of the Court, assured the Court that there was no impropriety. As we understand it, in connection with the matter investigated by the RCMP, the Judge accepted the explanation by counsel for the plaintiffs as to their role. But there was no counsel able to say to their direct knowledge whether one witness had contacted another witness contrary to the Judge's order excluding witnesses. Thus it involved persons who were not officers of the Court and the Judge could well have concluded that a police investigation was warranted. Similarly we are unwilling to find fault in the manner in which the Judge allowed cross-examinations to be conducted by the Crown: such matters are very hard to assess without a complete review of the whole record and, given our other conclusions, we find it unnecessary to undertake such a review.

27 Nevertheless, for the reasons indicated earlier we found it necessary to set aside the judgment and order a new trial notwithstanding the great cost and inconvenience which this may cause. It is possible that this situation might have been avoided had counsel for the plaintiffs objected in a clear and timely manner to the Trial Judge's interventions, to make him aware of the unfortunate impression he seems to have given that he had some fixed views on the matters in dispute.

28 Needless to say, this disposition is in no way a finding that the conclusions of the Judge on the

Le juge n'était pas disposé à accorder au début un ajournement aux demandeurs ni à leur ordonner de consigner une somme à la Cour parce qu'elles n'étaient pas prêtes à commencer, mais il nous semble que cela relevait de son pouvoir d'appréciation, eu égard aux circonstances. Sa décision d'ordonner une enquête de la GRC sur une communication possible avec un témoin qui n'avait pas encore été entendu entré dans ses attributions même si cette décision semble avoir causé une mauvaise publicité aux demandeurs. Il pouvait très bien considérer cette situation comme une situation différente de celle où une plainte antérieure lui avait été faite à propos de la conduite de l'avocat de la Couronne qui avait parlé à un témoin durant l'interruption, lorsque l'avocat, en tant qu'officier de justice, avait assuré la Cour qu'il n'y avait aucune irrégularité. Selon ce que nous croyons comprendre, en ce qui concerne l'affaire examinée par la GRC, le juge a accepté l'explication des avocats des demandeurs à propos de leur rôle. Mais aucun avocat n'a pu dire, en faisant appel à sa connaissance directe, si un témoin avait communiqué avec un autre témoin contrairement à l'ordonnance d'exclusion de témoins prononcée par le juge. L'affaire concernait donc des personnes qui n'étaient pas des officiers de justice, et le juge pouvait bien conclure qu'une enquête policière était justifiée. De la même façon, nous ne sommes pas prêts à voir une faute dans la manière dont le juge a permis que des contre-interrogatoires soient effectués par la Couronne. De tels aspects sont très difficiles à évaluer sans un examen complet du dossier tout entier et, étant donné nos autres conclusions, nous croyons qu'il est inutile d'entreprendre un tel examen.

Néanmoins, pour les motifs indiqués précédemment, nous avons trouvé nécessaire d'annuler le jugement et d'ordonner un nouveau procès, nonobstant les coûts et inconvénients considérables qui pourraient en résulter. Sans doute cette situation aurait-elle pu être évitée si les avocats des demandeurs s'étaient opposés clairement et à temps aux interventions du juge de première instance, pour l'informer qu'il donnait l'impression regrettable qu'il avait des vues bien arrêtées sur les points en litige. 27

Inutile de le dire, cette décision ne signifie nullement que les conclusions du juge sur les faits et sur 28

facts and the law were incorrect. These matters remain for determination at the new trial if it proceeds.

Disposition

- 29 It is for these reasons that the Court held that the record disclosed a basis for finding a reasonable apprehension of bias, the appeal was allowed, and a new trial ordered with costs to the appellants both here and below and no costs to the interveners either here or below.

¹ R.S.C., 1985, c. I-5.

² [*An Act to Amend the Indian Act*] S.C. 1985, c. 27, s. 4.

³ Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

⁴ SI/84-102, s. 2.

⁵ 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].

⁶ [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 645. See also *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at pp. 543-544.

⁷ *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833, at pp. 842-843.

⁸ See e.g. *Committee for Justice and Liberty et al v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pp. 386, 394.

⁹ Transcript 8, at p. 839.

¹⁰ Transcript 36B, at p. 99.

¹¹ Transcript 38, at pp. 157-158.

¹² Transcript 46B, at pp. 40-42.

¹³ Transcript 73, at p. 38.

¹⁴ Transcript 73, at p. 60.

¹⁵ [1996] 1 F.C. 3 (T.D.), at p. 41.

¹⁶ *Ibid.*, at p. 142.

¹⁷ *Ibid.*, at pp. 101-102.

¹⁸ *Ibid.*, at p. 33.

¹⁹ *Ibid.*, at pp. 32, 40-41.

²⁰ Transcript 46B, at p. 38.

²¹ *Canada (Human Rights Comm.) v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 25 C.H.R.R. D/386 (F.C.T.D.), at p. D/399.

²² *Supra*, note 15, at pp. 73, 75.

²³ *Ibid.*, at pp. 52-53.

²⁴ *Ibid.*, at pp. 107-108.

le droit sont erronées. Les points en litige restent à décider, et ils le seront dans le nouveau procès, s'il a lieu.

Décision

- 29 C'est pour ces motifs que la Cour a décidé que le dossier donnait prise à une crainte raisonnable de partialité, que l'appel a été accueilli et qu'un nouveau procès a été ordonné, avec dépens pour les appelantes devant la Section d'appel et devant la Section de première instance, et sans dépens pour les intervenants, que ce soit devant la Section d'appel ou devant la Section de première instance.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-5.

² [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*] S.C. 1985, ch. 27, art. 4.

³ Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

⁴ TR/84-102, art. 2.

⁵ 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].

⁶ [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 645. Voir aussi *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, aux p. 543 et 544.

⁷ *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, à la p. 843.

⁸ Voir par ex. *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, aux p. 386 et 394.

⁹ Transcription 8, à la p. 839.

¹⁰ Transcription 36B, à la p. 99.

¹¹ Transcription 38, aux p. 157 et 158.

¹² Transcription 46B, aux p. 40 à 42.

¹³ Transcription 73, à la p. 38.

¹⁴ Transcription 73, à la p. 60.

¹⁵ [1996] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.), à la p. 41.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 142.

¹⁷ *Ibid.*, à la p. 102.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 33.

¹⁹ *Ibid.*, aux p. 32, 40 et 41.

²⁰ Transcription 46B, à la p. 38.

²¹ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1994), 25 C.H.R.R. D/386 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. D/399.

²² *Supra*, note 15, aux p. 73 et 75.

²³ *Ibid.*, aux p. 52 et 53.

²⁴ *Ibid.*, aux p. 107 et 108.

²⁵ *Ibid.*, at p. 124.

²⁶ *Ibid.*, at p. 72.

²⁷ See e.g. transcript 8, at pp. 856-857; transcript 12, at pp. 1520-1521; transcript 44B, at pp. 13-14.

²⁵ *Ibid.*, à la p. 124.

²⁶ *Ibid.*, à la p. 72.

²⁷ Voir aussi transcription 8, aux p. 856 et 857; transcription 12, aux p. 1520 et 1521; transcription 44B, aux p. 13 et 14.

A-343-96	A-343-96
<p>Her Majesty the Queen in Right of Canada (<i>Appellant</i>) (<i>Defendant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Greif Containers Ltd. (<i>Respondent</i>) (<i>Third Party</i>)</p> <p>and</p> <p>Pakistan National Shipping Corporation (<i>Plaintiff</i>)</p> <p>and</p> <p>Kuehne & Nagel International Ltd. (<i>Defendant</i>)</p> <p>and</p> <p>Hunter Drums Limited (<i>Third Party</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: PAKISTAN NATIONAL SHIPPING CORP. v. CANADA (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Stone, Strayer and McDonald JJ.A.—Ottawa, April 8 and 30, 1997.</p> <p><i>Maritime law — Carriage of goods — Appeal from Trial Division order striking out third party claim against respondent for want of jurisdiction — Claim in main action arising out of carriage of cargo of canola oil — Cargo damaged during voyage due to defective drums — Third party claim for negligent misrepresentation drums could withstand stresses of sea transport — Integrally connected to Court's admiralty, maritime jurisdiction — Words "maritime", "admiralty" to be interpreted within modern context of commerce, shipping.</i></p> <p><i>Federal Court jurisdiction — Trial Division — Third party claim based on misrepresentations by respondent as to adequacy of plastic drums for carriage of canola oil by sea — Whether F.C.T.D. has jurisdiction over claim under Federal Court Act, s. 22 — Case law on Federal Court's maritime jurisdiction reviewed — ITO case applied — That alleged misrepresentation made on land not sufficient to establish want of jurisdiction — Claim integrally connected to Court's admiralty, maritime jurisdiction.</i></p>	<p>Sa Majesté la Reine du chef du Canada (<i>appelante</i>) (<i>défenderesse</i>)</p> <p>c.</p> <p>Greif Containers Ltd. (<i>intimée</i>) (<i>mise en cause</i>)</p> <p>et</p> <p>Pakistan National Shipping Corporation (<i>demanderesse</i>)</p> <p>et</p> <p>Kuehne & Nagel International Ltd. (<i>défenderesse</i>)</p> <p>et</p> <p>Hunter Drums Limited (<i>mise en cause</i>)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: PAKISTAN NATIONAL SHIPPING CORP. c. CANADA (C.A.)</i></p> <p>Cour d'appel, juges Stone, Strayer et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 8 et 30 avril 1997.</p> <p><i>Droit maritime — Transport de marchandises — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance radiant la demande en garantie contre l'intimée pour défaut de compétence — La réclamation dans l'action principale découle du transport d'une cargaison d'huile de colza (canola) — La cargaison a été endommagée pendant le voyage à cause de fûts défectueux — La demande en garantie porte sur des déclarations inexactes faites avec négligence, selon lesquelles les fûts pouvaient supporter les contraintes d'un transport en mer — Elle est entièrement liée à la compétence de la Cour en matière maritime et d'amirauté — Les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.</i></p> <p><i>Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande en garantie fondée sur des fausses déclarations faites par l'intimée quant au caractère adéquat des fûts de plastique pour le transport d'huile de colza par mer — Il s'agit de savoir si la C.F. 1^{re} inst. a compétence pour entendre cette demande en vertu de l'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale — Examen de la jurisprudence concernant la compétence de la Cour fédérale en matière maritime — Arrêt ITO appliqué — Le fait que les fausses déclarations alléguées ont été faites à terre</i></p>

This was an appeal from a Trial Division order striking out the appellant's third party claim against the respondent for want of jurisdiction. In the main action, the plaintiff, Pakistan National Shipping Corp., sued the appellant and Kuehne & Nagel International Ltd. for damages arising out of the carriage of a cargo of canola oil from Montréal to Karachi, Pakistan. It was alleged that the expenses and losses incurred by the plaintiff were due to the defective condition of the plastic drums containing the oil as the drums leaked, lost their contents and collapsed during the sea voyage. The appellant brought a third party claim against the suppliers of the drums, based upon misrepresentations as to the appropriateness and adequacy of said drums for the carriage by sea. In striking the third party claim, the Motions Judge relied upon the case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* and found that the subject-matter of the claim was not so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence. The issue on appeal was whether the Trial Division has jurisdiction over the third party claim under section 22 of the *Federal Court Act*.

Held, the appeal should be allowed.

In *ITO*, the Supreme Court of Canada laid down the essential requirements for a claim to fall within the Federal Court's admiralty and maritime jurisdiction. The first requirement, that is the statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament, was found by the Court to be present in the broad language of subsection 22(1) of the Act. In discussing the definition of "Canadian maritime law", the Supreme Court pointed out that it was important to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. The Court also stated that the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. The claims asserted against the appellant in the main action were indisputably maritime matters. The appellant's third party claim was in tort for negligent misrepresentation with respect to the suitability of the drums to withstand the stresses and strains of an ocean voyage. The fact that the alleged misrepresentation may have been made on land did not conclusively establish a want of jurisdiction. The cause of action in tort did not become crystallized until the loss or damage—if proven—occurred after some of the drums collapsed in the course of the voyage. The root of the claims in the main action for losses incurred

n'est pas suffisant pour établir le défaut de compétence — La demande est entièrement liée à la compétence de la Cour en matière maritime et d'amirauté.

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance de la Section de première instance radiant la demande en garantie de l'appelante contre l'intimée pour défaut de compétence. Dans l'action principale, la demanderesse, Pakistan National Shipping Corp. a poursuivi l'appelante et Kuehne & Nagel International Ltd. pour les dommages subis pendant le transport d'une cargaison d'huile de colza de Montréal à Karachi (Pakistan). On a allégué que les dépenses et les pertes de la demanderesse étaient attribuables à l'état défectueux des fûts de plastique contenant l'huile, plus particulièrement aux fuites, aux pertes de contenu et à l'affaissement des fûts pendant le voyage océanique. L'appelante a déposé une demande en garantie contre les fournisseurs des fûts, en alléguant qu'il y avait eu des déclarations inexactes quant au caractère approprié et adéquat des fûts pour le voyage en mer. En radiant la demande d'indemnisation, le juge des requêtes s'est appuyé sur l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* et a conclu que l'objet de la demande n'était pas entièrement lié aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien relevant de la compétence législative fédérale. La question en appel était de savoir si la Section de première instance avait compétence relativement à la demande en garantie en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Dans l'arrêt *ITO*, la Cour suprême du Canada a énoncé les conditions essentielles pour qu'une demande relève de la compétence de la Cour fédérale en matière maritime et d'amirauté. La Cour a conclu que la première condition, c'est-à-dire l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral, était respectée en raison du libellé général du paragraphe 22(1) de la Loi. En discutant de la définition de «droit maritime canadien», la Cour suprême a signalé qu'il était important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. La Cour a également déclaré que les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. Les réclamations formées contre l'appelante dans l'action principale sont indiscutablement des affaires maritimes. La demande en garantie de l'appelante est de nature délictuelle et s'appuie sur des déclarations inexactes faites avec négligence quant à la capacité des fûts de supporter les tensions et contraintes d'un voyage en mer. Le fait que les présumées déclarations inexactes aient pu être faites à terre n'établit pas de façon concluante l'absence de compétence. La cause de l'action délictuelle ne s'est pas matérialisée avant que la perte ou les dommages

by reason of the collapse of the plastic drums in stow during the voyage to Pakistan was the sufficiency of the drums themselves to withstand the conditions experienced by the ship. The third party claim, based on negligent misrepresentation by the respondent that the plastic drums manufactured by it would be sufficient for sea transport, is integrally connected to the Court's admiralty and maritime jurisdiction. The allegations of negligence in the third party claim and the appellant's affidavit evidence were sufficient for the purpose of determining the issue of jurisdiction.

—s'ils sont prouvés—se soient produits après l'affaissement de certains fûts au cours du voyage en mer. Le fondement des réclamations de l'action principale pour les pertes subies du fait de l'affaissement des fûts de plastique arrimés dans la cale pendant le voyage au Pakistan était la capacité des fûts de supporter les conditions auxquelles serait soumis le navire. Se fondant sur les déclarations inexactes faites avec négligence par l'intimée, selon lesquelles les fûts de plastique qu'elle a fabriqués étaient suffisamment robustes pour supporter un voyage en mer, la demande en garantie est entièrement liée à la compétence de la Cour en matière maritime et d'amirauté. Les allégations de négligence dans la demande en garantie et la preuve par affidavit de l'appelante sont suffisantes aux fins de trancher la question de compétence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Admiralty Act, 1891 (The), S.C. 1891, c. 29.
Admiralty Act, 1934 (The), S.C. 1934, c. 31.
Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27, s. 2, Sch., Art. IV, ss. 2(n), 3.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22(2)(m),(n).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1) "Canadian maritime law", 22(1),(2)(i), 42.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; (1989), 62 D.L.R. (4th) 36; 26 Q.A.C. 81; 101 N.R. 1; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288; *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Pakistan National Shipping Corp. v. Canada (1991), 50 F.T.R. 24 (F.C.T.D.); *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211; (1980), 46 N.R. 195 (F.C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte de l'Amirauté, 1891, S.C. 1891, ch. 29.
Loi d'amirauté, 1934, S.C. 1934, ch. 31.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1) «droit maritime canadien», 22(1),(2)i, 42.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 22(2)m,n).
Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. (1985), ch. C-27, art. 2, ann., Art. IV, art. 2n), 3.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; (1989), 62 D.L.R. (4th) 36; 26 Q.A.C. 81; 101 N.R. 1; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288; *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Pakistan National Shipping Corp. c. Canada (1991), 50 F.T.R. 24 (C.F. 1^{re} inst.); *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211; (1980), 46 N.R. 195 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

- Branch, Alan E. *The Elements of Shipping*. London: Chapman and Hall, 1977.
- Coquillette, Daniel R. *The Civilian Writers of Doctors Commons London*, Berlin: Dunckee & Humblot, 1988.
- Levack, Brian P. *The Civil Lawyers in England, 1603-1641*, Oxford: Clarendon Press, 1973.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
- Owen, David R. and Michael C. Tolley. *Courts of Admiralty in Colonial America*, Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1995.
- Tetley W. "The General Maritime Law—The Lex Maritima" (1994), 20 *Syracuse J. Intl. L. and Com.* 105.
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
- Wiswall, F. L. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800*, Cambridge University Press, 1970.

APPEAL from a Trial Division order striking out the appellant's third party claim against the respondent for want of jurisdiction. Appeal allowed.

COUNSEL:

- Robert B. Carter* for appellant (defendant).
- David R. Rothwell* for respondent (third party).
- Andrew Deere* for Hunter Drums Limited.

SOLICITORS:

- Deputy Attorney General of Canada* for appellant (defendant).
- Beard, Winter*, Toronto, for respondent (third party).
- David F. H. Marler, Law Office*, Montréal, for Hunter Drums Limited.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DOCTRINE

- Branch, Alan E. *The Elements of Shipping*. London: Chapman and Hall, 1977.
- Coquillette, Daniel R. *The Civilian Writers of Doctors Commons London*, Berlin: Dunckee & Humblot, 1988.
- Levack, Brian P. *The Civil Lawyers in England, 1603-1641*, Oxford: Clarendon Press, 1973.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
- Owen, David R. et Michael C. Tolley. *Courts of Admiralty in Colonial America*, Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1995.
- Tetley W. "The General Maritime Law—The Lex Maritima" (1994), 20 *Syracuse J. Intl. L. and Com.* 105.
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
- Wiswall, F. L. *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800*, Cambridge University Press, 1970.

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance radiant la demande en garantie de l'appelante contre l'intimée pour défaut de compétence. Appel accueilli.

AVOCATS:

- Robert B. Carter* pour l'appelante (défenderesse).
- David R. Rothwell* pour l'intimée (mise en cause).
- Andrew Deere* pour Hunter Drums Limited.

PROCUREURS:

- Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante (défenderesse).
- Beard, Winter*, Toronto, pour l'intimée (mise en cause).
- David F. H. Marler, Law Office*, Montréal, pour Hunter Drums Limited.

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

1 STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division of April 15, 1996, by which a motion to strike the appellant's third party claim against the respondent was granted on the ground

1 LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre une ordonnance de la Section de première instance en date du 15 avril 1996, par laquelle une requête en vue de faire radier la demande en garan-

that it did not come within the Court's admiralty and maritime jurisdiction.

The Claim in the Main Action

2 The claim against the respondent in the main action arose in the following circumstances. By its statement of claim filed November 26, 1990, Pakistan National Shipping Corp. brought suit against the appellant and Kuehne & Nagel International Ltd., in which it claimed damages, interest and costs arising out of the carriage of a cargo of refined rapeseed (canola) oil on board its ship M.V. *Islamabad* from Montréal to Karachi, Pakistan. The respondent manufactures and distributes plastic containers from its facility in Ontario. It is apparent that some of the drums in which the oil was shipped were supplied by the respondent to the vendors of the oil, and that no contractual relationship existed between the appellant and the respondent in that regard. References are made in the statement of claim to a charter party between Kuehne & Nagel and the Department of Supply and Services and to a bill of lading said to have been issued on behalf of the Master of the ship after completion of the loading at the Port of Montréal on November 26, 1989, in which the shippers were described to be the Government of Canada and the Canadian International Development Agency (CIDA). Neither of these documents is before the Court. According to the pleading, the bill of lading includes the following clauses:

1. This Bill of Lading shall have effect subject to the provisions of the Water Carriage of Goods Act, 1936, enacted by the Parliament of the Dominion of Canada, which shall be deemed to be incorporated herein, and nothing herein contained shall be deemed a surrender by the Carrier of any of its rights and immunities or an increase of any of its responsibilities or liabilities under said Act. If any term of this Bill of Lading be repugnant to said act to any extent, such term shall be void to that extent but not further.

...

This Bill of Lading is subject to the terms, conditions and exceptions of the Governing Charterparty and should any conflict or ambiguity arise between the Bill of Lading and

tie de l'appelante à l'encontre de l'intimée a été accueillie au motif qu'elle ne relevait pas de la compétence de la Cour en matière maritime et d'amarauté.

La réclamation dans l'action principale

2 La réclamation intentée contre l'intimée dans l'action principale découle des circonstances suivantes. Par voie de déclaration déposée le 26 novembre 1990, Pakistan National Shipping Corp. a intenté une poursuite contre l'appelante et Kuehne & Nagel International Ltd., dans laquelle elle réclamait des dommages et intérêts et le remboursement de ses frais pour le transport d'une cargaison d'huile de colza (canola) raffinée sur son navire le N.M. *Islamabad* de Montréal à Karachi (Pakistan). L'intimée fabrique et distribue des contenants de plastique depuis son usine située en Ontario. Il ressort que l'intimée a vendu certains fûts dans lesquels l'huile a été expédiée aux fournisseurs de l'huile, et qu'aucun lien contractuel n'existait entre l'appelante et l'intimée à cet égard. La déclaration fait référence à une charte-partie entre Kuehne & Nagel et Approvisionnement et Services Canada, et à un connaissance qui aurait été délivré au nom du capitaine du navire après que le chargement a été terminé au port de Montréal le 26 novembre 1989, et dans lequel il est indiqué que les chargeurs sont le gouvernement du Canada et l'Agence canadienne de développement international (ACDI). Aucun de ces documents n'a été déposé devant la Cour. Selon les plaidoiries, le connaissance renferme les clauses suivantes:

[TRADUCTION] 1. Le présent connaissance est assujéti aux dispositions de la Loi sur le transport des marchandises par eau de 1936, adoptée par le Parlement du Dominion du Canada, qui est réputée être incorporée aux présentes; aucune clause des présentes ne peut s'interpréter comme une renonciation du transporteur à ses droits et exonérations ou comme une augmentation de ses responsabilités ou obligations en vertu de la Loi. Advenant l'incompatibilité de l'une des clauses du présent connaissance avec la Loi, cette clause est réputée nulle sans pour autant porter atteinte au reste du document.

...

Le présent connaissance est assujéti aux conditions et exceptions de la charte-partie en vigueur et en cas de conflit ou d'ambiguïté entre le connaissance et la charte-

the Charterparty, the terms, conditions and exceptions of the Charterparty shall prevail.

partie, les conditions et exceptions de la charte-partie auront priorité.

3 The statement of claim also alleges that in September 1989, the plaintiff, through its agent Lillis Marine Agencies Ltd., was invited to quote a freight rate on full liner terms for carriage of the subject cargo, and that the cargo "would be in drums of high molecular weight high density polyethylene [*sic*] resin each weighing 444.5 lb. gross, dimensions 94 cm (37 inches) high by 59 cm (23 inches) diameter". The statement of claim alleges as follows:

3 La déclaration alléguée également qu'en septembre 1989 la demanderesse, par l'entremise de son agent Lillis Marine Agencies Ltd., a été invitée à fournir un prix marchandises aux conditions «lignes régulières» pour le transport de la cargaison précitée qui [TRADUCTION] «serait placée dans des fûts de résine de polyéthylène haute densité à poids moléculaire élevé, pesant chacun 444,5 livres brutes, de 94 cm (37 pouces) de haut par 59 cm (23 pouces) de diamètre». La déclaration alléguée ceci:

20. The M.V. "Islamabad" sailed from Montreal on November 29, 1989, due diligence having been exercised to make the said vessel in all respects seaworthy and properly manned, equipped and supplied, and to make her holds and all other parts of the ship in which cargo was carried fit and safe for the reception, carriage and preservation of the said cargo;

[TRADUCTION] 20. Le N.M. «Islamabad» a quitté Montréal le 29 novembre 1989, les responsables ayant exercé la diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité à tous égards, convenablement armer, équiper et approvisionner le navire, et approprier et mettre en bon état les cales et toutes autres parties du navire dans lesquelles la cargaison est chargée pour la réception, le transport et la conservation de celle-ci.

21. On December 3, 1989, while in the North Atlantic, the "Islamabad" began to encounter heavy weather which increased steadily in force. In order to reduce the effects of the heavy weather the vessel changed course and reduced speed but nevertheless began to roll and pitch;

21. Le 3 décembre 1989, pendant qu'il se trouvait dans l'Atlantique Nord, le navire «Islamabad» a traversé une zone de gros temps avec des vents de plus en plus violents. Afin de réduire les effets de ce gros temps, le navire a changé de cap et réduit sa vitesse, mais il a néanmoins commencé à rouler et à tanguer.

22. The canola oil drums were subjected to the stresses and strains caused by the vessel's rolling and pitching and drums began to leak, collapse and lose their contents, thus creating gaps or void spaces in the stow, which led to a collapse or shift of stow in the holds;

22. Les fûts d'huile de colza ont subi les effets des tensions et contraintes causées par le roulis et le tangage du navire; des fuites, des affaissements et des pertes de contenu se sont produits, créant des vides dans la cargaison et entraînant un effondrement ou un déplacement de la cargaison dans les cales.

23. In consequence of the above the canola oil drums were displaced laterally in the holds, adversely affecting the ship's stability and causing the ship to develop a severe list that placed her in peril;

23. En conséquence, les fûts d'huile de colza se sont déplacés latéralement dans les cales, nuisant à la stabilité du navire et provoquant une gîte importante qui a mis le navire en péril.

24. Because of her unstable and perilous condition the "Islamabad" was forced to seek refuge at Norfolk, Virginia until the heavy weather abated. The vessel then proceeded to Charleston, South Carolina, where she arrived on December 6, 1989. Thereafter the Plaintiff took all such measures as were necessary to restow and resecure the Defendants' cargo and to put the vessel into a condition that would permit her to continue the voyage. These measures caused the Plaintiff to incur substantial expenses and losses;

24. En raison de son instabilité dangereuse, le navire «Islamabad» a dû chercher refuge à Norfolk (Virginie) jusqu'à la fin du gros temps. Le navire a ensuite poursuivi sa route vers Charleston (Caroline du Sud) où il est arrivé le 6 décembre 1989. Par la suite, la demanderesse a pris toutes les mesures nécessaires pour réarrimer la cargaison des défendeurs et remettre le navire en état de poursuivre son voyage. Pour ce faire, la demanderesse a engagé des dépenses considérables et subi des pertes importantes.

25. When the vessel completed her voyage and arrived at Karachi it was observed that more drums had leaked and collapsed, and the Plaintiff incurred additional expenses at Karachi as a result of the extra handling required to dis-

25. À la fin du voyage et à l'arrivée du navire à Karachi, on s'est aperçu que d'autres fûts avaient coulé et s'étaient affaissés, et la demanderesse a engagé d'autres dépenses à Karachi à cause de la manutention supplémentaire qu'a

charge these defective drums, as well as for the cost of removing canola oil residues from the vessel and cleaning the holds.

26. The Plaintiff's expenses and losses were entirely due to the defective condition of Defendants' drummed cargo and more particularly because the drums had leaked, lost their contents and collapsed when exposed to conditions encountered during the ocean voyage which, although severe, were not unusual or unforeseeable considering the time of year and the areas through which the vessel must navigate on a voyage from Montreal to Karachi;

27. At the commencement of the voyage the Plaintiff was unaware of, and had no reasonable way of discerning, the defective condition of the drums that led to the breakdown in stow and put the vessel in peril as aforesaid;

28. As evidenced by the Bill of Lading, the Defendant Her Majesty the Queen in Right of Canada was and is the shipper and supplier of the aforesaid cargo, or in any event the party at interest in the cargo, and as such is responsible to PNSC for the damages claimed by virtue of Canadian maritime law.

...

30. The Defendants knew, or ought to have known, of the defective condition of the drums and are, in any event, responsible to Plaintiff for the expenses and losses that Plaintiff sustained as a consequence thereof;

The pleading then asserts various heads of damages in respect of both "expenses and losses" and "loss of use" of the ship.

4 In due course, on February 27, 1991, the appellant filed a statement of defence and counterclaim in which, for the most part, she denied the various allegations contained in the statement of claim, and claimed for a quantity of cargo said to have been "shortlanded" at Karachi. She denied in particular "that the drums were defective" (paragraph 25). Paragraphs 37-39 of this pleading read as follows:

37. On or about September 25, 1989, the Co-Defendant Kuehne & Nagel International Ltée entered into a Charterparty with the Department of Supply and Services for the carriage of a part cargo of approximately 6,464 to 6,855 Net Metric Tonnes of drummed refined rapeseed oil from the Port of Montreal to the Port of Karachi in Pakistan.

38. On or about November 29, 1989, the Plaintiff through its authorized agents issued Bill of Lading no. 48 for the loading "clean on board" of 34,019 Plastic Drums Refined

nécessité le déchargement des fûts défectueux, de même que le nettoyage du navire et des cales pour enlever les résidus d'huile de colza.

26. Les dépenses et les pertes de la demanderesse sont entièrement attribuables à l'état défectueux de la cargaison des défenderesses et plus particulièrement aux fuites, aux pertes de contenu et à l'affaissement des fûts pendant le voyage océanique dont les conditions, malgré leur gravité, n'étaient pas inhabituelles ou imprévisibles considérant la période de l'année et le parcours que doit emprunter un navire qui se rend de Montréal à Karachi.

27. Au début du voyage, la demanderesse ne connaissait pas et n'avait aucun moyen raisonnable de détecter l'état défectueux des fûts qui ont provoqué le déplacement de la cargaison qui a mis le navire en péril.

28. Comme en fait foi le connaissement, la défenderesse Sa Majesté la Reine du chef du Canada était et est le chargeur et le fournisseur de la cargaison précitée ou, à tout le moins, la partie intéressée dans la cargaison et, à ce titre, elle est responsable envers PNSC des dommages réclamés en vertu du droit maritime canadien.

...

30. Les défenderesses connaissaient, ou auraient dû connaître, l'état défectueux des fûts et sont, de toutes les façons, responsables envers la demanderesse des dépenses et des pertes que celle-ci a engagées et subies à cause de ces défauts.

L'acte de procédure énonce ensuite plusieurs chefs de dommages concernant les «dépenses et pertes» et la «perte de jouissance» du navire.

4 En temps opportun, soit le 27 février 1991, l'appelante a déposé sa défense et demande reconventionnelle dans laquelle elle nie, pour la majeure partie, les diverses allégations contenues dans la déclaration et prétend qu'une partie de la cargaison n'a pas été débarquée à Karachi. Elle nie en particulier [TRADUCTION] «que les fûts étaient défectueux» (paragraphe 25). Les paragraphes 37 à 39 de cette plaidoirie sont reproduits ci-dessous:

[TRADUCTION] 37. Le ou vers le 25 septembre 1989, la codéfenderesse Kuehne & Nagel International Ltée a conclu une charte-partie avec Approvisionnement et Services Canada pour le transport d'une cargaison d'environ 6 464 à 6 855 tonnes métriques nettes d'huile de colza raffinée en fûts du port de Montréal au port de Karachi (Pakistan).

38. Le ou vers le 29 novembre 1989, la demanderesse a délivré, par l'entremise de ses agents autorisés, le connaissement n° 48 pour le chargement «net à bord» de

Rapeseed (Canola) Oil on board the M.V. "Islamabad" in Montreal.

39. The drums used to carry the Canola oil were Reusable Molded Polyethylene Containers which met the Canadian Transport Commission Specification 34 issued in accordance with the requirements of the International Maritime Dangerous Goods Code for the carriage of dangerous goods and consequently, *a fortiori*, were more than adequate for the carriage of Canola oil by sea.

The Third Party Claim

5 On May 14, 1991, the appellant filed the third party claim against the respondent as well as against Hunter Drums Ltd., the supplier of the remaining drums that were carried on the ship. Paragraphs 1 and 2 of that pleading read:

1. As appears from the record, Plaintiff's claim against the Defendants is for alleged loss or damage incurred as a result of the carriage by sea of a part cargo of drummed refined rapeseed oil loaded on board the Plaintiff's vessel M.V. "Islamabad" in Montreal on or about November 17, 1989 and discharged in Karachi, Pakistan on or about January 26, 1990. It is alleged that the Plaintiff incurred expenses and losses due to the defective condition of the drummed cargo and more particularly because the drums leaked, lost their contents and collapsed during the sea voyage between Montreal and Karachi.

2. The Defendant Her Majesty the Queen disputes Plaintiff's claim on the grounds appearing in Her Defence, but in the event of Her being found liable to the Plaintiff, the Defendant claims indemnity or alternatively contribution or full relief over from Third Parties on the following grounds:

(a) at all material times the Defendant relied upon the Third Parties' representations pertaining to the qualities and capacities of the plastic drums as appropriate, adequate and safe containers for the carriage of oil by sea;

(b) furthermore, at all material times the Defendant relied upon the Third Parties' advice and representations to the effect that the plastic drums could be shipped loose in the hold of a cargo ship, stacked four high without damage;

(c) the Defendant relied on these negligent misrepresentations to stipulate Her requirements to Her various subcontractors.

34 019 fûts de plastique contenant de l'huile de colza (canola) raffinée à bord du N.M. «Islamabad» à Montréal.

39. Les fûts utilisés pour le transport de l'huile de colza étaient des contenants réutilisables en polyéthylène moulé respectant la spécification 34 de la Commission canadienne des transports émise conformément aux exigences du Code maritime international des marchandises dangereuses et ils étaient donc, *a fortiori*, plus qu'adéquats pour le transport par mer de l'huile de colza.

La demande en garantie

5 Le 14 mai 1991, l'appelante a déposé une demande en garantie contre l'intimée et contre Hunter Drums Ltd., le fournisseur des autres fûts transportés à bord du navire. Les paragraphes 1 et 2 de cette plaidoirie sont rédigés dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 1. Comme il ressort du dossier, la réclamation de la demanderesse à l'encontre des défenderesses porte sur les pertes ou dommages présumés résultant du transport par mer d'une cargaison partielle de fûts d'huile de colza raffinée qui ont été chargés à bord du navire de la demanderesse, le N.M. «Islamabad», à Montréal, le ou vers le 17 novembre 1989 et qui ont été déchargés à Karachi (Pakistan) le ou vers le 26 janvier 1990. Il est allégué que la demanderesse a engagé des dépenses et subi des pertes en raison de l'état défectueux des fûts composant la cargaison et plus particulièrement du fait des fuites, des pertes de contenu et de l'affaissement de ces fûts au cours du voyage en mer entre Montréal et Karachi.

2. La défenderesse Sa Majesté la Reine conteste la réclamation de la demanderesse pour les motifs qui sont exposés dans sa défense, mais au cas où sa responsabilité à l'égard de la demanderesse serait établie, la défenderesse réclame une indemnisation ou, subsidiairement, une exonération totale ou partielle de la part des tiers pour les motifs suivants:

a) pendant toute la période pertinente, la défenderesse s'est appuyée sur les déclarations des tiers concernant les qualités et la capacité des fûts de plastique, selon lesquelles ces fûts étaient des contenants appropriés, adéquats et sécuritaires pour le transport de l'huile par mer;

b) en outre, pendant toute la période pertinente, la défenderesse s'est appuyée sur les conseils et les déclarations des tiers indiquant que les fûts de plastique pouvaient être transportés sans être arrimés dans les cales d'un navire de charge, empilés à quatre fûts de haut sans aucun dommage;

c) la défenderesse s'est appuyée sur ces déclarations inexactes faites avec négligence pour énoncer les conditions faites à ses sous-traitants.

The respondent filed a defence to the third party claim on December 23, 1991, paragraph 5 of which reads:

5. This Third Party states and the fact is that its drums were manufactured in accordance with CIDA Specification #6 and that its drums passed all required testing procedures performed in accordance with CTC Specification 34 and were up to the accepted standard in all respects and fit for the purpose intended when they left the manufacturer.

The Motion to Strike

6 On June 1, 1995, the respondent launched the motion to strike the third party statement of claim on the ground that the Court "has no jurisdiction *ratione materiae*, under Section 22 of the Federal Court Act in respect of the Claim against it." In granting that motion, the learned Motions Judge recited the following in her order of April 15, 1996:

UPON CONSIDERATION that Her Majesty the Queen is claiming damages for misrepresentations against the Third Party Greif Containers in that they knew that CIDA intended to use the manufactured drums by ship and in that they expressly represented that their drums met the necessary requirements and standards for carriage of oil by sea;

AND UPON CONSIDERATION of *ITO—International Terminal Operators Limited v. Miida Electronics Inc.*, which determined that for the Court to have jurisdiction over the subject matter under consideration, the subject matter must be found to be so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence. [Footnote omitted.]

The Motions Judge did not file separate reasons for her decision.

7 At this stage of the proceedings we ought not to enter into a consideration of the merits of either the principal or the third party claim. Nonetheless, it is appropriate to have some regard to the affidavit evidence which was filed both for and against the motion to strike. This accords with the approach that was taken by Strayer J. (as he then was) in *Pakistan National Shipping Corp. v. Canada* (1991), 50

Le 23 décembre 1991, l'intimée a déposé une défense à la demande en garantie, dont le paragraphe 5 est reproduit ci-dessous:

[TRADUCTION] 5. Le tiers déclare que les fûts ont été fabriqués conformément à la spécification n° 6 de l'ACDI, qu'ils ont passé avec succès toutes les procédures d'essai requises conformément à la spécification 34 de la CCT, qu'ils respectaient à tous égards la norme reconnue et qu'à leur sortie de l'usine du fabricant, ils étaient appropriés à la fin pour laquelle ils devaient être utilisés.

La requête en radiation

6 Le 1^{er} juin 1995, l'intimée a déposé la requête en vue de faire radier la demande en garantie au motif que la Cour [TRADUCTION] «n'a aucune compétence *ratione materiae*, en vertu de l'article 22 de la Loi sur la Cour fédérale, concernant la procédure intentée contre elle». En accueillant cette requête, le juge des requêtes a indiqué ce qui suit dans son ordonnance du 15 avril 1996:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE Sa Majesté la Reine réclame du tiers Greif Containers des dommages-intérêts pour cause de fausses déclarations en alléguant que celle-ci savait que l'ACDI avait l'intention d'utiliser les fûts pour le transport par navire et que le tiers a expressément déclaré que ces fûts respectaient les exigences et les normes applicables au transport de l'huile de colza par mer;

ET ATTENDU QUE l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Limited c. Miida Electronics Inc.* a statué que, pour que soit reconnue la compétence de la Cour à l'égard de la question dont elle est saisie, il doit être établi que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [Renvoi omis.]

Le juge des requêtes n'a pas autrement motivé sa décision.

7 À ce stade de l'instance, la Cour doit s'abstenir d'examiner le bien-fondé de la réclamation principale tout comme celui de la demande en garantie. Néanmoins, il convient de tenir compte de la preuve par affidavit qui a été déposée au soutien de la requête en radiation et à l'encontre de celle-ci. Cette façon de procéder est conforme à la méthode suivie par le juge Strayer (tel était alors son titre) dans

F.T.R. 24 (F.C.T.D.), at page 27.

Pakistan National Shipping Corp. c. Canada (1991), 50 F.T.R. 24 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 27.

8 The evidence suggests that during the first part of the last decade, the Government of Canada embarked on a project to develop a performance standard for the packaging of dangerous goods for transport in containers. To that end, the Canadian and General Standards Board (the Board) was retained to develop the standard, which was to be compatible with international standards for the transportation by various modes including by ship. These international standards included the United Nations "Chapter 9 and the International Maritime Dangerous Goods (hereinafter, MDG) Codes".¹ According to the record, the General Manager and a long-term employee of the respondent, Lowell Watson, attended meetings of a sub-committee of the Board which was given the mandate of developing the standard. Indeed, Mr. Watson became Chairman of the sub-committee at its third meeting on October 23, 1981. In December 1987, the Board issued standard CAN/CGSB-43.55-M87, titled "Drums, Polyethylene, Reusable, Non-Removable Head, without Overpack (TC-34)". The "scope" of the standard is set forth in paragraph 1.1 as follows:

1.1 This standard applies to reusable polyethylene containers used to transport dangerous goods. It states their required capacity, materials, construction, performance, and marking.

9 The affidavit of Jozef Tadeusz Lukaszewicz, who was Chief of Transportation in the Procurement Branch of CIDA at the time, was filed in opposition to the motion to strike. Paragraphs 3-7 of that affidavit read:

3. My first introduction to plastic drums was through Mr. Lowell Watson of Greif Containers, who approached me in 1985. At the time, CIDA was forwarding approximately one million metric tons of food aid per year to remote recipient countries. CIDA had one annual shipment of approximately 20,000 metric tonnes of vegetable oil which was shipped in steel drums to Karachi. We were experiencing heavy losses as the steel drums arrived at destination punctured, dented and leaking. Mr. Watson

8 Il ressort de la preuve qu'au cours de la première partie de la dernière décennie, le gouvernement du Canada s'est engagé dans un programme visant à mettre au point une norme de rendement pour le conditionnement des marchandises dangereuses transportées par conteneurs. À cette fin, les services de l'Office des normes générales du Canada (l'Office) ont été retenus pour élaborer la norme qui devait être compatible avec les normes internationales concernant le transport par modes divers, y compris par navire. Ces normes internationales comprenaient le «Code du chapitre 9 et le Code maritime international des marchandises dangereuses (ci-après MDG) des Nations Unies»¹. Selon le dossier, le directeur général et un employé de longue date de l'intimée, Lowell Watson, a assisté aux réunions d'un sous-comité de l'Office qui avait le mandat d'élaborer la norme. En fait, M. Watson est devenu président du sous-comité dès la troisième réunion qui a eu lieu le 23 octobre 1981. En décembre 1987, l'Office a émis la norme CAN/CGSB-43.55-M87, intitulée [TRADUCTION] «Fûts réutilisables en polyéthylène, à dessus non amovible, sans suremballage (TC-34)». La «portée» de la norme est énoncée au paragraphe 1.1 dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 1.1 Cette norme s'applique à des conteneurs réutilisables en polyéthylène pour le transport des marchandises dangereuses. Elle indique les exigences en ce qui concerne la capacité, les matériaux, la construction, le rendement et le marquage.

9 L'affidavit de Jozef Tadeusz Lukaszewicz, qui était chef du Transport à la Direction des approvisionnements de l'ACDI à l'époque pertinente, a été déposé pour contester la requête en radiation. Les paragraphes 3 à 7 de cet affidavit sont les suivants:

[TRADUCTION] 3. M. Lowell Watson, de Greif Containers, a communiqué avec moi en 1985 et c'est par lui que j'ai appris l'existence de fûts de plastique. À cette époque, l'ACDI expédiait environ un million de tonnes métriques d'aide alimentaire par année dans des pays éloignés. Elle envoyait annuellement à Karachi environ 20 000 tonnes métriques d'huile végétale stockée dans des fûts en acier. Il y avait des pertes élevées, car les fûts en acier coulaient et arrivaient à destination percés et bosselés. M. Watson

became aware of these difficulties as a result of his working relationship with Andrew Debicki who was a standards officer at the time with the Canadian General Standards Board. Mr. Watson made representations to the effect that the plastic drums which were manufactured by Greif Containers were an improved package over steel drums because they met the standards accepted by the United Nations for the transport of dangerous goods.

4. On the basis that plastic drums met the United Nations requirements for transporting dangerous goods, CIDA became interested in changing its packaging for the transport of vegetable oil from steel to plastic drums. The three known drum manufacturers at the time, namely Hunter Drums Ltd., Greif Containers Inc. and Anchor Plastics Ltd. were invited to and did participate in meetings, discussions and tests with CIDA. Anchor Plastics' involvement was limited as compared to that of Hunter and Greif, who were active throughout the developmental stage.

5. The purpose of the meetings was to alleviate concerns CIDA had pertaining to the stowage of plastic drums. We discussed drum specifications, and more particularly, dimensions, availability, stacking, sturdiness and ease of use from a transportation viewpoint, and price. The intention was to develop a standard that the industry could meet.

6. We were particularly concerned with the production capability of the manufacturers. Our annual shipment required a large number of drums which exceeded the drum manufacturers' existing capability at the time. Sufficient lead time was required for the manufacturers to increase their combined existing production capacity and deliver the drums in a timely way to meet the ship's loading time. The lead time required by the manufacturers would determine the timing for issuing the transportation tender by DSS.

7. The first meeting took place on September 17, 1985, which was attended by all three drum manufacturers referred to above. Attached to this my Affidavit as Exhibit A is a copy of the letter dated September 9, 1985 together with an Agenda which was forwarded to all three drum manufacturers. At that meeting, and throughout the various discussions with the drum manufacturers, it was very clear that the drums were required to be fit and appropriate to be transported by ship to remote destinations. Otherwise, there would be no point for CIDA in changing from steel to plastic drums.

The affiant goes on in paragraph 8 to state that CIDA retained a consultant "to raise specific queries, compile information and assist in drafting

avait été informé de ces difficultés du fait de ses relations de travail avec Andrew Debicki qui était, à cette époque, agent des normes à l'Office des normes générales du Canada. M. Watson a déclaré que les fûts de plastique qui étaient fabriqués par Greif Containers représentaient une amélioration par rapport aux fûts en acier parce qu'ils respectaient les normes reconnues par les Nations Unies pour le transport des marchandises dangereuses.

4. Parce que les fûts de plastique respectaient les normes des Nations Unies pour le transport des marchandises dangereuses, l'ACDI s'est dit intéressée à délaissier les fûts en acier en faveur des fûts de plastique pour le transport de l'huile végétale. Les trois fabricants de fûts connus à cette époque, soit Hunter Drums Ltd., Greif Containers Inc. et Anchor Plastics Ltd., ont été invités à participer et ont effectivement participé à des réunions, à des entretiens et à des essais avec l'ACDI. La participation d'Anchor Plastics a été limitée comparativement à celle de Hunter et de Greif, qui ont joué un rôle actif pendant toute l'étape de l'élaboration.

5. Ces réunions avaient pour but de dissiper les préoccupations de l'ACDI concernant l'arrimage des fûts de plastique. Nous avons discuté des spécifications des fûts et plus particulièrement de leurs dimensions, de leur disponibilité, des possibilités de gerbage, de leur robustesse et de leur facilité d'utilisation du point de vue du transport, et du prix. L'intention était de mettre au point une norme que l'industrie pourrait respecter.

6. Nous nous préoccupions particulièrement de la capacité de production des fabricants. Nos envois annuels exigeaient un très grand nombre de fûts qui dépassait la capacité de production des fabricants à cette époque. Il fallait établir un délai suffisamment long pour permettre aux fabricants d'augmenter leur capacité combinée de production et de nous livrer les fûts à temps pour le chargement du navire. Le délai exigé par les fabricants déterminerait la date à laquelle ASC rendrait public son appel d'offres.

7. La première réunion a eu lieu le 17 septembre 1985, et les trois fabricants mentionnés ci-dessus y assistaient. La pièce A jointe à mon affidavit est une copie de la lettre en date du 9 septembre 1985 accompagnée de l'ordre du jour qui a été envoyé aux trois fabricants. À cette réunion, et pendant les nombreuses discussions avec les fabricants de fûts, il a été clairement établi que les fûts devaient être appropriés pour le transport par navire sur de longues distances. Sinon, l'ACDI n'avait aucun intérêt à délaissier ses fûts en acier pour des fûts de plastique.

L'auteur de l'affidavit indique au paragraphe 8 que l'ACDI a retenu les services d'un consultant [TRA-
DUCTION] «pour poser des questions précises, compi-

the CIDA specification". In its letter of September 9, 1985, inviting drum manufacturers to the meeting of September 17, 1985, CIDA indicated that "the time is right to get together and discuss details to ensure the highest possible uniformity of packaging of future shipments". A letter dated November 25, 1985, "Re: Plastic Drums for CIDA", sent by the CIDA consultant to the drum manufacturers stated, *inter alia*:

We would like to know more about other important features viz:

(a) how many drums could be stacked upon each other without risking buckling and/or splitting of the drum, for how long and under what temperatures,

...

(c) how to ship the plastic drums if different from the metal.

10 Paragraphs 18-20 of the Lukaszewicz affidavit read as follows:

18. CIDA Specification no. 6 was adopted by CIDA in 1987 as a packaging specification for oil, as a result of the representations made by the drum manufacturers. The specification incorporates by reference Canadian Transport Commission (CTC) Specification 34, which is a design standard for plastic drums. In addition, the drums are expected to meet the performance standard of Canadian General Standards Board (hereinafter "CGSB") CAN/CGSB 43.55-M87. Attached to this my Affidavit as Exhibit H are copies of CTC 34 and CAN/CGSB 43.55-M87.

19. At all material times, the drum manufacturers, including Greif Containers and Hunter Drums, were well aware of the intended use of the drums by CIDA, and more particularly knew that the drums would be used primarily to transport oil by ship.

20. At all material times I, on behalf of CIDA, as well as other CIDA officials relied entirely on the knowledge, expertise and past experience of the drum manufacturers to advise us of the suitability of the drums for transport by sea.

ler les renseignements et aider à la rédaction de la spécification de l'ACDI». Dans sa lettre du 9 septembre 1985, invitant les fabricants de fûts à participer à la réunion du 17 septembre 1985, l'ACDI indiquait ceci: [TRADUCTION] «Il est temps de nous réunir et de discuter des détails pour assurer la plus grande uniformité possible du conditionnement de nos envois futurs». Une lettre en date du 25 novembre 1985, concernant [TRADUCTION] «les fûts de plastique pour l'ACDI», envoyée par le consultant de l'ACDI aux fabricants, indique notamment ceci:

[TRADUCTION] Nous aimerions avoir plus de renseignements sur d'autres caractéristiques importantes, notamment:

a) la quantité de fûts pouvant être empilés les uns sur les autres sans risque de déformation ou de fissuration, la durée de l'empilement et les températures recommandées,

...

c) le mode d'arrimage des fûts de plastique, s'il diffère de celui utilisé pour les fûts de métal.

Les paragraphes 18 à 20 de l'affidavit de Lukaszewicz sont les suivants: 10

[TRADUCTION] 18. La spécification n° 6 de l'ACDI a été adoptée par l'ACDI en 1987 comme norme de conditionnement de l'huile, par suite des déclarations faites par les fabricants de fûts. La spécification incorpore par renvoi la spécification 34 de la Commission canadienne des transports (CCT), qui est une norme de conception des fûts de plastique. En outre, les fûts sont censés respecter la norme de rendement de l'Office des normes générales du Canada (ci-après ONGC) CAN/CGSB 43.55-M87. Des copies des normes CTC 34 et CAN/CGSB 43.55-M87 sont jointes à la pièce H de mon affidavit.

19. Pendant toute la période pertinente, les fabricants de fûts, y compris Greif Containers et Hunter Drums, connaissaient très bien l'usage que l'ACDI comptait faire des fûts, et ils savaient plus particulièrement que les fûts seraient principalement utilisés pour le transport de l'huile par navire.

20. Pendant toute la période pertinente, j'ai moi-même, au nom de l'ACDI, au même titre que d'autres agents de l'ACDI, fait entièrement confiance aux connaissances générales et spécialisées et à l'expérience des fabricants de fûts pour nous conseiller sur l'appropriation des fûts au transport par mer.

Paragraphs 1, 3 and 4 of the "CIDA Specification No. 6", titled "Packaging/Packing Specification (CIDA) for Oil Edible (Canola)" of January 1987, are relevant. They read:

1. Packaging

In 208-220 litre capacity (rated) drums made of High Molecular Weight-High Density Polyethylene resin (see NOTE below), Tight Head type with an injection-molded lifting and handling ring at the top of the drum; colour Resco White No. M350 (Refer to Resco Standard Colour Chart), or a matching equivalent.

Drums to comply in all respects with Canadian Transport Commission (CTC) Specification 34 for Reusable Molded Polyethylene Container, complete with two (2) 5 cm (2") tamperproof plugs; one NPT, and one buttress thread with a 19 mm (3/4") centre insert; steel capseals applied to each closure.

Drum dimensions Height 92.0±1.5 cm (36½±½"), Diameter 58.5± 1.0 cm (23±½").

NOTE minimum 80% Canadian Contents is required on raw materials.

...

3. Pallets

Notched Stringer (Figure 1), 4-way entry, Single Trip, hard wood pallets, size 122 x 122 cm (48 x 48").

...

4. Palletizing

Drums on pallets to be banded together just below the top ring of drums with 19 mm (3/4") strap, nylon or equivalent. Drum overhang is NOT acceptable.²

Les paragraphes 1, 3 et 4 de la «spécification n° 6 de l'ACDI», intitulée «Spécification relative au marquage et au conditionnement (ACDI)—Huiles comestibles (canola)» de janvier 1987, sont pertinents. Ils sont rédigés dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 1. Conditionnement

Dans des fûts d'une capacité de 208 à 220 litres, faits de résine de polyéthylène haute densité à poids moléculaire élevé (voir NOTE ci-dessous), à dessus non amovible, muni d'un anneau de levage et de manutention moulé par injection sur le dessus du fût; couleur Resco blanc M350 (voir le nuancier de Resco), ou l'équivalent.

Les fûts doivent respecter à tous égards la spécification 34 de la Commission canadienne des transports (CCT) pour les conteneurs réutilisables en polyéthylène moulé, munis de deux (2) bouchons inviolables de 5 cm (2 po); un avec filetage NPT, et un avec filet trapézoïdal avec un renfort central de 19 mm (3/4 po); capuchons d'étanchéité en métal apposés sur chaque fermeture.

Dimensions du fût: hauteur 92.0±1.5 cm (36½±½ po), diamètre 58.5±1.0 cm (23±½ po).

NOTE Un contenu canadien minimal de 80 % est exigé pour les matières premières.

...

3. Palettes

Chevrons entaillés (Figure 1), entrée quatre sens, un seul voyage, palettes de bois dur, dimensions 122 x 122 cm (48 x 48 po).

...

4. Palettisation

Fûts placés sur des palettes et sanglés sous le premier anneau des fûts avec une sangle de 19 mm (3/4 po) en nylon ou l'équivalent. Il est interdit de placer les fûts en porte-à-faux².

11 In his own affidavit, Mr. Watson denies making the representation attributed to him or to the respondent during the period that CIDA Specification No. 6 was being developed and, particularly, that at no time "did Greif or I hold ourselves out as experts to anyone relating to the carriage of goods and especially concerning the carriage of plastic drums". He admits having participated in two meetings with CIDA on behalf of the respondent, but states that the respondent's participation was "solely on a vol-

Dans son propre affidavit, M. Watson nie avoir fait les déclarations qui lui sont attribuées ou celles qui sont attribuées à l'intimée pendant la période d'élaboration de la spécification n° 6 de l'ACDI et il précise que [TRADUCTION] «ni Greif ni moi-même n'avons prétendu être des spécialistes dans le transport des marchandises et particulièrement dans le transport des fûts de plastique». Il reconnaît avoir participé à deux réunions avec l'ACDI au nom de l'intimée, mais il affirme que la participation de 11

untary basis”, that it was “asked to attend since it had expertise in the manufacture of plastic drums”, and that its and his own participation “was limited and related exclusively to the design and manufacture of plastic drums and no other subject”.

Statutory Provisions

12 Whether the Trial Division has jurisdiction over the third party claim in the above circumstances depends upon the interpretation of various sections of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7) (the Act) that confer admiralty and maritime jurisdiction upon the Court. Subsection 22(1) and paragraph 22(2)(i) read:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

...

(i) any claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship, whether by charter party or otherwise;

The term “Canadian maritime law” is defined in subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of the Act as follows:

2. (1) In this Act,

...

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its

l’intimée était [TRADUCTION] «uniquement sur une base volontaire», qu’on lui a [TRADUCTION] «demandé d’assister à la réunion à cause de ses connaissances spécialisées dans la fabrication des fûts de plastique», et que la participation de l’intimée et sa propre participation [TRADUCTION] «ont été limitées et avaient trait uniquement à la conception et à la fabrication des fûts de plastique et rien d’autre».

Dispositions législatives

La question de savoir si la Section de première instance a compétence concernant la demande en garantie dans les circonstances précitées dépend de l’interprétation de divers articles de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, (la Loi), qui confère à la Cour une compétence en matière maritime et d’amirauté. Le paragraphe 22(1) et l’alinéa 22(2)(i) sont rédigés dans les termes suivants:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

...

i) une demande fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d’un navire, à l’usage ou au louage d’un navire, notamment par charte-partie;

L’expression «droit maritime canadien» est définie au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de la Loi dans les termes suivants:

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l’Amirauté, aux termes de la *Loi sur l’Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du

Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by its Act or any other Act of Parliament;

Section 42 of the Act provides:

42. Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament.

Jurisprudence

13 In the leading case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, involving a claim for goods stolen from a storage shed following their discharge from a ship at the Port of Montréal, the Supreme Court of Canada laid down three essential requirements to be satisfied in order to support a finding that a claim falls within the Federal Court's admiralty and maritime jurisdiction. These appear at page 766:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

The Supreme Court found the statutory grant of jurisdiction to be present in the broad language of subsection 22(1) of the Act. In dealing with the second of the three requirements, McIntyre J., speaking for the majority, stated at page 769:

To decide if the second requirement is met, it must be determined whether Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class or subject of navigation and shipping is essential to the disposition of the case and nourishes the statutory grant of jurisdiction.

He divided the definition of "Canadian maritime law" into two categories, namely, the law that [at page 769]:

Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

L'article 42 de la Loi dispose comme suit:

42. Le droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s'appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi.

Jurisprudence

13 Dans l'arrêt de principe *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, concernant une réclamation pour marchandises volées dans un hangar après leur déchargement d'un navire au port de Montréal, la Cour suprême du Canada a énoncé les trois conditions essentielles qui doivent être réunies pour conclure qu'une réclamation relève de la compétence de la Cour fédérale en matière maritime et d'amirauté. Ces trois conditions sont énoncées à la page 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour suprême a statué que le libellé général du paragraphe 22(1) de la Loi permettait de conclure à l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. Traitant de la deuxième des trois conditions, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité, indique ce qui suit à la page 769:

Pour décider si la deuxième condition est remplie, il faut déterminer si le droit maritime canadien ou une autre loi du Canada se rapportant à une matière quelconque relevant de la catégorie ou du sujet que constituent la navigation et les expéditions par eau sont essentiels à la solution du litige et constituent le fondement de l'attribution légale de compétence.

Il a divisé la définition de l'expression «droit maritime canadien» en deux catégories en indiquant qu'il s'agit du droit [à la page 769]:

- (1) was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute; or
- (2) would have been so administered if that court had had on its Admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters.

He went on, at pages 769-772, to state that the first part of the definition included the law which was received in Canada from England in 1891 when *The Admiralty Act, 1891*, S.C. 1891, c. 29 was enacted, and that which was received in 1934 when *The Admiralty Act, 1934*, S.C. 1934, c. 31 was enacted. In discussing the second part of the definition, McIntyre J. stated, at page 774:

I would agree that the historical jurisdiction of the Admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matters only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. [Emphasis added.]

He added the following, at page 776:

- (1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi; ou
- (2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Aux pages 769 à 772, il déclare que la première partie de la définition inclut le droit anglais qui a été introduit au Canada en 1891 quand l'*Acte de l'Amirauté, 1891*, S.C. 1891, ch. 29, a été adopté, et le droit qui a été reçu en 1934 quand la *Loi d'amirauté, 1934*, S.C. 1934, ch. 31, a été adoptée. En discutant de la deuxième partie de la définition, le juge McIntyre déclare ce qui suit à la page 774:

Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [Non souligné dans l'original.]

Il ajoute ce qui suit à la page 776:

Having found that Miida's claim against ITO falls within the scope of Canadian maritime law, the question then arises as to the substantive content of that law. Canadian maritime law, as a body of substantive law, encompasses the principles of English maritime law as they were developed and applied in the Admiralty Court of England (*The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, and authorities cited therein, pp. 683-84). In 1934 when, as has been noted, a body of admiralty law from England was incorporated into Canadian law, the Admiralty side of the High Court of Justice had jurisdiction in cases of contract and tort which were considered to be admiralty matters. In dealing with such cases, the court applied the necessary common law principles of tort and contract in order to resolve the issues. Common law rules of negligence, for example, were applied in collision cases ("*Cuba*" (*The*) v. *McMillan* (1896), 26 S.C.R. 651, at pp. 661-62, and E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), at p. 146). Bailment principles were applied in loss of cargo cases ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)). Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. (See, for example, the judgment of this Court in *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363, in which common law principles of negligence and contract law were employed to resolve the appeal.)

On the basis of this analysis, McIntyre J. found the second and third requirement to be satisfied, concluding at page 777:

Canadian maritime law then is the existing body of federal law which is essential to the disposition of this case and which nourishes the jurisdiction granted to the Federal Court in s. 22 of the *Federal Court Act*. Thus the second requirement for a finding of jurisdiction in the Federal Court is established. The third requirement that the law in question must be a law of Canada, as that expression is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, is also met because Canadian maritime law and other laws dealing with navigation and shipping come within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, thus confirming federal legislative competence.

Ayant conclu que la demande formée par Miida contre ITO relève du droit maritime canadien, la question du contenu de ce droit sur le plan du fond se pose ensuite. Le droit maritime canadien, en tant qu'ensemble de règles de fond, englobe les principes du droit maritime anglais élaborés et appliqués par la Cour d'amirauté d'Angleterre (*La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, précité, et la jurisprudence qui y est citée, pp. 683 et 684). En 1934, lorsque, comme je l'ai déjà noté, un ensemble de règles de droit maritime d'Angleterre a été incorporé dans le droit canadien, la Haute Cour de justice, en sa juridiction d'amirauté, pouvait connaître des affaires contractuelles et délictuelles considérées comme des affaires en matière d'amirauté. En examinant ces affaires, la cour a appliqué les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle nécessaires à la résolution des points litigieux. Les règles de *common law* en matière de négligence, par exemple, étaient appliquées dans les affaires d'abordage ("*Cuba*" (*The*) v. *McMillan* (1896), 26 R.C.S. 651, aux pp. 661 et 662) et E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), à la p. 146). Les principes en matière de dépôt ont été appliqués dans les affaires de perte de cargaison ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)). Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobait à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d'amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. (Voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363, où les principes de *common law* en matière de négligence et de droit des contrats ont été utilisés pour résoudre le pourvoi.)

En s'appuyant sur cette analyse, le juge McIntyre a jugé que les deuxième et troisième conditions étaient remplies, et il conclut dans les termes suivants à la page 777:

Le droit maritime canadien est donc cet ensemble de règles de droit fédérales existantes qui est essentiel à la solution de l'espèce et qui constitue le fondement de la compétence attribuée à la Cour fédérale par l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ainsi, la seconde condition nécessaire pour conclure que la Cour fédérale a compétence se trouve remplie. La troisième condition, savoir que la loi en question soit une loi du Canada au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est aussi remplie du fait que le droit maritime canadien et les autres lois qui portent sur la navigation et les expéditions par eau relèvent du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant ainsi la compétence législative fédérale.

14 The significance of McIntyre J.'s views in *ITO*, *supra*, were underscored by La Forest J., for the majority, in *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683 and, for the Court, in *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, and by Jacobucci J., for the majority, in *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779. In *Chartwell*, *supra*, at pages 695-697, La Forest J. offered these insights into the content of "Canadian maritime law":

There is no doubt that the development of English admiralty law, from which Canadian maritime law in considerable measure derives, owes much to the civilian tradition. The common law in its early period was ill-equipped to deal with commercial and maritime matters and the courts of admiralty, when called upon to decide maritime disputes, applied principles developed on the continent. Indeed, admiralty courts were presided over by civilians. It must be kept in mind, however, that the admiralty courts, like other specialized courts in England, continually had to struggle to resist the growing strength of the common law courts, and their jurisdiction over ordinary civil matters became extremely narrowed and curtailed; in particular, they had no jurisdiction in these matters within the realm; see *Mersey Docks Harbour Board v. Turner (The "Zeta")*, [1893] A.C. 468 (H.L.), at pp. 481 *et seq.* These matters, though concerned with questions of a maritime nature, were largely dealt with by the common law courts. With the rationalization of the English court system in the late 19th century, admiralty jurisdiction was transferred to the admiralty division of the High Court, but all divisions of that court may exercise jurisdiction over admiralty matters; see *Administration of Justice Act, 1928* (U.K.), 18 & 19 Geo. 5, c. 26, s. 6.

It is this amalgam that was incorporated into Canadian maritime law. McIntyre J. in *ITO* has discussed in detail the process by which the Exchequer Court and later the Federal Court applied the common law principles of contract, tort and bailment in the resolution of admiralty matters (see in particular p. 776) as well as the jurisdiction now assigned to the Federal Court, and I do not propose to repeat it. Suffice it to say that he particularly relied on s. 2 of the *Federal Court Act*, which defines "Canadian maritime law" as including not only law formerly administered by the Exchequer Court on its admiralty side, but also "the law that . . . would have been so administered if that court had had on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and

L'importance de l'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité, a été soulignée par le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité, dans l'arrêt *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683 et, au nom de la Cour, dans *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, et par le juge Jacobucci, s'exprimant au nom de la majorité, dans *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779. Dans l'arrêt *Chartwell*, précité, aux pages 695 à 697, le juge La Forest formule les observations suivantes concernant le contenu du «droit maritime canadien»:

Il est certain que l'évolution du droit d'amirauté anglais, dont dérive une partie considérable du droit maritime canadien, doit beaucoup à la tradition civiliste. Au début, la *common law* n'était pas dotée des outils nécessaires pour traiter de questions relevant des domaines commercial et maritime, de sorte que les cours d'amirauté, quand elles étaient appelées à statuer sur des litiges en matière maritime, appliquaient des principes conçus sur le continent. Les cours d'amirauté étaient en fait présidées par des civilistes. N'oublions toutefois pas que ces cours, à l'instar d'autres tribunaux anglais spécialisés, devaient lutter constamment pour résister au pouvoir toujours croissant des tribunaux de *common law*, et leur compétence en matière civile ordinaire est devenue extrêmement étroite et circonscrite. En particulier, elles n'avaient pas compétence relativement aux affaires en cette matière qui avaient pris naissance dans les limites du royaume; voir *Mersey Docks Harbour Board v. Turner (The "Zeta")*, [1893] A.C. 468 (H.L.), aux pp. 481 et suiv. C'étaient surtout les tribunaux de *common law* qui en étaient saisis, même si elles soulevaient des questions de caractère maritime. Avec la rationalisation du système judiciaire anglais vers la fin du XIX^e siècle, la compétence en matière d'amirauté a été transférée à la division d'amirauté de la Haute Cour, mais toutes les autres divisions de cette cour peuvent exercer la même compétence; voir *Administration of Justice Act, 1928* (R.-U.), 18 & 19 Geo. 5, ch. 26, art. 6.

C'est cet amalgame qui a été incorporé dans le droit maritime canadien. Le juge McIntyre, dans l'arrêt *ITO*, examine en détail la méthode employée par la Cour de l'Échiquier et ensuite par la Cour fédérale pour appliquer les principes de *common law* relatifs aux contrats, à la responsabilité délictuelle et au dépôt pour résoudre des questions d'amirauté (voir notamment la p. 776), ainsi que la compétence actuelle de la Cour fédérale. Je n'ai donc pas l'intention de répéter ce qu'il a dit. Qu'il suffise de mentionner que le juge McIntyre s'est fondé particulièrement sur l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui définit le «droit maritime canadien» comme comprenant non seulement le droit dont l'application relevait anciennement de la Cour de l'Échiquier en sa juridiction d'amirauté,

admiralty matters” (p. 769). The latter portion of the definition would include all claims dealing with maritime matters and was not frozen by pre-existing admiralty jurisdiction. It incorporated as a uniform body of federal law the maritime law of England (p. 779).

It was in the light of this examination that the majority of this Court in ITO concluded that Canadian maritime law encompassed the common law principles of tort, contract and bailment. To these I would add, if indeed it is an addition, agency. For nowhere does it become more obvious that the law is a seamless web than when one considers the interplay between contract, agency and tort, to say nothing of bailment. In fact, the case here is an action in contract, the issue being whether the agent is bound by the contract. Many of the cases cited by my colleague in elaborating the common law position regarding the specific problem that arises in the present case arose in maritime matters. Scarcely surprising, because as mentioned these maritime matters have, for hundreds of years, come within the jurisdiction of the common law courts. The laws elaborated in those cases have now become part of the uniform federal or Canadian maritime law. [Emphasis added.]

The extent to which the development of English admiralty law was influenced by continental civil law principles and by ancient sea codes, customs and usages of seafarers and seafaring nations, is also reflected in various modern works.³

- 15 *Monk, supra*, involved a claim by the supplier of goods carried on a ship against the purchaser for excess product delivered to the purchaser, for demurrage and for the renting of cranes used to discharge the cargo. No privity of contract existed between the defendant and the ocean carrier. The claims were based on a telex agreement of October 11, 1985, between the supplier and purchaser with respect to a shipment of fertilizer which was carried to Canada aboard the ship in November 1985 under a contract of carriage. Iacobucci J. noted, at page 796, that the telex agreement included “undertakings . . . that relate to a contract of carriage by sea”, namely, the supplier arranging for a “self geared vessel” and the purchaser agreeing to unload the

mais aussi le «droit [. . .] qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d’amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté» (p. 769). Cette dernière partie de la définition engloberait toutes les réclamations en matière maritime et n’a pas été figée par la compétence préexistante en matière d’amirauté. Elle a pour effet d’incorporer le droit maritime d’Angleterre en tant qu’ensemble uniforme de règles de droit fédérales (p. 779).

C’est à la lumière de cette analyse que notre Cour à la majorité a conclu dans l’affaire ITO que le droit maritime canadien englobait les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrats et de dépôt. A ceux-ci j’ajouterais le mandat, à supposer que ce soit vraiment un ajout, car on ne se rend jamais aussi clairement compte de l’unité du droit que lorsqu’on examine l’interaction entre les domaines des contrats, du mandat et de la responsabilité délictuelle, sans parler du dépôt. En fait, il s’agit en l’espèce d’une action découlant d’un contrat, la question en litige étant de savoir si le mandataire est lié par ce contrat. Un bon nombre des décisions citées par mon collègue dans son exposé de la position en *common law* relativement au problème précis qui se pose en l’espèce ont été rendues en matière maritime. Cela n’est guère surprenant parce que, comme je l’ai déjà mentionné, il y a des siècles que ces affaires maritimes relèvent de la compétence des tribunaux de *common law*. Les règles de droit élaborées dans ces affaires font maintenant partie du droit maritime uniforme fédéral ou canadien. [Non souligné dans l’original.]

Plusieurs ouvrages modernes³ reconnaissent également l’influence qu’ont eue sur l’élaboration du droit d’amirauté anglais les principes de droit civil appliqués sur le continent et les anciens codes, coutumes et usages des gens de mer et des nations maritimes.

- Dans l’affaire *Monk*, précitée, le fournisseur de marchandises transportées à bord d’un navire réclamait à l’acheteur le paiement de l’excédent de produit livré, des surestaries et du prix de location de grues ayant servi au déchargement du navire. Aucun lien contractuel n’existait entre la défenderesse et le transporteur maritime. Les réclamations étaient fondées sur une entente conclue par télex le 11 octobre 1985, entre le fournisseur et l’acheteur concernant l’expédition d’un engrais qui a été transporté au Canada à bord du navire en novembre 1985 en vertu d’un contrat de transport. Le juge Iacobucci note, à la page 796, que l’entente conclue par télex incluait «des engagements . . . qui ont trait à un contrat de transport maritime» puisque le fournisseur était tenu

cargo and assuming responsibility for demurrage. However, he went on to state at page 797, that it was “not enough to show that maritime undertakings are involved”, and that “it must be shown that the specific claims advanced are integrally connected to maritime matters”. It was his view that, as stated at page 799, “the underlying activity to which the claims . . . relate was the discharge of cargo, which was an obligation . . . arising from the contract of carriage aspects of the agreement between the parties and which had a maritime character”. At page 800, he added:

The maritime character of the claims is not diminished by the fact that Monk was the seller of the urea and Island was the purchaser with no privity between Island and the owners of the vessel *Super Spirit*. Island assumed a maritime obligation—the discharge of cargo—in connection with the sale and purchase of the urea. It is that maritime obligation that is the foundation for the claims by Monk. Parties can assume maritime obligations governed by maritime law even though they may not formally be parties to a charter-party or even a contract of carriage by sea. What is important for purposes of maritime law jurisdiction is that their claim be integrally connected with maritime matters. [Emphasis added.]

notamment d’affréter un «navire à mâts de charge» et que l’acheteur avait convenu de décharger la cargaison et d’être responsable de la surestaries. Toutefois, il ajoute à la page 797 qu’«il ne suffit pas de démontrer l’existence d’engagements de caractère maritime, encore faut-il prouver que les revendications elles-mêmes sont entièrement liées aux affaires maritimes». À son avis, qu’il exprime à la page 799, «l’activité sous-jacente visée par les demandes . . . est le déchargement de la cargaison, dont Island était responsable en raison des aspects de l’entente entre les parties propres au contrat de transport et possédant un caractère maritime». À la page 800, il ajoute ce qui suit:

Le caractère maritime des demandes n’est pas atténué du fait que Monk était le vendeur de l’urée et Island l’acheteur, sans qu’il y ait aucun lien de droit contractuel entre Island et les propriétaires du *Super Spirit*. Island a assumé une obligation maritime—le déchargement de la cargaison—relativement à la vente et à l’achat de l’urée. C’est cette obligation de nature maritime qui est le fondement des demandes de Monk. Les parties peuvent assumer des obligations maritimes régies par le droit maritime bien qu’elles puissent ne pas être formellement parties à une charte-partie ou même à un contrat de transport maritime. Ce qui importe pour que les demandes ressortissent au droit maritime, c’est qu’elles soient entièrement liées aux affaires maritimes. [Non souligné dans l’original.]

16 The earlier case of *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363, affords another example of a situation in which a third party claim was found to fall within the ambit of the Federal Court’s admiralty and maritime jurisdiction. It involved a claim by the defendant for indemnity arising out of the loss at sea of a log barge while under tow as a consequence of the towline parting and the barge being driven ashore. The evidence suggested that the towline had broken at the main towline socket. It was clear that the Federal Court had jurisdiction over the claims in the main action which arose out of a charter party agreement and a contract of towage, as those claims came within the ambit of “Canadian maritime law”. At issue was whether the third party claim based on an allegation that the socket failed because it had been damaged and weakened by the negligence of the third party in resocketing the towline was within the admiralty and

Une cause antérieure, *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363, fournit un autre exemple d’une situation où la Cour a conclu qu’une demande en garantie ressortissait à la compétence en matière maritime et d’amirauté de la Cour fédérale. Dans cette affaire, la défenderesse réclamait une indemnisation pour la perte en mer d’un chaland servant au transport de billes alors qu’il était remorqué, cette perte étant survenue à la suite de la rupture du câble de remorquage et de l’échouement du chaland. La preuve tendait à établir que le câble de remorquage s’était brisé à l’attache du câble principal. Il était clair que la Cour fédérale avait compétence pour connaître des réclamations dans l’action principale découlant de la charte-partie et d’un contrat de touage, étant donné que ces réclamations ressortissaient au «droit maritime canadien». La question qui se posait était de savoir si la demande en garantie fondée sur l’allégation selon laquelle

maritime jurisdiction of the Federal Court. In deciding that it was, McIntyre J. observed, at page 377, that the “root” of the claims in the main action was the resocketing of the towline and that the towline was part of the tug’s equipment—“a seagoing vessel which was involved in the marine accident that gave rise to this action”. He noted that subsection 22(1) of the Act contained a general statement of jurisdiction, and that particular jurisdiction was conferred under paragraphs 22(2)(m) and (n) over a claim in respect of goods, materials or services supplied to a ship for her operation or maintenance, and over a claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship. He then concluded, at page 379:

I am therefore of the view that the claims made against Wire Rope come within Canadian maritime law as defined in the *Federal Court Act*. There can be no doubt in my mind that the substantive law relating to these claims falls within federal legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*, being in relation to navigation and shipping. There is therefore law of Canada relating to the issues arising in this case upon which the jurisdiction of the Federal Court may operate.

17 This Court, in *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489, decided in favour of jurisdiction over a third party claim based on alleged negligent misrepresentations as to the conditions upon which the goods were carried by sea from Canada to Jamaica and the extent of insurance carried by the owners of the ship. Desjardins J.A., for the Court, expressed the view at page 494, that these representations “arose because of the existence of the contract of carriage by sea”, and that there would have been “no occasion for them to occur had there not been such a contract”. In doing so, she was guided by the three essential requirements for admiralty and maritime jurisdiction laid down by McIntyre J. in *ITO, supra*.

l’attache avait cédé parce qu’elle avait été endommagée et affaiblie par la négligence de la tierce partie qui avait procédé au remboîtement du câble relevait de la compétence en matière maritime et d’amirauté de la Cour fédérale. En concluant que tel était le cas, le juge McIntyre fait observer à la page 377 que les réclamations dans l’action principale sont fondées sur le remboîtement du câble et que celui-ci est une pièce de l’équipement du remorqueur—un «bâtiment de mer impliqué dans le sinistre maritime qui est à l’origine de cette action». Il fait observer que le paragraphe 22(1) de la Loi donne un énoncé général de la compétence, et que les alinéas 22(2)m) et n) confèrent à la Cour une compétence particulière concernant toute demande relative à des marchandises, fournitures ou services fournis à un navire pour son exploitation ou son entretien, et toute demande née d’un contrat relatif à la construction, à la réparation ou à l’équipement d’un navire. Il conclut dans les termes suivants à la page 379:

Je suis par conséquent d’avis que les réclamations contre Wire Rope relèvent du droit maritime canadien défini à la *Loi sur la Cour fédérale*. Je suis convaincu que le droit positif concernant ces réclamations relève du pouvoir législatif fédéral aux termes du par. 91.10 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* puisqu’elles se rapportent à la navigation et aux bâtiments ou navires. Il existe par conséquent un droit canadien se rapportant aux questions soulevées en l’espèce sur lequel la Cour fédérale exerce sa compétence.

La présente Cour, dans *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489, a conclu qu’elle avait compétence pour connaître d’une demande en garantie se fondant sur des allégations de déclarations inexactes faites avec négligence à l’égard des conditions de transport de marchandises par eau du Canada vers la Jamaïque et de la couverture d’assurance souscrite par les propriétaires du navire. À la page 494, le juge Desjardins, J.C.A., s’exprimant au nom de la Cour, s’est dit d’avis que «c’est l’existence du contrat de transport par mer qui a donné lieu aux déclarations» et que «n’eût été de ce contrat, ces déclarations n’auraient jamais été faites». En concluant ainsi, elle s’est appuyée sur les trois conditions essentielles à la reconnaissance de la compétence de la Cour en matière maritime et d’amirauté énoncées par le juge McIntyre dans l’arrêt *ITO*, précité.

Analysis

18 It is not disputed that the claims asserted against the appellant in the main action are maritime matters. Those claims are based on the shipping by sea under a contract of carriage of the canola oil in drums that she knew or ought to have known were defective. The appellant's third party claim is in tort for negligent misrepresentation with respect to the suitability of drums so used to withstand the stresses and strains of the ocean voyage.

19 I do not regard the circumstance that the alleged misrepresentation may have been made on land as conclusively establishing a want of jurisdiction. The cause of action in tort, if it can be made out, did not become crystallized until the loss or damage—if proven—occurred after some of the drums collapsed in the course of the ocean voyage.⁴ In *Whitbread, supra*, at pages 1288-1289, in referring to the above quoted statement of principle of McIntyre J. in *ITO, supra*, at page 779, La Forest J. stated “that tortious liability which arises in a maritime context is governed by a body of maritime law within the exclusive legislative jurisdiction of Parliament”. He went on, at page 1292, to reject the notion that had been put forward by this Court in *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, at page 244, that it “would be against the whole tradition of admiralty jurisdiction with respect to maritime torts to hold that a tort or delict committed on land is a maritime matter”.

20 The theory of the plaintiff's case as pleaded is: that the losses claimed were sustained because the drums of canola oil “began to leak, collapse and lose their contents . . . creating gaps or void spaces in the stow” and leading to “a collapse or shift of stow” (paragraph 22), that this in turn allowed the drums to become displaced in the holds “causing the ship to develop a severe list that placed her in peril” (paragraph 23), that as shipper of the cargo, the appellant is responsible for the plaintiff's damages “by virtue of Canadian maritime law” (paragraph

Analyse

18 Il n'est pas contesté que les réclamations formées contre l'appelante dans l'action principale sont des affaires maritimes. Ces réclamations se fondent sur l'expédition par eau, en vertu d'un contrat de transport, de fûts d'huile de colza dont l'appelante aurait dû savoir qu'ils étaient défectueux. La demande en garantie de l'appelante est de nature délictuelle et s'appuie sur des déclarations inexactes faites avec négligence quant à la capacité des fûts de supporter les tensions et contraintes d'un voyage en mer.

19 À mon avis, le fait que les présumées déclarations inexactes puissent avoir été faites à terre n'établit pas de façon concluante l'absence de compétence. La cause de l'action délictuelle, si elle peut être établie, ne s'est pas matérialisée avant que la perte ou les dommages—s'ils sont prouvés—se soient produits après l'affaissement de certains barils au cours du voyage en mer⁴. Dans l'arrêt *Whitbread*, précité, aux pages 1288 et 1289, le juge La Forest, se référant à la déclaration de principe susmentionnée du juge McIntyre dans *ITO*, précité, à la page 779, déclare que «la responsabilité délictuelle dont il est question dans un contexte maritime est régie par un ensemble de règles de droit maritime relevant de la compétence exclusive du Parlement». À la page 1292, il rejette l'opinion qui avait été exprimée par la présente Cour dans *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211, à la page 244, selon laquelle il «serait contraire à toute la tradition en matière de compétence en amirauté sur les délits maritimes de conclure qu'un délit commis à terre est une affaire maritime».

20 La thèse de la demanderesse est la suivante: les pertes réclamées ont été subies parce que [TRADUCTION] «des fuites, des affaissements et des pertes de contenu se sont produits, créant des vides dans la cargaison» et entraînant [TRADUCTION] «un effondrement ou un déplacement de la cargaison» (paragraphe 22), ce qui, en retour, a eu pour effet de déplacer les fûts dans la cale [TRADUCTION] «provoquant une gîte importante qui a mis le navire en péril» (paragraphe 23); en sa qualité de chargeur, l'appelante est responsable des dommages de la demande-

28) and, finally, that the appellant is liable in negligence because she “knew, or ought to have known, of the defective condition of the drums” (paragraph 30). The plaintiff’s whole case, it appears, is predicated on the allegation that the drums of canola oil carried on the ship were somehow defective.

21 As appears from the plaintiff’s pleading, the bill of lading that was issued by the carrier was to have effect subject to the Canadian statute referred to therein and to the terms of the “Governing Charterparty”. By section 2 of that statute the Rules in the schedule (the so-called “Hague Rules”) are to “have effect in relation to and in connection with the carriage of goods by water in ships carrying goods from any port in Canada to any other port, whether in or outside Canada”. As the appellant points out, Article IV, paragraph 2 of the Hague Rules exempts the carrier and the ship from responsibility for loss or damage arising or resulting from a number of circumstances including “insufficiency of packing”, and Article IV, Rule 3 thereof impliedly places responsibility on the shipper for “act, fault or neglect” of that party to a contract of carriage by sea.⁵ The appellant relies on the “insufficiency of packing” exemption as reflecting the understanding of those involved in carriage of goods by sea of the role that packing plays in safe carriage. Not infrequently cargo consists of packaged goods, and when it does the shipper is obliged to pack them in a way that is normal or customary for the trade.⁶ In A. E. Branch, *The Elements of Shipping*,⁷ at pages 151-152, it is stated:

The method of packing depends primarily on the nature of the goods themselves and the method of transit for the anticipated voyage. Further subsidiary factors include the use to which the packing may be put when the goods reach their destination, the value of the goods (low value goods have less packing than those of high value); any Customs or statutory requirements that must be complied with; ease of handling (awkward-shaped cargo suitably packed in cartons or cases can facilitate handling); marketing requirements; general fragility; variation in tem-

resse [TRADUCTION] «en vertu du droit maritime canadien» (paragraphe 28) et, finalement, l’appelante est coupable de négligence parce qu’elle [TRADUCTION] «connaiss[ait], ou aur[ait] dû connaître, l’état défectueux des fûts» (paragraphe 30). Toute la thèse de la demanderesse, à ce qu’il semble, repose sur l’allégation que les fûts d’huile de colza transportés à bord du navire étaient d’une façon ou d’une autre défectueux.

21 Il ressort des plaidoiries de la demanderesse que le connaissement qui a été délivré par le transporteur devait être assujéti à la loi canadienne qui y est mentionnée et aux conditions de la «charte-partie en vigueur». D’après l’article 2 de cette loi, les Règles énoncées dans l’annexe (les Règles de La Haye) s’appliquent «au transport de marchandises par navires entre un port canadien et toute autre destination». Comme le signale l’appelante, le paragraphe 2 de l’article IV des Règles de La Haye libère le transporteur et le navire de toute responsabilité pour les pertes ou dommages résultant ou provenant d’un certain nombre de circonstances incluant «une insuffisance d’emballage», et le paragraphe 3 du même article fait implicitement porter au chargeur la responsabilité de tout «acte, faute ou négligence» de cette partie à un contrat de transport par eau⁵. L’appelante s’appuie sur l’exonération relative à «l’insuffisance d’emballage» pour faire valoir que les parties à un contrat de transport de marchandises par eau sont conscientes du rôle de l’emballage dans la sécurité du transport. Il n’est pas rare que les cargaisons se composent de marchandises emballées, et lorsque cela se produit, le chargeur est tenu de les emballer selon une méthode normalement ou habituellement utilisée dans l’industrie⁶. A. E. Branch, dans son ouvrage *The Elements of Shipping*⁷, dit ceci aux pages 151 et 152:

[TRADUCTION] La méthode d’emballage dépend principalement de la nature des marchandises et du mode de transport envisagé pour le voyage. Il existe d’autres facteurs accessoires, notamment l’usage qui sera fait de l’emballage lorsque les marchandises arriveront à destination, la valeur des marchandises (des marchandises de peu de valeur sont moins bien emballées que des marchandises de grande valeur); toutes les exigences douanières ou légales devant être respectées; la facilité de manutention (l’emballage de marchandises de dimensions irrégulières dans des

perature during the voyage; the size of the cargo and its weight, and, in particular, whether elaborate packing is likely to increase the freight to the extent that it may price the goods out of the market; facilities available at the ports (in some ports they may not have highly mechanized cargo-handling equipment or elaborate storage accommodation); type and size of container; and lastly, the desirability of affixing to the packing any suitable advertisement.

Packing, therefore, is not only designed as a form of protection to reduce the risk of the goods being damaged in transit, but also to prevent pilferage. It is, of course, essential to see not only that the right type of packing is provided, but also that the correct quality and form of container is used. [Emphasis added.]

22 In *Monk, supra*, Iacobucci J., agreeing with Hugessen J.A., found, at page 797, that what he referred to as “connecting factors” to maritime law in that case “are stronger than they were in *ITO* itself”. But to repeat, it was not enough to show that maritime undertakings were involved; “it must be shown that the specific claims advanced are integrally connected to maritime matters” rather than being so connected to the sale of goods. The claims for excess product delivered, for demurrage and for the renting of cranes were all related to the discharge of the cargo from the ship, which had found their “root”, “foundation” or “source” in the contract of carriage undertakings between the shipper and the purchaser. Also, in *Wire Rope, supra*, the “root” of the claims in the main action was the resocketing of the towline for use in the operation of the tug in performing towage services.

23 The present case revolves around a claim arising out of an agreement relating to the carriage of goods by sea. While the merits of the claim are not to be adjudged at this time, the record indicates that the respondent was not a party to that agreement nor even directly involved in the performance thereof. On the other hand, the record suggests that the

cartons ou dans des caisses peut faciliter la manutention); les conditions de marketing; la fragilité du produit, les variations de température pendant le voyage; la taille de la cargaison et son poids et, en particulier, le fait qu'un emballage volumineux fasse vraisemblablement augmenter le poids de la cargaison au point de rendre les marchandises hors de prix sur le marché; les installations disponibles dans les ports (certains ports n'ont pas l'équipement hautement mécanisé pour la manutention de la cargaison ou des entrepôts bien aménagés); le type et la taille des conteneurs; et finalement, l'à-propos d'indiquer sur l'emballage toute information pertinente.

Par conséquent, l'emballage n'est pas seulement conçu comme une forme de protection pour réduire les risques de dommages pouvant être causés aux marchandises pendant le transport, mais aussi pour prévenir les vols. Bien entendu, il est essentiel de veiller non seulement à ce que le type adéquat d'emballage soit utilisé, mais également la bonne qualité et la bonne forme de conteneur. [Non souligné dans l'original.]

22 Dans l'arrêt *Monk*, précité, le juge Iacobucci, souscrivant aux motifs du juge Hugessen, J.C.A., conclut à la page 797 que ce qu'il appelle les «facteurs de liaison» avec le droit maritime dans cette affaire «sont considérablement plus forts que ceux que l'on trouve dans l'arrêt *ITO*». Mais je le répète, il ne suffit pas de démontrer l'existence d'engagements de caractère maritime, «encore faut-il prouver que les revendications elles-mêmes sont entièrement liées aux affaires maritimes» plutôt que d'être liées de cette façon à la vente des marchandises. Les demandes de paiement de l'excédent de produit livré, des surestaries et du prix de location des grues étaient toutes liées au déchargement du navire, et elles avaient leur «fondement» ou leur «source» dans les engagements prévus au contrat de transport conclu entre le chargeur et l'acheteur. De même, dans l'arrêt *Wire Rope*, précité, le «fondement» des réclamations dans l'action principale était le remboursement du câble utilisé par le remorqueur pour être en mesure d'offrir des services de touage.

23 La présente affaire concerne une réclamation découlant d'une entente ayant trait au transport de marchandises par mer. Même s'il ne convient pas de se prononcer sur le bien-fondé de la réclamation à ce stade, le dossier indique que l'intimée n'était pas partie à cette entente ni directement impliquée dans l'exécution de celle-ci. Par ailleurs, il ressort du

respondent approached CIDA in 1985 after becoming aware of CIDA's loss experience in annually shipping canola oil to Pakistan in steel drums, and that the respondent then represented to CIDA that its plastic drums were "an improved package over steel drums" because they met accepted international standards. The record further suggests that at all material times the respondent was "well aware of the intended use of the drums by CIDA, and more particularly . . . that the drums would be used primarily to transport oil by ship". It also suggests that CIDA officials "relied entirely on the knowledge, expertise and past experience" of the respondent "to advise us of the suitability of the drums for transport by sea". It would thus appear that the root of the claims in the main action for losses incurred by reason of the collapse of the plastic drums in stow during the voyage to Pakistan was the sufficiency of the drums themselves to withstand the conditions experienced by the ship. It should be noted that the third party claim is based on the negligent misrepresentation by the respondent that the plastic drums manufactured by it would be sufficient for sea transport. It is not based on the mere supplying of defective drums by the third party to the vendors of goods that were later carried in those drums on the ship. In my view, the third party claim is integrally connected to the Court's admiralty and maritime jurisdiction. That jurisdiction, as McIntyre J. pointed out in *ITO, supra*, is not "frozen by *The Admiralty Act, 1934*" and that the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted "within the modern context of commerce and shipping". This view was echoed by Iacobucci J. in *Monk, supra*, where he stated, at pages 800-801:

Finally, I would say that the claims of *Monk* are maritime in character and are not in any way an encroachment of what is in "pith and substance" a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The claims here advanced do not in my view have as their foundation or source sale of goods elements of the telex arrangement

dossier que l'intimée a contacté l'ACDI en 1985 après avoir été informée des pertes subies par l'ACDI dans ses expéditions annuelles d'huile de colza au Pakistan dans des fûts en acier, et qu'elle a alors déclaré à l'ACDI que ses fûts de plastique «représentaient une amélioration par rapport aux fûts en acier» parce qu'ils respectaient les normes internationales reconnues. Le dossier laisse également entendre que pendant toute la période pertinente l'intimée «[connaissait] très bien l'usage que l'ACDI comptait faire des fûts, et . . . [elle savait] plus particulièrement que les fûts seraient principalement utilisés pour le transport de l'huile par navire». Il fait également ressortir que les responsables de l'ACDI ont «fait entièrement confiance aux connaissances générales et spécialisées et à l'expérience» de l'intimée pour les «conseiller sur l'appropriation des fûts au transport par mer». Il semble donc que le fondement des réclamations de l'action principale pour les pertes subies du fait de l'affaissement des fûts de plastique arrimés dans la cale pendant le voyage au Pakistan était la capacité des fûts de supporter les conditions auxquelles serait soumis le navire. Il convient de noter que la demande en garantie se fonde sur les déclarations inexactes faites avec négligence par l'intimée selon lesquelles les fûts de plastique qu'elle a fabriqués étaient suffisamment robustes pour supporter un voyage en mer. Elle ne se fonde pas sur la simple fourniture de fûts défectueux par le tiers aux fournisseurs des marchandises qui ont par la suite été transportées dans ces fûts à bord du navire. À mon avis, la demande en garantie est entièrement liée à la compétence de la Cour en matière maritime et d'amirauté. Cette compétence, comme le souligne le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité, n'est pas «figée par la *Loi d'amirauté, 1934*» et les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés «dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau». Cette opinion est partagée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Monk*, précité, où il déclare ce qui suit aux pages 800 et 801:

Finalement, je dirais que les demandes de *Monk* ont un caractère maritime et qu'elles n'empiètent d'aucune façon sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière qui relève de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon sens, les prétentions avancées en l'espèce ne trouvent pas leur fondement ni leur source dans les

between Monk and Island and therefore are not within the provincial scope of property and civil rights or within any other heading of s. 92.

I should also like to add that the approach I have taken in this matter corresponds with McIntyre J.'s urging that the terms "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping and should not be static or frozen. Such terms should rather be capable of adjusting to evolving circumstances unencumbered by rigid doctrinal categorization and historical straitjackets. [Emphasis added.]

24 Before disposing of this appeal, I should comment on two points that were raised by the respondent. The first was to the effect that no evidence exists in the record to support the alleged misrepresentation such as would allow this Court to determine the issue of jurisdiction. It seems to me, however, that the allegations of negligence in the third party claim and the appellant's affidavit evidence are in themselves sufficient for the purpose. The affidavit evidence does not, in my view, clearly establish that the alleged misrepresentation was not made. The second is that the claim is not valid in any event because CIDA Specification No. 6, which incorporates the TC-34 standard of December 1987 to the extent indicated in paragraph 1 thereof, can only apply if the cargo was palletized prior to its carriage by sea, as required by paragraph 3 of the Specification. As this argument does not go directly to the issue of jurisdiction, it would be prudent not to offer a final view at this stage. That said, it is not altogether clear that Specification No. 6 is inapplicable to drums that are not palletized. Paragraph 4 thereof refers to "drums on pallets . . . banded together". That language may arguably support the view that where drums are shipped on pallets they must be banded together, rather than the view that for Specification No. 6 to apply at all, goods must always be shipped on pallets. This is not an issue which can or should be resolved on this appeal, when the evidence may well be incomplete. It should await the trial and be determined by the Trial Judge in the light of all relevant evidence.

conventions du télex adressé par Monk à Island qui tiennent de la vente de marchandises, et, par conséquent, elles ne ressortissent pas à la propriété et aux droits civils ni à aucune autre rubrique de l'art. 92.

Je tiens aussi à ajouter que ma façon d'aborder cette question correspond au point de vue du juge McIntyre lorsqu'il dit que les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau, et qu'ils ne doivent pas être statiques ou figés. On devrait plutôt pouvoir adapter ces termes selon l'évolution des circonstances sans être prisonniers du carcan des classifications doctrinales rigides ou des limites historiques excessives. [Non souligné dans l'original.]

24 Avant de régler le présent appel, j'aimerais faire quelques observations sur deux points qui ont été soulevés par l'intimée. Premièrement, elle a fait valoir qu'aucune preuve n'avait été versée au dossier pour appuyer l'allégation de déclaration inexacte qui pourrait permettre à la Cour de se prononcer sur la question de compétence. Cependant, il me semble que les allégations de négligence dans la demande en garantie et la preuve par affidavit de l'appelante sont en elles-mêmes suffisantes à cet égard. La preuve par affidavit n'établit pas clairement à mon avis que les fausses déclarations alléguées n'ont pas été faites. Deuxièmement, d'après l'intimée, la réclamation ne serait pas valide de toute façon parce que la spécification n° 6 de l'ACDI, qui incorpore la norme TC-34 de décembre 1987 selon les termes du paragraphe 1, ne peut s'appliquer que si la cargaison a été palettisée avant son transport par eau, comme l'exige le paragraphe 3 de la spécification. Étant donné que cet argument ne concerne pas directement la question de la compétence, il est préférable de ne pas se prononcer définitivement sur ce point. Cela dit, il n'est pas aussi clair que la spécification n° 6 ne s'applique pas aux fûts qui n'ont pas été palettisés. Le paragraphe 4 de cette spécification fait référence à des «fûts placés sur des palettes et sanglés». Cette formulation pourrait appuyer l'opinion selon laquelle, lorsque des fûts sont expédiés sur des palettes, ils doivent être sanglés les uns avec les autres, plutôt que l'opinion selon laquelle, pour que la spécification n° 6 s'applique, les marchandises doivent toujours être expédiées sur des palettes. Il ne s'agit pas d'une question qui peut ou devrait être résolue dans le cadre du présent appel, alors que la preuve

25 I would allow the appeal with costs and would set aside the order of the Trial Division.

STRAYER J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ Appeal Book, Vol. 1, at p. 98.

² "Figure 1" appears immediately following the text of para. 3.

³ See e.g., F. L. Wiswall, *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800* (Cambridge: University Press, 1970); B. P. Levack, *The Civil Lawyers in England, 1603-1641* (Oxford: Clarendon Press, 1973); D. R. Coquillette, *The Civilian Writers of Doctors Commons, London* (Berlin: Duncker & Humblot, 1988); D. R. Owen and M. C. Tolley, *Courts of Admiralty In Colonial America* (Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1995). See also W. Tetley, "The General Maritime Law—The Lex Maritima" (1994), 20 *Syracuse J. Int. L. and Com.* 105.

⁴ See A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Toronto: Butterworths, 1993), at pp. 94-95.

⁵ This statute is now the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27. Art. IV, paras. 2(n) and 3 of the Rules in the schedule read:

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from,

...
(n) insufficiency of packing;
...

3. The shipper shall not be responsible for loss or damage sustained by the carrier or the ship arising or resulting from any cause without the act, fault or neglect of the shipper, his agents or his servants.

⁶ See W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. (Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1988), at p. 491.

⁷ London: Chapman and Hall, 1977.

est peut-être incomplète. Cette question devra attendre d'être débattue devant le juge de première instance, qui en décidera au vu de toute la preuve pertinente.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et d'infirmier l'ordonnance de la Section de première instance. 25

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

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

¹ Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 98.

² La «figure 1» est placée immédiatement après le texte du par. 3.

³ Voir par ex., F. L. Wiswall, *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800* (Cambridge: University Press, 1970); B. P. Levack, *The Civil Lawyers in England, 1603-1641* (Oxford: Clarendon Press, 1973); D. R. Coquillette, *The Civilian Writers of Doctors Commons London* (Berlin: Duncker & Humblot, 1988); D. R. Owen et M. C. Tolley, *Courts of Admiralty In Colonial America* (Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1995). Voir également W. Tetley, «The General Maritime Law—The Lex Maritima» (1994), 20 *Syracuse J. Int. L. and Com.* 105.

⁴ Voir A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5^e éd. (Toronto: Butterworths, 1993), aux p. 94 et 95.

⁵ Cette loi est maintenant la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, art. IV, alinéa 2n) et par. 3 de l'annexe qui sont rédigées dans les termes suivants:

2. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant:

...
n) d'une insuffisance d'emballage;
...

3. Le chargeur ne sera pas responsable des pertes ou dommages subis par le transporteur ou le navire et qui proviendraient ou résulteraient de toute cause quelconque sans qu'il y ait acte, faute ou négligence du chargeur, de ses agents ou de ses préposés.

⁶ Voir W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3^e éd. (Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1988), à la p. 491.

⁷ Londres: Chapman and Hall, 1977.

T-2257-93

T-2257-93

Richard Sauvé (*Respondent*) (*Plaintiff*)**Richard Sauvé** (*intimé*) (*demandeur*)

v.

c.

The Chief Electoral Officer of Canada, the Solicitor General of Canada, the Attorney General of Canada (*Applicants*) (*Defendants*)**Le directeur général des élections du Canada, le solliciteur général du Canada, le procureur général du Canada** (*requérants*) (*défendeurs*)

and

et

T-1084-94

T-1084-94

Sheldon McCorrister, Chairman, Lloyd Knezacek, Vice Chairman on their own behalf and on behalf of the Stony Mountain Institution Inmate Welfare Committee, and Clair Woodhouse, Chairman, Aaron Spence, Vice Chairman on their own behalf and on behalf of the Native Brotherhood Organization of Stony Mountain Institution, and Serge Belanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw (*Respondents*) (*Plaintiffs*)**Sheldon McCorrister, président, Lloyd Knezacek, vice-président, en leur nom propre et au nom du comité chargé du bien-être des détenus de l'établissement de Stony Mountain, et Clair Woodhouse, président, Aaron Spence, vice-président, en leur nom propre et au nom de la Fraternité des autochtones de l'établissement de Stony Mountain, et Serge Belanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw** (*intimés*) (*demandeurs*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Applicant*) (*Defendant*)**Le procureur général du Canada** (*requérant*) (*défendeur*)**INDEXED AS: SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER) (T.D.)*****RÉPERTORIÉ: SAUVÉ c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS) (1^{re} INST.)***

Trial Division, Wetston J.—Ottawa, May 15; Toronto, May 16, 1997.

Section de première instance, juge Wetston—Ottawa, 15 mai; Toronto, 16 mai 1997.

Practice — Judgments and orders — Stay of execution — Application to stay, pending appeal, effect of declaration Canada Elections Act provision denying certain convicts right to vote in federal elections unconstitutional — S.C.C. decision in RJR—McDonald Inc. applied — Balance of inconvenience not favouring applicants.

Pratique — Jugements et ordonnances — Suspension d'exécution — Requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement portant inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui prive certains condamnés du droit de vote dans les élections fédérales — Application de la cause RJR—McDonald Inc. de la Cour suprême du Canada — La balance des préjudices éventuels ne favorise pas les requérants.

* This order was affirmed on appeal ([1997] 3 F.C. 643).

* Ordonnance confirmée en appel ([1997] 3 C.F. 643).

Constitutional law — Charter of rights — Democratic rights — Application to stay effect of declaration Canada Elections Act provision denying certain convicts right to vote in federal elections violating Charter, s. 3 — Crown not meeting onus of establishing irreparable harm to public interest — Public interest also including protection of democratic rights enshrined in Charter.

Elections — Application to stay, pending appeal, effect of F.C.T.D. judgment declaring Canada Elections Act, s. 51(e) (prohibiting certain convicts from voting in federal elections) in violation of Charter, s. 3 — Appeal would not be heard prior to next general election — Crown not meeting onus of establishing irreparable harm to public interest.

After a trial of the action, reported at ([1996] 1 F.C. 857), this Court declared paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* (prohibiting prisoners serving more than two years from voting in a federal election) to be in violation of section 3 of the Charter. This was an application to stay that decision pending the outcome of an appeal, the hearing of which would not likely take place prior to a federal election to be held on June 2, 1997.

Held, the motion should be dismissed.

The principles to be considered in deciding whether or not a stay is to be granted in cases where the constitutionality of legislation is in issue have been determined by the Supreme Court of Canada in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. It adopted the tripartite test established in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) (serious question, irreparable harm and balance of inconvenience).

First, there was clearly a serious question to be tried. The fact that granting the stay would essentially grant the applicants the remedy sought in the appeal would not justify a consideration of the merits and should not be considered at this stage, but under the weighing of balance of convenience.

As to the second part of the text, irreparable harm, the burden is on the Crown. The legislation already having been held unconstitutional, the Crown does not benefit from an assumption of irreparable harm. Public interest, however, as an aspect of irreparable harm, may be demonstrated at a lower standard. But it was in the discretion of

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Requête en suspension des effets de la décision portant que la disposition de la Loi électorale du Canada qui prive certains condamnés du droit de vote dans les élections fédérales va à l'encontre de l'art. 3 de la Charte — La Couronne n'a pas prouvé, comme il lui incombait de le faire, qu'il y aurait préjudice irréparable pour l'intérêt général — L'intérêt général s'entend aussi de la protection des droits démocratiques consacrés par la Charte.

Élections — Requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement par lequel la Section de première instance de la Cour fédérale a déclaré que l'art. 51(e) (qui interdit à certains condamnés de voter dans les élections fédérales) de la Loi électorale du Canada va à l'encontre de l'art. 3 de la Charte — L'appel ne serait pas entendu avant la tenue des élections générales à venir — La Couronne n'a pas prouvé, comme il lui incombait de le faire, qu'il y aurait préjudice irréparable pour l'intérêt général.

Après avoir entendu la cause au fond ([1996] 1 C.F. 857), la Cour a déclaré que l'alinéa 51(e) de la *Loi électorale du Canada* (qui prive du droit de vote dans une élection fédérale toute personne purgeant une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus) allait à l'encontre de l'article 3 de la Charte. Il y a en l'espèce requête en suspension de cette décision en attendant l'issue de l'appel, lequel ne serait probablement pas entendu avant l'élection fédérale prévue pour le 2 juin 1997.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Les facteurs à prendre en considération pour juger s'il y a lieu d'accorder la suspension ont été définis dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, par la Cour suprême du Canada qui y a appliqué le triple critère dégagé par *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) (question sérieuse à juger, préjudice irréparable et balance des préjudices éventuels).

En premier lieu, il y avait bien une question sérieuse à juger. Le fait que suspendre la décision de la Cour reviendrait à donner aux requérants le redressement visé par leur appel ne justifie pas un examen de l'affaire au fond et ne devrait pas être pris en considération à ce stade de l'analyse, mais au moment de l'étude de la balance des préjudices éventuels.

Pour ce qui est du deuxième critère, savoir le préjudice irréparable, la preuve en incombe à la Couronne. Le texte de loi contesté ayant été déjà jugé inconstitutionnel, elle ne bénéficie pas de la présomption de préjudice irréparable. Cependant, la preuve de l'atteinte à l'intérêt public, sous l'angle du préjudice irréparable, n'est pas soumise à

the Court to determine at this stage whether the alleged harm to the public interest was sufficient in the context of the case to satisfy stage two. The benefit of the assumption of irreparable harm to public interest does not arise in all cases. To interpret this test otherwise would effectively mean that the applicants would obtain the full extent of the relief sought despite the fact that this Court has declared paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* to be unconstitutional. A greater amount of discretion is granted to the motions judge where the alleged harm itself takes the form of a breach of a right protected by the Charter, as it does here. The Crown filed no evidence in support of this application for a stay, but only an affidavit stating that, at trial, the objectives of the impugned legislation were found to be pressing and substantial for the enhancement of civic responsibility, respect for the rule of law and the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. The Crown has not discharged the burden of establishing irreparable harm.

Third, the balance of inconvenience was in favour of the respondents. The public interest, which the federal government is charged with the duty of promoting and protecting, must also include the protection of democratic rights (including the fundamental right to vote in a free and democratic society) enshrined in the Charter. In this case, the respondents could not be compensated for the denial of their right to vote in the upcoming federal election. A consideration of the short-term impact of a stay is an important consideration when the Court is faced with the decision to stay an order in which a law has been declared to be contrary to the Charter. The Crown did not argue that there was any administrative burden that could not be met to allow prisoners to vote. Furthermore, no motion for a stay of the order declaring the law to be unconstitutional was made prior to the holding of two federal by-elections. Prisoners voted therein, as well as in the 1992 Constitutional referendum, and prisoner voting is allowed in four provinces, yet no evidence was led to prove that any negative effects have been shown to arise from the participation of the inmates in those elections. There was no evidence presented, therefore, that any harm occurred to the public interest or that public confidence in the rule of law was in any way affected by those occasions in which prisoners voted.

Considering the nature of the relief sought, the harm which the parties contend they would suffer and the denial of a democratic right under the Charter, the balance of inconvenience did not favour the applicants.

une norme rigoureuse. N'empêche qu'il appartient à la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière, de juger à ce stade si l'atteinte supposée à l'intérêt public, sous l'angle du préjudice irréparable, suffit à satisfaire au deuxième critère dans ce contexte. Il n'y a pas dans tous les cas présomption de préjudice irréparable pour l'intérêt public. Donner de ce critère une autre interprétation reviendrait en réalité à dire que les requérants obtiendraient tel quel le redressement recherché bien que la Cour ait déclaré inconstitutionnel l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Le juge des requêtes est investi d'un pouvoir discrétionnaire plus étendu lorsque le préjudice invoqué prend lui-même la forme d'une atteinte à un droit protégé par la Charte, comme en l'espèce. La Couronne n'a produit aucune preuve à l'appui de sa requête en suspension, à part un affidavit affirmant que, au procès, il a été jugé que les objectifs du texte de loi contesté représentaient des préoccupations réelles et urgentes, savoir rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit, et faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale. La Couronne ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver le préjudice irréparable.

En troisième lieu, la balance des préjudices éventuels engage à se prononcer en faveur des intimés. L'intérêt public, que le gouvernement fédéral a pour responsabilité de promouvoir et de protéger, doit s'entendre aussi de la protection des droits démocratiques consacrés par la Charte (y compris le droit fondamental de vote dans une société libre et démocratique). En l'espèce, les intimés ne sauraient être dédommagés du déni de leur droit de vote lors des prochaines élections fédérales. L'effet à court terme de la suspension en attendant l'issue de l'appel est un facteur majeur lorsqu'il s'agit d'examiner s'il faut suspendre une ordonnance déclarant qu'un texte de loi va à l'encontre de la Charte. La Couronne n'a pas fait état d'impératifs administratifs auxquels il serait impossible de satisfaire pour permettre aux prisonniers de voter. Qui plus est, elle n'avait introduit aucune requête en suspension de l'ordonnance portant inconstitutionnalité de cette loi avant deux élections fédérales partielles. Les prisonniers y ont voté, ainsi qu'au référendum constitutionnel de 1992, et ils ont droit de vote dans quatre provinces, sans qu'on ait eu la preuve de résultats néfastes d'une telle participation. Il n'y a donc aucune preuve qu'un préjudice quelconque ait été causé à l'intérêt public ou que la confiance du public en la primauté du droit ait été atteinte de quelque façon que ce soit par ces cas de participation des prisonniers au vote.

Vu la nature du redressement recherché, vu le risque de préjudice que les parties invoquent respectivement et vu le déni d'un droit démocratique garanti par la Charte, la balance des préjudices éventuels n'engage pas la Cour à prononcer en faveur des requérants.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e) (as am. by S.C. 1993, c. 19, s. 23).
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. 3.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 341A (as enacted by SOR/79-57, s. 8).
Special Voting Rules, R.S.C., 1985, c. E-2, Sch. II.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*; *Tabah v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; (1994), 61 Q.A.C. 81; 90 C.C.C. (3d) 1; 31 C.R. (4th) 120; 167 N.R. 321; *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.); affd [1984] 2 S.C.R. 124; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 53 N.R. 394; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1996] 3 F.C. 947; (1996), 96 DTC 6493; 118 F.T.R. 231 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Thibaudeau v. M.N.R., [1994] 2 F.C. 189; (1994), 114 D.L.R. (4th) 261; 21 C.R.R. (2d) 35; [1994] 2 C.T.C. 4; 94 DTC 6230; 167 N.R. 161; 3 R.F.L. (4th) 153 (C.A.); affd [1995] 2 S.C.R. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1.

MOTION to stay a decision of this Court ([1996] 1 F.C. 857; (1995), 132 D.L.R. (4th) 136; 106 F.T.R. 241) declaring paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* to be in violation of section 3 of the Charter. Motion dismissed.

COUNSEL:

Fergus J. O'Connor for respondent Sauvé (plaintiff).
Arne Peltz for respondents McCorrister et al. (plaintiffs).

LOIS ET RÉGLEMENTS

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. 3.
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 51e) (mod. par L.C. 1993, ch. 19, art. 23).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 341A (éditée par DORS/79-57, art. 8).
Règles électorales spéciales, L.R.C. (1985), ch. E-2, ann. II.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*; *Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; (1994), 61 Q.A.C. 81; 90 C.C.C. (3d) 1; 31 C.R. (4th) 120; 167 N.R. 321; *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.); conf. par [1984] 2 R.C.S. 124; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 53 N.R. 394; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1996] 3 C.F. 947; (1996), 96 DTC 6493; 118 F.T.R. 231 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Thibaudeau c. M.R.N., [1994] 2 C.F. 189; (1994), 114 D.L.R. (4th) 261; 21 C.R.R. (2d) 35; [1994] 2 C.T.C. 4; 94 DTC 6230; 167 N.R. 161; 3 R.F.L. (4th) 153 (C.A.); conf. par [1995] 2 R.C.S. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1.

REQUÊTE en suspension des effets de la décision ([1996] 1 C.F. 857; (1995), 132 D.L.R. (4th) 136; 106 F.T.R. 241) par laquelle la Cour a déclaré que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* allait à l'encontre de l'article 3 de la Charte. Requête rejetée.

AVOCATS:

Fergus J. O'Connor pour l'intimé Sauvé (demandeur).
Arne Peltz pour les intimés McCorrister et al. (demandeurs).

Gerald L. Chartier, Glenn D. Joyal for applicants (defendants).

Gerald L. Chartier, Glenn D. Joyal pour les requérants (défendeurs).

SOLICITORS:

O'Connor and Napier, Kingston, Ontario, for respondent Sauvé (plaintiff).

Arne Peltz, Public Interest Law Centre, Legal Aid Manitoba, Winnipeg, for respondents McCorrister et al. (plaintiffs).

Deputy Attorney General of Canada for applicants (defendants).

PROCUREURS:

O'Connor and Napier, Kingston (Ontario), pour l'intimé Sauvé (demandeur).

Arne Peltz, Public Interest Law Centre, Aide juridique Manitoba, Winnipeg, pour les intimés McCorrister et al. (demandeurs).

Le sous-procureur général du Canada pour les requérants (défendeurs).

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 WETSTON J.: This is a motion to stay a decision of this Court [[1996] 1 F.C. 857] which declared paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2 (as am. by S.C. 1993, c. 19, s. 23), to be in violation of section 3 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. At the request of the parties, this motion was heard by myself on an urgent basis.

1 LE JUGE WETSTON: Il y a en l'espèce requête en suspension de la décision [[1996] 1 C.F. 857] par laquelle la Cour a jugé que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2 (mod. par L.C. 1993, ch. 19, art. 23), va à l'encontre de l'article 3 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. À la demande des parties, j'ai entendu cette requête selon la procédure d'urgence.

2 Paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* prohibits prisoners serving more than two years from voting in a federal election. The decision that paragraph 51(e) was unconstitutional was made after a lengthy trial in this Court. On January 19, 1996, the Crown appealed the decision of December 27, 1995, to the Federal Court of Appeal. The Crown took no steps after the appeal was filed to stay the effect of this Court's earlier decision. As a result, prisoners were entitled to vote in 7 by-elections which occurred on March 25, 1996, and June 17, 1996, after the application for appeal was filed. The applicants have not expedited the hearing of the appeal before the Federal Court of Appeal and it is unlikely that it will be heard before the federal election (June 2, 1997).

2 L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* prive du droit de vote dans une élection fédérale toute personne purgeant une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus. La décision portant inconstitutionnalité de cette disposition a été rendue après un long procès devant la Cour. Le 19 janvier 1996, la Couronne a porté devant la Cour d'appel fédérale cette décision en date du 27 décembre 1995, sans pour autant prendre aucune mesure pour en faire suspendre les effets. Par conséquent, les prisonniers ont eu le droit de voter dans sept élections partielles tenues les 25 mars 1996 et 17 juin 1996, c'est-à-dire après que l'avis d'appel eut été déposé. Les requérants n'ont pas diligenté l'appel devant la Cour d'appel fédérale, et il est peu probable qu'il soit entendu avant la tenue des élections fédérales prévues pour le 2 juin 1997.

3 On April 23, 1997, the Crown filed this motion, in anticipation of a federal election call, to stay the

3 Le 23 avril 1997, la Couronne, en prévision de l'annonce des élections fédérales, a déposé la re-

effect of the decision of this Court pending the outcome of the appeal. On April 27, 1997, the federal government announced a federal election to be held on June 2, 1997. Steps were then taken to prepare for prisoners' voting day, pursuant to *Special Voting Rules* [R.S.C., 1985, c. E-2, Sch. II], set for May 23, 1997.

quête en suspension de la décision de la Cour en attendant l'issue de l'appel. Le 27 avril 1997, le gouvernement fédéral a annoncé des élections pour le 2 juin 1997. Les dispositions nécessaires ont alors été prises pour préparer, en application des *Règles électorales spéciales* [L.R.C. (1985), ch. E-2, ann. II], le jour de vote des prisonniers fixé au 23 mai 1997.

4 Rule 341A [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/79-57, s. 8)] grants this Court the discretionary authority to suspend the operation of any judgment of the Court pending an appeal. The principles to be considered in deciding whether or not a stay is to be granted in such a case have been determined by the Supreme Court of Canada in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. In that case, the applicant, RJR—MacDonald, applied to the Supreme Court of Canada for a suspension of the legal effects of regulations pending the ultimate hearing before the Supreme Court regarding the constitutionality of the enabling legislation. The Supreme Court of Canada indicated, at pages 333-334, that in such a case a careful balancing process must be undertaken:

On one hand, courts must be sensitive to and cautious of making rulings which deprive legislation enacted by elected officials of its effect.

On the other hand, the *Charter* charges the courts with the responsibility of safeguarding fundamental rights. For the courts to insist rigidly that all legislation be enforced to the letter until the moment that it is struck down as unconstitutional might in some instances be to condone the most blatant violation of *Charter* rights. Such a practice would undermine the spirit and purpose of the *Charter* and might encourage a government to prolong unduly final resolution of the dispute.

I am guided by these introductory remarks in my consideration of whether a stay should be granted in this case.

5 In *RJR—MacDonald, supra*, at page 347, the Supreme Court reviewed the factors to be considered on an application for a stay in a *Charter* case. The Court adopted the three-part *American*

4 La Règle 341A [*Règles de la Cour fédérale* C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/79-57, art. 8)], investit la Cour du pouvoir de suspendre l'effet de l'un quelconque de ses jugements en attendant l'issue de l'appel. Les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une suspension ont été définis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Dans cette affaire, la requérante, RJR—MacDonald, a saisi la Cour suprême d'une requête en suspension des effets juridiques d'un règlement en attendant qu'elle statue sur la constitutionnalité de la loi habilitante. La Cour a mentionné, aux pages 333 et 334, que dans les cas de ce genre, il fallait procéder à un processus de pondération soigneux:

D'une part, les tribunaux doivent être prudents et attentifs quand on leur demande de prendre des décisions qui privent de son effet une loi adoptée par des représentants élus.

D'autre part, la *Charte* impose aux tribunaux la responsabilité de sauvegarder les droits fondamentaux. Si les tribunaux exigeaient strictement que toutes les lois soient observées à la lettre jusqu'à ce qu'elles soient déclarées inopérantes pour motif d'inconstitutionnalité, ils se trouveraient dans certains cas à fermer les yeux sur les violations les plus flagrantes des droits garantis par la *Charte*. Une telle pratique contredirait l'esprit et l'objet de la *Charte* et pourrait encourager un gouvernement à prolonger indûment le règlement final des différends.

Ces remarques préliminaires vont me guider dans mon analyse de la question de savoir s'il y a lieu d'accorder une suspension en l'espèce.

5 Dans l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, la Cour suprême a examiné, à la page 347, les facteurs à prendre en considération en cas de requête en suspension dans une affaire touchant à la *Charte*. Elle a

Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. [[1975] A.C. 396 (H.L.)] test to be applied for stays in both private law and Charter cases. This tripartite test is well-known. At the first stage, an applicant must demonstrate a serious question to be tried. At the second stage, the applicant must convince the Court that it will suffer irreparable harm if the relief is not granted. At the third stage, the applicant is required to demonstrate that the balance of inconvenience is in its favour. In this regard, the Supreme Court was careful to note that the requirement to assess the balance of inconvenience will often determine the result in applications involving Charter rights.

Serious Question to be Tried

6 In considering the tripartite test as set out in *RJR—MacDonald, supra*, I am of the opinion that there is a serious issue in this matter. The Supreme Court has stated that it is not the role of the motions judge to consider the merits of the case to be heard and that, particularly in Charter cases, it is a low threshold to meet at this stage: *RJR—MacDonald, supra*, at page 337. It is also important to note that the Court outlined two exceptions to this principle. The first exception applies where the interlocutory motion will in effect amount to a final determination of the action. The second applies where the question of constitutionality is one which is a simple question of law alone and the motions judge may be able to dispose of the case.

7 In the case at bar, granting the stay would essentially grant the applicants the remedy sought in the appeal; that is, it would deny prisoners the right to vote in the federal election. While I do not believe that this would justify a consideration of the merits of the case under the exceptions set out above, I do believe that it is an issue which should be considered under the weighing of balance of inconvenience.

Irreparable Harm

8 The second stage of the tripartite test requires that the applicant establish that irreparable harm would

reconnu que le triple critère défini dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [[1975] A.C. 396 (H.L.)] s'applique aux suspensions dans les affaires de droit privé comme dans les affaires où la Charte est en jeu. Ce triple critère est bien connu. En premier lieu, le requérant doit démontrer qu'il y a une question sérieuse à juger. En deuxième lieu, le requérant doit convaincre le tribunal qu'il subira un préjudice irréparable s'il n'obtient pas le redressement demandé. En troisième lieu, le requérant doit démontrer que la prépondérance des inconvénients le favorise. À cet égard, la Cour suprême a pris soin de noter que la nécessité d'examiner la prépondérance des inconvénients sera souvent le facteur déterminant dans les requêtes portant sur des droits garantis par la Charte.

Question sérieuse à juger

6 À la lumière du triple critère dégagé dans l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, je conclus qu'il y a en l'espèce une question sérieuse à juger. La Cour suprême a jugé qu'il n'appartient pas au juge des requêtes d'examiner l'affaire au fond et que, particulièrement dans les affaires touchant à la Charte, les exigences minimales ne sont pas élevées à ce stade de l'analyse: *RJR—MacDonald, supra*, à la page 337. Il importe également de noter que la Cour a dégagé deux exceptions à ce principe. La première s'applique lorsque la requête interlocutoire aura pour effet de résoudre le principal. La seconde prévaut lorsque la question de constitutionnalité est une simple question de droit et que le juge des requêtes peut trancher ainsi l'affaire.

7 En l'espèce, suspendre la décision de la Cour reviendrait à donner aux requérants le redressement visé par leur appel, savoir dénier aux prisonniers le droit de voter dans une élection fédérale. À mon avis, pareille considération ne justifie pas un examen de l'affaire au fond au regard des exceptions susmentionnées, mais il y a en l'espèce une question à examiner au regard de la prépondérance des inconvénients.

Préjudice irréparable

8 Au second stade de l'analyse, le requérant doit prouver qu'il subira un préjudice irréparable si la

occur if the stay was not granted. The test for irreparable harm has been described as follows in *RJR—MacDonald, supra*, at page 341:

At this stage the only issue to be decided is whether a refusal to grant relief could so adversely affect the applicant's [*sic*] own interests that the harm could not be remedied if the eventual decision on the merits does not accord with the result of the interlocutory application.

9 The applicants in this case are public authorities and, as such, it should be noted that the type of harm claimed will necessarily be different from that of a private applicant. In *RJR—MacDonald, supra*, it was stated, at page 346:

In our view, the concept of inconvenience should be widely construed in *Charter* cases. In the case of a public authority, the onus of demonstrating irreparable harm to the public interest is less than that of a private applicant. This is partly a function of the nature of the public authority and partly a function of the action sought to be enjoined. The test will nearly always be satisfied simply upon proof that the authority is charged with the duty of promoting or protecting the public interest and upon some indication that the impugned legislation, regulation, or activity was undertaken pursuant to that responsibility. Once these minimal requirements have been met, the court should in most cases assume that irreparable harm to the public interest would result from the restraint of that action.

10 In *RJR—MacDonald, supra*, the public authority was the respondent and not the applicant, as in this case. The Court defined the test for a public authority acting as an applicant as follows, at page 349:

We would add to this brief summary that, as a general rule, the same principles would apply when a government authority is the applicant in a motion for interlocutory relief. However, the issue of public interest, as an aspect of irreparable harm to the interests of the government, will be considered in the second stage. It will again be considered in the third stage when harm to the applicant is balanced with harm to the respondent including any harm to the public interest established by the latter.

11 It is clear from the above that as an applicant the Crown bears the burden of establishing irreparable harm at stage two of the test. I do not accept the

suspension n'est pas accordée. Le critère du préjudice irréparable a été expliqué en ces termes dans l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, à la page 341:

À la présente étape, la seule question est de savoir si le refus du redressement pourrait être si défavorable à l'intérêt du requérant que le préjudice ne pourrait pas faire l'objet d'une réparation, en cas de divergence entre la décision sur le fond et l'issue de la demande interlocutoire.

Les requérants en l'espèce sont des autorités publiques et, de ce fait, le préjudice qu'ils pourraient faire valoir sera forcément différent du préjudice qu'invoquerait un sujet de droit privé. Dans l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, la Cour suprême a dit, à la page 346:

À notre avis, le concept d'inconvénient doit recevoir une interprétation large dans les cas relevant de la *Charte*. Dans le cas d'un organisme public, le fardeau d'établir le préjudice irréparable à l'intérêt public est moins exigeant que pour un particulier en raison, en partie, de la nature même de l'organisme public et, en partie, de l'action qu'on veut faire interdire. On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l'organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l'intérêt public et en indiquant que c'est dans cette sphère de responsabilité que se situent le texte législatif, le règlement ou l'activité contestés. Si l'on a satisfait à ces exigences minimales, le tribunal devrait, dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public.

10 Dans l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, l'autorité publique était l'intimée et non la requérante, comme en l'espèce. La Cour a défini le critère applicable à l'autorité publique requérante en ces termes, à la page 349:

Enfin, en règle générale, les mêmes principes s'appliqueraient lorsqu'un organisme gouvernemental présente une demande de redressement interlocutoire. Cependant, c'est à la deuxième étape que sera examinée la question de l'intérêt public, en tant qu'aspect du préjudice irréparable causé aux intérêts du gouvernement. Cette question sera de nouveau examinée à la troisième étape lorsque le préjudice du requérant est examiné par rapport à celui de l'intimé, y compris le préjudice que ce dernier aura établi du point de vue de l'intérêt public.

11 Il ressort de ce qui précède qu'il incombe à la Couronne, en sa qualité de requérante, de prouver le préjudice irréparable au deuxième stade de l'analyse.

Crown's submission that the two stages are collapsed into one consideration under balance of inconvenience. I interpret this passage to mean that where the Crown is the applicant, and by implication the legislation has already been found to be unconstitutional, they do not benefit from an assumption of irreparable harm at stage two. However, public interest, as an aspect of irreparable harm, may be demonstrated at a lower standard. It is, nonetheless, in the discretion of the Court, to determine at this stage whether the alleged harm to the public interest, as an aspect of irreparable harm, is sufficient in the context of the case to satisfy stage two.

- 12 This interpretation is supported by the comments of the majority of Supreme Court of Canada in *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*; *Tabah v. Québec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at page 385:

In *RJR—MacDonald, supra*, it was held that the onus of demonstrating harm to the public interest is a relatively low one for government authorities opposing interlocutory orders. [Emphasis added.]

The Supreme Court relied on the passage from *RJR—MacDonald, supra*, at page 346, with added emphasis on the phrase “nearly always” and “in most cases”. In other words, the benefit of the assumption of irreparable harm to public interest, in satisfying stage two, does not arise in all cases.

- 13 To interpret this test otherwise would effectively mean that the applicants would obtain the full extent of the relief sought despite the fact that this Court has declared paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* to be unconstitutional. This is contrary to the principle discussed earlier that a party should not be allowed to achieve the ultimate remedy by means of an interlocutory motion. In this regard, I have considered the decision of *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.); affd

Je n'accepte pas son argument que ce stade se confond avec celui de l'examen de la prépondérance des inconvénients. Selon moi, le passage cité ci-dessus signifie que dans le cas où la requête émane de la Couronne, ce qui sous-entend que le texte contesté a déjà été jugé inconstitutionnel, celle-ci ne bénéficie pas de la présomption de préjudice irréparable au deuxième stade de l'analyse. Cependant, la preuve de l'atteinte à l'intérêt public, en tant qu'aspect du préjudice irréparable, n'est pas soumise à une norme rigoureuse. N'empêche qu'il appartient à la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière, de déterminer à ce stade si l'atteinte supposée à l'intérêt public, en tant qu'aspect du préjudice irréparable, suffit à satisfaire au deuxième volet du critère dans les circonstances de la cause.

- Cette interprétation est dans le droit fil de l'avis exprimé par les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*; *Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, à la page 385: 12

Dans l'arrêt *RJR—MacDonald*, précité, on a conclu que le fardeau d'établir l'existence d'un préjudice pour l'intérêt public est relativement peu exigeant pour les autorités gouvernementales qui s'opposent aux ordonnances interlocutoires. [Non souligné dans l'original.]

Dans cet arrêt, la Cour suprême s'est fondée sur le passage cité à la page 346 de l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, en soulignant les locutions «presque toujours» et «dans la plupart des cas». En d'autres termes, il n'y a pas, dans tous les cas, présomption de préjudice irréparable à l'intérêt public lorsqu'il s'agit de satisfaire au deuxième volet du critère.

- Donner de ce critère une autre interprétation reviendrait en réalité à dire que les requérants obtiendraient tel quel le redressement recherché bien que la Cour ait déclaré inconstitutionnel l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Cela irait à l'encontre du principe invoqué plus haut, savoir qu'une partie ne saurait obtenir un jugement au fond par voie de requête interlocutoire. Je me suis référé à cet égard à la décision *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.); confirmée à [1984] 2 13

[1984] 2 S.C.R. 124. To grant the relief requested by the applicants, in this case, would effectively mean that, despite the declaration of invalidity of paragraph 51(e) by this Court after a full trial of the action and prior to the Court of Appeal having considered this matter, that prisoners would have their right to vote suspended in the upcoming election. In my opinion, this runs contrary to the principles outlined in *Gould, supra*.

- 14 Finally, with respect to the matter of irreparable harm, it may be worthwhile to consider one further passage from the Supreme Court of Canada in *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General); Tabah v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, wherein La Forest J. (in dissent) stated, at page 359:

However, a monetary remedy is not always contemplated in cases where the *Charter* is invoked. This results from the nature of the rights it guarantees and of the parties. That is why the Court held that in most situations the existence of irreparable harm must be presumed. But when the alleged harm itself takes the form of a breach of a right protected by the *Charter*, as it does here, the judge who has the responsibility for ruling on the merits of the interlocutory motion is in the best position to determine its nature and extent and whether it is irreparable.

- 15 The Crown filed no evidence in support of this application for a stay. The only affidavit that was filed was that of Mr. Henderson who stated that the objectives of paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* were found to be pressing and substantial at the trial of this action and were as follows:

- a) the enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law; and
- b) the enhancement of the general purposes of the criminal sanction.

The Crown relies upon this finding for its submission that there would be irreparable harm to the public interest if the stay is not granted.

- 16 The Crown argued that if they do not have the benefit of the assumption as described in *RJR*—

R.C.S. 124. Accorder aux requérants le redressement qu'ils recherchent en l'espèce signifierait dans les faits que, malgré la conclusion relative à l'inconstitutionnalité de l'alinéa 51e) tirée par la Cour après une instruction complète de l'affaire et avant que la Cour d'appel ne se prononce en la matière, les prisonniers verraient leur droit de vote suspendu lors des prochaines élections fédérales. Selon moi, pareil résultat irait à l'encontre des principes dégagés dans l'arrêt *Gould, supra*.

Enfin, toujours pour ce qui est du préjudice irréparable, il conviendrait de citer un autre passage de l'arrêt *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général); Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, dans lequel le juge La Forest (dissident) a dit, à la page 359:

Or, une solution pécuniaire n'est pas toujours envisagée dans les instances où la *Charte* est invoquée. Cela tient à la nature des droits qu'elle garantit et à celle des parties qui s'affrontent. C'est la raison pour laquelle la Cour a conclu à la nécessité de présumer, dans la plupart des hypothèses, l'existence d'un préjudice irréparable. Mais, lorsque le préjudice allégué prend lui-même la forme d'une atteinte à un droit protégé par la *Charte*, comme en l'espèce, le juge chargé de se prononcer sur le bien-fondé de la requête interlocutoire est dans une position privilégiée pour en déterminer la nature, l'étendue et le caractère irréparable.

La Couronne n'a produit aucune preuve à l'appui de la présente requête en suspension. Le seul affidavit versé au dossier est celui de M. Henderson qui affirme que, au procès qui a donné lieu à la requête en instance, il a été jugé que les objectifs de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* représentaient des préoccupations réelles et urgentes, savoir:

- a) rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit;
- b) faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale.

C'est sur cette conclusion que se fonde la Couronne pour soutenir que l'intérêt public subirait un préjudice irréparable si la suspension n'est pas accordée.

La Couronne a soutenu que si elle ne bénéficie pas de la présomption relevée dans l'arrêt *RJR*—

14

15

16

MacDonald, supra, then it would be virtually impossible for the Crown to ever obtain a stay. I do not believe that this is the case. Even if the Crown does not have the benefit of the assumption of irreparable harm in satisfying the second stage in all cases, it is still open to the Crown to lead evidence of harm. That was the case in both *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1996] 3 F.C. 947 (T.D.); and *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, in which the Crown led evidence regarding the public harm that would be suffered in the period pending the appeal if the stay was not granted. Furthermore, the Crown may also establish that, on balance, the public interest outweighs any harm to the respondents at the third stage.

- 17 The Crown submitted that stages two and three ought to be considered together and did not argue irreparable harm as a separate issue under stage two. For the above reasons, and the fact that the Crown provided no other evidence as to irreparable harm, in the context of the denial of a democratic right, I conclude that the Crown has not met its onus at this stage. In the event that I am wrong, I will, nonetheless, consider the issue of harm to the public interest, as submitted by the Crown, under stage three, balance of inconvenience.

Balance of Inconvenience

- 18 In weighing the balance of inconvenience between the parties, the factors to be considered are as follows, *RJR—MacDonald, supra*, at page 350:

Among the factors which must be considered in order to determine whether the granting or withholding of interlocutory relief would occasion greater inconvenience are the nature of the relief sought and of the harm which the parties contend they will suffer, the nature of the legislation which is under attack, and where the public interest lies.

In addition, the Crown submits that once the minimal requirements are met regarding irreparable harm

MacDonald, supra, il lui serait pratiquement impossible de jamais obtenir une suspension. Je ne pense pas que tel soit le cas en l'espèce. Même si la Couronne ne jouit pas dans tous les cas de la présomption de préjudice irréparable au second stade de l'analyse, elle peut toujours faire la preuve du préjudice lui-même. C'est ce qui s'est passé dans les affaires *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1996] 3 C.F. 947 (1^{re} inst.); et *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, dans lesquelles la Couronne a administré la preuve du préjudice irréparable qui se produirait durant la période précédant l'appel si la suspension n'était pas ordonnée. Qui plus est, la Couronne peut aussi administrer, au troisième stade de l'analyse, la preuve que, tout bien pesé, l'intérêt public l'emporte sur le préjudice que pourraient subir les intimés.

- La Couronne, qui prétend que les deuxième et troisième stades de l'analyse se confondent, n'a pas fait valoir le préjudice irréparable à titre de moyen distinct au deuxième stade. Pour tous ces motifs, et attendu que la Couronne n'a produit aucune autre preuve sur la question du préjudice irréparable pour justifier le déni d'un droit démocratique, je conclus qu'elle ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe à ce stade. Au cas où j'aurais fait erreur, j'examinerai quand même la question du préjudice causé à l'intérêt public, telle que l'invoque la Couronne, au titre du troisième stade de l'analyse, celui de la prépondérance des inconvénients.

Prépondérance des inconvénients

- L'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, définit à la page 350 les facteurs à prendre en considération dans le cadre de l'analyse de la prépondérance des inconvénients de part et d'autre:

Pour déterminer lequel de l'octroi ou du refus du redressement interlocutoire occasionnerait le plus d'inconvénients, il faut notamment procéder à l'examen des facteurs suivants: la nature du redressement demandé et du préjudice invoqué par les parties, la nature de la loi contestée et l'intérêt public.

En outre, la Couronne soutient qu'une fois remplies les exigences minimales concernant la preuve du

to the public interest (which in their opinion is deemed to exist), in the absence of strong evidence of a sufficiently weighty public benefit arising from the refusal of the stay, the balance of convenience favours the public authority.

préjudice irréparable causé à l'intérêt public (lequel préjudice, à son avis, est présumé) et en l'absence d'une preuve convaincante que le refus d'ordonner la suspension se traduirait par un avantage suffisamment substantiel pour l'intérêt public, la prépondérance des inconvénients favorise l'autorité publique.

19 The relief sought in this case is the application of a legislative provision which has been found to be unconstitutional. The respondents argue that, while the consequences of the loss of the right to vote are considerable, the specific harm to the respondents is the denial of a democratic right. They submit that, should the respondents not be able to vote in the upcoming election, that harm is irreparable. They argue that the harm in this case is even more serious because the respondents were excluded from the last general election in 1993 under paragraph 51(e) of the Act. They were also denied the right to vote in 1988 under the previous provisions even though that disqualification was subsequently struck down by the Supreme Court of Canada.

Le redressement recherché en l'espèce est l'application d'un texte de loi qui a été jugé inconstitutionnel. Les intimés soutiennent que si les conséquences de la perte du droit de vote sont considérables, le préjudice spécifique qu'ils risquent de subir est le déni d'un droit démocratique. Selon eux, s'ils ne sont pas en mesure de voter lors des prochaines élections, le préjudice subi sera irréparable. Ils affirment que le préjudice en l'espèce sera d'autant plus grave qu'ils ont été exclus des élections de 1993 par application de l'alinéa 51e) de la Loi. Ils ont également été privés du droit de vote en 1988 par application du texte antérieur, bien que cette inhabilité ait été subséquemment infirmée par la Cour suprême du Canada.

20 With respect to the issue of public interest, the government alone does not have a monopoly. It was stated in *RJR—MacDonald, supra*, at page 344:

Pour ce qui est de la question de l'intérêt public, l'État n'en a pas le monopole, ainsi que l'a fait observer la Cour suprême dans l'arrêt *RJR—MacDonald, supra*, à la page 344:

It is, we think, appropriate that it be open to both parties in an interlocutory *Charter* proceeding to rely upon considerations of the public interest. Each party is entitled to make the court aware of the damage it might suffer prior to a decision on the merits. In addition, either the applicant or the respondent may tip the scales of convenience in its favour by demonstrating to the court a compelling public interest in the granting or refusal of the relief sought. "Public interest" includes both the concerns of society generally and the particular interests of identifiable groups.

À notre avis, il convient d'autoriser les deux parties à une procédure interlocutoire relevant de la *Charte* à invoquer des considérations d'intérêt public. Chaque partie a droit de faire connaître au tribunal le préjudice qu'elle pourrait subir avant la décision sur le fond. En outre, le requérant ou l'intimé peut faire pencher la balance des inconvénients en sa faveur en démontrant au tribunal que l'intérêt public commande l'octroi ou le refus du redressement demandé. «L'intérêt public» comprend à la fois les intérêts de l'ensemble de la société et les intérêts particuliers de groupes identifiables.

21 In the case at bar, I have no doubt that the federal government is charged with the duty of promoting and protecting the public interest. The question is what is the public interest in this case? The applicants argue that the public interest should be found in the two pressing and substantial objectives that this legislation was found to have at trial; namely, the enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law and the enhancement of the general purposes of criminal sanctions.

En l'espèce, je ne doute pas que le gouvernement fédéral a pour responsabilité de promouvoir et de protéger l'intérêt public. La question qui se pose est de savoir quel est l'intérêt public en l'espèce. Selon les requérants, il réside dans les deux objectifs réels et pressants que la Cour a reconnus au texte de loi en question dans le jugement visé par la requête en suspension, savoir rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit, et faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale.

- 22 In my opinion, the public interest in this type of case must be considered more broadly than in the manner advocated by the applicants. I accept the applicants' submission regarding the pressing and substantial objectives of the government in passing the legislation: however, the public interest must also include the protection of democratic rights enshrined in the Charter. What could be more fundamental than the right to vote in a free and democratic society? In defining public interest, therefore, consideration must be given not only to the pressing and substantial objectives noted above, but also to the protection of rights guaranteed under the Charter.
- À mon avis, dans les affaires de ce genre, l'intérêt public doit s'entendre dans un sens plus large que celui proposé par les requérants. J'accepte leur argument quant aux objectifs réels et pressants poursuivis par le gouvernement par l'adoption du texte de loi en question, mais l'intérêt public doit aussi s'entendre de la protection des droits démocratiques consacrés par la Charte. Qu'est-ce qui pourrait être plus fondamental que le droit de vote dans une société libre et démocratique? Il s'ensuit que, pour définir l'intérêt public, il faut prendre en compte non seulement les objectifs réels et pressants susmentionnés, mais aussi la protection des droits garantis par la Charte.
- 23 In this case, can it be said that the denial of the franchise which has been declared unconstitutional by this Court is consistent with the government's role in protecting Charter rights? There may be circumstances in which a court would delay or stay the effects of an unconstitutional ruling and on several occasions the Supreme Court of Canada has done just that. For example, the Crown referred to the case of *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189 (C.A.); aff'd [1995] 2 S.C.R. 627, as authority for the proposition that a declaration of unconstitutionality could be stayed pending an appeal. I would note that *Thibaudeau* is different from this case in several ways. In the first place, while the law had been found to violate section 15 of the Charter, the harm which would be suffered if the legislation was enforced was monetary and could be compensated in damages if the finding was upheld on appeal. In this case, the respondents cannot be compensated for the denial of their right to vote in the upcoming federal election. Furthermore, no reasons were given by the Supreme Court of Canada in allowing the stay in *Thibaudeau*.
- En l'espèce, peut-on dire que le déni du droit en question, déni que la Cour a jugé inconstitutionnel, s'accorde avec le rôle du gouvernement qui est de protéger les droits garantis par la Charte? Il peut y avoir des cas où la juridiction compétente différerait ou suspendrait les effets d'un verdict d'inconstitutionnalité; c'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour suprême du Canada à plusieurs reprises. Par exemple, la Couronne a invoqué l'arrêt *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189 (C.A.); confirmé à [1995] 2 R.C.S. 627, à l'appui de l'argument qu'un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité pourrait être suspendu en attendant l'issue de l'appel. Je tiens à noter que l'affaire *Thibaudeau* est différente de l'espèce à plusieurs égards. En premier lieu, il a été certes jugé que le texte de loi en cause allait à l'encontre de l'article 15 de la Charte, mais le préjudice qui résulterait de son application serait d'ordre pécuniaire et pourrait être réparé par l'octroi de dommages-intérêts si le jugement était confirmé en appel. En l'espèce, les intimés ne sauraient être dédommagés du déni de leur droit de vote lors des prochaines élections fédérales. Enfin, la Cour suprême n'a pas motivé sa décision de confirmer la suspension dans l'affaire *Thibaudeau*.
- 24 As part of the argument in this case, the respondents referred the Court to the decision of *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at page 954, wherein Gibson J., on a motion for a stay of a constitutional decision of this Court, noted that the "short term context of a period, pending disposition
- De leur côté, les intimés invoquent la décision *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, *supra*, à la page 954, où le juge Gibson, saisi de la requête en suspension d'une décision de constitutionnalité de cette Cour, a fait observer que «le contexte à court terme d'une période, en attendant qu'il soit statué

of an appeal “was the relevant period to address in a motion for a stay. In *Schreiber* there was affidavit evidence before Gibson J. upon which he determined that the short term interference with international criminal investigations was sufficient harm to justify a stay.

sur un appel» est la période à prendre en compte en cas de requête en suspension. Dans cette affaire, le juge Gibson a été saisi d’un témoignage par affidavit sur la foi duquel il a conclu que l’ingérence à court terme dans des enquêtes criminelles internationales représentait un préjudice suffisant pour justifier la suspension.

25 I am of the opinion that a consideration of the short term impact of a stay pending an appeal is an important consideration when the Court is faced with the decision to stay an order in which a law has been declared to be contrary to the Charter. This is particularly the case on a motion for a stay where the longer term implications of declaring a provision invalid rests with the judge who has the responsibility during the trial. Similarly, that responsibility should rest with the Federal Court of Appeal and ultimately with the Supreme Court of Canada in considering the appeals on the merits.

J’estime que la prise en compte de l’effet à court terme de la suspension en attendant l’issue de l’appel est une considération importante lorsqu’il s’agit d’une ordonnance déclarant qu’un texte de loi va à l’encontre de la Charte. Cela est d’autant plus vrai que c’est le juge du fond ayant rendu le verdict d’inconstitutionnalité qui est responsable de ses effets à long terme. De même, c’est à la Cour d’appel fédérale et, en dernier ressort, à la Cour suprême du Canada que devrait incomber cette responsabilité dans le cadre de l’examen des appels au fond.

26 In this case, the respondents argue that at best the Crown’s case is one in which, over the long term, prisoner voting may erode the respect for the rule of law and undermine the criminal law sanction. Counsel for the respondents noted that evidence during the trial by one of the experts called by the Crown was to the effect that the more general development of the loss of responsibilities and duties attendant upon rights, of which prisoner voting is merely one example, would take place only after the passage of several decades and maybe even generations.

En l’espèce, les intimés soutiennent qu’au mieux, la thèse de la Couronne est que, à long terme, la participation des prisonniers au vote pourrait diminuer le respect de la primauté du droit et dévaloriser la sanction pénale. Leur avocat a fait remarquer que, selon le témoignage rendu par l’un des experts cités par la Couronne au procès, l’érosion des responsabilités et des devoirs qui vont de pair avec les droits, dont la participation des prisonniers au vote est juste un exemple, n’aurait lieu qu’après plusieurs décennies, voire plusieurs générations.

27 In weighing the balance of inconvenience, I note that the Crown only argued that irreparable harm, in this case, would be harm to the public interest. While this is of significance, the Crown did not argue that there was any administrative burden that could not be met to allow prisoners to vote, nor did they seriously argue that the vote of 14 000 prisoners disseminated throughout various ridings in Canada could affect the overall outcome of the election. In fact, everything is in place at this time for prisoners to vote. Posters have been placed in prisons advising them of the upcoming voting and steps have been taken to put the machinery for voting in place.

S’agissant de la prépondérance des inconvénients, je note que la Couronne soutient seulement que le préjudice irréparable en l’espèce serait celui causé à l’intérêt public. Bien qu’il s’agisse là d’une considération importante, la Couronne n’a pas fait état d’impératifs administratifs auxquels il serait impossible de satisfaire pour permettre aux prisonniers de voter; elle n’a pas soutenu sérieusement non plus que le vote de 14 000 prisonniers éparpillés dans différentes circonscriptions électorales du Canada pourrait influencer le résultat final du scrutin. En fait, tout est en place cette fois-ci pour que les prisonniers participent au vote. Des affiches ont été placardées dans les prisons pour les informer des élections à venir et

28 During 1996, after the filing of the Crown's notice of appeal in this matter, there were seven by-elections held under the *Canada Elections Act*. No motion for a stay of the order declaring the law to be unconstitutional was made by the Crown prior to the holding of either the March 25 or the June 17, 1996, federal by-elections. As such, prisoners voted in those by-elections. The Crown distinguished voting in a by-election from voting in a federal election because, in the latter, citizens are voting for their government. In a by-election they are voting for individual members of parliament. For the purposes of determining harm to the public interest, I am not persuaded by this distinction submitted by the Crown.

29 Counsel for the respondents further argued that all inmates were allowed to vote in the 1992 Constitutional referendum and prisoner voting is allowed in four provinces, yet no evidence was led to prove that any negative effects have been shown to arise from the participation of the inmates in those elections. There was no evidence presented, therefore, that any harm occurred to the public interest or that public confidence in the rule of law was in any way affected by those occasions in which prisoners voted.

30 Based on the evidence before me, and in weighing the public interest concerns as between the parties, I am not satisfied that in the short term the fact that prisoners might vote in the upcoming election, pending the decision in the Federal Court of Appeal, would amount to irreparable harm to the public interest. In considering the nature of the relief sought, the harm which the parties contend they would suffer and the denial of a democratic right under the Charter, I am not persuaded that, in this case, the balance of inconvenience favours the applicants.

31 Accordingly, the motion for a stay shall be dismissed and the respondents shall have their costs.

des dispositions ont été prises pour mettre les bureaux de vote en place.

28 En 1996, après le dépôt de l'avis d'appel de la Couronne en l'espèce, sept élections partielles ont eu lieu en application de la *Loi électorale du Canada*. La Couronne n'a introduit aucune requête en suspension de l'ordonnance portant inconstitutionnalité de cette Loi avant les élections fédérales partielles du 25 mars ou du 17 juin 1996. Par conséquent, les prisonniers ont voté dans ces élections partielles. La Couronne a établi une distinction entre le vote dans une élection partielle et le vote dans des élections générales fédérales parce que, dans le deuxième cas, les citoyens votent pour se choisir un gouvernement. Dans une élection partielle, ils votent pour élire un député. Pour l'appréciation du préjudice causé à l'intérêt public, ce *distinguo* proposé par la Couronne n'est pas convaincant.

29 L'avocat des intimés soutient encore que tous les détenus ont eu le droit de participer au référendum constitutionnel de 1992 et que les prisonniers ont droit de vote dans quatre provinces, sans qu'on ait eu la preuve de résultats néfastes d'une telle participation. Il n'y a donc aucune preuve qu'un préjudice quelconque a été causé à l'intérêt public ou que la confiance du public en la primauté du droit a été atteinte de quelque façon que ce soit par ces cas de participation des prisonniers au vote.

30 À la lumière des preuves produites et ayant mis dans la balance les préoccupations d'intérêt public considérées du point de vue respectif des parties, je ne suis pas convaincu que, à court terme, le fait que les prisonniers puissent voter aux prochaines élections, en attendant la décision de la Cour d'appel fédérale, causerait un préjudice irréparable à l'intérêt public. Vu la nature du redressement recherché, le risque de préjudice que les parties invoquent respectivement et le déni d'un droit démocratique garanti par la Charte, je ne suis pas convaincu que la prépondérance des inconvénients favorise les requérants en l'espèce.

31 Par ces motifs, la requête en suspension est rejetée, les requérants étant tenus aux dépens de la requête.

A-372-97

A-372-97

Richard Sauvé (*Respondent*) (*Plaintiff*)**Richard Sauvé** (*intimé*) (*demandeur*)

v.

c.

The Chief Electoral Officer of Canada, the Solicitor General of Canada, the Attorney General of Canada (*Appellants*) (*Defendants*)**Le directeur général des élections du Canada, le solliciteur général du Canada, le procureur général du Canada** (*appelants*) (*défendeurs*)

and

et

Sheldon McCorrister, Chairman, Lloyd Knezacek, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Stony Mountain Institution Inmate Welfare Committee, and Chair Woodhouse, Chairman, Aaron Spence, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Native Brotherhood Organization of Stony Mountain Institution, and Serge Belanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw (*Respondents*) (*Plaintiffs*)**Sheldon McCorrister, président, Lloyd Knezacek, vice-président, en leur nom propre et au nom du comité chargé du bien-être des détenus de l'établissement de Stony Mountain, et Clair Woodhouse, président, Aaron Spence, vice-président, en leur nom propre et au nom de la Fraternité des autochtones de l'établissement de Stony Mountain, et Serge Belanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw** (*intimés*) (*demandeurs*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Appellant*) (*Defendant*)**Le procureur général du Canada** (*appelant*) (*défendeur*)**INDEXED AS: SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SAUVÉ c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS) (C.A.)**

Court of Appeal, Hugessen, Stone and McDonald, J.J.A.—Ottawa, May 21 and 22, 1997.

Cour d'appel, juges Hugessen, Stone et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 21 et 22 mai 1997.

Practice — Judgments and orders — Stay of execution — Application to stay, pending appeal, effect of declaration Canada Elections Act provision denying certain convicts right to vote in federal Elections unconstitutional — Motions Judge did not err in applying tripartite test set out by S.C.C. in RJR—McDonald Inc. v. Canada (Attorney General) — In absence of error of law, appellate court cannot interfere with discretionary order of judge — Appeal dismissed.

Pratique — Jugements et ordonnances — Suspension d'exécution — Requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement portant inconstitutionnalité de la disposition de la Loi électorale du Canada qui prive certains condamnés du droit de vote dans les élections fédérales — Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur dans l'application du triple critère défini par la Cour suprême du Canada dans RJR—McDonald Inc. c. Canada (Procureur général) — Faute d'erreur de droit, la Cour ne peut toucher à son ordonnance discrétionnaire — Appel rejeté.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

JURISPRUDENCE

APPLIED:

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canderel Ltd. v. Canada, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993) 93 DTC 5357; 157 N.R. 380

Canderel Ltd. c. Canada, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993) 93 DTC 5357; 157 N.R. 380

(C.A.); *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241.

APPEAL from a Trial Division order ([1997] 3 F.C. 628) denying an application to stay, pending appeal, the effect of a Trial Division judgment ([1996] 1 F.C. 857; (1995), 132 D.L.R. (4th) 136; 106 F.T.R. 241) declaring paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* unconstitutional. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Glenn D. Joyal, Gerald L. Chartier for appellants (defendants).

Fergus J. O'Connor for respondent (plaintiff) Sauvé.

Arne Peltz for respondents (plaintiffs) *McCorrister et al.*

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (defendants).

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

1 MCDONALD J.A.: Having heard the able arguments of counsel, we remain unconvinced that the Motions Judge made any reviewable error [[1996] 1 F.C. 857 (T.D.)]. The granting of a stay of judgment is a discretionary matter for the Motions Judge. As was held by this Court in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3, at page 9, in the absence of an error of law, this Court cannot interfere with a discretionary order of a judge.

2 The Motions Judge correctly turned his mind to the tripartite test set out by the Supreme Court of Canada in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. He found that the Crown failed on both the second and third branches of that test. We have not been persuaded

(C.A.); *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241.

APPEL contre l'ordonnance de la Section de première instance ([1997] 3 C.F. 628) portant rejet de la requête en suspension, en attendant l'issue de l'appel, des effets du jugement ([1996] 1 C.F. 857; (1995), 132 D.L.R. (4th) 136; 106 F.T.R. 241) par lequel la Section de première instance avait déclaré inconstitutionnel l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Appel rejeté.

AVOCATS:

Glenn D. Joyal, Gerald L. Chartier pour les appelants (défendeurs).

Fergus J. O'Connor pour l'intimé (demandeur) Sauvé.

Arne Peltz pour les intimés (demandeurs) *McCorrister et al.*

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants (défendeurs).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

1 LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Après avoir entendu les habiles plaidoiries des avocats, nous ne sommes toujours pas convaincus que le juge des requêtes a commis une erreur susceptible de révision [[1996] 1 C.F. 857 (1^{re} inst.)]. Surseoir au jugement relève du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes. Comme l'a conclu la Cour dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3, à la page 9, s'il n'y a pas erreur de droit, la Cour ne peut intervenir dans l'ordonnance discrétionnaire d'un juge.

2 Le juge des requêtes a, à bon droit, examiné le critère en trois volets établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Il a conclu que le ministère public n'avait pas respecté les deuxième et troisième étapes de ce critère. Nous

that the Motions Judge erred in applying the test. Even if this Court's overall decision may have been different, it is not open to an appellate court to interfere where the Motions Judge, in exercising his discretion, made no error in law.

n'avons pas été convaincus que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a appliqué le critère. Même si la décision finale à laquelle serait arrivée notre Cour aurait pu être différente, il n'est pas loisible à une cour d'appel d'intervenir lorsque le juge des requêtes, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, n'a commis aucune erreur de droit.

3 The appeal is dismissed with costs.

L'appel est rejeté avec dépens.

3

T-744-95	T-744-95
<p>Maria Gonzalez (<i>Complainant</i>)</p> <p>and</p> <p>Canadian Human Rights Commission (<i>Commission</i>)</p> <p>v.</p> <p>Canada Employment and Immigration Commission (<i>Respondent</i>)</p> <p>and</p> <p>Human Rights Tribunal (<i>Tribunal</i>)</p> <p>INDEXED AS: GONZALEZ v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T.D.)</p>	<p>Maria Gonzalez (<i>plaignante</i>)</p> <p>et</p> <p>La Commission canadienne des droits de la personne (<i>la Commission</i>)</p> <p>c.</p> <p>La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (<i>intimée</i>)</p> <p>et</p> <p>Le Tribunal des droits de la personne (<i>le Tribunal</i>)</p> <p>RÉPERTORIÉ: GONZALEZ c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)</p>

Trial Division, Noël J.—Montréal, May 27; Ottawa, June 6, 1997.

Section de première instance, juge Noël—Montréal, 27 mai; Ottawa, 6 juin 1997.

Unemployment insurance — Reference as to whether Unemployment Insurance Act, s. 11(7) contrary to Canadian Human Rights Act as discriminatory practice based on family status in provision of services — Claimant receiving ten weeks of parental benefits for caring for adopted child — Denied five weeks of additional benefits claimed under s. 11(7) as child less than six months old when placed — Adoptive, natural parents equal with respect to parental benefits — Distinction amounting to discrimination if not justified in particular legislative context — No rational connection between age of child at time of placement and legislative objective — Act, s. 11(7) discriminating against parents of children less than six months old.

Assurance-chômage — Renvoi visant à décider si l'art. 11(7) de la Loi sur l'assurance-chômage est contraire à la Loi canadienne sur les droits de la personne en ce qu'il constituerait un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en matière de fourniture de services — La prestataire a reçu dix semaines de prestations parentales pour prendre soin d'un enfant adopté — On a refusé de lui octroyer les cinq semaines de prestations additionnelles qu'elle réclamait en vertu de l'art. 11(7) parce que l'enfant était âgé de moins de six mois lors de son placement — Les parents adoptifs et naturels doivent recevoir les mêmes prestations parentales — Une distinction est discriminatoire si elle n'est pas justifiée dans un contexte législatif donné — Il n'existe aucun lien rationnel entre l'âge de l'enfant lors de son placement et l'objet de la législation — L'art. 11(7) de la Loi constitue un acte discriminatoire à l'égard des parents d'enfants de moins de six mois.

Human rights — Unemployment Insurance Act, s. 11(7) said to contravene Canadian Human Rights Act, s. 5 on prohibited ground of family status in provision of services — Whether distinction between parents of children arriving home after or before age of six months discriminatory — Relationship between age of child, legislative objective not apparent — No rational connection between six-month age requirement, child's condition — Distinction unreasonable where no rational connection with legislative objective — Unemployment insurance system service

Droits de la personne — L'art. 11(7) de la Loi sur l'assurance-chômage serait contraire à l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne étant fondé sur un motif de distinction illicite qu'est la situation de famille en matière de fourniture de services — La distinction qui est faite entre les parents d'enfants qui arrivent à la maison après l'âge de six mois et ceux qui arrivent avant d'avoir atteint cet âge est-elle discriminatoire? — Le rapport entre l'âge de l'enfant et l'objectif législatif n'est pas évident — Il n'existe aucun lien rationnel entre l'âge

customarily available to general public under CHRA, s. 5 — Distinction in respect of age discriminatory within meaning of s. 5.

This was a reference as to whether subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act* is contrary to the *Canadian Human Rights Act* in that it creates a discriminatory practice based on family status in the provision of services. The claimant, who adopted a son born in Mexico, received ten weeks of parental benefits as provided by the *Unemployment Insurance Act* for caring for the child placed with her. However, she was denied the five weeks of additional benefits she had claimed under subsection 11(7) because one of the requirements in that subsection had not been met, namely that the child must be six months of age or older at the time of placement for the purpose of adoption. The *Unemployment Insurance Act* was amended in 1989 following a Federal Court decision, *Schachter v. Canada*, in which Strayer J. ruled that the provisions of the Act giving a preference to adoptive parents over natural parents were discriminatory. As a result of that decision, Bill C-21, providing for payment of a total of ten weeks of parental benefits to both natural and adoptive parents, and to either parent, was introduced in the House of Commons. The government subsequently amended Bill C-21 to extend parental leave by five weeks for both adoptive and natural parents, based on the two requirements found in subsection 11(7) of the Act: that the child arrives at the home after reaching the age of six months and that a certificate is issued by a medical practitioner or placement agency stating that an additional period of care is required in that the child suffers from a physical, psychological or emotional condition. The issue, as formulated in the reference, was whether subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act* contravenes the *Canadian Human Rights Act* in that it is a discriminatory practice based on family status in the provision of services.

Held, the question should be answered in the affirmative.

In analysing the purpose of the distinction between parents of children who arrive home after the age of six months and those who arrive before reaching that age, it must be assumed that Parliament acted in accordance with the law. In enacting subsection 11(7), Parliament intended to act in accordance with the principle of the equality of adoptive and natural parents with respect to parental benefits. On its face, subsection 11(7) complies with that principle, and Parliament was obliged to act in accordance

de six mois exigé et l'état de l'enfant — Une distinction est déraisonnable si elle n'a aucun lien rationnel avec l'objectif législatif — Le système d'assurance-chômage est un service destiné au public aux termes de l'art. 5 de la LCDP — La distinction fondée sur l'âge est discriminatoire au sens de l'art. 5.

Renvoi visant à décider si le paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage* est contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce qu'il crée un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en matière de fourniture de services. La prestataire, qui a adopté son fils né au Mexique, a reçu les dix semaines de prestations parentales prévues dans la *Loi sur l'assurance-chômage* pour prendre soin de l'enfant placé chez elle. Cependant, on a refusé de lui octroyer les cinq semaines de prestations additionnelles qu'elle réclamait en vertu du paragraphe 11(7) parce que l'une des conditions prévues à ce paragraphe n'était pas remplie, l'enfant devant être âgé d'au moins six mois lors du placement en vue de son adoption. La *Loi sur l'assurance-chômage* a été modifiée en 1989 à la suite de l'arrêt *Schachter c. Canada* de la Cour fédérale, dans lequel le juge Strayer a jugé que les dispositions de la Loi qui accordaient des prestations parentales aux parents adoptifs mais non aux parents naturels étaient discriminatoires. C'est à la suite de cette décision que le projet de loi C-21, qui prévoyait le versement d'un total de dix semaines de prestations parentales tant aux parents naturels qu'aux parents adoptifs et ce, à l'un ou l'autre des parents, fut déposé à la Chambre des communes. Par la suite, le gouvernement a modifié le projet de loi C-21 en prolongeant de cinq semaines le congé parental tant pour les parents adoptifs que pour les parents naturels, suivant les deux conditions que l'on retrouve au paragraphe 11(7) de la Loi: l'enfant arrive à la maison après avoir atteint l'âge de six mois et une attestation est émise par un médecin ou l'agence de placement portant que l'enfant est atteint de troubles physiques, psychologiques ou affectifs qui nécessitent la prolongation de la période de soins. La question en litige, telle que formulée dans le renvoi, était de savoir si le paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage* est contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce qu'il crée un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en matière de fourniture de services.

Jugement: la question doit recevoir une réponse affirmative.

En analysant la raison d'être de la distinction entre les parents d'enfants qui arrivent à la maison après l'âge de six mois et ceux qui arrivent avant d'avoir atteint cet âge, on doit tenir pour acquis que le Parlement est respectueux de l'état du droit. C'est dans le respect du principe de l'égalité des parents adoptifs et des parents naturels à l'égard des prestations parentales que le paragraphe 11(7) a été adopté par le Parlement. À sa face même, le paragraphe 11(7) respecte ce principe et le Parlement était tenu

with it. The mere existence of a distinction does not amount to discrimination. A distinction can give rise to discriminatory treatment only when it is made on a prohibited ground of discrimination within the meaning of section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. It may amount to discrimination if there is no reason for it in a particular legislative context or where it is irrelevant or arbitrary. The purpose of the legislation is the welfare of the child, and the means used to achieve that objective is to allow one of the parents to stay home to care for the child for the extended period by providing that parent with an alternative means of support. Any relationship between the age of the child at the time of arrival at the home and the legislative objective is not apparent. There is no rational connection between the six-month age required by subsection 11(7) and the child's condition. The need for care of a child who suffers from an illness cannot be measured by reference to the age at which he entered the home. A distinction which forms the basis for the grant of a right or privilege is unreasonable if it is devoid of any rational connection with the legislative objective. The age requirement has no relevance in the legislative context and it excludes parents of children in need of extended care on a purely arbitrary basis, solely on the ground that the children entered the home before reaching the age of six months. The distinction in respect of age is discriminatory within the meaning of section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The unemployment insurance system is a service customarily available to the general public and it does not fall outside the ambit of section 5 on the ground that it is provided by the government. Pursuant to the decision in *Schachter*, it was open to Parliament to increase, reduce or neutralize eligibility for benefits, but there was nothing that obliged it to discriminate on a prohibited ground in order to do so. Likewise, the effect of adding subsection 11(7) to Bill C-21 was to increase government expenditures by creating entitlement to extended benefits, but there was nothing to compel Parliament to discriminate on a prohibited ground in order to make up this budget envelope. Discrimination cannot be justified on the ground of budget constraints. Subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act* is discriminatory in that it incorporates the prohibited ground of family status in the provision of services, contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

de s'y conformer. La simple existence d'une distinction n'équivaut pas à de la discrimination. Ce n'est que dans la mesure où une distinction est illicite au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qu'elle est susceptible de donner lieu à un traitement discriminatoire. Une distinction est susceptible d'être discriminatoire si elle est dénudée de raison dans un contexte législatif donné, ou si elle est sans pertinence ou arbitraire. C'est le bien-être de l'enfant qui constitue l'objet de la législation et le moyen utilisé pour atteindre cet objectif est de permettre à l'un ou l'autre des parents de laisser son travail afin de procurer des soins à l'enfant pendant la période prolongée en lui fournissant un moyen alternatif de subsistance. Le rapport entre l'âge de l'enfant lors de son arrivée à la maison et l'objectif législatif n'est pas évident. Il n'existe aucun lien rationnel entre l'âge de six mois exigé par le paragraphe 11(7) et l'état de l'enfant. On ne peut aucunement mesurer l'étendue du besoin de soins d'un enfant qui souffre d'une maladie quelconque par référence à l'âge auquel il est intégré au foyer. Une distinction qui fonde l'existence d'un droit ou d'un privilège si elle est déraisonnable n'a aucun lien rationnel avec l'objectif législatif. L'exigence quant à l'âge est sans pertinence dans le contexte législatif et elle exclut sur une base purement arbitraire les parents d'enfants en besoin de soins prolongés au seul motif qu'ils sont intégrés au foyer avant d'avoir atteint l'âge de six mois. La distinction quant à l'âge est illicite au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le système d'assurance-chômage est un service offert au public et il n'y a aucune raison d'exclure ce service de la portée de l'article 5 au motif qu'il est offert par l'État. Conformément à la décision rendue dans l'affaire *Schachter*, le Parlement avait le loisir d'augmenter, de diminuer ou de neutraliser l'admissibilité aux prestations, mais rien ne l'obligeait à utiliser une distinction illicite pour ce faire. De la même façon, l'ajout du paragraphe 11(7) au projet de loi C-21 a eu pour effet d'augmenter les dépenses gouvernementales en restaurant le droit aux prestations prolongées, mais rien n'obligeait le Parlement à insérer une distinction illicite pour façonner cette enveloppe budgétaire. L'existence de la distinction illicite ne peut se justifier par des motifs de contraintes budgétaires. Le paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage* est discriminatoire en ce qu'il incorpore une distinction illicite fondée sur la situation de la famille dans la fourniture de services, en violation de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3), S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B,

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. 15.

Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 5, 15(g).
Department of Human Resources Development Act, S.C. 1996, c. 11, s. 41.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 12(7).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1502 (as am. by SOR/92-43, s. 18).
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 11(3) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9), (4) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*), 20(1) (as am. *idem*, s. 14), (2) (as am. *idem*).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 5, 15g).
Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 3.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 11(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9), (4) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*), 20(1) (mod., *idem*, art. 14), (2) (mod., *idem*).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 12(7).
Loi sur le ministère du Développement des ressources humaines, L.C. 1996, ch. 11, art. 41.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1502 (mod. par DORS/92-43, art. 18).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Schachter v. Canada, [1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (T.D.) (as to the recognition of equality of adoptive and natural parents with respect to parental benefits); *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 655; 26 B.C.A.C. 241; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Druken, [1989] 2 F.C. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.).

NOT FOLLOWED:

Schachter v. Canada, [1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (as to the immediate effect of the judgment); *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 3 C.R.C. (2d) 337 80; 108 N.R. 128 (C.A.).

REFERRED TO:

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;

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Schachter c. Canada, [1988] 3 C.F. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (1^{re} inst.) (en ce qui concerne la reconnaissance de l'égalité des parents adoptifs et naturels à l'égard des prestations parentales); *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 655; 26 B.C.A.C. 241; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241.

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Procureur général) c. Druken, [1989] 2 C.F. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.).

DÉCISIONS NON SUIVIES:

Schachter c. Canada, [1988] 3 C.F. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (en ce qui concerne l'effet immédiat du jugement); *Schachter c. Canada*, [1990] 2 C.F. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 3 C.R.C. (2d) 337 80; 108 N.R. 128 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

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; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-21. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 18 (September 28, 1989), at pages 18:110-18:111.

House of Commons Debates, Vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., 1989, at page 4712.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-21. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 18 (28 septembre 1989), aux pages 18:110 et 18:111.

Débats de la Chambre des communes, vol. IV, 2^e sess., 34^e Lég., 1989, à la page 4712.

REFERENCE as to whether subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act* is contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act* in that it is a discriminatory practice based on family status in the provision of services. Question answered in the affirmative.

RENOI visant à décider si le paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage* est contraire à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce qu'il constitue un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en matière de fourniture de services. Réponse affirmative.

COUNSEL:

François Lumbu and Odette Lalumière for Canadian Human Rights Commission.

Carole Bureau and Paul Deschênes for respondent.

AVOCATS:

François Lumbu et Odette Lalumière pour la Commission canadienne des droits de la personne.

Carole Bureau et Paul Deschênes pour l'intimée.

SOLICITORS:

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for Canadian Human Rights Commission.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

La Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

1 NOËL J.: This is a reference at the request of the Attorney General of Canada on a question relating to the constitutional validity, applicability or effect of subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act*.¹ More specifically, the issue is whether that subsection is contrary to the *Canadian Human Rights Act*² in that it is a discriminatory practice based on family status in the provision of services.

1 LE JUGE NOËL: Il s'agit du renvoi, à la demande du procureur général du Canada, d'une question portant sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, du paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage*.¹ Plus particulièrement, il s'agit de savoir si ledit paragraphe est contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*² en ce qu'il constituerait un acte discriminatoire fondé sur

I THE FACTS

2 The facts, which are not in issue, are set out in the parties' joint file:

[TRANSLATION] On or about December 3, 1992, Maria Gonzalez adopted her son Marc-Antoine Lessard, who was born in Mexico on September 19, 1992. On or about December 6, 1992, Maria Gonzalez brought her son home from Mexico.

On or about December 11, 1992, Maria Gonzalez made a claim for benefits under the *Unemployment Insurance Act*, and received ten weeks of parental benefits, as provided for caring for the child placed with her for the purpose of adoption.

On or about February 10, 1993, the Canada Employment and Immigration Commission refused to give Ms. Gonzalez the five weeks of additional benefits she was claiming under subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act* because one of the requirements in that subsection had not been met, namely that the child in question must be six months of age or older at the time of placement for the purpose of adoption.

As section 79 of the *Unemployment Insurance Act* allowed her to do, Ms. Gonzalez appealed that decision to the board of referees, which heard the case and dismissed the appeal on April 6, 1993, for the same reason.

On or about April 7, 1993, Ms. Gonzalez was informed of her right to appeal the decision of the board of referees to the umpire.

On or about August 27, 1993, Ms. Gonzalez filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that the Canada Employment and Immigration Commission had engaged in discriminatory practices based on family status in the provision of services by denying her benefits under subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act*, contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

On or about June 3, 1994, the complaint to the Canadian Human Rights Commission was amended to add a second ground for the complaint, namely age.

Under subsection 49(1.1) of the *Canadian Human Rights Act*, the Canadian Human Rights Commission referred the complaint to a Human Rights Tribunal for inquiry solely on the ground of family status; a Tribunal was established

la situation de famille en matière de fourniture de services.

I LES FAITS

Les faits ne font pas objet de litige, et sont exposés dans le dossier conjoint des parties: 2

Le ou vers le 3 décembre 1992, M^{me} Maria Gonzalez a adopté son fils Marc-Antoine Lessard, né au Mexique le 19 septembre 1992. Le ou vers le 6 décembre 1992, M^{me} Maria Gonzalez a ramené du Mexique son fils.

Le ou vers le 11 décembre 1992, M^{me} Maria Gonzalez a formulé une demande de prestations en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*, et reçu les dix (10) semaines de prestations parentales, prévues pour les soins à donner à l'enfant placé chez elle en vue de son adoption.

Le ou vers le 10 février 1993, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a refusé d'octroyer à M^{me} Gonzalez les cinq (5) semaines de prestations additionnelles qu'elle réclamait en vertu du paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage* parce que l'une des conditions prévues à cet article n'était pas rencontrée, à savoir que l'enfant en question doit être âgé d'au moins six (6) mois lors du placement en vue de son adoption.

Comme le lui permettait l'article 79 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, M^{me} Gonzalez a interjeté appel de cette décision devant le conseil arbitral lequel, après audition de la cause, a rejeté l'appel le 6 avril 1993 pour le même motif.

Le ou vers le 7 avril 1993, M^{me} Gonzalez a été informée de son droit d'en appeler de la décision du conseil arbitral au juge-arbitre.

Le ou vers le 27 août 1993, M^{me} Gonzalez déposait une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne alléguant que la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada avait posé des actes discriminatoires fondés sur la situation de famille en matière de fourniture de services en lui refusant des prestations aux termes du paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage* et ce, en contravention de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le ou vers le 3 juin 1994, la plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne fut modifiée afin d'ajouter un second motif comme fondement de la plainte, soit celui de l'âge.

En vertu du paragraphe 49(1.1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission canadienne des droits de la personne a référé pour enquête au Tribunal des droits de la personne la plainte portant uniquement sur

on January 18, 1995 and replaced on March 25, 1995.

On or about April 13, 1995, under subsection 18.3(2) of the *Federal Court Act*, the Attorney General of Canada referred the question of the constitutional validity, applicability and effect of subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act* to the Federal Court—Trial Division for hearing and determination.³

3 I would add that the notices provided for in section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)] were served on the Attorney General of each of the provinces and that none of them chose to intervene. The Canadian Human Rights Commission (the Commission) did join these proceedings as a party in accordance with Rule 1502 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/92-43, s. 18)]. This reference was made subject to the procedure governing applications for judicial review, pursuant to the directions issued by Pinard J. on May 18, 1995. In those directions, Pinard J. also ordered the Tribunal hearing Ms. Gonzalez's complaint to refrain from considering the question that was the subject of the reference before the Court had disposed of it.

II HISTORY OF SUBSECTION 11(7) OF THE UI ACT

4 On January 1, 1984, when Bill C-156 was enacted [*An Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 3], Parliament for the first time provided for the payment of benefits to either parent for a maximum of fifteen weeks when an adopted child entered the home.⁴ These benefits were referred to as "parental" benefits and were available only to adoptive parents.

5 In the report that it published on October 23, 1987, the Commission recommended that the UI Act be amended to provide fifteen additional weeks of parental benefits to natural parents, either of whom would be able to claim them, as in the case of the benefits provided to adoptive parents.⁵ In the same breath, the Commission confirmed that "maternity"

le motif de la situation de famille et un tribunal fut constitué le 18 janvier 1995 et remplacé le 25 mars 1995.

Le ou vers le 13 avril 1995, au terme du paragraphe 18.3(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le Procureur général du Canada renvoyait devant la Cour fédérale, Section de première instance pour audition et jugement de la question de la validité, de l'applicabilité et de l'effet sur le plan constitutionnel de l'article 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage*³.

J'ajouterais que les avis prévus à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)] ont été signifiés au procureur général de chacune des provinces et qu'aucun d'entre eux a choisi d'intervenir. La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) s'est jointe au présent recours à titre de partie conformément à la Règle 1502 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/92-43, art. 18)]. Le présent renvoi fut assujéti à la procédure régissant les contrôles judiciaires conformément aux directives émises par le juge Pinard en date du 18 mai 1995. Par cette même directive, le juge Pinard a ordonné au tribunal saisi de la plainte de M^{me} Gonzalez de s'abstenir de considérer la question qui fait l'objet du renvoi avant que la Cour n'en dispose.

II GENÈSE DU PARAGRAPHE 11(7) DE LA LAC

4 Le 1^{er} janvier 1984, lors de l'adoption du projet de loi C-156 [*Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 3], le législateur permettait pour la première fois le paiement de prestations à l'un ou l'autre des parents pour une période maximum de quinze semaines à l'occasion de l'intégration au foyer d'un enfant adoptif⁴. Ces prestations étaient dites «parentales» et n'étaient disponibles qu'aux parents adoptifs.

5 Dans le rapport qu'elle publiait le 23 octobre 1987, la Commission recommandait que la LAC soit modifiée afin d'offrir quinze semaines supplémentaires de prestations parentales aux parents naturels dont l'un ou l'autre des parents pourrait profiter tout comme dans le cas des prestations offertes aux parents adoptifs⁵. Du même souffle, la Commission

benefits were by nature intended to provide for the needs of the natural mother during the period surrounding her pregnancy and confinement and should be preserved.⁶

- 6 On June 7, 1988, the Federal Court—Trial Division heard an application by a natural father who was claiming benefits to care for his newborn child, on the same basis as adoptive parents, when his wife returned to work.⁷ After acknowledging the distinct nature of maternity benefits, Strayer J. held that the provisions of the UI Act that denied parental benefits to natural fathers caring for infant children so that the mothers could return to paid employment, even though adoptive parents received such benefits, were discriminatory. The essence of the opinion stated by Strayer J. on this question was as follows:

In the light of the evidence I am satisfied that the distinction which excludes natural parents from the opportunity of receiving unemployment insurance benefits in respect of a period for child-care of an infant is pejorative or of negative effect. Further, it is a substantial disadvantage which the natural parents suffer in this way. This meets the test for infringement of subsection 15(1) of the Charter in accordance with jurisprudence such as the *Smith, Kline & French* case which is binding on me. Because of the tenuous nature of the jurisprudence on this subject, however, and the impending decision of the Supreme Court of Canada in the *Andrews* case where a more stringent test was applied to establish infringement of subsection 15(1), I will make a finding also that the distinctions in question here constitute discrimination even when measured by those more rigorous tests. The *Andrews* line of cases requires that for there to be infringement of subsection 15(1) the distinction in question must be “unreasonable or unfair”. As I have already indicated, on the face of it this distinction between adoptive and natural parents has nothing to commend it. While the evidence does suggest that section 32 is inclusive of situations which are not comparable to those of natural parents, I am satisfied that there is still a substantial area of comparability where benefits are significantly different. Such distinctions as may exist between natural and adoptive parents can be accommodated within the test that benefits are payable where it is “reasonable” for the parent to stay home with the child. I find the failure to make benefits on this basis available to one group and not the other is unreasonable and unfair.⁸

affirmait que les prestations dites de «maternité» étaient de par leur nature destinées aux besoins de la mère naturelle pendant la période entourant la grossesse et l'accouchement et devaient être maintenues⁶.

Le 7 juin 1988, la Cour fédérale, Section de première instance, était saisie de la demande d'un père naturel qui réclamait au même titre que les parents adoptifs des prestations pour s'occuper de son nouveau-né tandis que sa femme avait repris le travail⁷. Le juge Strayer après avoir reconnu le caractère distinct des prestations de maternité, a jugé que les dispositions de la LAC, qui refusaient d'accorder le bénéfice des prestations parentales aux pères naturels qui s'occupaient des enfants nouveaux-nés afin de permettre aux mères la possibilité de retourner à un emploi rémunérateur tandis que les parents adoptifs en bénéficiaient, étaient discriminatoires. L'essentiel de l'opinion du juge Strayer sur cette question fut exprimée comme suit:

Ces éléments de preuve me convainquent que la distinction qui prive les parents naturels de la possibilité de recevoir des prestations d'assurance-chômage à l'égard de la période qu'ils consacrent au soin d'un nouveau-né est péjorative ou est d'un effet négatif. De plus, cette distinction cause aux parents naturels un désavantage considérable. Se trouve donc rempli le critère de la violation du paragraphe 15(1) de la Charte, critère établi par la jurisprudence tel l'arrêt *Smith, Kline & French*, par lequel je me trouve lié. Étant donné le caractère tenu de la jurisprudence à ce sujet, et la décision imminente de la Cour suprême dans l'affaire *Andrews*, où un critère plus strict a été appliqué pour établir la violation du paragraphe 15(1), je statuerai également que les distinctions contestées en l'espèce constituent une discrimination même lorsqu'on les mesure à l'aune des critères plus rigoureux. Selon les décisions du même type que l'arrêt *Andrews*, pour qu'il y ait violation du paragraphe 15(1), la distinction en question doit être «déraisonnable ou injuste». Ainsi que je l'ai indiqué, cette distinction entre les parents adoptifs et les parents naturels, si on s'en tient à celle-ci, n'a rien qui milite en sa faveur. Même si la preuve laisse entendre que l'article 32 vise sans doute des situations qui ne sont pas comparables à celles que vivent les parents naturels, je suis convaincu qu'il vise néanmoins nombre de situations comparables à celles que connaissent les parents naturels et qui ouvrent tout de même droit à des prestations considérablement différentes de celles qui sont versées à ces derniers. Le critère selon lequel des prestations sont payables lorsqu'il est «raisonnable» pour un parent de rester à la maison avec l'enfant est susceptible de réconcilier les distinctions qui peuvent exister entre les parents naturels

et les parents adoptifs. Cela étant, j'estime déraisonnable et injuste d'accorder des prestations aux seconds et non aux premiers⁸.

7 As a result of this decision, Bill C-21 was introduced in the House of Commons for first reading on June 1, 1989. It provided, *inter alia*, for payment of a total of ten weeks of parental benefits to both natural and adoptive parents, and to either parent.⁹

C'est suite à cette décision que le projet de loi C-21 fut présenté à la Chambre des communes pour première lecture en date du 1^{er} juin 1989. Il prévoyait, entre autres, le versement d'un total de dix semaines de prestations parentales tant aux parents naturels qu'aux parents adoptifs et ce, à l'un ou l'autre des parents⁹.

8 On September 28, 1989, the legislative committee responsible for examining the Bill [Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-21. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 18] heard submissions from the Open Door Society,¹⁰ a group of adoptive parents, urging that Bill C-21 be amended.¹¹ On that date, the representatives of that group, Ms. Atkins and Ms. Umbach, appeared before the parliamentary committee examining the Bill and stated the following:

Un comité législatif chargé d'étudier ce projet de loi [Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-21. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 18] a entendu, le 28 septembre 1989, les représentations de la «Open Door Society»¹⁰, un groupe de parents adoptifs en vue de modifier le projet de loi C-21¹¹. C'est ainsi que les représentantes de ce groupe, M^{mes} Atkins et Umbach, ont déclaré, le 28 septembre 1989, devant le comité parlementaire chargé de l'étude du projet de loi ce qui suit:

The government made no mention of the special needs of many of the infants and older children adopted today. Are you aware that many of the babies placed today come from difficult backgrounds including serious mental illness, drug and alcohol addiction, and the increasing possibility of AIDS? Are you also aware that most of the children over the age of six months come from backgrounds of serious trauma, including physical or sexual abuse, emotional and physical deprivation, and neglect?

Le gouvernement n'a nullement mentionné les besoins spéciaux d'un grand nombre de nourrissons et d'enfants plus âgés qu'on adopte aujourd'hui. Savez-vous que bon nombre des bébés adoptés aujourd'hui viennent de milieux difficiles, où l'on observe de graves troubles mentaux, la consommation de drogue et d'alcool et les risques de transmission du sida? Savez-vous que la plupart des enfants âgés de plus de six mois sont issus d'un milieu où ils ont connu des traumatismes graves, y compris des voies de fait ou des abus sexuels, des privations affectives et physiques et l'absence de soins?

The government presented such an incomplete and inadequate case that the federal court judge had no choice but to find section 32 inequitable. Adoptive parents should not be punished because the government presented a poor defence.

Or, la plaidoirie du gouvernement était tellement incomplète et insuffisante que le juge de la Cour fédérale ne pouvait que conclure que l'article 32 n'était pas équitable. Cependant, les parents adoptifs ne devraient pas être punis, simplement parce que le gouvernement s'est mal défendu.

Ms Atkins: My role is to set the stage for the solution. We think the government can borrow from the federal court decision in a way that is virtually costless and does not punish adoptive parents. Our proposed solution is costless, just, and Charter-proof.

M^{me} Atkins: C'est moi qui vous présenterai la solution que nous avons conçue. Nous estimons que le gouvernement peut profiter de la décision de la Cour fédérale pour proposer une solution qui ne coûterait rien et ne punirait pas les parents adoptifs. Cette solution est donc gratuite, juste et conforme aux exigences de la Charte des droits.

Let me start by explaining the cost. There are 140,000 to 150,000 natural-mother claimants and less than 2,000 adoptive claimants per year through the UI system. Clearly, we must avoid providing equivalent benefits for natural and adoptive parents. In other words, 15 weeks par-

Parlons d'abord des coûts. Il y a entre 140,000 et 150,000 mères naturelles qui réclament des prestations de maternité, et moins de 2,000 mères adoptives par année qui reçoivent des prestations d'assurance-chômage. Nous devons manifestement éviter d'accorder des prestations

ental benefits instead of the 10 proposed might cost an additional \$150 million if it were extended to all natural parents claiming benefits. So we must define the solution in a way that is not automatically extended to natural parents, but ensures that the inequity is addressed.

Ms Umbach: We propose that you add a provision to the parental benefits clause. It should provide an extra 10 weeks or 15 weeks child care leave where children, for example, six months or older, are placed or received in the home for the first time. Require certification from the provincial welfare agency that the child in question has an emotional or physical history such that it is reasonable that the extra weeks be granted, over and above the 10-week parental benefit. This solution would cover close to 80% of adoptive children.

Since it would not exclude natural parents, for example, in the case of an infant hospitalized for its first six months of life, it would respect the Charter's interpretation. Yet it would cost very little. Except in very rare cases, only adoptive parents would qualify—fewer than 3,000 cases per year.

Honourable members, adoptive parents and their children should not be punished or put at risk. But if the adoption benefits provision of proposed Bill C-21 stay as they are, we feel this is exactly what will happen.

The child-care provision we have proposed, which would theoretically be available to natural parents as well, is a concrete way to rectify this inadvertent injustice. We do feel that Justice Strayer erred in his decision. Adoptive parenthood is not comparable in many aspects to natural parenthood. Ideally, all adoptive parents would qualify for greater parental benefits, and this is less than a perfect solution.¹²

9 After considering the various briefs, the government then went back to the House and proposed an amendment to Bill C-21:

Mr. Bill Kempling (Parliamentary Secretary to Minister of Employment and Immigration): Mr.

équivalentes aux parents naturels et aux parents adoptifs. Autrement dit, si l'on accordait 15 semaines de prestations parentales plutôt que les 10 proposées dans le projet de loi, cela pourrait coûter 150 millions de dollars de plus au gouvernement si une telle allocation était reconnue à tous les parents naturels qui réclament des prestations. Nous devons donc trouver une solution telle que les parents naturels ne bénéficient pas automatiquement des prestations, et qu'on corrige le manque d'équité des propositions du projet de loi.

M^{me} Umbach: Nous proposons que vous ajoutiez une disposition supplémentaire à l'article portant sur les prestations parentales. Elle devrait offrir 10 semaines ou 15 semaines supplémentaires de congé parental, dans le cas où l'enfant adopté a six mois au moins. Il faudrait aussi que l'organisme provincial de bien-être social délivre un certificat attestant que l'enfant en question a des antécédents tels, par exemple sur le plan émotif ou physique, qu'il est raisonnable d'accorder des semaines supplémentaires de prestations parentales, au-delà de la limite de 10 semaines. Cette solution couvrirait près de 80 p. 100 des enfants adoptifs.

Étant donné qu'elle n'exclurait pas les parents naturels, par exemple, de l'enfant hospitalisé pendant ses six premiers mois, cette solution serait conforme à l'interprétation de la Charte. Et pourtant, un tel régime coûterait très peu. Sauf dans des cas très rares, seuls les parents adoptifs y auraient droit cependant, ce qui ne fait que 3,000 cas par année.

Distingués membres du Comité, les parents adoptifs et leurs enfants ne devraient pas être pénalisés ni leurs chances amoindries. Toutefois, si les dispositions relatives à l'adoption qui figurent dans le projet de loi C-21 demeurent telles quelles, nous estimons que c'est précisément ce qui passera.

La disposition relative à l'entretien d'enfants que nous avons proposée, et qui, en principe serait aussi accessible aux parents naturels, représente un moyen concret d'empêcher une injustice involontaire. Nous estimons que le juge Strayer s'est trompé. La situation des parents adoptifs est très différente à bien des égards de celle des parents naturels. Dans un monde idéal, tous les parents adoptifs devraient avoir droit à des prestations parentales plus élevées, et ce que nous proposons est donc moins qu'idéal¹².

Après avoir considéré les divers mémoires, le 9 gouvernement s'est ensuite présenté en Chambre et a proposé un amendement au projet de loi C-21:

M. Bill Kempling (secrétaire parlementaire de la ministre de l'Emploi et de l'Immigration): Monsieur le

Speaker, I want to deal particularly with amendment No. 6 as listed in *Votes and Proceedings*, because several members have dealt with this matter of adoptive benefits. Indeed, we had several briefs that addressed this matter when the legislative committee was travelling, and the minister with this amendment is endeavouring to answer the requests of the various people who have appeared before the committee on it.

On behalf of the Minister of Employment and Immigration I am pleased to discuss this amendment to clause 9 of Bill C-21. It provides for an additional five weeks of parental benefits, fifteen weeks rather than ten, in cases where a child six months of age or older enters the home for the first time. To be eligible for this added benefit the claimant will have to submit a certificate from a medical practitioner or the agency which places the child with the parents. This certificate will confirm that the child suffers from a physical, psychological or emotional condition requiring an additional period of parental care.

This amendment addresses the special circumstances parents face when an infant has been institutionalized or otherwise prevented from going home for an extended period after birth. It will also be relevant in adoption cases where the children are six months of age or older. It is estimated that this covers approximately 90 per cent of the adoptions in Canada. When a child six months of age or older is entering a home for the first time, regardless of the reasons, it makes sense that a parent needs an extended period of time to welcome that child, establish daily routines, and develop a secure parent-child relationship.¹³

10 On October 4, 1989, the government amended Bill C-21 to extend parental leave by five weeks for both adoptive parents and natural parents, based on the two requirements found in subsection 11(7) of the Act: that the child arrives at the home after reaching the age of six months and that a certificate is issued stating that an additional period of care is required.¹⁴ Bill C-21 was passed by the House of Commons on November 6, 1989 [S.C. 1990, c. 40].

11 Thus, the UI Act provides at present that parental benefits may be divided between the two parents, up to a maximum of ten weeks, and that a five-week extension may be given where the two prerequisites in subsection 11(7), set out *supra*, are met.

Président, je voudrais traiter tout particulièrement de la motion n° 6 telle qu'elle figure au *Procès-verbaux* car plusieurs députés ont parlé des prestations dans les cas d'adoption. Plusieurs mémoires nous ont été soumis sur le sujet au cours des pérégrinations du comité, et le ministre, par cet amendement, tente de répondre aux requêtes de divers témoins.

Je traite avec plaisir de cet amendement à l'article 9 du projet de loi au nom de la ministre de l'Emploi et de l'Immigration. L'amendement accorde cinq semaines supplémentaires de prestations, soit 15 semaines au lieu de 10, dans les cas où un enfant d'au moins six mois arrive pour la première fois à la maison. Pour être admissible à ces prestations supplémentaires, le requérant devra produire l'attestation d'un médecin ou de l'agence de placement. Ce certificat confirmera que l'enfant est atteint de troubles physiques, psychologiques ou émotifs qui nécessitent la prolongation de la période de soins.

Cet amendement répond aux circonstances spéciales où sont placés les parents d'un enfant qui, pendant une longue période après la naissance, a été placé dans un établissement ou n'a pu être ramené à la maison. Il s'appliquera aussi aux cas d'adoption d'enfants d'au moins six mois, dont on estime la proportion à 90 p. 100 au Canada. Lorsque, pour une raison ou une autre, un enfant de plus de six mois entre dans un foyer pour la première fois, il est normal que le parent ait besoin d'une période supplémentaire pour l'accueillir, établir une routine et créer un lien fort entre lui et l'enfant¹³.

10 Le 4 octobre 1989, le gouvernement a modifié le projet de loi C-21 en prolongeant de cinq semaines le congé parental tant pour les parents adoptifs que pour les parents naturels, suivant les deux conditions que l'on retrouve au paragraphe 11(7) de la Loi, soit d'une part que l'enfant arrive à la maison après avoir atteint l'âge de six mois et qu'une attestation soit émise à l'effet qu'une période de soins prolongés est requise¹⁴. Le projet de loi C-21 fut adopté par la Chambre des communes le 6 novembre 1989 [L.C. 1990, ch. 40].

11 C'est donc qu'à l'heure actuelle, la LAC prévoit que les prestations parentales peuvent être partagées entre les deux parents jusqu'à un maximum de dix semaines et qu'une prolongation de cinq semaines est possible lorsque les deux conditions du paragraphe 11(7) énoncées précédemment sont remplies.

III QUESTION BEFORE THE COURT

12 In the reference by the Attorney General of Canada, the following question was submitted:

[TRANSLATION] Is subsection 11(7) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, contrary to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, in that it is a discriminatory practice based on family status in the provision of services?

IV RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

(A) *Canadian Human Rights Act*

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.

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.

...

5. It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

- (a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or
- (b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

...

15. It is not a discriminatory practice if

...

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or

III QUESTION DEVANT LA COUR

12 Lors du renvoi, le procureur général du Canada a soumis la question suivante:

Le paragraphe 11(7) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985) ch. U-1, est-il contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985) ch. H-6, en ce qu'il constituerait un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en matière de fourniture de services?

IV DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

A) *Loi canadienne sur les droits de la personne*

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 graciée ou la déficience.

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés 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 graciée ou la déficience.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

...

5. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public:

- a) d'en priver un individu;
- b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

...

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

...

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au

accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is *bona fide* justification for that denial or differentiation.

- (B) *Unemployment Insurance Act* [ss. 11(3) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9), (4) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*), 20(1) (as am. *idem*, s. 14), (2) (as am. *idem*)]

11. . . .

(3) Subject to subsection (7), the maximum number of weeks for which benefit may be paid in a benefit period

- (a) for the reason of pregnancy is fifteen;
 (b) for the reason of caring for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption is ten; and
 (c) for the reason of prescribed illness, injury or quarantine is fifteen.

(4) Subject to subsection (7), the maximum number of weeks for which benefit may be paid

- (a) in respect of a single pregnancy is fifteen; and
 (b) in respect of caring for one or more new-born or adopted children as a result of a single pregnancy or placement is ten.

. . .

(7) The maximum number of ten weeks specified in paragraphs (3)(b) and (4)(b) is extended to fifteen weeks where

- (a) a child referred to in paragraph (3)(b) or (4)(b) is six months of age or older at the time of the child's arrival at the claimant's home or actual placement with the claimant for the purpose of adoption; and
 (b) a medical practitioner or the agency that placed the child certifies that the child suffers from a physical, psychological or emotional condition that requires an additional period of parental care.

. . .

20. (1) Notwithstanding section 14, but subject to this section, benefit is payable to a major attachment claimant to remain at home to care for one or more new-born children of that claimant or one or more children placed with that claimant for the purpose of adoption pursuant to the laws governing adoption in the province in which that claimant resides.

public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire.

- B) *Loi sur l'assurance-chômage* [art. 11(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9), (4) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*), 20(1) (mod., *idem*, art. 14), (2) (mod., *idem*)]

11. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (7), le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est:

- a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;
 b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, dix semaines;
 c) dans le cas de maladie, blessure ou mise en quarantaine prévue par les règlements, quinze semaines.

(4) Sous réserve du paragraphe (7), les prestations ne peuvent être versées pendant plus de quinze semaines, dans le cas d'une seule et même grossesse, ou plus de dix, dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés d'une même grossesse ou du placement de un ou plusieurs enfants chez le prestataire en vue de leur adoption.

. . .

(7) Le nombre maximal de dix semaines visé à l'alinéa (3)(b) et au paragraphe (4) est porté à quinze lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) l'enfant en question est âgé d'au moins six mois à son arrivée à la maison ou lors du placement en vue de son adoption;
 b) un médecin ou l'agence responsable du placement atteste que l'enfant est atteint de troubles physiques, psychologiques ou affectifs qui nécessitent la prolongation de la période de soins.

. . .

20. (1) Par dérogation à l'article 14 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie pour demeurer à la maison pour prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés auprès de lui en vue de leur adoption, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside.

(2) Subject to section 11, benefit under this section is payable for each week of unemployment in the period

(a) that begins with the week in which the new-born child or children arrive at the claimant's home or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption; and

(b) that ends fifty-two weeks after the week in which the new-born child or children arrive at the claimant's home or the child or children are actually placed with the claimant for the purpose of adoption.

(2) Sous réserve de l'article 11, les prestations visées au présent article sont payables pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui:

a) commence avec la semaine au cours de laquelle le ou les nouveau-nés arrivent à la maison ou le ou les enfants sont réellement placés auprès du prestataire en vue de leur adoption;

b) se termine cinquante-deux semaines après la semaine au cours de laquelle le ou les nouveau-nés arrivent à la maison ou le ou les enfants sont ainsi placés.

V POSITION OF THE PARTIES

13 The Commission argues that subsection 11(7) of the UI Act discriminates on the prohibited ground of family status in the provision of services, contrary to section 5 of the CHRA. More specifically, the Commission argues that the effect of this discrimination is to deny additional benefits to adoptive and natural parents of children even when the children need parental care in accordance with the criteria set out in the Act, solely on the ground that they are less than six months of age when they arrive at the home. According to the Commission, that criterion is arbitrary and irrelevant and has a discriminatory effect on families which happen to receive their children in the home before they reach the age of six months.

14 The Attorney General of Canada, on behalf of himself and the respondent, argues that subsection 11(7) of the UI Act is not contrary to section 5 of the CHRA because it is not a discriminatory practice in the provision of services based on family status. According to the Attorney General, subsection 11(7) does not discriminate on the prohibited ground of family status since it treats biological and adoptive families in exactly the same manner. He added that the impugned distinction is based on the age of the child and that this is a personal characteristic of the child, not of the child's parents or family. According to the Attorney General, the child's age cannot be cited as a ground of discrimination based on family status.

15 If subsection 11(7) does differentiate adversely in relation to access to benefits on a prohibited ground

V POSITION DES PARTIES

13 La Commission prétend que le paragraphe 11(7) de la LAC crée une distinction illicite fondée sur la situation de famille dans la fourniture de services en violation de l'article 5 de la LCDP. Plus particulièrement, la Commission prétend que cette distinction a comme effet d'exclure du bénéfice des prestations additionnelles les parents adoptifs et naturels d'enfants alors même que ces enfants seraient en besoin de garde parentale selon les critères retenus par la Loi au seul motif qu'ils sont âgés de moins de six mois lors de leur arrivée à la maison. Selon la Commission, ce dernier critère est arbitraire, sans pertinence et a un effet discriminatoire sur les familles qui s'adonnent à recevoir leur enfants à la maison avant qu'ils aient atteint l'âge de six mois.

14 Le procureur général du Canada, en son nom propre et au nom de l'intimée, prétend que le paragraphe 11(7) de la LAC n'est pas contraire à l'article 5 de la LCDP parce qu'il ne constitue pas un acte discriminatoire fondé sur la situation de la famille en matière de fourniture de services. Selon le procureur général, le paragraphe 11(7) n'opère aucune distinction illicite sur la base de la situation de la famille puisqu'il traite les familles biologiques et adoptives exactement de la même façon. Il ajoute que la distinction attaquée repose sur l'âge de l'enfant et qu'il s'agit là d'une caractéristique personnelle qui appartient à l'enfant et non pas à ses parents ou sa famille. Selon le procureur général, l'âge de l'enfant ne peut être invoqué comme motif de distinction fondé sur la situation de la famille.

15 Dans la mesure où le paragraphe 11(7) défavorise l'accès aux prestations pour un motif de distinction

of discrimination, the Attorney General argues that Parliament had a *bona fide* justification for doing so within the meaning of section 5 of the CHRA and accordingly that subsection 11(7) is not a discriminatory practice. The Attorney General submits that Bill C-21 was introduced in a context of budget cuts. At that time, Parliament had to make choices, and one of those choices was to set the number of weeks of parental benefits that could be granted at ten. The exceptional five-week extension added to the Bill was intended only for parents who met the two requirements imposed. According to the Attorney General, this was a free and informed choice, stemming from budget constraints. As such, that choice should not be subject to review by the Court.

VI ANALYSIS AND DECISION

16 Before addressing the essence of this matter, it would be wise to recall that Bill C-21, as it was introduced in the House of Commons for the first time on June 1, 1989, gave full effect to the judgment in *Schachter*. In that case, Strayer J. had ordered that natural parents be allowed to claim benefits equal to those paid to adoptive parents. However, he had left it to Parliament to determine how that objective should be achieved:

Instead I consider it appropriate and just to . . . leave it to Parliament to remedy the situation in accordance with the Charter, either by extending similar benefits to natural parents, or by eliminating the benefits given to adoptive parents, or by some provision of more limited benefits on an equal basis, to both adoptive and natural parents in respect of child-care. I am not in effect telling Parliament that it must follow one route or the other: all I am determining is that if it is going to provide such benefits it must provide them on a non-discriminatory basis. I am prepared to assume at this stage that Parliament will take the necessary action to render equal a system of benefits found by this Court to be unequal.¹⁵

17 In response to that decision, Parliament could have saved public funds by reducing benefits to ten weeks for everyone; added to its expenditures by increasing benefits to fifteen weeks for everyone; or neutralized the monetary effect of the decision by reducing benefits to the level required for that pur-

illicite, le procureur général prétend que le législateur avait un motif justifiable pour agir ainsi au sens de l'article 5 de la LCDP et que donc le paragraphe 11(7) ne constitue pas un acte discriminatoire. Le procureur général soumet que c'est dans un contexte de restrictions budgétaires que le projet de loi C-21 a été présenté. À cette occasion, le Parlement a dû faire des choix et l'un d'eux fut d'établir à dix le nombre de semaines de prestations parentales pouvant être octroyé. La prolongation exceptionnelle de cinq semaines ajoutée au projet de loi était destinée aux seuls parents qui rencontraient les deux conditions stipulées. Selon le procureur général il s'agit là d'un choix libre et éclairé, découlant des contraintes budgétaires. À ce titre, ce choix ne devrait pas être assujéti à l'examen de la Cour.

VI ANALYSE ET DÉCISION

Avant d'aborder le sujet comme tel, il est utile de se rappeler que le projet de loi C-21 tel qu'il fut présenté à la Chambre des communes pour la première fois, le 1^{er} juin 1989, donnait pleinement effet au jugement rendu dans l'arrêt *Schachter*. Le juge Strayer dans cette affaire avait ordonné que les parents naturels puissent obtenir des prestations égales à celles versées aux parents adoptifs. Il avait cependant laissé au Parlement le soin de déterminer comment cet objectif devait être atteint:

J'estime plutôt convenable et juste de . . . de laisser au législateur le soin de remédier à la situation conformément à la Charte, soit en étendant de semblables prestations aux parents naturels, soit en éliminant les prestations accordées aux parents adoptifs, soit en prévoyant des prestations plus restreintes dont bénéficieraient également les parents tant adoptifs que naturels à l'égard du soin des enfants. Je n'entends pas imposer au législateur une solution ou une autre: je dis simplement que s'il veut prévoir des prestations, il doit les prévoir de façon non discriminatoire. Je suis disposé à présumer, à ce stade, que le législateur va prendre la mesure nécessaire pour égaliser un système de prestations que cette Cour juge injuste¹⁵.

Suite à cette décision, le Parlement pouvait donc sauver des deniers publics en réduisant les prestations à dix semaines pour tous; ajouter à ses dépenses en augmentant les prestations à quinze semaines pour tous ou neutraliser l'effet monétaire de la décision en réduisant les prestations au niveau requis

16

17

pose and treating both classes of parents identically. The initial effect of Bill C-21 was to provide benefits to both groups of parents for a ten-week period.¹⁶

18 Here I would note, in passing, that Strayer J. had also given his judgment immediate effect by ordering that, in the interim,¹⁷ natural parents would be entitled to the same benefits as those accorded to adoptive parents.¹⁸ This approach was challenged by the Attorney General, acting for the government and the Canada Employment and Immigration Commission.¹⁹ The Federal Court of Appeal dismissed the appeal,²⁰ but the Supreme Court allowed it.²¹ According to the Supreme Court, Strayer J. was wrong to give immediate effect to his judgment. Lamer C.J., stating the unanimous opinion of the Court on this point, set aside the trial judgment as follows:

The benefit with which we are concerned here is a monetary benefit for parents under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, not one which Parliament is constitutionally obliged to provide to the included group or the excluded group. What Parliament is obliged to do, by virtue of the conceded s. 15 violation, is equalize the provision of that benefit. The benefit itself is not constitutionally prohibited; it is simply underinclusive. Thus striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent. Such a situation demands, at the very least, that the operation of any declaration of invalidity be suspended to allow Parliament time to bring the provision into line with constitutional requirements. All of the intervening provincial Attorneys General agreed with this proposition, although, for the most part, they intervened on behalf of the appellants.²²

19 The disposition in the judgment of the Supreme Court reads as follows:

... the appeal is allowed and the judgment of the trial judge set aside. Normally, I would order that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, 1985*) be struck down pursuant to s. 52 and be declared to be of no force or effect, and I would further suspend the operation of this declaration to allow Parliament to amend the legislation to bring it into line with its constitutional obligations. There is, however, no need for a declaration of invalidity or a

pour ce faire tout en traitant les deux catégories de parents de façon identique. L'effet initial du projet de loi C-21 était de procurer le bénéfice des prestations aux deux groupes de parents pour une période de dix semaines¹⁶.

18 Il convient d'ouvrir une parenthèse ici pour préciser que le juge Strayer avait aussi donné un effet immédiat à son jugement en décrétant que dans l'interim¹⁷ les parents naturels auraient droit aux mêmes prestations que celles octroyées aux parents adoptifs¹⁸. Cette façon de procéder fut attaquée par le procureur général agissant au nom du gouvernement et de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada¹⁹. La Cour fédérale d'appel rejeta le pourvoi²⁰ mais la Cour suprême y donna suite²¹. Selon la Cour suprême, le juge Strayer avait eu tort de donner un effet immédiat à son jugement. Le juge en chef Lamer exprimant l'opinion d'une Cour unanime sur ce point cassa le jugement de première instance en ces termes:

En l'espèce, le bénéfice est une somme d'argent versée aux parents en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et il ne s'agit pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéfice. Le bénéfice en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative. En conséquence, il serait inapproprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéfice, sans offrir une réparation à l'intimé. Dans un tel cas, il faut tout au moins que l'effet de la déclaration d'invalidité soit suspendu pour permettre au Parlement d'harmoniser la disposition avec les exigences constitutionnelles. Tous les procureurs généraux intervenants sont d'accord avec cette proposition même si la plupart d'entre eux sont intervenus en faveur des appelantes²².

19 Le dispositif du jugement de la Cour suprême se lit comme suit:

... le pourvoi est accueilli et le jugement du juge de première instance est infirmé. Normalement, j'ordonnerais que l'art. 32 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage*) soit annulé conformément à l'art. 52 et soit déclaré inopérant et je suspendrais aussi l'effet de cette déclaration d'invalidité jusqu'à ce que le Parlement ait modifié la loi pour l'harmoniser avec ses obligations constitutionnelles. Toutefois, je n'ai pas à le faire en l'espèce puisque la

suspension thereof at this stage of the matter given the November 1990 repeal and replacement of the impugned provision.²³

disposition attaquée a été abrogée et remplacée en novembre 1990²³.

20 The last sentence must be read in conjunction with a comment made earlier by Lamer C.J., as follows:

Quant à cette dernière phrase, elle doit se lire à la lumière d'une remarque qu'avait faite précédemment le juge en chef Lamer à l'effet suivant: 20

It should be noted that the impugned provision has since been amended by Parliament to extend parental benefits to natural parents on the same footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.²⁴

Je tiens à signaler que le Parlement a depuis modifié la disposition attaquée, qui prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement²⁴.

21 Thus, the Supreme Court based its decision on the assumption that Parliament had met its constitutional obligations by providing for equal entitlement to benefits on the part of both classes of parents, in accordance with the judgment of the Federal Court.

C'est donc en prenant pour acquis que le Parlement avait rempli ses obligations constitutionnelles en promulguant l'égalité du droit aux prestations des deux catégories de parents conformément au jugement de la Cour fédérale que la Cour suprême a rendu sa décision. 21

22 In response to representations by the group of adoptive parents, the right to an extended five-week period was added to the Bill. In its original form, the Bill provided for ten weeks, on identical terms and conditions for both groups of parents. That group, which was not satisfied with the original proposal, made submissions to the parliamentary committee asserting that the *Schachter* case had been badly argued and suggested that the Court would not have found that adoptive parents were treated unequally if their views had been presented better. The representatives of that group came up with and proposed an amendment that met the requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] on paper but in fact preserved the unequal treatment of the two groups of parents.

C'est suite aux représentations du groupe de parents adoptifs que le droit à une période prolongée de cinq semaines fut ajouté au projet de loi. Le projet dans son état initial prévoyait dix semaines selon des modalités identiques pour les deux groupes de parents. Ce groupe, insatisfait de la proposition initiale, a prétendu en Comité parlementaire que l'affaire *Schachter* avait mal été plaidée et a laissé entendre que la Cour n'aurait pas conclu à l'inégalité du traitement accordé aux parents adoptifs si leur point de vue avait mieux été présenté. Ses représentantes ont conçu et suggéré l'adoption d'un amendement qui remplissait les exigences 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]] sur papier mais qui de fait maintenait le traitement inégal des deux groupes de parents. 22

23 In suggesting that only parents of children who were six months of age or older when they arrived home be entitled to additional benefits, this group asserted that 80 per cent of adoptive children²⁵ would qualify, while natural children would for all practical purposes be excluded.²⁶ This solution was presented to the parliamentary committee as one that

En effet, en suggérant que seuls les parents d'enfants ayant atteint l'âge de six mois ou plus lors de leur arrivée à la maison puissent bénéficier des prestations additionnelles, ce groupe faisait valoir que 80 p. 100 des enfants adoptifs²⁵ se qualifieraient alors que les enfants naturels seraient, à toutes fins pratiques, exclus²⁶. Cette solution fut présentée au 23

“would cost nothing” since, appearances notwithstanding, its effect was to preserve the advantageous treatment that the former Act had accorded to adoptive parents and the disadvantageous treatment accorded to natural parents.

Comité parlementaire comme en étant une qui «ne coûterait rien» puisque malgré les apparences, son effet était de maintenir le traitement avantageux que procurait l’ancienne loi aux parents adoptifs et le traitement désavantageux qu’elle procurait aux parents naturels.

24 As we know, Parliament decided to enact the amendment proposed by this group of parents and adopted the criterion of age at the time of arrival at the home to circumscribe entitlement to the additional five weeks of benefits provided for in subsection 11(7) of the UI Act.

24 Comme nous le savons, le Parlement a décidé d’adopter l’amendement proposé par ce groupe de parents et a retenu le critère de l’âge de l’arrivée à la maison pour délimiter le droit aux prestations additionnelles de cinq semaines que prévoit le paragraphe 11(7) de la LAC.

25 From this brief review of the context in which subsection 11(7) was enacted, we can get a better idea of the reason behind the distinction that is now made between parents of children who arrive home after the age of six months and those who arrive before reaching that age, from the standpoint of the people who proposed it.

25 Cette brève revue du contexte dans lequel le paragraphe 11(7) a été adopté permet de mieux saisir le pourquoi de la distinction qui est maintenant faite entre les parents d’enfants qui arrivent à la maison après l’âge de six mois et ceux qui arrivent avant d’avoir atteint cet âge dans la perspective de ceux qui l’ont proposée.

26 However, in analysing the purpose of the distinction in the context of this reference, I must assume that Parliament acted in accordance with the law. As the Supreme Court pointed out in *Schachter*, Parliament was obliged, as a result of the Federal Court’s decision, to equalize the benefits that adoptive parents and natural parents may claim.²⁷ Since the principle of equality between adoptive and natural parents with respect to parental benefits was laid down in a final decision based on the Charter, everyone, including our elected representatives, was obliged to act in accordance with it. In fact, Parliament’s stated purpose in enacting the amendments to section 11 of the UI Act brought about by Bill C-21 was to comply with the Charter by giving effect to the Court’s decision in *Schachter*.²⁸

26 En analysant la raison d’être de cette distinction dans le cadre du présent renvoi, je dois cependant prendre pour acquis que le Parlement est respectueux de l’état du droit. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’affaire *Schachter*, le Parlement était, suite à la décision de la Cour fédérale, tenu d’égaliser le bénéfice des prestations entre les parents adoptifs et les parents naturels²⁷. Le principe d’égalité entre les parents adoptifs et naturels à l’égard des prestations parentales ayant été prononcé dans le cadre d’une décision finale fondée sur la Charte, tous incluant nos élus devaient la respecter. De fait, le but déclaré du Parlement en adoptant les amendements apportés par le projet de loi C-21 à l’article 11 de la LAC était de se conformer à la Charte en donnant effet à la décision de la Cour dans l’affaire *Schachter*²⁸.

27 Thus, in analysing the reason behind the distinction made by Parliament in enacting subsection 11(7), I cannot ascribe to it the reason for exclusion that motivated the group of adoptive parents who suggested it, since that group’s objective in inserting the age requirement was precisely to preserve the inequality between natural and adoptive parents

27 C’est donc qu’en analysant le pourquoi de la distinction retenue par le Parlement en adoptant le paragraphe 11(7), je ne peux lui attribuer le motif d’exclusion qui animait le groupe de parents adoptifs qui l’a suggéré puisque ce groupe, en insérant la condition reliée à l’âge, avait carrément comme objectif de maintenir l’inégalité entre les parents

under the *aegis* of a provision that appeared to treat both groups of parents equally. On the contrary, I must assume that in enacting subsection 11(7) Parliament intended to act in accordance with the principle of the equality of adoptive and natural parents with respect to parental benefits. On its face, subsection 11(7) complies with that principle, and since Parliament was obliged to act in accordance with it, I assume that it did so. Moreover, counsel for the Attorney General and the respondent expressed agreement on this point at the hearing.

naturels et adoptifs sous l'égide d'une disposition qui en apparence traitait les deux groupes de parents de façon égale. Je me dois au contraire de présumer que c'est dans le respect du principe de l'égalité des parents adoptifs et des parents naturels à l'égard des prestations parentales que le paragraphe 11(7) a été adopté par le Parlement. À sa face même, l'article 11(7) respecte ce principe et puisque le Parlement était tenu de le respecter je présume que c'est ce qu'il a fait. D'ailleurs l'avocate du procureur général et de l'intimée s'est dite d'accord sur ce point lors de l'audition.

28 With this in mind, we may now inquire into the purpose of the age requirement in subsection 11(7) of the Act, and in particular the question of whether this distinction is such that subsection 11(7) amounts to a discriminatory practice. When the amendment was introduced in the House of Commons, the Parliamentary Secretary to the Minister responsible described its purpose as follows:

This amendment addresses the special circumstances parents face when an infant has been institutionalized or otherwise prevented from going home for an extended period after birth When a child six months of age or older is entering a home for the first time, regardless of the reasons, it makes sense that a parent needs an extended period of time to welcome that child, establish daily routines, and develop a secure parent-child relationship.²⁹

Gardant ceci à l'esprit, l'on peut maintenant s'enquérir de la raison d'être de la condition reliée à l'âge qui apparaît au paragraphe 11(7) de la Loi et en particulier de la question à savoir si cette distinction est illicite au point de faire du paragraphe 11(7) un acte discriminatoire. Lors de la présentation de l'amendement en Chambre des communes, le secrétaire parlementaire du ministre responsable en a décrit la raison d'être en ces termes:

Cet amendement répond aux circonstances spéciales où sont placés les parents d'un enfant qui, pendant une longue période après la naissance, a été placé dans un établissement ou n'a pu être ramené à la maison Lorsque, pour une raison ou une autre, un enfant de plus de six mois entre dans un foyer pour la première fois, il est normal que le parent ait besoin d'une période supplémentaire pour l'accueillir, établir une routine et créer un lien fort entre lui et l'enfant.²⁹

29 According to the Commission, the reasoning behind according parents whose children arrive at their home after the age of six months different treatment from parents who happen to receive their children earlier has no rational basis and discriminates against parents in the latter class. The Commission proposes the following definition as the basis of its position:

. . . discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.³⁰

Selon la Commission, le raisonnement pour attribuer aux parents qui reçoivent leurs enfants à la maison après qu'ils aient atteint l'âge de six mois un traitement différent des parents qui s'adonnent à les recevoir plus tôt est sans fondement rationnel et est discriminatoire à l'égard des parents de la deuxième catégorie. La Commission propose la définition suivante comme fondement de sa position:

. . . la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un group d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe 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 membres de la société.³⁰

28

29

- 30 I begin my analysis by stating that Parliament is constantly called upon to make choices, and that the mere existence of a distinction is not evocative of discrimination. Only where a distinction is made on a prohibited ground of discrimination within the meaning of section 5 of the CHRA can it give rise to discriminatory treatment. Keeping in mind the tests applied by the Supreme Court under section 15 of the Charter,³¹ a distinction may amount to discrimination if there is no reason for it in a particular legislative context; although the converse is not necessarily true, an irrelevant or arbitrary distinction does suggest the existence of a discriminatory distinction.³²
- 31 What then are the virtues of the age requirement found in subsection 11(7) of the UI Act? Before endeavouring to answer that question, it is worthwhile examining the other requirement found in that subsection namely the certification by a medical practitioner or the agency that placed the child that the child in question suffers from a physical, psychological or emotional condition that requires an additional period of parental care. This second requirement unequivocally indicates that the purpose of the additional benefits is to enable parents to tend to children who, because of their condition, are in need of parental care for an extended period. Thus, the purpose of the legislation is the welfare of the child, and the means used to achieve that objective is to allow one of the parents to stay home to care for the child for the extended period by providing that parent with an alternative means of support.³³
- 32 Based on this, it may be seen that any relationship that there may be between the age of the child at the time of arrival at the home and the legislative objective is not apparent. A child who, because of his or her emotional, physical or psychological condition, needs extended care when he or she arrives home at the age of six-months is no less in need of that care if he or she arrives home earlier. Ms. Gonzalez's case illustrates this in an adoption context,³⁴ and it is also true in the case of a natural child. In fact, there is no rational connection between the six-month age
- Je débute mon analyse en précisant que le législateur est constamment appelé à faire des choix et que la simple existence d'une distinction n'équivaut pas à discrimination. Ce n'est que dans la mesure où une distinction est illicite au sens de l'article 5 de la LCDP qu'elle est susceptible de donner lieu à un traitement discriminatoire. Gardant à l'esprit les critères retenus par la Cour suprême en vertu de l'article 15 de la Charte³¹, une distinction est susceptible d'être illicite si elle est dénudée de raison dans un contexte législatif donné; même si le contraire n'est pas nécessairement vrai, une distinction sans pertinence ou arbitraire suggère l'existence d'une distinction discriminatoire.³²
- Quelles sont donc les vertus de la condition reliée à l'âge que l'on retrouve au paragraphe 11(7) de la LAC? Avant de tenter de répondre à cette question, il est utile de s'attarder à l'autre condition que l'on retrouve à ce paragraphe, soit l'attestation d'un médecin ou de l'agent responsable du fait que l'enfant visé est atteint de troubles physiques, psychologiques ou affectifs qui nécessitent la prolongation de la période de soins. Cette deuxième condition indique sans équivoque que le but des prestations additionnelles est de permettre aux parents de prendre soin des enfants qui, à cause de leur condition, ont besoin de présence parentale pour une période prolongée. C'est donc le bien-être de l'enfant qui forme l'objet de la législation et le moyen utilisé pour atteindre cet objectif est de permettre à l'un ou l'autre des parents de laisser son travail afin de procurer des soins à l'enfant pendant la période prolongée en lui fournissant un moyen alternatif de subsistance³³.
- À partir de ceci, l'on peut constater que le rapport entre l'âge de l'enfant lors de son arrivée à la maison et l'objectif législatif, s'il existe, n'est pas évident. Un enfant qui à cause de sa condition affective, physique ou psychologique est en besoin de soins prolongés lors de son arrivée à la maison à l'âge de six mois, ne l'est pas moins du fait qu'il soit arrivé à la maison plus tôt. Le cas de M^{me} Gonzalez illustre ceci dans un contexte d'adoption³⁴, et la chose est tout aussi vraie à l'égard d'un enfant naturel. Il n'existe en fait aucun lien rationnel entre

demandé par le sous-alinéa 11(7) et la condition de l'enfant. Le besoin de soins d'un enfant qui souffre d'une maladie quelconque par référence à l'âge auquel il est intégré au foyer. D'ailleurs, il est facile de concevoir que plus un enfant est malade plus il est en besoin d'intégrer le foyer rapidement afin de bénéficier du contact parental. La prétention selon laquelle un enfant malade qui est en besoin de soins prolongés selon l'attestation d'un médecin et qui intègre le foyer à l'âge de six mois, est plus en besoin de soins prolongés que l'enfant qui, également malade et assujéti à la même attestation, intègre le foyer plus tôt est totalement dénuée de fondement rationnel. Dans le contexte statutaire, l'âge de l'enfant est tout aussi arbitraire comme condition que le serait, par exemple, une exigence portant sur la longueur ou la couleur de ses cheveux au moment de son intégration au foyer.

l'âge de six mois exigé par l'article 11(7) et l'état de l'enfant. L'on ne peut aucunement mesurer l'étendue du besoin de soins d'un enfant qui souffre d'une maladie quelconque par référence à l'âge auquel il est intégré au foyer. D'ailleurs, il est facile de concevoir que plus un enfant est malade plus il est en besoin d'intégrer le foyer rapidement afin de bénéficier du contact parental. La prétention selon laquelle un enfant malade qui est en besoin de soins prolongés selon l'attestation d'un médecin et qui intègre le foyer à l'âge de six mois, est plus en besoin de soins prolongés que l'enfant qui, également malade et assujéti à la même attestation, intègre le foyer plus tôt est totalement dénuée de fondement rationnel. Dans le contexte statutaire, l'âge de l'enfant est tout aussi arbitraire comme condition que le serait, par exemple, une exigence portant sur la longueur ou la couleur de ses cheveux au moment de son intégration au foyer.

33 If a distinction which forms the basis for the grant of a right or privilege is devoid of any rational connection with the legislative objective, it is in the result unreasonable. Denying a person a right or privilege which, according to the purpose of the legislation, is intended for him or her, on a ground that is totally devoid of reason amounts to denying that person the right or privilege for no reason. I can find no virtue in this age requirement. All I see here is that it has no relevance in the legislative context and that it excludes parents of children in need of extended care on a purely arbitrary basis, solely on the ground that the children entered the home before reaching the age of six months.³⁵

Si une distinction qui fonde l'existence d'un droit ou d'un privilège n'a aucun lien rationnel avec l'objectif législatif, elle est de ce fait déraisonnable. Priver une personne d'un droit ou d'un privilège qui lui est destiné selon le but recherché par la loi pour un motif totalement dénué de raison équivaut à priver cette personne sans raison. Je ne peux trouver aucune vertu à cette exigence quant à l'âge. Tout ce que je constate c'est qu'elle est sans pertinence dans le contexte législatif et qu'elle exclut sur une base purement arbitraire les parents d'enfants en besoin de soins prolongés au seul motif qu'ils sont intégrés au foyer avant d'avoir atteint l'âge de six mois³⁵.

34 I therefore conclude that the distinction in respect of age is discriminatory within the meaning of section 5 of the CHRA.

J'en viens donc à la conclusion que la distinction quant à l'âge est illicite au sens de l'article 5 de la LCDP.

35 However, the Attorney General contends that the distinction in respect of age cannot be cited as a ground based on family status. In his view, the age at which a child enters the home is a personal characteristic of the child, and not of the claimant as an adoptive or natural parent of the child or as the person responsible for the family. I do not share that opinion. The age at which a child enters the home is

Le procureur général prétend cependant que cette distinction quant à l'âge ne peut être invoquée comme motif fondé sur la situation de la famille. Selon lui, l'âge auquel un enfant est intégré à la maison est une caractéristique personnelle qui appartient à l'enfant et non pas au prestataire en tant que parent adoptif ou naturel de l'enfant ou en tant que personne responsable de la famille. Je ne suis pas de

a characteristic of the family that receives the child, since its effect, as between children who have the same needs, is to entitle or disentitle the family to extended benefits based on the age at which the child enters the home.

cet avis. L'âge auquel l'enfant intègre le foyer caractérise la famille qui le reçoit puisqu'il a comme effet, face à des enfants qui ont les mêmes besoins, d'attribuer ou de soutirer à ces familles le droit aux prestations prolongées selon l'âge d'intégration.

36 The Attorney General also argues that the refusal to pay benefits results from the operation of the Act and that the denial alleged is not the result of the actions of the respondent as a provider of services within the meaning of section 5 of the CHRA. It seems to me that this issue was rightly conceded by the Attorney General in *Druken*.³⁶ One of the issues raised in that case was precisely the question of whether the provision of unemployment insurance benefits was a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA:

While they were raised in the Attorney General's factum, arguments that the provision of unemployment insurance benefits is not a service customarily available to the general public and that its denial, by virtue of paragraphs 3(2)(c) of the U.I. Act and 14(a) [as am. by SOR/78-710, s. 1] of the U.I. Regulations, is based on marital and/or family status, were not pursued. The latter proposition seems so self-evident as not to call for comment. As to the former, the applicant appears to have found persuasive the dictum expressed in *Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430 (C.A.) in which it was said by Hugessen J., delivering the judgment of this Court, at page 440:

It is indeed arguable that the qualifying words of section 5

5. . . . provision of . . . services . . . customarily available to the general public

can only serve a limiting role in the context of services rendered by private persons or bodies; that, by definition, services rendered by public servants at public expense are services to the public and therefore fall within the ambit of section 5. It is not, however, necessary to make any final determination on the point at this stage and it is enough to state that it is not by any means clear to me that the services rendered, both in Canada and abroad, by the officers charged with the administration of the *Immigration Act, 1976* are not services customarily available to the general public.³⁷

36 Le procureur général fait aussi valoir que le refus de payer des prestations découle de l'effet de la loi et que la privation alléguée ne résulte pas des actions de l'intimée en tant que fournisseur de services au sens de l'article 5 de la LCDP. Il me semble que cette question a déjà, à bon droit, été concédée par le procureur général dans l'affaire *Druken*.³⁶ L'une des questions soulevées dans cette affaire était précisément celle à savoir si la fourniture de prestations d'assurance-chômage était un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP:

Bien qu'ils fussent soulevés dans le mémoire du procureur général, n'ont pas été repris l'argument voulant que la fourniture de prestations d'assurance-chômage ne soit pas un service destiné au public et l'argument que sa privation en vertu de l'alinéa 3(2)c) de la Loi sur l'assurance-chômage et de l'alinéa 14a) [mod. par DORS/78-710, art. 1] du *Règlement sur l'assurance-chômage* est fondée sur l'état matrimonial et/ou la situation de famille de la personne concernée. Cette dernière assertion semble si évidente en soi qu'elle n'a pas besoin d'être commentée. En ce qui concerne la proposition précédente, le requérant semble avoir trouvé convaincante l'opinion incidente exprimée dans l'arrêt *Singh (Re)*, [1989] 1 C.F. 430 (C.A.) dans laquelle le juge Hugessen, prononçant les motifs de cette Cour, a dit à la page 440:

On peut à vrai dire soutenir que les termes qualificatifs de l'article 5

5. . . . le fournisseur de . . . services . . . destinés au public . . .

ne peuvent jouer qu'un rôle limitatif dans le contexte des services qui sont rendus par des personnes physiques ou par des personnes morales et que, par définition, les services que rendent les fonctionnaires publics aux frais de l'État sont des services destinés au public et qu'ils tombent donc sous le coup de l'article 5. Il n'est cependant pas nécessaire de trancher cette question de façon définitive à cette étape-ci et il suffit de dire qu'il est loin d'être clair pour moi que les services rendus, tant au Canada qu'à l'étranger, par les fonctionnaires chargés de l'application de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne sont pas des services destinés au public³⁷.

37 Despite the fact that the Attorney General made no concession on this point in the instant reference, it seems plain to me that the unemployment insurance system is a service customarily available to the general public, and my attention was not drawn to any reason that would allow me to find that this service falls outside the ambit of section 5 on the ground that it is provided by the government.

38 In any event, the Attorney General, relying on the decision of the Supreme Court in *Berg*,³⁸ contends that the complainant is excepted from the group of people for whom the service is intended. According to the Attorney General, each service is directed to its own public, and the CHRA prohibits the making of distinctions only within the eligibility criteria defined by the provider of those services. That is no doubt true, but in this instance the impugned distinction is found precisely within the group of people for whom the service is intended.³⁹ On this point, it is useful to note the *caveat* that Lamer C.J. clearly stated in *Berg*:

Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries, its "public", thereby avoiding overuse and unnecessary depletion of scarce resources.⁴⁰ [Emphasis added.]

39 Lastly, the Attorney General contends that if, by enacting subsection 11(7), Parliament engaged in a discriminatory practice, it was justified in doing so. He cited section 15 of the CHRA, which provides that if an individual is denied any services or is a victim of adverse differentiation on a prohibited ground of discrimination, it is not a discriminatory practice if the provider of the services had *bona fide* justification for the denial or differentiation.

40 According to the Attorney General, Bill C-21 was enacted by the House of Commons in a context of budget cuts.⁴¹ Parliament made choices and decided to reduce the number of weeks of parental benefits that could be granted from fifteen to ten. The exceptional five-week extension that was added to Bill C-21 on October 4, 1989 was intended only for

37 Malgré le fait que le procureur général n'ait pas fait de concession à cet égard dans le cadre du présent renvoi, il me semble évident que le système d'assurance-chômage est un service offert au public et on a porté à mon attention aucune raison qui me permettrait d'exclure ce service de la portée de l'article 5 au motif qu'il est offert par l'État.

38 À tout événement, le procureur général se fondant sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Berg*³⁸, prétend que la plaignante est exclue du groupe de personnes auxquelles le service est destiné. Selon le procureur général, chaque service a son propre public et ce n'est qu'à l'intérieur des critères d'admissibilité définis par celui qui les procure que la LCDP interdit d'établir des distinctions. Nul doute est-ce vrai, mais dans l'instance c'est précisément à l'intérieur du groupe de personnes auxquels le service est destiné que la distinction attaquée est inscrite³⁹. Il convient à cet égard de souligner le *caveat* qu'avait clairement exprimé le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Berg*:

Les critères d'admissibilité, pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu'ils garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu'ils visent, c'est-à-dire leur «public» évitant ainsi l'utilisation abusive et l'épuisement inutile des ressources rares⁴⁰. [Le souligné est le mien.]

39 Finalement, le procureur général prétend que dans la mesure où le Parlement a posé un acte discriminatoire en édictant le paragraphe 11(7), il était justifié d'agir ainsi. Il cite l'article 15 de la LCDP qui stipule que le fait pour un fournisseur de services de priver ou défavoriser un individu lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite ne constitue pas un acte discriminatoire si le fournisseur de services est par ailleurs justifié d'agir ainsi.

40 Selon le procureur général, c'est dans un contexte de restrictions budgétaires que le projet de loi C-21 a été sanctionné par la Chambre des communes⁴¹. Le législateur a fait des choix et a décidé de réduire de quinze à dix le nombre de semaines de prestations parentales pouvant être octroyé. La prolongation exceptionnelle de cinq semaines ajoutée au projet de

parents who met the two requirements provided. According to the Attorney General, Parliament was justified in discriminating on this prohibited ground in order to control its expenditures.⁴²

loi le 4 octobre 1989 était destinée qu'aux seuls parents qui rencontraient les deux conditions édictées. Selon le procureur général le Parlement était justifié de retenir cette distinction illicite afin de contrôler ses dépenses⁴².

41 I could perhaps see how such an argument might be sound if the only method available to Parliament for controlling its expenditures had been to enact a provision that discriminated on a prohibited ground. However, that is not the case. Pursuant to the decision in *Schachter*, Parliament still had the most absolute discretion as to how it would comply with that judgment. As I noted earlier, it was open to Parliament to increase, reduce or neutralize eligibility for benefits, but there was nothing that obliged it to discriminate on a prohibited ground in order to do so.

Je pourrais peut être concevoir du bien-fondé d'un tel argument si le seul moyen à la disposition du Parlement pour contrôler ses dépenses avait été d'édicter la distinction illicite. Mais tel n'est pas le cas. Suite à la décision rendue dans l'affaire *Schachter*, le Parlement conservait la discrétion la plus absolue quant à la façon de se conformer à ce jugement. Comme je le mentionnais précédemment, il avait le loisir d'augmenter, diminuer ou neutraliser l'éligibilité aux prestations mais rien ne l'obligeait à utiliser une distinction illicite pour ce faire. 41

42 Moreover, it is worth noting that the effect of adding subsection 11(7) to Bill C-21 on October 4, 1989 was to increase government expenditures, since in its original form the Bill provided only for ten weeks of parental benefits. We must therefore recognize that by creating entitlement to extended benefits, Parliament was prepared to allocate additional funding to assist parents of children in need of extended care.⁴³ On the other hand, there was nothing to compel Parliament to discriminate on a prohibited ground in order to make up this budget envelope. Parliament was entirely at liberty to reduce the amount of the benefits or the benefit period in order to make the measure acceptable for the purposes of its budget. Accordingly, the Attorney General cannot justify the discrimination on the ground of budget constraints.

D'ailleurs, il est utile de constater que l'ajout du paragraphe 11(7) au projet de loi C-21, le 4 octobre 1989, a eu comme effet d'augmenter les dépenses gouvernementales puisque dans sa forme initiale, le projet ne prévoyait rien d'autre que des prestations parentales de dix semaines. Il faut donc se rendre à l'évidence et constater que le Parlement en instaurant le droit aux prestations prolongées était disposé à consacrer un financement additionnel pour venir en aide aux parents d'enfants qui sont en besoin de soins prolongés⁴³. Rien par contre ne l'obligeait à insérer une distinction illicite pour façonner cette enveloppe budgétaire. Le Parlement demeurait tout à fait libre de diminuer l'octroi ou la période de prestations afin de rendre la mesure acceptable sur le plan budgétaire. C'est donc que le procureur général ne peut justifier l'existence de la distinction illicite pour des motifs de contraintes budgétaires. 42

43 I therefore find that subsection 11(7) of the UI Act is discriminatory in that it incorporates a prohibited ground of discrimination the effect of which is to exclude parents of children who need extended care from receiving extended benefits, solely on the ground that those children enter the home before reaching the age of six months.

J'en viens donc à la conclusion que le paragraphe 11(7) de la LAC est discriminatoire en ce qu'il incorpore une distinction illicite qui a comme effet d'exclure du bénéfice des prestations prolongées les parents d'enfants qui sont en besoin de soins prolongés pour le seul motif que ces enfants intègrent le foyer avant d'avoir atteint l'âge de six mois. 43

44 One of the heads of the relief sought by the Commission is that paragraph 11(7)(a) of the UI Act be

Dans ses conclusions, la Commission demande que soit déclaré illégal l'alinéa 11(7)a) de la LAC 44

declared unlawful, thereby leaving the requirement set out in paragraph 11(7)(b)⁴⁴ as the only criterion for access to the extended benefit period. This is one way of eliminating the unequal treatment that is the result of subsection 11(7), but it is not the only way. As Strayer J. said in *Schachter*, it is up to Parliament to choose the method of ensuring equal treatment. The evidence before me shows that it would cost an additional \$16 million if the extended benefits were preserved and the age requirement eliminated.⁴⁵ At the other extreme, some unidentified savings would be realized if the extended benefits were simply abolished. Somewhere between these two extremes, Parliament could neutralize the budgetary effect of the remedial measure by reducing the period of extended benefits or the value of the benefits to a level that would coincide, in terms of costs, with the present level of the program.

45 Moreover, as the Supreme Court of Canada said, we are not dealing here with a benefit that Parliament is required to pay to either of the two groups in question. The benefit is one that Parliament is entitled to accord to the people who have access to it at present; the only issue is the discriminatory condition. As the Supreme Court said in *Schachter*:

... striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent.⁴⁶

46 Having regard to the foregoing, the answer to the question submitted in this reference is yes, and an order will issue declaring that subsection 11(7) of the UI Act is discriminatory since it discriminates on the prohibited ground of family status in the provision of services, contrary to section 5 of the CHRA, by denying extended benefits to parents of children who require extended care because of their health, solely on the ground that those children enter the home before reaching the age of six months. The declaration will be suspended for a period of twelve months from the date of the order to allow Parliament to remedy the discriminatory treatment by such method as it may choose. If Parliament

laissant ainsi la condition prévue à l'alinéa 11(7)b)⁴⁴ comme seul critère d'accès à la période de prestation prolongée. Il s'agit là d'une façon d'éliminer le traitement inégal qui découle du paragraphe 11(7), mais ce n'est pas la seule. Comme le disait le juge Strayer dans l'affaire *Schachter*, c'est au législateur de choisir la façon d'assurer un traitement égalitaire. La preuve devant moi révèle qu'il en coûterait une somme additionnelle de 16 millions si les prestations prolongées étaient maintenues tout en éliminant la condition quant à l'âge⁴⁵. À l'autre extrême une économie quelconque mais non identifiée serait réalisée si les prestations prolongées étaient tout simplement abolies. À même ces extrêmes, le législateur pourrait neutraliser l'effet budgétaire de la mesure corrective en réduisant la période de prestations prolongées ou la valeur des prestations à un niveau qui, sur le plan des coûts, coïncide avec le niveau actuel du programme.

De plus comme le disait la Cour suprême, nous ne traitons pas ici d'un bénéfice que le Parlement est tenu de verser à l'un ou l'autre des deux groupes en cause. Le bénéfice en est un que le Parlement a le droit d'accorder à ceux qui y ont accès présentement; seule la condition discriminatoire est en cause. Pour reprendre les mots de la Cour suprême dans l'affaire *Schachter*:

... il serait inapproprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéfice, sans offrir une réparation à l'intimé⁴⁶.

À la lumière de ce qui précède, la réponse à la question soumise dans le cadre du présent renvoi est oui et une ordonnance sera émise déclarant que le paragraphe 11(7) de la LAC est discriminatoire puisqu'il crée une distinction illicite fondée sur la situation de famille, dans la fourniture de services contrairement à l'article 5 de la LCDP en excluant du bénéfice des prestations prolongées les parents d'enfants qui à cause de leur état de santé sont en besoin de soins prolongés au seul motif que ces enfants intègrent le foyer avant d'avoir atteint l'âge de six mois. La déclaration sera suspendue pour une période de douze mois à compter de la date du prononcé afin de permettre au Parlement de remé-

should fail to act within the time allowed, the respondent shall then cease to apply paragraph 11(7)(a) of the UI Act, and the Tribunal hearing Ms. Gonzalez's complaint shall dispose of it on the assumption that paragraph 11(7)(a) of the UI Act is contrary to the CHRA.

¹ R.S.C., 1985, c. U-1, s. 11(7) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9), hereinafter the "UI Act". Pursuant to a recent legislative reorganization, s. 11(7) of the UI Act is now s. 12(7) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and the Canada Employment Insurance Commission has assumed the rights and obligations of the Canada Employment and Immigration Commission as respondent under s. 41 of the *Department of Human Resources Development Act*, S.C. 1996, c. 11.

² R.S.C., 1985, c. H-6, hereinafter the "CHRA".

³ Agreed statement of facts, joint file, Vol. II, at p. 412.

⁴ Joint file, vol. I, at pp. 58-59, 76-103.

⁵ Joint file, vol. I, at p. 62.

⁶ Joint file, vol. II, at p. 295.

⁷ *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.).

⁸ *Schachter*, *supra*, note 7, at pp. 542-543.

⁹ Clauses 14(1) and (2) of Bill C-21 as it was tabled for first reading, Joint file, Vol. II, at p. 351.

¹⁰ Open Door Society Inc., an organization sponsored by the Children's Aid Society of Ottawa-Carleton.

¹¹ Joint file, vol. I, at p. 65 and vol. II, at pp. 365-386.

¹² Joint file, vol. II, at pp. 367-368; [Legislative Committee on Bill C-21, at pp. 18:110-18:111].

¹³ Extract from the *House of Commons Debates*, Vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., October 16, 1989, at p. 4712; Joint file, vol. II, at p. 392.

¹⁴ Clause 9 of Bill C-21, Joint file, vol. I, at pp. 399-400.

¹⁵ *Schachter*, *supra*, note 7, at p. 544.

¹⁶ The evidence was that the costs associated with this amendment amounted to \$340 million and that it would have cost \$150 million more to extend the benefit period to fifteen weeks for both classes of parents. Case, vol. I, at p. 65.

¹⁷ During the period in which the section that had been found unconstitutional remained in effect.

¹⁸ See the text of the order reproduced as an appendix to the judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 129, at p. 166.

dier au traitement discriminatoire selon la méthodologie de son choix. Dans la mesure où le Parlement n'agit pas dans le délai prévu, l'intimée sera dès lors tenue de cesser d'appliquer l'alinéa 11(7)a) de la LAC et le Tribunal saisi de la plainte de M^{me} Gonzalez en disposera en prenant pour acquis que l'alinéa 11(7)a) de la LAC va à l'encontre de la LCPD.

¹ L.R.C. (1985), ch. U-1 art. 11(7) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9), ci-après la «LAC». Suite à une récente réorganisation législative, l'art. 11(7) de la LAC apparaît maintenant à l'art. 12(7) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 et la Commission de l'assurance-emploi du Canada assume les droits et obligations de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada comme intimée en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur le ministère du Développement des ressources humaines*, L.C. 1996, ch. 11.

² L.R.C. (1985), ch. H-6, ci-après la «LCPD».

³ Exposé conjoint des faits, dossier conjoint, vol. II, à la p. 412.

⁴ Dossier conjoint, vol. I, aux p. 58 et 59, 76 à 103.

⁵ Dossier conjoint, vol. I, à la p. 62.

⁶ Dossier conjoint, vol. II, à la p. 295.

⁷ *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.).

⁸ *Schachter*, *supra*, note 7, aux p. 542 et 543.

⁹ Articles 14(1) et (2) du projet de loi C-21 tel qu'il fût déposé en première lecture, dossier conjoint, vol. II, à la p. 351.

¹⁰ Open Door Society Inc., organisme parrainé par la Société de l'aide à l'enfance d'Ottawa-Carleton.

¹¹ Dossier conjoint, vol. I, à la p. 65 et vol. II, aux p. 365 à 386.

¹² Dossier conjoint, vol. II, aux p. 367 et 368; [Comité législatif sur le projet de loi C-21, aux p. 18:110 et 18:111].

¹³ Extrait des *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2^e sess., 34^e Lég., le 16 octobre 1989 à la p. 4712; dossier conjoint, vol. II, à la p. 392.

¹⁴ Article 9 du projet de loi C-21, dossier conjoint, vol. I, aux p. 399 et 400.

¹⁵ *Schachter*, *supra*, note 7, à la p. 544.

¹⁶ Selon la preuve, les coûts reliés à cet amendement étaient de 340 millions de dollars et il en aurait coûté 150 millions de plus pour étendre la période de prestations à quinze semaines pour les deux catégories de parents. Dossier conjoint, vol. I, à la p. 65.

¹⁷ Tant et aussi longtemps que l'article jugé inconstitutionnel demeurerait en vigueur.

¹⁸ Voir le texte de l'ordonnance reproduit en annexe au jugement de la Cour fédérale d'appel, [1990] 2 C.F. 129, à la p. 166.

¹⁹ The appellants had conceded that the decision of Strayer J. was otherwise correct.

²⁰ *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129 (C.A.).

²¹ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

²² *Schachter, supra*, note 21, at pp. 721-722.

²³ *Schachter, supra*, note 21, at p. 725.

²⁴ *Schachter, supra*, note 21, at p. 690. This passage is the only indication of the Court's understanding of the effect of Bill C-21 in the form in which it was enacted.

²⁵ 90 per cent, according to the statement in the House, Joint file, vol. II, at p. 392.

²⁶ "Except in very rare cases, only adoptive parents would qualify." Presentation of the Open Door Society to the parliamentary committee, Joint file, vol. II, pp. 367-368, *supra*, note 11.

²⁷ *Schachter, supra* note 21, at pp. 721-722.

²⁸ "What had been driving that provision was the need to treat natural and adoptive parents alike, in order to ensure conformity with the equality provisions of the Charter of Rights and Freedoms." Statement in the House by the Parliamentary Secretary to the Minister responsible, case, vol. II, at p. 392; [*House of Commons Debates*, October 16, 1989, at p. 4712].

²⁹ Extract from the *House of Commons Debates*, October 16, 1989, at p. 4712; Joint File, vol. II, at p. 392.

³⁰ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 174.

³¹ In general, the principles applied to matters involving discrimination within the meaning of s. 15(1) of the Charter are equally applicable to human rights legislation, and *vice versa*. *Andrews, supra*, note 30, at p. 175.

³² *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at p. 492.

³³ S. 20(2) of the UI Act further provides that no benefit may be paid beyond the year after the child arrives at the home or is placed in the adoptive home. Thus, there is a time limit on the extended benefit period: Parliament is prepared to offer fifteen weeks of benefits to parents of children whose condition requires extended care, as long as that period falls within the year following the child's arrival at the home.

³⁴ The complainant's child suffered from malnutrition and his condition required extended care, as attested by the medical certificate she filed. Joint file, vol. I, at p. 42.

³⁵ Ultimately, it is plain that the only "virtue" of the age requirement in this legislative context is to systematically deny natural parents extended benefits; it is common ground that this is something Parliament cannot have intended or wished to do.

³⁶ *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.).

¹⁹ Les appelants avaient par ailleurs concédé la justesse de la décision du juge Strayer.

²⁰ *Schachter c. Canada*, [1990] 2 C.F. 129 (C.A.).

²¹ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

²² *Schachter, supra*, note 21, à la p. 721 et 722.

²³ *Schachter, supra*, note 21, à la p. 725.

²⁴ *Schachter, supra*, note 21, à la p. 690. Ce passage est le seul qui fait état de la compréhension qu'avait la Cour de l'effet du projet de Loi C-21 tel qu'il fût sanctionné.

²⁵ 90 p. 100 selon l'énoncé en Chambre, dossier conjoint, vol. II, à la p. 392.

²⁶ «Sauf dans les cas très rares, seuls les parents adoptifs y auraient droit.». Présentation du «Open Door Society» au Comité parlementaire, dossier conjoint, vol. II, aux p. 367 et 368, *supra*, note 11.

²⁷ *Schachter, supra*, note 21, à la p. 721.

²⁸ «Cette disposition est motivée par la nécessité de traiter les parents naturels et les parents adoptifs sur un pied d'égalité afin de se conformer aux dispositions d'égalité de la Charte des droits et libertés.» Énoncé en Chambre du secrétaire parlementaire du ministre responsable, dossier conjoint, vol. II, à la p. 392; [*Débats de la Chambre des communes*, le 16 octobre 1989, à la p. 4712].

²⁹ Extrait des *Débats de la Chambre des communes*, 16 octobre 1989, à la p. 4712; dossier conjoint, vol. II, à la p. 392.

³⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 174.

³¹ De façon générale, les principes appliqués aux questions de discrimination au sens de l'art. 15(1) de la Charte s'appliquent également en matière de législation portant sur les droits de la personne et *vice versa*. *Andrews, supra*, note 30, à la p. 175.

³² *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 492.

³³ L'art. 20(2) de la LAC précise par ailleurs que nulle prestation peut être versée au delà de l'année après laquelle l'enfant arrive à la maison ou est placé dans son foyer d'adoption. C'est donc que la période de prestations prolongées est confinée dans le temps: le législateur est disposé à offrir quinze semaines de prestations aux parents d'enfants dont la condition nécessite des soins prolongés en autant que cette période se situe à l'intérieur de l'année qui suit l'intégration au foyer.

³⁴ L'enfant de la plaignante souffrait de malnutrition et son état nécessitait des soins prolongés comme en fait foi l'attestation médicale qu'elle a produite. Dossier conjoint, vol. I, à la p. 42.

³⁵ En bout de ligne, il est évident que la seule «vertu» de cette condition quant à l'âge dans le contexte législatif serait d'exclure de façon systématique les parents naturels du bénéfice de prestations prolongées, chose que, de l'avis de tous, le Parlement ne peut avoir recherchée ou voulue.

³⁶ *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.).

³⁷ *Druken, supra*, note 36, at p. 28. Mahoney J.A. wrote the opinion of the Court.

³⁸ *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353.

³⁹ That is, natural or adoptive parents whose children are in need of extended care at the time they enter the home and who, with the assistance the UI Act provides to them, are able to stay home to look after those children.

⁴⁰ *Berg, supra*, note 38, at p. 384.

⁴¹ Overall, the effect of Bill C-21 was to save the government \$1.29 billion by tightening the eligibility criteria for benefits.

⁴² Para. 52 of the memorandum of the Attorney General and the respondent.

⁴³ Unfortunately, no evidence was adduced as to the cost associated with the extended benefits under s. 11(7).

⁴⁴ The certificate concerning the need for extended care.

⁴⁵ Joint file, vol. II, at pp. 410-411.

⁴⁶ *Schachter, supra*, note 21, at p. 722.

³⁷ *Druken, supra*, note 36, à la p. 28. Le juge Mahoney, J.C.A., exprime l'opinion de la Cour.

³⁸ *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

³⁹ Soit les parents naturels ou adoptifs dont les enfants sont en besoin de soins prolongés au moment de leur intégration au foyer et qui, avec l'aide que la LAC leur procure, sont en mesure de laisser leur travail pour s'occuper d'eux.

⁴⁰ *Berg, supra*, note 38, à la p. 384.

⁴¹ Considéré dans son ensemble, le projet de loi C-21 avait pour effet d'économiser au gouvernement la somme de 1.29 milliard de dollars par le biais du resserrement des normes d'admissibilité aux prestations.

⁴² Par. 52 du mémoire du procureur général et de l'intimée.

⁴³ Malheureusement, le coût relié aux prestations prolongées en vertu de l'art. 11(7) n'a pas été mis en preuve.

⁴⁴ L'attestation quant au besoin de soins prolongés.

⁴⁵ Dossier conjoint, vol. II, aux p. 410 et 411.

⁴⁶ *Schachter, supra*, note 21 à la p. 722.

A-411-95
Her Majesty the Queen (*Appellant*) (*Respondent*)

v.

Central Supply Company (1972) Limited (*Respondent*) (*Appellant*)

A-412-95

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

v.

Carousel Travel 1982 Inc. (*Respondent*) (*Appellant*)

INDEXED AS: CANADA v. CENTRAL SUPPLY COMPANY (1972) LTD. (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Linden and McDonald J.J.A.—Toronto, February 5, 6, and 7; Ottawa, June 2, 1997.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Tax Court decision allowing deductions under Income Tax Act, s. 66.1 — Respondents purchasing interests in partnerships engaged in financing unsuccessful oil, gas exploration project on final day of partnerships' fiscal year — Disposing of limited partnership interests next day — Income Tax Act, s. 245 prohibiting deductions in respect of disbursement, expense, made or incurred in respect of transaction, operation that if allowed would unduly or artificially reduce income — "Artificial", "undue" referring to reduction of income, not expense — Application of majority opinion as to role of s. 245, 3 relevant considerations set out by F.C.A. in Canada v. Fording Coal Ltd. — (1) As not engaging in business exploration expense provisions designed to promote, respondents outside their intended object, spirit — (2) Transactions allowing respondents to claim cumulative Canadian exploration expense deductions far removed from normal commercial practice — (3) No business purpose attached to respondents' participation in limited partnerships — Attempting to achieve unlawful tax avoidance.

This was an appeal from the Tax Court decision allowing the respondents' deductions. The respondents claimed deductions of \$10,000,000 (Central Supply Company) and

A-411-95
Sa Majesté la Reine (*appelante*) (*intimée*)

c.

Central Supply Company (1972) Limited (*intimée*) (*appelante*)

A-412-95

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

c.

Carousel Travel 1982 Inc. (*intimée*) (*appelante*)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. CENTRAL SUPPLY COMPANY (1972) LTD. (C.A.)

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 5, 6 et 7 février; Ottawa, 2 juin 1997.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a autorisé des déductions en vertu de l'art. 66.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les intimées ont acheté une participation dans des sociétés en commandite qui avaient financé un projet d'exploration de pétrole et de gaz (devenant se révéler improductif) le dernier jour de l'exercice financier des sociétés en commandite — Elles ont vendu leur participation dans les sociétés en commandite le lendemain — L'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu interdit toute déduction à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu — Les termes «factice» et «indue» renvoient à la réduction du revenu et non à la dépense — Il y a eu application de l'opinion majoritaire quant au rôle de l'art. 245 et des trois facteurs pertinents énoncés dans Canada c. Fording Coal Ltd. — (1) Comme les intimées n'ont participé en aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais avaient pour but de promouvoir, elles n'étaient pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit de la loi — (2) Les opérations permettant aux intimées de réclamer des déductions au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada étaient bien loin des habitudes normales du commerce — (3) Aucun objectif commercial n'était rattaché à la participation des intimées dans les sociétés en commandite — Elles ont essayé d'éviter de l'impôt au moyen d'un strata-gème illégal.

Il s'agissait d'un appel formé contre une décision de la Cour de l'impôt autorisant des déductions réclamées par les intimées. Ces dernières ont réclamé des déductions de

\$6,000,000 (Carousel) in the 1987 taxation year under *Income Tax Act*, subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b). Subsection 66.1(3) then permitted a taxpayer, other than a principal-business corporation, to deduct the amount not exceeding the taxpayer's cumulative Canadian exploration expense (CEE) as determined at the end of the year. The CEE deduction is a cumulative, continuing pool of expenses to which defined exploration expenses, such as seismic and drilling costs, are added and from which certain sums received or receivable are deducted. A "Canadian exploration expense" relates generally to expenses incurred for the purpose of drilling or completing an oil or gas well. The sums which are deducted from the "pool" include grants which the taxpayer is entitled to receive from the Government of Canada through the *Petroleum Incentives Program Act* which provides for the payment of 80% of "eligible exploration expenses" for "qualified persons" as part of a strategy to encourage investment in the industry. Paragraph 66.1(6)(a) sets out the conditions under which a taxpayer may incur CEE deductions.

On December 14, 1987, the respondents purchased interests in four limited partnerships which had been engaged in financing an unsuccessful oil and gas exploration project located off the east coast of Canada, thus resulting in the allocation to them of the deductions. By that time the partnerships were engaged solely in winding-up activities. December 14 was the final day of the fiscal year of each of the partnerships. The next day the respondents disposed of their limited partnership interests. The Tax Court allowed the deductions pursuant to subsection 245(1) on the ground that they arose from legitimate expenses which were allocated to the respondents according to the requirements of the Act. *Income Tax Act*, section 245, as it then was, prohibited deductions in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that if allowed would unduly or artificially reduce the income.

The issue was whether *Income Tax Act*, subsection 245(1) applied to disallow the deductions of cumulative Canadian exploration expense claimed in 1987.

Held (McDonald J.A. dissenting), the appeals should be allowed.

Per Linden J.A. (Strayer J.A. concurring): Judicial anti-avoidance devices have been sparsely used in Canada. Consequently, any meaningful distinction between lawful and unlawful tax avoidance must come mainly from legislative anti-avoidance measures. The former subsection 245(1) was one of a number of partial anti-avoidance measures in the Act which attempted to prevent specific

10 000 000 \$ (Central Supply Company) et de 6 000 000 \$ (Carousel) pour l'année d'imposition 1987 en vertu du paragraphe 66.1(3) et de l'alinéa 66.1(6)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 66.1(3) disposait à cette époque qu'un contribuable, à l'exclusion d'une corporation exploitant une entreprise principale, pouvait déduire un montant ne dépassant pas l'excédent de ses frais cumulatifs d'exploration au Canada (les FEC) à la fin de l'année. La déduction pour FEC est un ensemble cumulatif et continu de dépenses auxquelles sont ajoutés les frais d'exploration déterminés, comme les coûts d'exploration sismique et de forage, et desquelles sont déduits certains montants reçus ou à recevoir. Les «frais d'exploration au Canada» se rapportent généralement à des dépenses engagées aux fins du forage ou de l'essai d'un puits de pétrole ou de gaz. Les sommes qui sont déduites de «l'ensemble» comprennent des subventions du gouvernement du Canada auxquelles le contribuable a droit en vertu de la *Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, qui prévoit des versements de 80 % des «frais d'exploration admissibles» pour les «personnes admissibles» dans le cadre d'une stratégie visant à encourager les investissements dans ce secteur d'activités. L'alinéa 66.1(6)a) énonce les conditions en vertu desquelles un contribuable peut demander une déduction pour FEC.

Le 14 décembre 1987, les intimées ont acheté une participation dans quatre sociétés en commandite qui avaient financé un projet d'exploration de pétrole et de gaz, qui s'est révélé improductif, situé au large de la côte est du Canada, ce qui a entraîné pour elles la répartition des deductions. Après cela, les sociétés en commandite n'ont été engagées que dans des activités de fermeture. Le 14 décembre était le dernier jour de l'exercice financier de chacune de ces sociétés en commandite. Le lendemain, les intimées ont vendu leurs participations des sociétés en commandite. La Cour de l'impôt a accordé les deductions aux termes du paragraphe 245(1) au motif que ces deductions se rattachent à des frais légitimes qui ont été attribués aux intimées conformément aux exigences de la Loi. L'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, selon son libellé de l'époque, interdisait toute déduction à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

La question était de savoir si le paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquait pour refuser les deductions pour les frais d'exploration au Canada qui ont été réclamées en 1987.

Arrêt (le juge McDonald, J.C.A. dissident): les appels sont accueillis.

Le juge Linden (avec l'appui du juge Strayer, J.C.A.): Les outils anti-évitement créés par les tribunaux ont été utilisés avec parcimonie au Canada. Par conséquent, toute distinction significative entre les moyens légaux et illégaux d'éviter l'impôt doit provenir principalement des mesures anti-évitement d'origine législative. L'ancien paragraphe 245(1) faisait partie d'une série de mesures

kinds of anti-avoidance schemes or transactions, all of which were repealed in 1988 to make way for the new general anti-avoidance rule (GAAR). They indicated that, even prior to the new GAAR, Parliament intended to distinguish between lawful and unlawful tax avoidance. Thus, while it may not be their role to apply anti-avoidance doctrines as general principles of interpretation, Canadian courts must respect the existence of particular tax avoidance provisions in the Act.

This Court has articulated two conflicting visions of the role to be played by subsection 245(1). Strayer J.A. in *Canada v. Fording Coal Ltd.* set out three factors relevant to the determination of whether a taxpayer has unduly or artificially reduced its income: (1) whether the deduction sought was contrary to the object and spirit of the provision in the Act; (2) whether the deduction was based on a transaction or arrangement which was not in accordance with normal business practice; and (3) whether there was a *bona fide* business purpose for the transaction. McDonald J.A., in dissent, took a much more restrictive view of the application of subsection 245(1). He acknowledged the relevance of object and spirit analysis, but interpreted the object and spirit of the relevant provisions according to the plain words of the provisions themselves. He also held that if the transaction which gave rise to the deduction was in keeping with the relevant sections of the Act, then it could not be artificial under subsection 245(1). Despite this disagreement in the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada has denied leave to appeal. In the absence of specific direction to the contrary by that Court, Strayer J.A.'s reasoning was to be preferred.

Both "artificial" and "undue" refer to the reduction of income which occurs as a result of the deduction claimed, and not the expense giving rise to the deduction. The argument that a deduction which arises from a real expense cannot unduly or artificially reduce income fails to recognize this distinction. By searching beyond the manner in which the expense arose, and focussing instead on the effect of the deduction on the taxpayer's income, the factors adopted by Strayer J.A. in *Fording* avoided this error. The cornerstone of Strayer J.A.'s reasons in *Fording* was the understanding that it was the undue or artificial reduction of income as it related to this taxpayer which is under scrutiny, and not the legitimacy of the expense, arrangement or ensuing deduction in the abstract.

The Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen* did not reject the business purpose test invoked by Strayer J.A. as a factor in the application of subsection 245(1). Estey J. declared that the adoption of

partielles anti-évitement comprises dans la Loi, dont le but était de prévenir certains types de stratagèmes ou d'opérations visant à éviter l'impôt, mesures qui ont toutes été abrogées en 1988 pour faire place à la nouvelle règle générale anti-évitement (RGAE). Elles indiquaient que, même avant l'adoption de la nouvelle RGAE, le législateur avait l'intention d'établir une distinction entre les mesures légales et illégales d'évitement fiscal. Il en résulte que, même si ce n'est peut-être pas le rôle des tribunaux canadiens d'appliquer les doctrines anti-évitement à titre de principes généraux d'interprétation, ils doivent quand même respecter l'existence de dispositions particulières d'évitement fiscal prévues dans la Loi.

Notre Cour a exposé deux visions contradictoires du rôle qu'est censé jouer le paragraphe 245(1). Dans l'arrêt *Canada c. Fording Coal Ltd.*, le juge d'appel Strayer a énoncé trois facteurs pertinents à la question de savoir si un contribuable a réduit indûment ou de façon factice son revenu: il s'agit de savoir (1) si la déduction revendiquée était contraire à l'objet et à l'esprit de la disposition de la Loi; (2) si la déduction était fondée sur une opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce; et (3) si l'opération avait un objet commercial véritable. Le juge d'appel McDonald, dissident dans cet arrêt, a adopté une position beaucoup plus restrictive concernant l'application du paragraphe 245(1). Il a reconnu la pertinence de l'analyse fondée sur l'objet et l'esprit de la Loi, mais il a interprété l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes selon le sens des mots ordinaires utilisés dans les dispositions elles-mêmes. Il a également conclu que, si l'opération qui y a donné lieu n'allait pas à l'encontre des dispositions applicables de la Loi, elle ne pouvait être jugée factice au regard du paragraphe 245(1). Malgré ce désaccord en Cour d'appel fédérale, l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême a été refusée dans l'affaire. En l'absence de toute précision contraire de la Cour suprême, il fallait préférer le raisonnement du juge Strayer.

Les deux termes «factice» et «indue» renvoient à la réduction du revenu qui résulte de la déduction réclamée, et non à la dépense qui a donné lieu à la déduction. L'argument selon lequel une déduction qui découle d'une dépense réelle ne peut réduire indûment ou de façon factice un revenu ne tient pas compte de cette distinction. En allant au-delà de la manière dont la dépense a été engagée, et en mettant plutôt l'accent sur l'effet de la déduction sur le revenu du contribuable, les facteurs énoncés par le juge Strayer dans l'arrêt *Fording* évitent ce piège. La pierre angulaire du raisonnement du juge Strayer dans *Fording* s'appuyait sur la reconnaissance du fait que c'est la réduction indue ou factice du revenu, au regard de ce contribuable, qui est à l'examen, et non la légitimité de la dépense, de l'entente ou de la déduction qui en a résulté, considérée dans l'abstrait.

Dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, la Cour suprême du Canada n'a pas rejeté le critère de l'objet commercial qui, d'après le juge Strayer, est un facteur à prendre en compte dans l'application du paragraphe

the business purpose test might result in judicial disallowance of transactions which are expressly contemplated by the legislature as part of a larger economic policy, only in response to the argument that the business purpose test should be used as a general interpretive principle. The implicit concern was improper judicial intervention into the realm of legislative policy. But where Parliament has specifically directed the Court to consider whether a particular deduction unduly or artificially reduces income, it is appropriate for the Court to evaluate evidence of business purpose, as an indicator of the legitimacy of the deduction. Consequently, the business purpose test is a relevant factor in the subsection 245(1) analysis.

Just because a transaction technically may fit within the parameters of the Act, does not mean that it cannot unduly or artificially reduce income. Subsection 245(1) applies where, notwithstanding the genuineness of the legal relationship established by the taxpayer, a deduction based on such a transaction would unduly or artificially reduce income. Parliament chose to enact subsection 245(1). By applying that provision in appropriate cases, the Court is not usurping the legislative will, it is obeying it. While this approach may entail a certain element of discretion in the application of subsection 245(1), this cannot be entirely avoided for the assessment of object and spirit, consistency with ordinary business practice and evaluation of business purpose must, of necessity, proceed on a case-by-case basis.

The deductions sought unduly and artificially reduced the respondents' income pursuant to subsection 245(1). A result different from that arrived at by the Tax Court Judge followed from an application of the three factors in *Fording*. (1) The respondents' attempted use of the exploration expense provisions fell outside their intended object and spirit. Respondents did not in any way engage in the business which the exploration expense provisions were designed to promote. None of the goals of the policy allowing for this type of flow-through share arrangement were achieved as a result of the respondents' fleeting investment at a time when no exploration or mining was being carried out or contemplated. Furthermore, the purpose of the cumulative CEE provision was to allow taxpayers to deduct only what they had actually expended in an exploration project, and not the full cost of a project which, in fact, received 80% of its funding from the government. In this case, because government assistance was not subtracted from the cumulative CEE total, the respondents claimed a deduction of 100% of the exploration expense, despite the fact that the government ultimately compensated the partnerships for 80% of those expenses. The effect for the government was a cost of more than 100% of the actual cost of exploration. Parlia-

245(1). Le juge Estey a déclaré que l'adoption du critère de l'objet commercial pouvait amener les tribunaux à rejeter des opérations qui étaient expressément prévues par le législateur dans le cadre d'une politique économique de plus grande envergure, mais en réponse seulement à l'argument selon lequel le critère de l'objet commercial devrait être utilisé comme un principe général d'interprétation. Il se préoccupait implicitement d'une intervention judiciaire inappropriée dans la sphère de la politique législative. Toutefois, lorsque le législateur fédéral a expressément donné instruction à la Cour d'examiner si une déduction particulière réduit indûment ou de façon factice le revenu, il est approprié que la Cour évalue la preuve portant sur l'objet commercial à titre d'indice de la légitimité de la déduction. Par conséquent, le critère de l'objet commercial est un facteur pertinent dans une analyse du paragraphe 245(1).

Le simple fait qu'une opération peut techniquement respecter les paramètres de la Loi ne signifie pas qu'elle ne peut pas indûment ou de façon factice réduire le revenu. Le paragraphe 245(1) s'applique dans le cas où, malgré l'authenticité des rapports de droit établis par le contribuable, une déduction faite au titre de pareille opération réduirait le revenu de façon indue ou factice. Le législateur fédéral a choisi d'adopter le paragraphe 245(1). En appliquant cette disposition à des cas appropriés, la Cour n'usurpe pas la volonté du législateur, elle s'y conforme. Bien que cette méthode puisse comporter un certain élément de discrétion dans l'application du paragraphe 245(1), cela ne peut pas être entièrement évité étant donné que l'évaluation de l'objet et de l'esprit de la loi, de la conformité aux habitudes normales du commerce et de l'objet commercial doit nécessairement se faire au cas par cas.

Les déductions demandées ont réduit indûment et de façon factice le revenu des intimées, aux termes du paragraphe 245(1). On est arrivé à un résultat différent de celui auquel le juge de la Cour de l'impôt est arrivé quand les trois facteurs énoncés dans *Fording* ont été appliqués. (1) La tentative d'utilisation par les intimées des dispositions relatives aux frais d'exploration ne respectait pas l'objet et l'esprit de ces dispositions. Les intimées n'ont participé d'aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais d'exploration avaient pour but de promouvoir. Aucun des objectifs de la politique tenant compte de ce type de convention d'émission d'actions accréditives n'a pu être atteint du fait de l'investissement éphémère des intimées à un moment où il n'y avait plus d'activités d'exploration ou minières effectuées ou envisagées. De plus, la disposition relative aux frais cumulatifs d'exploration au Canada avait pour but de permettre aux contribuables de déduire uniquement ce qu'ils avaient réellement engagé dans un projet d'exploration, et non le coût total d'un projet qui en fait a été financé à 80 % par le gouvernement. En l'espèce, parce que l'aide gouvernementale n'a pas été soustraite du total des frais cumulatifs d'exploration au Canada, les intimées ont réclamé une déduction de 100 % des frais d'exploration, malgré que le

ment cannot have intended such an absurd result in enacting these provisions. Finally, the purpose for which the respondents took advantage of this practice had nothing to do with the reason for which it may have been condoned by the PIP Administration. The respondents completely failed to bring themselves within the object and the spirit of the Act. (2) The transactions which allowed the respondents to claim the cumulative CEE deductions were far removed from normal commercial practice. At the time the interests were purchased in the limited partnerships, no potential for profit could have existed. The exploration activities, the *raison-d'être* for the limited partnerships, had long since been abandoned. Despite this, the respondents paid \$1,800,000 and \$1,080,000 each for interests which, within twenty-four hours, were sold for a mere \$137 and \$228 respectively. In addition, it was contrary to normal business practice to ensure, by way of a sale agreement, that the limited partnerships not be entitled to receive any government assistance until after the date when it was anticipated that the respondents would exercise their rights under the agreement and remove themselves from the limited partnerships. The transactions constituted a tax scheme, not a business deal. (3) There was no business purpose attached to the respondents' participation in the limited partnerships. What the respondents attempted to achieve was unlawful tax avoidance. Subsection 245(1) should be applied to disallow the deductions sought.

Per McDonald J.A. (dissenting): The transaction was not captured by subsection 245(1).

The first step in the analysis was to assess whether the deduction artificially or unduly reduced income. The proper point of comparison is the result of the transaction and not the transaction itself. The taxpayers were members of a partnership that legitimately incurred CEE through its agent with respect to drilling off Canada's east coast. Under the CEE regime, only members of the partnership at the end of the partnership's fiscal year may deduct CEE. The taxpayers were members of the partnership at the end of the fiscal year. The provisions of the Act specifically resulted in attribution of the CEE to them as members of the partnerships at the end of the partnerships' fiscal year. Subsection 245(1) cannot apply to defeat deductions where they arise by specific operation of the Act. The losses incurred by the limited partnership were real and came about as the result of real exploration and development. They were not created by manipulation of the *Income Tax Act*. Where a deduction arises by specific operation of the Act, it is not artificial or undue. Had Parliament intended subsection 245(1) to override deductions that arise by specific operation of the *Income Tax Act*, it would have used specific language to that end. In the absence of such language, it cannot be assumed that Parliament would disallow with one provision that

gouvernement ait finalement remboursé aux sociétés 80 % de leurs frais. Il en a en fait coûté au gouvernement plus de 100 % du coût réel de l'exploration. Le législateur ne peut pas avoir voulu un résultat aussi absurde quand il a adopté ces dispositions. En dernier lieu, la fin pour laquelle les intimées ont profité de cette pratique n'avait rien à voir avec la raison qui peut avoir amené l'Administration des PESP à l'accepter. Les intimées ne sont pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit de la Loi. (2) Les opérations en vertu desquelles les intimées ont réclamé la déduction au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada étaient bien loin des habitudes normales du commerce. Au moment où les participations ont été achetées dans les sociétés en commandite, aucune possibilité de profit ne pouvait exister. Les activités d'exploration qui étaient la raison d'être des sociétés en commandite avaient depuis longtemps été abandonnées. Malgré cela, les intimées ont payé 1 800 000 \$ et 1 080 000 \$ chacune pour des participations qui, en moins de vingt-quatre heures, ont été vendues en vertu d'un contrat d'option de vente pour des montants de 137 \$ et 228 \$, respectivement. En outre, il est contraire aux habitudes normales du commerce de s'assurer, par l'entremise d'un contrat de vente, que les sociétés en commandite n'aient droit à une aide gouvernementale qu'après la date à laquelle il était prévu que les intimées exerceraient leurs droits en vertu du contrat et se retireraient des sociétés en commandite. Il s'agissait d'un plan d'évitement de l'impôt, et non d'une opération commerciale. (3) Aucun objet commercial n'était rattaché à la participation des intimées dans les sociétés en commandite. Ce que les intimées ont essayé de faire en l'espèce était un stratagème illégal d'évitement de l'impôt. Le paragraphe 245(1) doit être appliqué pour refuser les déductions demandées.

Le juge McDonald, J.C.A. (dissent): L'opération ne tombait pas sous le coup du paragraphe 245(1).

La première étape de l'analyse consistait à évaluer si la déduction a réduit indûment ou de façon factice le revenu. Le point de comparaison approprié est le résultat de l'opération et non l'opération elle-même. Les contribuables ont été membres d'une société en commandite qui avait légitimement engagé des FEC par l'entremise de sa mandataire relativement à des opérations de forage au large de la côte est du Canada. En vertu du régime des FEC, seuls les associés d'une société en commandite toujours présents à la fin de l'exercice financier peuvent déduire les FEC. Les contribuables étaient des associées des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier. L'application des dispositions de la Loi a précisément entraîné l'attribution des FEC aux contribuables à titre d'associées des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier de ces dernières. Le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué pour refuser des déductions lorsque celles-ci découlent d'une application expresse de la Loi. Les pertes subies par la société en commandite étaient réelles et ont résulté de véritables activités d'exploration et d'aménagement. Ces pertes ne proviennent pas d'une manipulation quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Lorsqu'une déduction découle de l'application expresse de la Loi, on ne dit pas qu'elle est factice ou indue. Si le législateur avait eu

which it has specifically allowed with others. The taxpayers did not directly engage in mining exploration, but their direct participation was not required by the Act. The flow-through share regime in the *Income Tax Act* was created to allow investment by parties that may not have otherwise participated in the industry. The money spent to join the limited partnerships went to a company actively involved in mining exploration. While it may seem repugnant that these taxpayers are able to reap the benefit of expenses not directly incurred by them, their favourable tax position was a product of the Act's own provisions.

In any case, the object and spirit of the legislation was consistent with this result. When assessing the object and spirit of legislation, the Court may look to normal business practice, whether the transaction had a legitimate business purpose, and Parliamentary intent. (1) These types of financing arrangements were normal business practice in the industry at the time. (2) The purpose of the transactions was to purchase CEE losses to use as deductions against income. The taxpayers never intended to become active participants in the oil and gas exploration market. They claimed the deduction in their capacity as limited partners in an entity which did legitimately incur CEE and was actively involved in oil and gas exploration. For the general partner in the limited partnership, the transaction had a valid business purpose and the taxpayers achieved their deductions by virtue of their membership in the limited partnership. Further, the taxpayers' investments in the limited partnerships had the effect of providing needed capital. The business purpose of the transaction was to provide capital for the mining company. (3) Parliament created the flow-through share scheme to encourage investment in a risky enterprise, all for the sake of the national energy policy. Also, there was some political will to encourage exploration off Canada's east coast and potentially invigorate a depressed economy. The government was aware that the Act permitted these types of arrangements. Set in context, these deductions fit in with Canada's energy strategy at the time. The taxpayers' deductions were not artificial or undue as they arose by specific operation of the Act and were not inconsistent with the object and spirit of section 66.1.

l'intention que le paragraphe 245(1) ait préséance sur les déductions qui sont autorisées par l'application expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il se serait exprimé clairement à cette fin. En l'absence d'un tel libellé, on ne peut présumer que le législateur prétendait refuser dans une disposition ce qu'il a précisément autorisé dans d'autres. Les contribuables n'ont pas directement participé à l'exploration minière, mais les dispositions de la Loi n'exigent pas une participation directe. Le régime des actions accréditives dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été créé pour autoriser des investissements par des parties qui n'auraient peut-être pas autrement participé à ce secteur d'activités. Les fonds versés pour se joindre aux sociétés en commandite sont allés à une société activement engagée dans l'exploration minière. Bien qu'il puisse sembler détestable que ces contribuables soient en mesure de récupérer le bénéfice de dépenses qu'elles n'ont pas directement engagées, leur position fiscale avantageuse découlait des dispositions mêmes de la Loi.

En tout cas, l'objet et l'esprit de la loi étaient conformes à ce résultat. Pour évaluer l'objet et l'esprit d'une loi, la Cour peut examiner les habitudes normales du commerce, elle peut évaluer si l'opération avait un objet commercial légitime, et elle peut également rechercher l'intention du législateur. (1) Ces types d'arrangements de financement étaient une habitude normale de l'industrie à cette époque. (2) L'objet des opérations était d'acheter les pertes au titre des FEC pour les déduire du revenu. Les contribuables n'avaient aucune intention de participer activement au marché de l'exploration pétrolière et gazière. Elles ont réclamé la déduction en leur qualité d'associées dans une entité qui avait effectivement engagé légitimement les FEC et faisait activement de l'exploration pétrolière et gazière. Pour le commandité d'une société en commandite, l'opération avait un objet commercial valide et les contribuables ont pu faire leurs déductions grâce à leur participation à cette société en commandite. En outre, l'investissement des contribuables dans les sociétés en commandite a eu pour effet de fournir le capital requis. L'objet commercial de cette opération était de fournir des fonds à la compagnie minière. (3) Le législateur a créé le régime des actions accréditives dans le but d'inciter les investissements dans une entreprise risquée, pour les fins de la politique énergétique nationale. Il y avait également une certaine volonté politique d'encourager l'exploration au large de la côte est du Canada et, potentiellement, de ranimer une économie chancelante. Le gouvernement était au courant que la Loi autorisait ce type d'arrangements. Replacées dans leur contexte, les déductions sont conformes à la stratégie énergétique du Canada de l'époque. Les déductions des contribuables n'étaient ni factices ni indues, étant donné qu'elles découlaient de l'application expresse de la Loi et n'étaient pas incompatibles avec l'objet et l'esprit de l'article 66.1.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 137(1).
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C.
 1970-71-72, c. 63), ss. 20(1)(e)(i), 55(1) (as am. by

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148,
 art. 137(1).

S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), 66.1(3) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1986, c. 2, s. 17), (6)(a) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 55, s. 12; 1988, c. 55, s. 42), (b) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1976-77, c. 4, s. 24; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 2, s. 17; c. 55, s. 12; 1987, c. 46, s. 19), (7) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1977-78, c. 1, s. 30; 1980-81-82-83, c. 45, s. 34), 88(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1977-78, c. 1, s. 43; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48), 96(1) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43), (a), (c), (d) (as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 32), (f), (g), (2.5) (as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 25), 245(1), 247(1) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 125), (2) (as am. *idem*), 248(1) "taxpayer".

Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2, s. 1(d).

Petroleum Incentives Program Act, R.S.C., 1985, c. P-13.

Petroleum Incentives Program Regulations, SOR/82-666, s. 11 (as am. by SOR/83-639, s. 2; 83-683, s. 4; 84-77, s. 3; 84-861, s. 2; 85-354, s. 1; 85-636, s. 6; 86-32, s. 3; 86-459, s. 5).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63), art. 20(1)c)(i), 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), 66.1(3) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1986, ch. 2, art. 17), (6)a) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1985, ch. 45, art. 126; 1986, ch. 55, art. 12; 1988, ch. 55, art. 42), b) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1976-77, ch. 4, art. 24; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 34; 1986, ch. 2, art. 17; ch. 55, art. 12; 1987, ch. 46, art. 19), (7) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1977-78, ch. 1, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 45, art. 34), 88(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1974-75-76, ch. 26, art. 52; 1977-78, ch. 1, art. 43; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48), 96(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43), a), c), d) (mod. par S.C. 1987, ch. 46, art. 32), f), g), (2.5) (édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 25), 245(1), 247(1) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 125), (2) (mod., *idem*), 248(1) «contribuable».

Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier, L.R.C. (1985), ch. P-13.

Partnership Act, R.S.A. 1980, ch. P-2, art. 1(d).

Règlement sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier, DORS/82-666, art. 11 (mod. par DORS/83-639, art. 2; 83-683, art. 4; 84-77, art. 3; 84-296, art. 5; 84-861, art. 2; 85-354, art. 1; 85-636, art. 6; 86-32, art. 3; 86-459, art. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Fording Coal Ltd., [1996] 1 F.C. 518; [1996] 1 C.T.C. 230; (1995), 95 DTC 5672; 190 N.R. 186 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1996] 3 S.C.R. viii.

DISTINGUISHED:

R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd., [1978] 1 F.C. 454; [1977] CTC 388; (1977), 77 DTC 5244 (C.A.); *affd* [1979] 1 S.C.R. 36; [1978] CTC 780; (1978), 78 DTC 6566; 23 N.R. 622; *Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of), [1936] A.C. 1 (H.L.); *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.); *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 350; [1960] C.T.C. 123; (1960), 60 DTC 1081; *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (T.A.B.); *Canada v.*

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada c. Fording Coal Ltd., [1996] 1 C.F. 518; [1996] 1 C.T.C. 230; (1995), 95 DTC 5672; 190 N.R. 186 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1996] 3 R.C.S. viii.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd., [1978] 1 C.F. 454; [1977] CTC 388; (1977), 77 DTC 5244 (C.A.); *conf. par* [1979] 1 R.C.S. 36; [1978] CTC 780; (1978), 78 DTC 6566; 23 N.R. 622; *Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of), [1936] A.C. 1 (H.L.); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474 (H.L.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.); *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.É 350; [1960] C.T.C. 123; (1960), 60 DTC 1081; *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (C.A.I.); *Canada c. Continen-*

Continental Bank Leasing Corp., [1996] 3 F.C. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249; [1976] C.T.C. 532; (1976), 76 DTC 6299; 13 N.R. 420 (C.A.); *Weston's Settlements, In re*, [1969] Ch. 233 (C.A.); *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433; [1995] 2 C.T.C. 86; (1995), 95 DTC 5168; 179 N.R. 363 (C.A.); revd [1996] 2 S.C.R. 161; [1996] 2 C.T.C. 54; (1996), 96 DTC 6309; 197 N.R. 308; *Spur Oil Ltd. v. R.*, [1982] 2 F.C. 113; [1981] CTC 336; (1981), 81 DTC 5168; 42 N.R. 131 (C.A.); *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (F.C.A.); *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, [1942] 1 K.B. 389 (C.A.); *The Queen v. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (F.C.A.).

REFERRED TO:

The Queen v. Daly (J J), [1981] CTC 270; (1981), 81 DTC 5197; 38 N.R. 494 (F.C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408; [1969] C.T.C. 533; (1969), 69 DTC 5346; *Dominion Bridge Co Ltd v The Queen*, [1975] CTC 263; (1975), 75 DTC 5150 (F.C.T.D.); *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98; [1968] C.T.C. 98; (1968), 68 DTC 5143; *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935); *Ramsay (W. T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.); *R v. Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24; (1975), 76 DTC 6010 (F.C.T.D.); *McKee (G) v The Queen*, [1977] CTC 491; (1977), 77 DTC 5345 (F.C.T.D.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; affd [1962] S.C.R. viii; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363; (1981), 81 DTC 5282 (F.C.T.D.); *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3; [1987] 1 C.T.C. 55; (1986), 87 DTC 5001; 72 N.R. 147 (C.A.).

AUTHORS CITED

Arnold, B. J. and J. R. Wilson. "The General Anti-Avoidance Rule—Part 1" (1988), 36 *Can. Tax J.* 829.

Brussa, John A. "The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment" in *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*. 1985 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986.

tal Bank Leasing Corp., [1996] 3 C.F. 713; (1996), 25 B.L.R. (2d) 149; [1997] 1 C.T.C. 13; 96 DTC 6355; 199 N.R. 9 (C.A.); *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249; [1976] C.T.C. 532; (1976), 76 DTC 6299; 13 N.R. 420 (C.A.); *Weston's Settlements, In re*, [1969] Ch. 233 (C.A.); *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433; [1995] 2 C.T.C. 86; (1995), 95 DTC 5168; 179 N.R. 363 (C.A.); inf. par [1996] 2 R.C.S. 161; [1996] 2 C.T.C. 54; (1996), 96 DTC 6309; 197 N.R. 308; *Spur Oil Ltd. c. R.*, [1982] 2 C.F. 113; [1981] CTC 336; (1981), 81 DTC 5168; 42 N.R. 131 (C.A.); *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (C.A.F.); *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, [1942] 1 K.B. 389 (C.A.); *La Reine c. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

La Reine c. Daly (J J), [1981] CTC 270; (1981), 81 DTC 5197; 38 N.R. 494 (C.A.F.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 408; [1969] C.T.C. 533; (1969), 69 DTC 5346; *Dominion Bridge Co Ltd c La Reine*, [1975] CTC 263; (1975), 75 DTC 5150 (C.F. 1^{re} inst.); *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C.É. 98; [1968] C.T.C. 98; (1968), 68 DTC 5143; *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935); *Ramsay (W. T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.); *R c Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24; (1975), 76 DTC 6010 (C.F. 1^{re} inst.); *McKee (G) c La Reine*, [1977] CTC 491; (1977), 77 DTC 5345 (C.F. 1^{re} inst.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; conf. par [1962] R.C.S. viii; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363; (1981), 81 DTC 5282 (C.F. 1^{re} inst.); *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3; [1987] 1 C.T.C. 55; (1986), 87 DTC 5001; 72 N.R. 147 (C.A.).

DOCTRINE

Arnold, B. J. and J. R. Wilson. «The General Anti-Avoidance Rule—Part 1» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 829.

Brussa, John A. «The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment» in *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*. 1985 Conference Report. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986.

Canada. Department of Finance—Release, 94-106, November 10, 1994.

Carten, Michael A. “How-Through Share Financing” in *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1987.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Energy, Mines and Resources Canada. *The National Energy Program, 1980*.

Gideon, K. and R. Kent. “Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals to Adopt the Business Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine” in *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988.

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

McKee, James G. “The Income Tax Implications of Flow-Through Shares” [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107.

Timbrell, D. Y. “Of Shams and Simulacra” (1973), 21 *Can Tax J.* 529.

Ziegel, Jacob S. *et al. Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEAL from Tax Court decision allowing taxpayers’ claim for deductions under *Income Tax Act*, section 66.1 (*Central Supply Co. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2320; (1995), 95 DTC 434 (T.C.C.)). Appeal allowed.

COUNSEL:

Jagmohan S. Gill, Patricia Lee and Margaret J. Nott for appellant.
Paul L. Schnier and Robert Jason for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Fogler, Rubinoff, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 LINDEN J.A.: This appeal [[1995] 2 C.T.C. 2320 (T.C.C.)] involves the effect, if any, of one of the

Canada. Ministère des Finances—Publication, 94-106, 10 novembre 1994.

Carten, Michael A. «How-Through Share Financing» in *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Association canadienne d’études fiscales, 1987.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Énergie, Mines et Ressources Canada. *Le programme énergétique national, 1980*.

Gideon, K. and R. Kent. «Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals to Adopt the Business Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine» in *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report. Toronto: Association canadienne d’études fiscales, 1988.

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

McKee, James G. «The Income Tax Implications of Flow-Through Shares» [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107.

Timbrell, D. Y. «Of Shams and Simulacra» (1973), 21 *Can Tax J.* 529.

Ziegel, Jacob S. *et al. Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEL d’une décision de la Cour de l’impôt accueillant la demande de déductions présentée par les contribuables en vertu de l’article 66.1 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (*Central Supply Co. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2320; (1995), 95 DTC 434 (C.C.I.)). Appel accueilli.

AVOCATS:

Jagmohan S. Gill, Patricia Lee et Margaret J. Nott pour l’appelante.
Paul L. Schnier et Robert Jason pour les intimés.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l’appelante.
Fogler, Rubinoff, Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le présent appel [[1995] 2 C.T.C. 2320 (C.C.I.)] porte sur l’effet possible de

former anti-avoidance provisions contained in the *Income Tax Act*. More particularly, the issue is whether the former subsection 245(1) should be applied so as to disallow deductions of cumulative Canadian exploration expense claimed in the 1987 taxation year by two taxpayers, Central Supply Company (1972) Limited (Central) and Carousel Travel 1982 Inc. (Carousel), pursuant to subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b) of the *Income Tax Act*.¹ Each of the taxpayers purported to become a member of limited partnerships for twenty-four hours on the final day of the fiscal years of each of the partnerships. As a result of this brief participation, this transitory or fleeting involvement, Central claimed a deduction of \$10,000,000 and Carousel claimed a deduction of \$6,000,000, which deductions were challenged by the Minister in reassessments. The Tax Court of Canada allowed the deductions. As will be seen, I disagree with this conclusion.

l'une des anciennes dispositions anti-évitement contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Plus particulièrement, la question est de savoir si l'ancien paragraphe 245(1) devrait être appliqué pour annuler des déductions au titre de «frais cumulatifs d'exploration au Canada» réclamées pour l'année d'imposition 1987 par deux contribuables, soit Central Supply Company (1972) Limited (Central) et Carousel Travel 1982 Inc. (Carousel), aux termes du paragraphe 66.1(3) et de l'alinéa 66.1(6)b de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.¹ Chacune des contribuables prétend être devenue associée de sociétés en commandite pendant vingt-quatre heures, le dernier jour de l'exercice financier de chacune de ces sociétés en commandite. Par suite de cette brève participation, de cet engagement transitoire ou éphémère, Central a réclamé une déduction de 10 000 000 \$ et Carousel, une déduction de 6 000 000 \$, qui ont toutes deux été contestées par le ministre au moyen de nouvelles cotisations. La Cour canadienne de l'impôt a admis les déductions. Comme on le verra ci-dessous, je ne peux accepter cette conclusion.

2 Subsection 245(1), as it then was, read as follows:²

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

The disposition of this appeal turns primarily on how this partial anti-avoidance provision ought to be interpreted and applied on the facts of this case. The parties to this appeal take fundamentally different positions on this issue. The Minister, in brief summary, has submitted that subsection 245(1) ought to be applied to disallow deductions which, even if they may appear to be permitted by some provision of the Act, are inconsistent with the object and spirit of the deduction provision, are inconsistent with ordinary business practice and exhibit no business purpose. In short, the taxpayers have argued, however, that subsection 245(1) cannot be applied where the deduction sought falls within the object and spirit of the provision and has arisen by operation of a specific provision in the Act.

Le paragraphe 245(1), tel qu'il était rédigé à l'époque pertinente, disposait comme suit²: 2

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

Pour les fins du présent appel, il faut déterminer principalement comment cette disposition partielle anti-évitement doit être interprétée et appliquée aux faits de l'espèce. Les parties à l'appel ont des positions fondamentalement différentes sur la question. Le ministre, dans un bref résumé, prétend que le paragraphe 245(1) devrait être appliqué pour annuler les déductions qui, même si elles semblent autorisées par quelque disposition de la Loi, sont incompatibles avec l'objet et l'esprit de la disposition prévoyant la déduction, avec les habitudes ordinaires du commerce et ne révèlent aucun objet commercial. En résumé, les contribuables font valoir, à l'opposé, que le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué lorsque la déduction demandée respecte l'objet et l'esprit de la disposition et qu'elle découle de l'application d'une disposition précise de la Loi.

I. BACKGROUND

3 Prior to 1988, Canada had no general anti-avoidance rule (GAAR), unlike many other countries which did.³ Furthermore, the spirit of *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*⁴ was the reigning judicial attitude toward tax avoidance schemes, save for some limited exceptions. In that case, Lord Tomlin of the House of Lords held that “[e]very man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be”.⁵ Although the Supreme Court, in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*,⁶ modified the strict and literal approach to interpretation espoused in *Westminster* with a more purposive approach which was cognizant of the “object and spirit” of the Act, it remained generally loyal to the *Westminster* rule. The legacy of *Stubart* continues as the proper approach to the interpretation of taxing legislation, but it sheds no direct light on the application of subsection 245(1) of the Act. The precursor to subsection 245(1), subsection 137(1) [R.S.C. 1952, c. 148], was not argued in *Stubart*, to which Estey J. adverted in his reasons on several occasions. As a result, the interpretation and application of subsection 245(1) cannot be much influenced by the *Stubart* case.

4 A brief survey of the judicial exceptions to the *Westminster* doctrine that have developed will assist our understanding of the role to be played by subsection 245(1) as a legislative curb on tax avoidance. Despite several attempts to expand the range of judicial tools for limiting avoidance schemes, only two of them have survived in Canada; these are the “ineffective transactions” doctrine and the “sham” doctrine. The “ineffective transactions” doctrine is applied to deductions or tax benefits when “the intended legal results [are] not achieved”; in such a case the taxpayer must be taxed according to the legal result which is actually produced.⁷ As a result of their legal ineffectiveness, such transactions “do not come to be considered as shams or artificial transactions because their ineffectiveness prevents their even opening the door into the room where tax

I. LE CONTEXTE

3 Avant 1988, le Canada n’avait aucune règle générale anti-évitement (RGAÉ), contrairement à de nombreux autres pays³. En outre, l’esprit de l’arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*⁴ exprimait l’attitude judiciaire prévalante à l’égard des stratagèmes d’évitement fiscal, à quelques exceptions restreintes près. Dans cette affaire, lord Tomlin de la Chambre des lords a statué que: [TRADUCTION] «[t]out homme a le droit, s’il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu’il ne le serait autrement»⁵. Malgré que la Cour suprême, dans l’arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*⁶, ait remplacé la méthode d’interprétation stricte et littérale adoptée dans *Westminster* par une méthode axée davantage sur la finalité qui tient compte de «l’objet et de l’esprit» de la Loi, elle est demeurée dans l’ensemble fidèle à la règle *Westminster*. La méthode dégagée dans l’arrêt *Stubart* est toujours la méthode appropriée pour interpréter les lois fiscales, mais elle ne jette aucun éclairage direct sur l’application du paragraphe 245(1) de la Loi. Le précurseur du paragraphe 245(1), le paragraphe 137(1) [S.R.C. 1952, ch. 148], n’a pas été débattu dans *Stubart*, même si le juge Estey y a fait référence à plusieurs reprises dans ses motifs. Par conséquent, l’interprétation et l’application du paragraphe 245(1) ne peuvent être beaucoup influencées par l’arrêt *Stubart*.

4 Un bref survol des exceptions à la doctrine *Westminster* qui ont été élaborées par les tribunaux nous aidera à comprendre le rôle que doit jouer le paragraphe 245(1) comme mesure législative visant à enrayer l’évasion fiscale. Malgré plusieurs tentatives en vue d’accroître la gamme des outils judiciaires pour limiter les plans d’évitement fiscal, deux de ces tentatives seulement ont été retenues au Canada; il s’agit de la doctrine des «opérations sans effet juridique» et la doctrine du «trompe-l’œil». La doctrine des «opérations sans effet» s’applique aux déductions ou aux avantages fiscaux lorsque [TRADUCTION] «les résultats juridiques recherchés ne [sont] pas atteints»; en pareil cas, le contribuable doit être imposé en fonction du résultat juridique qui est véritablement obtenu⁷. En raison de leur inefficacité juridique, ces opérations [TRADUCTION] «ne sont pas

avoidance is the subject for discussion”.⁸ In this sense, it may not be entirely accurate to characterize judicial prohibition of legally ineffective transactions as an anti-avoidance measure. Rather, it is the “obvious corollary to the general rule that tax is imposed according to the legal relationships on transactions established by the parties”.⁹

considérées comme des trompe-l’œil ou des opérations factices parce que leur inefficacité les empêche même d’ouvrir la porte de la pièce où l’évitement fiscal est le sujet de discussion»⁸. En ce sens, il n’est peut-être pas tout à fait exact de qualifier l’interdiction judiciaire applicable aux opérations sans effet juridique de mesure anti-évitement. Il s’agirait plutôt du [TRADUCTION] «corollaire évident à la règle générale selon laquelle l’impôt est perçu en fonction des rapports de droit relatifs aux opérations et établis par les parties»⁹.

5 A sham is different from an ineffective transaction. A transaction is called a sham when an arrangement creates the appearance of certain rights and obligations which mask the true intent of the parties involved. This usually involves an element of deceit or even fraud. The classic description of a “sham” is found in Lord Diplock’s judgment in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*,¹⁰ that which gives “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”.¹¹ As a result of its ability to disguise an underlying transaction, the remedy for a sham is to replace it with the transaction which actually underlies it. The sham doctrine has been incorporated into the Canadian common law. In *Stubart*, Mr. Justice Estey explained that, in Canadian law, deceit was the “heart and core of a sham.”¹² The requisite element of deceit, however, means that the “sham” doctrine is rarely invoked as an anti-avoidance device by courts, although it has been on occasion.¹³

5 Le trompe-l’œil est un concept différent de l’opération sans effet juridique. Une opération est qualifiée de trompe-l’œil lorsqu’un arrangement crée une apparence de droits et d’obligations qui masquent la véritable intention des parties en cause. Cela suppose habituellement un élément de tromperie ou même de fraude. La description classique du «trompe-l’œil» a été donnée par lord Diplock dans l’arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*¹⁰; ce sont des actes ou documents qui [TRADUCTION] «visent à simuler . . . la création de droits et d’obligations juridiques différents des droits et obligations juridiques que les parties ont véritablement entendu créer (dans la mesure où elles ont voulu en créer)»¹¹. Comme le trompe-l’œil a pour résultat de dissimuler une opération sous-jacente, la façon d’y remédier est de le remplacer par l’opération qui en constitue le véritable fondement. La doctrine du trompe-l’œil a été incorporée dans la common law du Canada. Dans l’arrêt *Stubart*, le juge Estey explique qu’en droit canadien l’élément de tromperie est «au cœur même du trompe-l’œil»¹². Ce nécessaire élément de tromperie, toutefois, signifie que la doctrine du trompe-l’œil est rarement invoquée comme stratagème d’évitement fiscal par les tribunaux, bien qu’elle l’ait été à quelques reprises¹³.

6 In contrast to the ineffective transaction and sham doctrines, the other judicial anti-avoidance concepts which have surfaced have had little impact on the jurisprudential landscape. Among them are the “substance over form” doctrine, the “business purpose” test, and the “step transaction” analysis. First, despite the fact that the economic or commercial “substance” of a transaction often differs from its legal form, in many cases Canadian courts have held that the legal effect of a transaction is controlling of its

6 Contrairement aux doctrines de l’opération sans effet et du trompe-l’œil, les autres notions anti-évitement élaborées par les tribunaux ont eu peu de répercussions sur le courant jurisprudentiel. Mentionnons la règle «du fond par rapport à la forme», le critère de «l’objet commercial» et l’analyse de «l’opération étape par étape». Tout d’abord, malgré le fait que le «fondement» économique ou commercial d’une opération soit souvent différent de sa forme juridique, les tribunaux canadiens ont statué

substance. In *Stubart*, for example, the Supreme Court “accepted the legal forms (sale and agency agreement), although the commercial substance of the arrangement was that *Stubart* had not divested itself of the business”.¹⁴ In other cases, however, courts have demonstrated a willingness to overcome the legal formalities of a transaction in order to characterize it for tax purposes according to its substance.¹⁵ In particular, *Bronfman Trust v. The Queen*¹⁶ constitutes a substantial exception to the Supreme Court’s unwillingness to engage in substance analysis. Dickson C.J. concluded in that case that:¹⁷

Assessment of taxpayers’ transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer’s sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

On the facts, Dickson C.J. found that the Court could not disregard the direct and ineligible use of borrowed money in favour of the indirect and eligible use upon which the taxpayer sought to claim an interest deduction pursuant to subparagraph 20(1)(c)(i). Clearly, these differing views on the availability of substance over form analysis mean that the status of that analysis as a viable limit on tax avoidance is somewhat unclear at the present time.

7 Second, despite frequent discussion of it in tax law jurisprudence, the “business purpose” test was firmly rejected as a general interpretive principle by the Supreme Court in *Stubart*.¹⁸ By contrast, the business purpose test has enjoyed a long and illustrious history in the United States jurisprudence.¹⁹ More recently, the business purpose test has also taken root in the House of Lords’ jurisprudence, particularly in the context of assessing multi-step transactions. This is perhaps best reflected in *Furniss v. Dawson*²⁰, a House of Lords decision in which it was held that, where no business purpose existed for a particular step in a multi-step commercial transaction, the transaction should be treated, for tax purposes, as if the purely tax motivated step had not occurred.²¹

dans bon nombre de cas que l’effet juridique d’une opération détermine son fondement. Dans *Stubart*, par exemple, la Cour suprême [TRADUCTION] «a accepté les formes juridiques (la vente et le mandat), bien que le fondement commercial de l’arrangement révélait que *Stubart* ne s’était pas défait de l’entreprise»¹⁴. Toutefois, dans d’autres cas, les tribunaux se sont montrés disposés à dépasser les formalités juridiques d’une opération afin de pouvoir la qualifier selon son fondement pour les fins fiscales¹⁵. En particulier, l’arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*¹⁶ constitue une exception importante à l’hésitation de la Cour suprême de procéder à une analyse du fond. Le juge en chef Dickson conclut en ce sens¹⁷:

Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l’esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l’assujettissement à l’impôt dépende, ce qui serait injuste, de l’habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d’une série d’événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d’admissibilité à une déduction d’impôt.

Se fondant sur les faits, le juge en chef Dickson a conclu que la Cour ne pouvait ignorer l’utilisation directe et inadmissible des fonds empruntés au profit de l’utilisation indirecte et admissible au regard de laquelle la contribuable cherchait à réclamer la déduction au titre d’intérêts prévue par le sous-alinéa 20(1)c)(i). Manifestement, ces vues divergentes sur l’analyse du fond par rapport à la forme signifie que l’efficacité de cette analyse comme moyen de réduire les tentatives d’évasion fiscale n’est pas très claire à l’heure actuelle.

7 Deuxièmement, malgré qu’il soit fréquemment discuté dans la jurisprudence en matière de fiscalité, le critère de «l’objet commercial» a été fermement rejeté comme principe général d’interprétation par la Cour suprême dans l’arrêt *Stubart*¹⁸. Par contraste, le critère de l’objet commercial est utilisé depuis longtemps et avec beaucoup de succès dans la jurisprudence américaine¹⁹. Plus récemment, le critère de l’objet commercial a également pris racine dans la jurisprudence de la Chambre des lords, plus particulièrement pour évaluer les opérations en plusieurs étapes. Le meilleur exemple en est *Furniss v. Dawson*²⁰, une décision de la Chambre des lords dans laquelle il a été statué que, lorsqu’une étape particulière d’une opération commerciale, qui en comporte plusieurs, n’a pas d’objet commercial, l’opération

doit être traitée, pour les fins fiscales, comme si cette étape prise à des fins purement fiscales, n'avait pas eu lieu²¹.

8 This Court's decision in *Minister of National Revenue v. Leon*²² has been the only serious attempt to give the business purpose test a central role in the arsenal of Canadian judicial responses to tax avoidance schemes. Heald J.A., writing for this Court, articulated the following proposition:²³

It is the agreement or transaction in question to which the Court must look. If the agreement or transaction lacks a *bona fide* business purpose, it is a sham.

Heald J.A., was attempting to broaden the traditional "sham" doctrine by infusing it with the concept of *bona fide* business purpose. Despite increasing acceptance of the business purpose test in other jurisdictions, however, this effort was unsuccessful. Estey J. refused, in *Stubart*, to incorporate the business purpose test into Canadian law. He stated:²⁴

I . . . reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives.

Since *Stubart*, the business purpose test, as a general principle of interpretation, has not been utilized in Canada. Further, without the assistance of the business purpose test, the potential for the "step transaction" analysis, which has evolved in the United Kingdom recently, is greatly circumscribed. In sum, judicial anti-avoidance devices have been sparsely used in Canada.

9 Consequently, any meaningful distinction between lawful and unlawful tax avoidance must come mainly from legislative anti-avoidance measures, not

La décision de la présente Cour dans *Ministre du Revenu national c. Leon*²² est la seule tentative sérieuse de donner au critère de l'objet commercial un rôle central dans l'éventail des réponses judiciaires canadiennes aux plans d'évitement fiscal. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Heald, J.C.A., a formulé la proposition suivante²³:

La Cour doit examiner l'entente ou l'opération en question. Si elles ne poursuivent pas une fin commerciale authentique, il s'agit alors d'un trompe-l'œil.

Le juge Heald essayait d'élargir la doctrine traditionnelle du «trompe-l'œil» en y incorporant le concept de la fin commerciale authentique. Malgré l'acceptation de plus en plus répandue du critère de l'objet commercial devant d'autres tribunaux, toutefois, cet effort est resté vain. Le juge Estey a refusé, dans l'arrêt *Stubart*, d'incorporer le critère de l'objet commercial en droit canadien. Il déclare ceci²⁴:

Je suis . . . d'avis de rejeter la proposition selon laquelle il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable. Un critère strict d'objet commercial pourrait, dans certaines circonstances, aller à l'encontre de l'intention apparente du législateur qui, dans les lois fiscales modernes, peut viser deux objets. La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est plus uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique.

Depuis l'arrêt *Stubart*, le critère de l'objet commercial n'a plus été utilisé au Canada comme principe général d'interprétation. En outre, sans l'aide du critère de l'objet commercial, le potentiel d'utilisation de l'analyse de «l'opération étape par étape» qui a connu une évolution récente au Royaume-Uni, est considérablement amoindri. Bref, les outils anti-évitement créés par les tribunaux ont été utilisés avec parcimonie au Canada.

9 Par conséquent, toute distinction significative entre les moyens légaux et illégaux d'éviter l'impôt doit provenir principalement des mesures anti-évitement

judicially created ones. This fact must be kept squarely in mind when interpreting the anti-avoidance provisions which are found in the Act, and to which I now turn.

10 The former subsection 245(1) was one of a number of partial anti-avoidance measures in the Act which attempted to prevent specific kinds of anti-avoidance schemes or transactions. Among them was, first, subsection 55(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24], which restricted capital gains or losses which artificially or unduly reduced income. This avoidance provision, which was first introduced in 1972, is described by Arnold and Wilson as “the counterpart of subsection 245(1)”.²⁵ Second, former subsection 247(1) [as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 125] was enacted in order to control the use of dividend stripping schemes which sought to reduce the assets of a corporation so that tax on the distribution of the corporation’s income to individual taxpayers was also reduced.²⁶ Third, subsection 247(2) [as am. *idem*] provided the Minister with the power to characterize two corporations as being “associated with one another” for a particular taxation year if the Minister believed that “one of the main purposes for the separate existences of the corporations was to reduce tax”.²⁷ Fourth, and finally, subsection 245(1) was enacted in order to prevent undue or artificial reduction of income arising out of a deduction made “in respect of a disbursement or expense”. All of these anti-avoidance provisions were repealed in 1988 [c. 55] in order to make way for the new general anti-avoidance rule (GAAR).

11 Each of these anti-avoidance provisions was aimed at a particular subset of tax avoidance schemes. In this sense, and in contrast to the current GAAR, they can best be characterized as “partial” anti-avoidance rules.²⁸ Despite their partial nature, however, they indicate beyond question that, even prior to the new GAAR, Parliament intended to draw a line between lawful and unlawful tax avoidance. As a result, while it may not be the role of Canadian courts to apply anti-avoidance doctrines as

d’origine législative, et non de création judiciaire. Il faut garder ce fait à l’esprit quand on interprète les dispositions anti-évitement qui se trouvent dans la Loi, et que j’aborde maintenant.

L’ancien paragraphe 245(1) faisait partie d’une série de mesures partielles anti-évitement comprises dans la Loi, dont le but était de prévenir certains types de stratagèmes ou d’opérations visant à éviter l’impôt. Parmi ces mesures, on trouvait tout d’abord le paragraphe 55(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24], qui restreignait les gains ou les pertes en capital ayant pour effet de réduire artificiellement ou indûment le revenu. Cette disposition anti-évitement, adoptée pour la première fois en 1972, est décrite par Arnold et Wilson comme [TRADUCTION] «la contrepartie du paragraphe 245(1)»²⁵. Deuxièmement, l’ancien paragraphe 247(1) [mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 125] a été adopté afin de contrôler l’utilisation des plans de dépouillement de surplus dont le but était de réduire l’actif d’une société de sorte que l’impôt payable sur la répartition du revenu de la société à des contribuables particuliers s’en trouvait également réduit²⁶. Troisièmement, le paragraphe 247(2) [mod., *idem*] conférait au ministre le pouvoir de qualifier deux sociétés «d’associées entre elles» dans une année d’imposition donnée si le ministre était d’avis que [TRADUCTION] «d’un des principaux motifs de l’existence distincte des sociétés était de réduire l’impôt payable par ailleurs»²⁷. Quatrièmement, et finalement, le paragraphe 245(1) a été adopté afin d’empêcher la réduction fictive ou induue du revenu grâce à une déduction faite «à l’égard d’un débours ou d’une dépense». Toutes ces dispositions anti-évitement ont été abrogées en 1988 [ch. 55] pour faire place à la nouvelle règle générale anti-évitement (RGAÉ).

Chacune de ces dispositions anti-évitement visait une catégorie particulière de plans d’évitement de l’impôt. Dans ce sens, et contrairement à la RGAÉ actuelle, elles peuvent être qualifiées de règles «partielles» anti-évitement²⁸. Malgré leur caractère partiel, toutefois, elles indiquent sans aucune espèce de doute que, même avant l’adoption de la nouvelle RGAÉ, le législateur avait l’intention d’établir une distinction entre les mesures légales et illégales d’évitement fiscal. Il en résulte que, même si ce

10

11

general principles of interpretation, they must respect the existence of particular tax avoidance provisions in the Act. Estey J. pointed to this fact in *Stubart*.²⁹ Commenting on subsection 137(1), the predecessor of subsection 245(1), he held that:³⁰

This instruction is, like the balance of the Act, introduced as well for the guidance of the courts in applying the scheme of the Act throughout the country. The courts may, of course, develop, in their interpretation of s. 137, doctrines such as the *bona fide* business purpose test; or a step-by-step transaction rule for the classification of taxpayers' activities which fall within the ban of such a general tax avoidance provision.

Estey J.'s statement underscores the importance of fair judicial application of legislative restrictions on tax avoidance. This is a task which the courts must undertake keeping in mind that, although certainly permitted, in the words of Lord Denning, "[t]he avoidance of tax . . . is not yet a virtue".³¹

12 The *Westminster* doctrine provided no insight into the means by which this judicial task ought to be accomplished.³² As the House of Lords recognized in *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, the *Westminster dictum*.³³

. . . tells us little or nothing as to what methods of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would attach to them if business transactions were conducted in a straight-forward way. The *Duke of Westminster's* case was about a simple transaction entered into between two real persons each with a mind of his own The kinds of tax-avoidance schemes that have occupied the attention of the courts in recent years, however, involve inter-connected transactions between artificial persons, limited companies, without minds of their own but directed by a single master-mind.

It tells us nothing to assist in our approach to a legislated anti-avoidance provision such as subsection 245(1). In order to inject meaning into subsection 245(1), this Court must, therefore, employ

n'est peut-être pas le rôle des tribunaux canadiens d'appliquer les doctrines anti-évitement à titre de principes généraux d'interprétation, ils doivent quand même respecter l'existence de dispositions particulières d'évitement fiscal prévues dans la Loi. Le juge Estey a reconnu cette réalité dans *Stubart*.²⁹ Formulant ses observations sur le paragraphe 137(1), le prédécesseur du paragraphe 245(1), il a conclu³⁰:

Cette disposition, comme le reste de la Loi, a aussi été adoptée pour guider les tribunaux dans l'application de l'économie de la Loi partout au pays. Les tribunaux peuvent, bien entendu, élaborer par leur interprétation de l'art. 137, des doctrines comme celle du critère de l'objet commercial véritable où une règle d'analyse des opérations étape par étape pour catégoriser les activités des contribuables visés par l'interdiction énoncée dans cette disposition générale relative à l'évitement de l'impôt.

Ces propos du juge Estey soulignent l'importance d'une application équitable par les tribunaux des restrictions d'origine législative concernant l'évitement fiscal. C'est là une tâche que les tribunaux doivent accomplir en gardant à l'esprit que, bien qu'elles soient certainement autorisées, [TRADUCTION] «les mesures d'évitement fiscal . . . ne sont pas encore une vertu»³¹, comme l'affirmait lord Denning.

La doctrine *Westminster* ne donne aucun indice de la façon dont ce rôle judiciaire doit être accompli.³² Comme la Chambre des lords l'a reconnu dans l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, l'opinion incidente énoncée dans *Westminster*³³:

[TRADUCTION] . . . ne nous dit rien ou presque sur le mode d'organisation de ses affaires que les tribunaux reconnaîtront comme diminuant valablement l'impôt qui serait autrement payable si les opérations avaient été faites de façon directe. L'arrêt *Duke of Westminster* visait une opération simple intervenue entre deux personnes physiques ayant chacune son intention propre Les types de plans d'évitement de l'impôt soumis à l'analyse des tribunaux depuis quelques années comportent des opérations intimement liées faites entre des personnes morales, des sociétés à responsabilité limitée, sans volonté propre, mais dirigées par un seul maître d'œuvre.

Cela ne nous aide pas non plus dans notre façon d'aborder une disposition anti-évitement d'origine législative comme le paragraphe 245(1). Pour donner un sens au paragraphe 245(1), la Cour doit donc

12

concepts and ideas, as indicated by Estey J. in *Stuart*, which will assist in drawing a more subtle line between lawful and unlawful tax avoidance than the overly general *Westminster* doctrine is capable of doing.

13 With this background in mind, I turn now to the existing law on the interpretation and application of subsection 245(1).

II. THE LAW

14 Although the Supreme Court has commented recently on the interpretation of specific taxing provisions and has remained true to the approach articulated in *Stuart*,³⁴ it has yet to decide the extent to which different considerations apply where Parliament has specifically provided for the policing of unlawful tax avoidance as it did in subsection 245(1). The recent case of *Canada v. Mara Properties Ltd.*³⁵ does not stand for the proposition that the Supreme Court has adopted a narrow approach to subsection 245(1). In *Mara Properties*, Marceau J.A. (Stone J.A. concurring) held that land acquired by a taxpayer did not become part of its inventory which could, when disposed of, be treated as a business loss. In dissent, McDonald J.A. would have allowed the taxpayer's scheme on the grounds that it did not run afoul of either subsection 88(1) [as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1974-75-76, c. 26, s. 52; 1977-78, c. 1, s. 43; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48] or subsection 245(1). He reasoned that "the claimed loss . . . cannot be artificial because the loss is the product of a statutory deeming provision . . . to which effect must be given".³⁶ On appeal, the Supreme Court agreed with the result reached by McDonald J.A. in an oral disposition of the case.³⁷ No reference was made, however, to whether the Court agreed with McDonald J.A.'s reasons on subsection 88(1) or with his interpretation of subsection 245(1). It is important to note also that subsection 245(1) was not argued before the Supreme Court.

employer des concepts et des idées, comme l'indique le juge Estey dans *Stuart*, qui l'aideront à faire une distinction plus subtile entre les mesures légales et illégales d'évitement fiscal que ce que la doctrine *Westminster*, trop générale, lui permet de faire.

C'est dans ce contexte que j'aborde maintenant la loi en vigueur concernant l'interprétation et l'application du paragraphe 245(1).

II. LA LOI

14 Bien que la Cour suprême ait récemment fait des observations sur l'interprétation de dispositions fiscales précises et qu'elle soit demeurée fidèle à la méthode énoncée dans *Stuart*³⁴, elle n'a pas encore décidé de la portée qu'aura l'application de certaines considérations lorsque le législateur a expressément prévu des mesures de contrôle contre les tentatives illégales d'évitement fiscal, comme il l'avait fait au moyen du paragraphe 245(1). L'arrêt récent *Canada, c. Mara Properties Ltd.*³⁵ n'appuie pas la proposition selon laquelle la Cour suprême a adopté une méthode d'interprétation stricte à l'égard du paragraphe 245(1). Dans l'arrêt *Mara Properties*, le juge Marceau, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Stone, J.C.A.) a statué que le bien-fonds acquis par un contribuable n'était pas passé dans son stock et ne pouvait donc, au moment de sa disposition, être traité comme une perte d'entreprise. Dans ses motifs dissidents, le juge McDonald s'est dit d'avis d'accueillir le plan du contribuable au motif qu'il n'allait à l'encontre ni du paragraphe 88(1) [mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1974-75-76, ch. 26, art. 52; 1977-78, ch. 1, art. 43; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48] ni du paragraphe 245(1). D'après son raisonnement: «la perte subie . . . ne peut être factice, étant donné qu'elle résulte d'une disposition législative qui crée une présomption . . . et à laquelle on doit donner effet»³⁶. En appel, la Cour suprême a accepté, dans des motifs prononcés verbalement, le résultat auquel en était arrivé le juge McDonald, J.C.A.³⁷. Toutefois, la Cour n'a pas dit si elle était d'accord avec les motifs du juge McDonald concernant le paragraphe 88(1) ou concernant son interprétation du paragraphe 245(1). Il est important de noter également que le paragraphe 245(1) n'a pas été débattu devant la Cour suprême.

15 This Court has, however, reflected on the application of subsection 245(1), most recently in *Canada v. Fording Coal Ltd.*³⁸ In applying subsection 245(1) to deductions taken by a taxpayer for cumulative Canadian exploration expense (CCEE) and cumulative Canadian development expense (CCDE), Strayer J.A., writing for himself and Décary J.A., set out three factors relevant to the determination of whether a taxpayer has unduly or artificially reduced its income. These were, first, whether the deduction sought is contrary to the object and spirit of the provision in the Act, second, whether the deduction is based on a “transaction or arrangement which is not in accordance with normal business practice”, and third, whether there was a *bona fide* business purpose for the transaction.³⁹ Strayer J.A., in conformity with *Stubart*, was careful to qualify the importance of a *bona fide* business purpose by stating that, although it “is not determinative of the artificiality of the deduction”, it “is certainly relevant”.⁴⁰

16 On the basis of these three factors, Strayer J.A. found in *Fording* that attempted deductions for CCEE and CCDE unduly and artificially reduced the taxpayer’s income pursuant to subsection 245(1). Strayer J.A. disallowed the deductions notwithstanding the fact they had arisen through specific authorization of the Act. In support of this finding, he reasoned:⁴¹

... if subsection 245(1) has no application to deductions otherwise permitted by the Act then I can see no purpose or effect for this subsection. Nor should it be seen as a general provision which must be considered overridden by “special” provisions which permit deductions in certain circumstances. The Act must be read as a whole. It must be assumed that Parliament contemplated that deductions permitted under the criteria specified elsewhere in the Act could in some situations unduly or artificially reduce income, in which case they would be disallowed under subsection 245(1).

17 There has not been unanimous agreement on this approach, however. McDonald J.A., in dissent in *Fording*, took a much more restrictive view of the application of subsection 245(1). First, although he acknowledged the relevance of object and spirit

15 Cependant, la Cour a eu récemment l’occasion de réfléchir sur l’application du paragraphe 245(1) dans *Canada c. Fording Coal Ltd.*³⁸. En appliquant le paragraphe 245(1) à des déductions faites par un contribuable pour des frais cumulatifs d’exploration au Canada (FCEC) et des frais cumulatifs d’aménagement au Canada (FCAC), le juge Strayer, J.C.A., s’exprimant en son nom et au nom du juge Décary, J.C.A., a énoncé trois facteurs pertinents à la question de savoir si un contribuable a réduit indûment ou de façon factice son revenu. Il s’agit de savoir tout d’abord si la déduction revendiquée est contraire à l’objet et à l’esprit de la disposition de la Loi; deuxièmement, si la déduction est fondée sur une «opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce» et, troisièmement, si l’opération a un objet commercial véritable³⁹. Le juge Strayer, se conformant à *Stubart*, a pris soin de qualifier l’importance de l’objet commercial véritable en déclarant que, bien que ce fait ne constitue pas «le facteur déterminant du caractère factice de la déduction», il «doit certainement entrer en ligne de compte»⁴⁰.

16 S’appuyant sur ces trois facteurs, le juge Strayer, J.C.A., a conclu dans *Fording* que les déductions demandées au titre des FCEC et des FCAC avaient réduit indûment et de façon factice le revenu du contribuable aux termes du paragraphe 245(1). Le juge Strayer a donc annulé les déductions malgré le fait qu’elles avaient été expressément autorisées par la Loi. Pour justifier cette conclusion, il dit ceci⁴¹:

... si le paragraphe 245(1) ne s’applique pas aux déductions permises à d’autres égards par la Loi, je ne vois pas à quoi il peut bien servir. Il ne faut pas non plus y voir une disposition générale qui doit être considérée comme primée par des dispositions «spéciales» qui permettent la déduction dans certains cas. La Loi doit être envisagée comme un tout. Il faut présumer que le législateur a prévu que des déductions permises selon les critères spécifiés par d’autres dispositions de la Loi pourraient, dans certains cas, réduire le revenu de façon indue ou factice, auxquels cas elles seraient rejetées en application du paragraphe 245(1).

17 Ce raisonnement n’a cependant pas fait l’unanimité. Le juge McDonald, J.C.A., dissident dans l’affaire *Fording*, a adopté une position beaucoup plus restrictive concernant l’application du paragraphe 245(1). Tout d’abord, tout en reconnaissant la perti-

analysis, McDonald J.A. interpreted the object and spirit of the relevant provisions according to the plain words of the provisions themselves.⁴² The second feature of this restrictive view was articulated by McDonald J.A. as follows:⁴³

To determine whether a deduction will cause an artificial reduction of a taxpayer's income, it is necessary to examine the transaction which gave rise to the deduction in question. If that transaction is in keeping with the relevant sections of the Act itself, then it cannot be artificial under subsection 245(1).

This position is consistent with McDonald J.A.'s earlier view in *Mara Properties*. Marceau J.A. also took a similar view of subsection 245(1) in that case, although he did not decide on the basis of subsection 245(1).⁴⁴

18 Despite this disagreement, leave to appeal to the Supreme Court in *Fording* has been denied, [[1996] 3 S.C.R. viii]. As a result, I am faced, on this appeal, with two conflicting visions of the role to be played by subsection 245(1). In the absence of any specific direction to the contrary by the Supreme Court, I prefer the reasoning of Strayer J.A., which, in my view, best captures the purpose for which this provision was enacted by Parliament.

19 In *Spur Oil Ltd. v. R.*, Heald J.A. defined "undue" according to its dictionary meaning of "excessive", and "artificial" as meaning "simulated" or "fictitious".⁴⁵ These definitions were subsequently adopted by Mahoney J.A. in *Canada v. Irving Oil Ltd.*⁴⁶ The term "undue" can further be described as synonymous with "exaggerated" and "exorbitant". The word "artificial", might also be explained by adjectives such as "synthetic", "inauthentic", " concocted", "abnormal", "unnatural", "fabricated", "contrived", "invented" and "disingenuous". One need not go so far as "deceitful", "fictitious", "phony", "falsified", "fake", or "fraudulent", the concepts involved in a "sham" determination, but these ideas would certainly be included in the idea of artificiality. A comparison of these two groups of synonyms suggests that the "artificial" reduction of

nence de l'analyse fondée sur l'objet et l'esprit de la Loi, le juge McDonald a interprété l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes selon le sens des mots ordinaires utilisés dans les dispositions elles-mêmes⁴². Le deuxième aspect de cette position restrictive a été formulé par le juge McDonald dans les termes suivants⁴³:

Pour savoir si une déduction opère réduction factice du revenu du contribuable, il est nécessaire d'examiner l'opération qui y a donné lieu. Si cette opération ne va pas à l'encontre des dispositions applicables ou de la Loi elle-même, elle ne peut être jugée factice au regard du paragraphe 245(1).

Cette position est conforme à la position que le juge McDonald avait adoptée antérieurement dans *Mara Properties*. Le juge Marceau, J.C.A., a également adopté une vue semblable du paragraphe 245(1) dans cette affaire, bien qu'il n'ait pas tranché la question en s'appuyant sur le paragraphe 245(1)⁴⁴.

18 Malgré ce désaccord, l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême a été refusée dans l'affaire *Fording* [[1996] 3 R.C.S. viii]. Par conséquent, dans le présent appel, je suis aux prises avec deux visions contradictoires du rôle qu'est censé jouer le paragraphe 245(1). En l'absence de toute précision contraire de la Cour suprême, je préfère le raisonnement du juge Strayer, J.C.A. qui, à mon avis, saisit mieux la fin pour laquelle cette disposition a été adoptée par le législateur.

19 Dans l'arrêt *Spur Oil Ltd. c. R.*, le juge Heald, J.C.A., a défini le terme «indu» selon le sens de «excessif», que donnent les dictionnaires, et le terme «factice» selon le sens de «simulé» ou «fictif»⁴⁵. Ces définitions ont été subséquemment adoptées par le juge Mahoney, J.C.A., dans *Canada c. Irving Oil Ltd.*⁴⁶. Le terme «indu» peut de plus être entendu comme synonyme de «exagéré» et «exorbitant». Le mot «factice» peut aussi être expliqué par l'utilisation d'adjectifs comme «artificiel», «non authentique», «combiné», «anormal», «non naturel», «fabriqué», «imité», «inventé» et «insincère». Point n'est pas besoin d'aller aussi loin que «trompeur», «fictif», «fourbe», «falsifié», «faux» ou «frauduleux», qui sont les concepts utilisés pour déterminer s'il y a un «trompe-l'œil», mais ces notions seraient certainement comprises dans l'idée d'artifice. Une compa-

income erects a higher threshold for the application of subsection 245(1) than is required by the “undue” reduction of income. This is because the term “artificial” implies an element of fabrication which is not present in the term “undue”. Regardless of this difference, however, both of these words refer to the reduction of income which occurs as a result of the deduction claimed, and not the expense giving rise to the deduction. This distinction is, I believe, critical to a proper understanding of the purpose of subsection 245(1). The often-raised argument that a deduction which arises from a real expense cannot unduly or artificially reduce income fails to recognize this distinction. By searching beyond the manner in which the expense arose, and focusing instead on the effect of the deduction on the taxpayer’s income, the factors adopted by Strayer J.A. in *Fording* avoid this error.

raison de ces deux groupes de synonymes fait ressortir que la réduction «factice» du revenu établit un seuil plus élevé pour l’application du paragraphe 245(1) que ce qui est exigé par la réduction «indue» du revenu. La raison en est que le terme «factice» suppose un élément de fabrication qui n’est pas présent dans le terme «indu». Abstraction faite de cette différence, toutefois, ces deux termes renvoient à la réduction du revenu qui résulte de la déduction réclamée, et non à la dépense qui a donné lieu à la déduction. Cette distinction est, à mon avis, essentielle pour bien comprendre l’objet du paragraphe 245(1). L’argument souvent invoqué selon lequel une déduction qui découle d’une dépense réelle ne peut réduire indûment ou de façon factice un revenu ne tient pas compte de cette distinction. En allant au-delà de la manière dont la dépense a été engagée, et en mettant plutôt l’accent sur l’effet de la déduction sur le revenu du contribuable, les facteurs énoncés par le juge Strayer, J.C.A., dans l’arrêt *Fording* évitent ce piège.

20 The cornerstone of Strayer J.A.’s reasons in *Fording* is, however, the understanding that it is the undue or artificial reduction of income as it relates to this taxpayer which is under scrutiny, and not the legitimacy of the expense, arrangement or ensuing deduction in the abstract. Mahoney J.A. articulates this idea in *Irving Oil* when he states that, in order to fit within subsection 245(1), “a transaction or operation must have the effect of unduly or artificially reducing income; the artificiality of the transaction or operation itself does not determine the issue”.⁴⁷ In the words of Strayer J.A., “the central issue is the undue or artificial nature of the reduction of income, not the artificiality of the transaction in question”.⁴⁸ The tools for exploring this “central issue” are an analysis of the object and spirit of the particular provision, an assessment of whether the transaction accords with normal business practice and whether it has an identifiable business purpose.

La pierre angulaire du raisonnement du juge Strayer dans *Fording* s’appuie toutefois sur la reconnaissance du fait que c’est la réduction indue ou factice du revenu, au regard de ce contribuable, qui est à l’examen, et non la légitimité de la dépense, de l’entente ou de la déduction qui en a résulté, considérée dans l’abstrait. Le juge Mahoney, J.C.A., formule cette idée dans *Irving Oil* quand il déclare que, pour tomber sous le coup du paragraphe 245(1), «une opération ou une entente doit avoir pour effet de réduire indûment ou de façon factice le revenu; le caractère factice de l’opération ou de l’entente comme telle ne résout pas la question»⁴⁷. Selon les mots du juge Strayer, «[l]a question centrale est le caractère indu ou factice de la réduction du revenu, pas le caractère factice de l’opération en question»⁴⁸. Les outils utilisés pour explorer cette «question centrale» sont une analyse de l’objet et de l’esprit de la disposition particulière, une analyse permettant de déterminer si l’opération est conforme aux habitudes normales du commerce et si elle a un objet commercial identifiable.

21 Parliament has indicated its desire to set limits on the permissible scope of tax avoidance through the former subsection 245(1) and other similar anti-avoidance provisions. The particular criteria adopted

Le législateur a indiqué sa volonté d’imposer des limites à l’étendue acceptable des plans d’évitement fiscal en adoptant l’ancien paragraphe 245(1) et d’autres dispositions anti-évitement similaires. Les

by Strayer J.A. to assess the undue or artificial reduction of income constitute a sound mechanism by which courts can be true to this legislative goal. As discussed above, the terms “undue” and “artificial” focus on conduct which is “excessive” or “exaggerated” at best, and “simulated”, “synthetic” or “contrived” at worst. In enacting anti-avoidance laws such as subsection 245(1), Parliament indicated that it could not, in drafting specific taxing provisions, anticipate every conceivable manipulation of the wording of that provision. Avoidance schemes which are concocted to take advantage of the literal wording of taxing provisions are notoriously difficult to anticipate precisely because they do not seek to satisfy the intended object or spirit of the provision, nor are they anchored by a commercial logic or business purpose. For this reason, they often lie outside the bounds of what might reasonably be contemplated by the legislature in enacting a particular provision of the Act. In measuring tax avoidance schemes against these three factors, however, courts may effectively limit the kinds of arrangements giving rise to expenses or deductions provided by the Act to those which could reasonably have been intended by Parliament or, in other words, do not unduly or artificially reduce income.

critères particuliers adoptés par le juge Strayer, J.C.A., pour évaluer la réduction induue ou factice du revenu constituent un mécanisme approprié permettant aux tribunaux de respecter cet objectif législatif. Comme il en a été question ci-dessus, les termes «indu» et «factice» mettent l'accent sur une conduite qui est «excessive» ou «exagérée» au mieux, ou qui est «simulée», «artificielle» ou «imitée» au pire. En adoptant des dispositions anti-évitement comme le paragraphe 245(1), le législateur a indiqué qu'il ne pouvait pas, dans la rédaction de dispositions fiscales précises, prévoir toutes les façons imaginables de manipuler le texte de cette disposition. Les stratagèmes d'évitement qui sont inventés pour tirer parti du texte littéral des dispositions fiscales sont notoirement difficiles à détecter précisément parce qu'ils ne cherchent pas à respecter l'objet ou l'esprit de la disposition, et qu'ils ne sont pas justifiés par une logique ou un objet commercial. Pour cette raison, ils se trouvent souvent en dehors des limites de ce que pouvait raisonnablement envisager le législateur quand il a adopté une disposition particulière de la Loi. Dans l'évaluation des plans d'évitement fiscal au regard de ces trois facteurs, toutefois, les tribunaux peuvent effectivement limiter les genres d'ententes qui donnent lieu à des dépenses ou à des déductions prévues par la Loi à celles qui peuvent raisonnablement avoir été voulues par le législateur ou, autrement dit, à celles qui ne réduisent pas indûment ou de façon factice le revenu.

22 It is wrong to say that Strayer J.A.'s invocation of the business purpose test as a factor in the application of subsection 245(1), was rejected in *Stubart*. In that case, where a taxpayer had devised a scheme to take advantage of the losses of an ailing subsidiary, section 137 of the Act (now section 245) was specifically not argued by the Attorney General. Instead, borrowing from the American approach, the business purpose test was argued as a general interpretive principle. It was in response to this argument that Estey J. declared that the adoption of the business purpose test might result in judicial disallowance of transactions which are expressly contemplated by the legislature as part of a larger economic policy.⁴⁹ The implicit concern is improper judicial intervention into the realm of legislative policy. Where, however, Parliament has specifically directed the Court to consider whether a particular

Il est faux de dire que le critère de l'objet commercial qui, d'après le juge Strayer, J.C.A., est un facteur à prendre en compte dans l'application du paragraphe 245(1), a été rejeté dans l'arrêt *Stubart*. Dans cette affaire, dans laquelle une contribuable avait mis au point un plan pour profiter des pertes d'une filiale mal en point, l'article 137 de la Loi (actuellement l'article 245) n'a précisément pas été débattu par le procureur général. S'inspirant de la méthode américaine, le ministère public a plutôt présenté le critère de l'objet commercial comme un principe général d'interprétation. C'est en réponse à cet argument que le juge Estey a déclaré que l'adoption du critère de l'objet commercial pouvait amener les tribunaux à rejeter des opérations qui étaient expressément prévues par le législateur dans le cadre d'une politique économique de plus grande envergure⁴⁹. Il se préoccupait implicitement d'une interven-

22

deduction unduly or artificially reduces income, it is appropriate for the Court to evaluate evidence of business purpose, as an indicator, at least in part, of the legitimacy of the deduction. Estey J. specifically recognized this point in *obiter* when he offered the following advice to assist in interpreting the former section 137 of the Act:⁵⁰

1. Where the facts reveal no *bona fide* business purpose for the transaction, s. 137 may be found to be applicable depending upon all the circumstances of the case.

Consequently, in my view, following Strayer J.A. in *Fording*, it is clear that the business purpose test is a relevant factor in the subsection 245(1) analysis.

23 Turning to another underlying controversy surrounding subsection 245(1), I am unpersuaded that, just because a transaction technically may fit within the parameters of the Act, it cannot unduly or artificially reduce income. Legal effectiveness was one of three interpretive principles identified by the House of Lords in the *Westminster* case.⁵¹ Certainly, the legal effectiveness of a transaction is critical to establishing the propriety of a deduction arising from the transaction. In cases where the wording of a specific tax provision is clear and unambiguous, it may even serve as a sufficient condition, as occurred in *Subart*. To suggest, however, that legal effectiveness also enables a taxpayer to escape the application of subsection 245(1) would entirely eviscerate the effect of this provision. Strayer J.A. correctly explained the law in *Fording* when he stated:⁵²

... this subsection applies where, notwithstanding the genuineness of the legal relationship established by the taxpayer, a deduction based on such a transaction would unduly or artificially reduce income.

Strayer J.A.'s conclusion on this point is unavoidable. In fact, to find otherwise would violate the very rationale which motivated Estey J. to reject reliance on the business purpose test or other judi-

tion judiciaire inappropriée dans la sphère de la politique législative. Toutefois, lorsque le législateur a expressément donné instruction à la Cour d'examiner si une déduction particulière réduit indûment ou de façon factice le revenu, il est approprié que la Cour évalue la preuve portant sur l'objet commercial à titre d'indice, du moins partiel, de la légitimité de la déduction. Le juge Estey a précisément reconnu ce point dans l'opinion incidente qu'il donne pour aider à interpréter l'article 137 de la Loi⁵⁰:

1. Si les faits ne révèlent l'existence d'aucun objet commercial véritable dans l'opération, l'art. 137 peut s'appliquer, mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'esèce.

Par conséquent, souscrivant aux propos du juge Strayer dans *Fording*, je suis d'avis que le critère de l'objet commercial est manifestement un facteur pertinent dans une analyse du paragraphe 245(1).

23 Abordant maintenant une autre controverse sous-jacente concernant le paragraphe 245(1), je ne suis pas convaincu que, du simple fait qu'une opération peut techniquement respecter les paramètres de la Loi, elle ne peut indûment ou de façon factice réduire le revenu. L'efficacité juridique est l'un des trois principes d'interprétation reconnus par la Chambre des lords dans l'affaire *Westminster*⁵¹. Certainement, l'efficacité juridique d'une opération est indispensable pour établir l'à-propos d'une déduction découlant de cette opération. Dans les cas où le texte de la disposition fiscale précise est clair et non équivoque, cela peut même être suffisant, comme ce fut le cas dans *Subart*. Toutefois, laisser entendre que l'efficacité juridique permet également à un contribuable d'éviter l'application du paragraphe 245(1) viderait cette disposition de tout son sens. Le juge Strayer a correctement expliqué le droit en vigueur dans l'arrêt *Fording* quand il déclare ceci⁵²:

... [ce paragraphe] s'applique dans le cas où, malgré l'authenticité des rapports de droit établis par le contribuable, une déduction faite au titre de pareille opération réduirait le revenu de façon indue ou factice.

La conclusion du juge Strayer sur ce point est inévitable. En fait, conclure autrement contreviendrait au raisonnement même qui a amené le juge Estey à rejeter le critère de l'objet commercial ou toutes

cial anti-avoidance doctrines as general canons of interpretation in *Stuart*.

24 Further support for the position that subsection 245(1) can be applied to disallow a deduction notwithstanding that it may literally come under a specific provision of the Act is found in a comparison of the Canadian law with that of other countries. In *Stuart*, Estey J. adopted a cautious attitude toward judicial anti-avoidance doctrines on the understanding that, in Canada, "the legislature has responded to the need for overall regulation to forestall blatant practices designed to defeat the Revenue" through various anti-avoidance provisions.⁵³ This, he noted, is in marked contrast to other jurisdictions such as the United States and the United Kingdom, in which no such legislative provisions had been enacted. In the absence of statutory control devices, judicially created anti-avoidance doctrines are understandable.⁵⁴ The implicit conclusion is that the Supreme Court's reluctance to endorse the use of judicial anti-avoidance doctrines as general interpretive principles is premised on the fact that anti-avoidance measures are already in place within the legislative framework and that the use of such doctrines should primarily occur within the confines of such provisions. To carry this attitude of reluctance over to the interpretation of subsection 245(1) would seriously undercut the very basis on which it was justified.

25 International comparison suggests that although few countries rigorously enforce both judicial and legislative anti-avoidance rules, most countries actively employ at least one or the other. According to Arnold and Wilson:⁵⁵

Although the two approaches are not mutually exclusive (for example, the Netherlands has a statutory general anti-avoidance rule and also applies the abuse of rights doctrine), most countries have adopted just one approach. For example, the United Kingdom and the United States have developed broad judicial doctrines but have not enacted any statutory general anti-avoidance rule. In contrast, Canada, Australia, and New Zealand have enacted statutory rules and have not adopted broad judicial anti-avoidance doctrines.

autres doctrines judiciaires anti-évitement comme étant les grands principes d'interprétation dans *Stuart*.

24 Une comparaison du droit canadien avec celui d'autres pays appuie également la position selon laquelle le paragraphe 245(1) peut être appliqué pour refuser une déduction malgré que celle-ci soit littéralement visée par une disposition spécifique de la Loi. Dans l'arrêt *Stuart*, le juge Estey a adopté une attitude prudente à l'égard des doctrines judiciaires anti-évitement en reconnaissant qu'au Canada «le législateur a réagi devant la nécessité d'avoir une réglementation générale pour combattre les pratiques flagrantes d'évasion fiscale» en adoptant diverses dispositions relatives à l'évitement de l'impôt⁵³. Cette attitude, fait-il observer, est en opposition marquée avec d'autres ressorts comme les États-Unis et le Royaume-Uni, où de telles dispositions législatives ont été adoptées. En l'absence de mécanismes de contrôle d'origine législative, les doctrines anti-évitement créées par les tribunaux sont compréhensibles⁵⁴. La conclusion qui s'en dégage implicitement, c'est que l'hésitation de la Cour suprême à endosser l'utilisation de doctrines anti-évitement créées par les tribunaux comme principes généraux d'interprétation vient de ce que les mesures anti-évitement sont déjà en place dans le régime législatif et que l'utilisation de telles doctrines devrait principalement se faire dans les limites de ces dispositions. Appliquer cette attitude d'hésitation à l'interprétation du paragraphe 245(1) minerait sérieusement le fondement même qui permet de le justifier.

25 La comparaison avec le droit international fait ressortir que, même si seulement quelques pays appliquent rigoureusement des règles anti-évitement d'origine législative autant que judiciaire, la plupart des pays ont activement recours aux unes ou aux autres. Selon Arnold et Wilson⁵⁵:

[TRADUCTION] Bien que les deux méthodes ne s'excluent pas mutuellement (par exemple, les Pays-Bas ont une règle générale d'évitement d'origine législative et ils appliquent également la doctrine de l'abus de droit), la plupart des pays n'ont retenu qu'une seule méthode. Par exemple, le Royaume-Uni et les États-Unis ont élaboré des doctrines judiciaires très larges, mais n'ont adopté aucune règle générale anti-évitement dans leurs lois. Par contraste, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont adopté des règles d'origine législative, mais n'ont pas élaboré des doctrines générales anti-évitement de nature judiciaire.

In conclusion, I reiterate simply that Parliament chose to enact subsection 245(1). By applying that provision in appropriate cases, this Court is not usurping the legislative will, it is obeying it.

En conclusion, je répète simplement que le législateur a choisi d'adopter le paragraphe 245(1). En appliquant cette disposition à des cas appropriés, la Cour n'usurpe pas la volonté du législateur, elle s'y conforme.

26 Finally, I recognize that the approach which I am advocating may entail a certain element of discretion in the application of subsection 245(1). This cannot be entirely avoided for the assessment of object and spirit, consistency with ordinary business practice and evaluation of business purpose must, of necessity, proceed on a case-by-case basis. This case-by-case approach is often criticized for its lack of certainty, particularly by those whose brilliant tax structures are found by courts to be unlawful. As one American commentator pointed out, however, some uncertainty is "an inevitable part of modern taxing systems".⁵⁶ Furthermore, such uncertainty exists mainly where taxpayers are engaged in probing the outer limits of the distinction between permissible and impermissible tax avoidance. In the light of this, as Lord Greene pointed out in *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, "[i]t scarcely lies in the mouth of the taxpayer who plays with fire to complain of burnt fingers".⁵⁷ When you roll the dice, you do not always win; you may lose.

26 Finalement, je reconnais que la méthode que je prône peut comporter un certain élément de discrétion dans l'application du paragraphe 245(1). Cela ne peut être entièrement évité étant donné que l'évaluation de l'objet et de l'esprit de la loi, de la conformité aux habitudes normales du commerce et de l'objet commercial doit nécessairement se faire au cas par cas. Cette analyse individuelle est souvent critiquée à cause de son manque de certitude, particulièrement par ceux dont les structures fiscales brillantes sont jugées illégales par les tribunaux. Comme un auteur américain le signale, toutefois, une certaine incertitude est [TRADUCTION] «un élément inévitable des régimes fiscaux modernes»⁵⁶. En outre, cette incertitude existe principalement lorsque les contribuables essaient de mettre à l'épreuve les limites extrêmes de la distinction qui existe entre les mesures d'évitement acceptables et non acceptables. Au vu de ce qui précède, comme le signale lord Green dans *Howard de Walden (Lord) v. Inland Revenue Commissioners*, [TRADUCTION] «le contribuable qui joue avec le feu peut difficilement se plaindre de s'être brûlé les doigts»⁵⁷. Au jeu de dés, on ne gagne pas toujours; il arrive aussi que l'on perde.

III. THE RESPONDENTS' ARRANGEMENT

27 In this case, the expense provisions upon which the respondents have relied in order to claim deductions of \$10,000,000 and \$6,000,000 each were subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b) of the Act. Subsection 66.1(3) then provided that a taxpayer other than a principal-business corporation was entitled to deduct, in computing his income for a taxation year, the amount not exceeding the taxpayer's cumulative Canadian exploration expense as determined at the end of the year. Cumulative Canadian exploration expense ("cumulative CCEE") was defined in paragraph 66.1(6)(b). The Tax Court Judge [at page 2335] described the deduction as "a cumulative, continuing pool of expenses . . . to which defined exploration expenses such as seismic

III. L'ENTENTE DES INTIMÉES

27 En l'espèce, les dispositions relatives aux frais sur lesquelles les intimées se sont appuyées pour réclamer des déductions de 10 000 000 \$ et de 6 000 000 \$ chacune sont le paragraphe 66.1(3) et l'alinéa 66.1(6)b) de la Loi. Le paragraphe 66.1(3) disposait à cette époque qu'un contribuable, à l'exclusion d'une corporation exploitant une entreprise principale, pouvait déduire dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition un montant ne dépassant pas l'excédent de ses frais cumulatifs d'exploration au Canada à la fin de l'année. Les frais cumulatifs d'exploration au Canada (les FCEC) sont définis à l'alinéa 66.1(6)b). Le juge de la Cour de l'impôt [à la page 2335] a défini la déduction comme «un ensemble cumulatif et continu de dépen-

and drilling costs are added and from which certain sums received or receivable are deducted". A "Canadian exploration expense" ("CEE") is defined in paragraph 66.1(6)(a) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 55, s. 12; 1988, c. 55, s. 42] of the Act and relates generally to expenses incurred for the purpose of drilling or completing an oil or gas well. The sums which are deducted from the "pool" include grants which the taxpayer is entitled to receive from the Government of Canada through the *Petroleum Incentives Program Act* [R.S.C., 1985, c. P-13] (the PIP) which provides payments for 80% of "eligible exploration expenses" for "qualified persons" as part of a strategy to encourage investment in this industry.⁵⁸

28 Paragraph 66.1(6)(a)⁵⁹ sets out the conditions under which a taxpayer may incur CEE deduction as follows:

66.1 (6)(a) . . .

(iv) subject to section 66.8 his share of any expense referred to in any of subparagraphs (i), (i.1) (ii), (ii.1), (iii) or (iii.1) incurred by a partnership in a fiscal period thereof, if, at the end of that period he was a member thereof, or

(v) any expense referred to in any of subparagraphs (i) to (iii.1) incurred by the taxpayer pursuant to an agreement in writing with a corporation, entered into before 1987, under which the taxpayer incurred the expense solely as consideration for shares, other than prescribed shares, of the capital stock of the corporation issued to him or any interest in such shares or right thereto,

but, for greater certainty, shall not include

(vi) any consideration given by the taxpayer for any share or any interest therein or right thereto, except as provided by subparagraph (v), or

(vii) any expense described in subparagraph (v) incurred by any other taxpayer to the extent that the expense was,

(A) by virtue of that subparagraph, a Canadian exploration expense of that other taxpayer,

29 The steps by which the respondents allege to have brought themselves within subsection 66.1(3) and

ses auxquelles sont ajoutés les frais d'exploration déterminés, comme les coûts d'exploration sismique et de forage, et desquelles sont déduits certains montants reçus ou à recevoir». Les frais d'exploration au Canada (FEC) sont définis à l'alinéa 66.1(6)(a) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1985, ch. 45, art. 126; 1986, ch. 55, art. 12; 1988, ch. 55, art. 42] de la Loi et se rapportent généralement à des dépenses engagées aux fins du forage ou de l'essai d'un puits de pétrole ou de gaz. Les sommes qui sont déduites de «l'ensemble» comprennent des subventions du gouvernement du Canada auxquelles le contribuable a droit en vertu de la *Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier* [L.R.C. (1985), ch. P-13] (le PESP) qui prévoit des versements de 80 % des «frais d'exploration admissibles» pour les «personnes admissibles» dans le cadre d'une stratégie visant à encourager les investissements dans ce secteur d'activités⁵⁸.

L'alinéa 66.1(6)(a)⁵⁹ énonce les conditions en vertu 28 desquelles un contribuable peut demander une déduction pour FEC dans les termes suivants:

66.1 (6)(a) . . .

(iv) sous réserve de l'article 66.8, sa part d'une dépense visée à l'un des sous-alinéas (i), (i.1), (ii), (ii.1), (iii) ou (iii.1) qu'une société a engagée au cours d'un de ses exercices financiers, s'il était un associé à la fin de cet exercice,

(v) une dépense visée à l'un des sous-alinéas (i) à (iii.1) et engagée par le contribuable conformément à une convention écrite conclue avec une corporation avant 1987 par laquelle le contribuable n'engage la dépense qu'en paiement d'actions de la corporation—à l'exclusion des actions visées par règlement—émises en sa faveur ou de droits afférents à de telles actions,

il est entendu toutefois que sont exclus

(vi) une contrepartie donnée par le contribuable pour une action ou un droit y afférent, sauf dans le cas prévu au sous-alinéa (v),

(vii) une dépense visée au sous-alinéa (v) et engagée par un autre contribuable dans la mesure où cette dépense consistait, selon le cas, en

(A) frais d'exploration au Canada engagés par cet autre contribuable en vertu de ce sous-alinéa,

Les mesures que les intimées ont utilisées et en 29 vertu desquelles elles prétendent être visées par le

paragraph 66.1(6)(b) in order to claim the sizable deductions are somewhat complex. On December 14, 1987, the respondents purchased interests in four limited partnerships which had been engaged in financing an unsuccessful oil and gas exploration project called the "Northcor et al. Narwhal F-99 well", located off the east coast of Canada.⁶⁰ The certificate of limited partnership filed for each specified that the partnerships were formed for a number of business purposes, including the acquisition, exploration, development, operation and sale of oil, natural gas and petroleum substances. The limited partnerships each entered into a "Share Subscription Agreement" which allowed Northcor Energy Limited (Northcor), a junior exploration company, to carry on drilling as an agent for the partnership and at the expense of the partnership. Each partnership agreed to fund Northcor for 20% of the exploration costs incurred by Northcor, and further agreed to assign its rights to government assistance.⁶¹ The assignment of government assistance would cover the remaining 80% of exploration expense. Any government assistance applied for and received by Northcor as a result of the assignment would be paid to the partnerships.⁶² As consideration, each partnership was granted the right to purchase shares in Northcor.⁶³ Finally, the agreements specified that the partnerships would incur the exploration expense for the purposes of subparagraph 66.1(6)(a)(v) of the Act.⁶⁴ The allocation of profit and loss, including the CEE and PIP payments, was to be determined at the end of the fiscal year in accordance with a 99.9% interest to the limited partners pro rated according to the interests held by each.⁶⁵

paragraphe 66.1(3) et l'alinéa 66.1(6)b afin de réclamer les déductions considérables sont assez complexes. Le 14 décembre 1987, les intimées ont acheté une participation dans quatre sociétés en commandite qui s'étaient engagées à financer un projet d'exploration de pétrole et de gaz appelé «puits Northcor et al. Narwhal F-99», qui s'est révélé improductif, situé au large de la côte est du Canada⁶⁰. Le certificat de société en commandite déposé pour chacune précisait que les sociétés en commandite avaient été formées pour un certain nombre de fins commerciales, notamment l'acquisition, l'exploration, l'aménagement, l'exploitation et la vente de pétrole, de gaz naturel et d'autres produits pétroliers. Les sociétés en commandite ont conclu chacune une «convention de souscription d'actions» qui autorisait Northcor Energy Limited (Northcor), une petite société d'exploration, à faire du forage comme mandataire de la société en commandite et aux frais de celle-ci. Chaque société en commandite a accepté de financer 20 % des frais d'exploration engagés par Northcor, et a de plus accepté de céder ses droits à une aide gouvernementale⁶¹. La cession des droits à l'aide gouvernementale devait couvrir les 80 % de frais d'exploration restants. Toute aide gouvernementale demandée et reçue par Northcor par suite de cette cession serait versée aux sociétés en commandite⁶². En contrepartie, chaque société en commandite obtenait le droit d'acheter des actions de Northcor⁶³. Finalement, les conventions précisaient que les sociétés en commandite engageraient les frais d'exploration aux fins du sous-alinéa 66.1(6)a(v) de la Loi⁶⁴. La répartition des profits et pertes, englobant les FEC et les PESP, devait être déterminée à la fin de l'exercice financier conformément à une quote-part de 99,9 % accordée aux commanditaires et répartie proportionnellement au nombre de participations de chacun⁶⁵.

30 By October 1, 1987, after \$17,500,000 had been expended on behalf of the partnerships, it was determined that the drilling at the Narwhal F-99 well had been unsuccessful and abandonment operations were commenced. Following this, the partnerships were engaged solely in winding-up activities. On December 10, 1987, Encee, the owner of Northcor, purchased 20,000 limited partnership interests in the four partnerships. On December 14, 1987, these

Le 1^{er} octobre 1987, après que 17 500 000 \$ eurent été engagés au nom des sociétés en commandite, il a été déterminé que le forage au puits Narwhal F-99 n'avait pas porté fruit et les opérations d'abandon ont commencé. Après cela, les sociétés en commandite n'ont été engagées que dans des activités de fermeture. Le 10 décembre 1987, Encee, la propriétaire de Northcor, a racheté 20 000 participations des sociétés en commandite dans les quatre sociétés

30

interests were sold to 747942 Ontario Limited (747942) and a portion were resold to the respondents on that same day. Each time, the certificates of limited partnership were amended to reflect the new ownership of interests. The "Sale and Purchase Agreement" that was concluded between Encee and 747942 provided that the limited partnerships would not be entitled to any government grants prior to December 15, 1987.⁶⁶ At the same time that the "Sale and Purchase Agreement" was concluded between Encee and 747942, a "Put Agreement" was also executed which granted 747942 the right to compel a controlled subsidiary of Encee (NRI Holdings Ltd.) to purchase all of its partnership interests at any point until December 31, 1987, at \$.01 per unit.⁶⁷ The subsequent agreements between 747942 and Carousel and Central, each titled the "Assignment and Novation Agreement Re: Sale and Purchase Agreement", sold to the respondents portions of the interests held by 747942 on the last day of the 1987 fiscal year of the partnerships.⁶⁸

visées. Le 14 décembre 1987, ces participations ont été vendues à 747942 Ontario Limited (747942) et une partie a été revendue aux intimées le même jour. Chaque fois, les certificats de société en commandite ont été modifiés pour indiquer le nom des nouveaux propriétaires des participations. La «convention d'achat-vente» qui a été conclue entre Encee et 747942 prévoyait que les sociétés en commandite n'auraient droit à aucune subvention gouvernementale avant le 15 décembre 1987⁶⁶. Au moment même où le contrat d'achat-vente a été conclu entre Encee et 747942, un contrat d'option de vente a également été conclu et accordait à 747942 le droit d'obliger une filiale sous le contrôle d'Encee (NRI Holdings Ltd.) à acheter la totalité des participations à n'importe quel moment jusqu'au 31 décembre 1987, à 0,01 \$ l'unité⁶⁷. Les conventions subséquentes entre 747942 et Carousel et Central, intitulées chacune «Accord de cession et de novation concernant la convention d'achat-vente» ratifiaient la vente aux intimées des parties des participations détenues par 747942 le dernier jour de l'exercice financier de 1987 des sociétés en commandite⁶⁸.

31 Carousel purchased such interests in the partnerships as would result in \$6,000,000 of the CEE being allocated to it at the end of the 1987 fiscal period, for a purchase price of \$1,080,000. Central obtained interests in the partnerships as would result in \$10,000,000 of the CEE being allocated to it at the end of the 1987 fiscal period, for \$1,800,000.

31 Carousel a acheté suffisamment de participations dans les sociétés en commandite pour avoir droit de déduire 6 000 000 \$ de FEC à la fin de son exercice financier de 1987, pour un prix d'achat de 1 080 000 \$. Central a obtenu des participations dans les sociétés en commandite qui lui permettrait de déduire 10 000 000 \$ de FEC à la fin de son exercice financier de 1987, pour un montant de 1 800 000 \$.

32 On December 15, 1987, the respondent taxpayers exercised their rights under the Put Agreement and conveyed their limited partnership interests to NRI at the designated price per unit. Their names were deleted from the certificates of limited partnership twenty-four hours after they had been added to them. The PIP payments that had been postponed were later paid to NRI which had sufficient losses to shelter this revenue tax free.

32 Le 15 décembre 1987, les contribuables intimées ont exercé leurs droits en vertu du contrat d'option de vente et ont cédé leurs participations dans les sociétés en commandite à NRI au prix unitaire désigné. Leurs noms ont été supprimés des certificats de société en commandite vingt-quatre heures après y avoir été inscrits. Les PESP qui avaient été différés ont par la suite été payés à NRI qui avait suffisamment de pertes pour que ce revenu soit totalement exonéré d'impôt.

33 The Tax Court Judge allowed the deductions sought by the taxpayer. His reasons are very briefly summarized in the following conclusion [at page 2363]:

33 Le juge de la Cour de l'impôt a admis les déductions réclamées par les contribuables. Il motive brièvement sa décision dans la conclusion suivante [à la page 2363]:

In summary, the appellants became members of four limited partnerships on the last day of their 1987 fiscal periods in which such partnerships incurred [exploration expenses]. Their partnership interests were "exempt interests" within the meaning of the Act. The transactions were not a sham. The Act provided specifically for the deduction of expenses of a partner at the end of a partnership's fiscal period. There being no other person entitled thereto, and with a deduction being clearly contemplated by the legislation, the deduction claimed fell within the object of the incentive provisions discussed. The partnerships were not entitled to and did not receive any PIPs in the 1987 fiscal period. The deductions made by the appellants' deductions did not unduly or artificially reduce their income. Each appellant declared the capital gain arising on the disposition of its interest in the four partnerships.

The tenor of the Tax Court Judge's reasons was that the deduction of an expense which actually and legitimately arises cannot be contrary to the plain wording or object and spirit of the Act, even if the deduction is claimed by a different taxpayer as a result of a pure tax avoidance scheme created especially for the purpose.

- 34 It is on the basis of this background that the respondents' claim for deductions of \$10,000,000 and \$6,000,000 for exploration expenses incurred in relation to the Narwhal F-99 well must be considered.

IV. ARGUMENTS ON APPEAL

- 35 The appellant Minister contends before this Court that the taxpayers' scheme falls short of its intended result on three main grounds and three alternative grounds. First, it is submitted that subparagraphs 66.1(6)(a)(iv) and (v) do not apply to the respondents. Subparagraph 66.1(6)(a)(iv), although it refers to partnerships, cannot be read as an "allocation provision" for an expense incurred pursuant to subparagraph 66.1(6)(a)(v). In support, they cite the fact that subparagraph 66.1(6)(a)(iv) does not refer in any way to expenses incurred in subparagraph 66.1(6)(a)(v), the fact that it precedes rather than follows 66.1(6)(a)(v) and the fact that it is separated from subparagraph 66.1(6)(a)(v) by the disjunctive "or". Instead, it is submitted, subparagraph

En résumé, les appelantes sont devenues des associées de quatre sociétés en commandite le dernier jour de l'exercice 1987 de ces dernières, exercice au cours duquel ces sociétés ont engagé des frais d'exploration. Leurs participations dans les sociétés en commandite étaient des «intérêts exonérés» au sens de la Loi. Les opérations n'étaient pas un trompe-l'œil. La Loi prévoyait expressément la déduction des dépenses d'un associé à la fin d'un exercice d'une société de personnes. Comme personne d'autre n'y avait droit, et comme une déduction est clairement envisagée dans la Loi, la déduction demandée était conforme à l'objet des dispositions incitatives en question. Les sociétés en commandite n'étaient pas en droit de recevoir et n'ont pas reçu de PESP au cours de l'exercice 1987. Les déductions faites par les appelantes n'ont pas eu pour effet de réduire indûment ou de façon factice leur revenu. Chaque appelante a déclaré le gain en capital résultant de la disposition de sa participation dans les quatre sociétés en commandite.

Le sens qu'il faut dégager des motifs du juge de la Cour de l'impôt, c'est que la déduction d'une dépense qui est réellement et légitimement demandée ne peut être contraire au texte clair ou à l'objet et à l'esprit de la Loi, même si la déduction est réclamée par un contribuable différent par suite d'un plan, ayant pour seul objet d'éviter de payer l'impôt, créé spécialement à cette fin.

- C'est dans ce contexte que la réclamation des 34 intimées portant sur des déductions de 10 000 000 \$ et de 6 000 000 \$ au titre des frais d'exploration engagés dans le puits Narwhal F-99 doit être examinée.

IV. LES MOYENS INVOQUÉS EN APPEL

- 35 Le ministre appelant soutient devant la Cour que le plan des contribuables n'a pas abouti au résultat prévu pour trois motifs principaux et trois motifs subsidiaires. Tout d'abord, il fait valoir que les sous-alinéas 66.1(6)a)(iv) et (v) ne s'appliquent pas aux intimées. Le sous-alinéa 66.1(6)a)(iv), bien qu'il fasse référence à des sociétés en commandite, ne peut être lu comme une «disposition visant la répartition» d'une dépense engagée en vertu du sous-alinéa 66.1(6)a)(v). À l'appui de sa position, il cite le fait que le sous-alinéa 66.1(6)a)(iv) ne fait aucune référence aux dépenses engagées selon le sous-alinéa 66.1(6)a)(v), le fait que ce sous-alinéa précède plutôt qu'il ne suit le sous-alinéa 66.1(6)a)(v) et le fait qu'il est séparé du sous-alinéa

66.1(6)(a)(iv) deals with expenses directly incurred by a partnership rather than pursuant to an agreement with an exploration company, as occurred in this case. The respondents are also ineligible for the deductions under subparagraph 66.1(6)(a)(v), it is submitted, as this subparagraph refers to "taxpayers" and a partnership is not a taxpayer under the Act. Instead, the income and loss of a partnership is included as the income and loss of each of the partners pursuant to paragraphs 96(1)(a), (f) and (g). More specifically, in this case, paragraph 96(1)(d) [as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 32] requires that income or loss of the partnership be computed with the CEE excluded. It is treated for tax purposes as if it was incurred directly by the partners at the end of the year.

66.1(6)(a)(v) par la conjonction disjonctive anglaise «or». Il soutient que le sous-alinéa 66.1(6)(a)(iv) traite des dépenses engagées directement par une société plutôt qu'en vertu d'un contrat avec une société d'exploration, comme c'est le cas en l'espèce. Selon le ministre, les intimées n'ont pas non plus droit aux déductions prévues au sous-alinéa 66.1(6)(a)(v), étant donné que ce sous-alinéa fait référence aux «contribuables» et qu'une société en commandite n'est pas un contribuable en vertu de la Loi. Le revenu et la perte d'une société en commandite sont inclus comme revenu et perte pour chacun des associés aux termes des alinéas 96(1)(a), (f) et (g). Plus précisément, en l'espèce, l'alinéa 96(1)(d) [mod. par S.C. 1987, ch. 46, art. 32] exige que le revenu ou la perte de la société en commandite soit calculé sans tenir compte des FEC. Ce revenu ou cette perte est traité, aux fins fiscales, comme s'il avait été engagé directement par les associés à la fin de l'année.

36 Second, it is argued that the taxpayers did not become members of the limited partnerships on December 14, 1987 because they did not carry on business in common with a view to profit. The appellant takes the position that although Part 2 of the *Partnership Act* of Alberta establishes the limited liability of certain partners by restricting their ability to actively control the partnership, it does not otherwise excuse compliance by those persons with the definition of partnership contained in paragraph 1(d) of the *Partnership Act*. To this extent, the Minister argues, a limited partnership is the same as an ordinary partnership, and each new member must, upon entry into the partnership, satisfy the condition of carrying on business in common with a view to profit. Such did not occur, the Minister maintains, in this case, and so the respondents are not entitled to reap the tax rewards of the business which was once carried on by those partnerships.

Deuxièmement, il fait valoir que les contribuables ne sont pas devenues des associées des sociétés en commandite le 14 décembre 1987, parce qu'elles n'ont pas exploité une entreprise en commun en vue de faire des bénéfices. La position de l'appelant est la suivante: même si la partie 2 de la *Partnership Act* de l'Alberta établit la responsabilité limitée de certains associés en restreignant leur capacité de contrôler activement la société, elle n'exclut pas autrement l'obligation pour ces personnes de respecter la définition d'une société de personnes donnée à l'alinéa 1d) de la *Partnership Act*. Dans cette mesure, selon le ministre, une société en commandite est l'équivalent d'une société de personnes ordinaire et chaque nouvel associé doit, à son entrée dans la société, satisfaire à la condition relative à l'exploitation d'une entreprise commune en vue de faire des bénéfices. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, selon la prétention du ministre, et c'est pourquoi les intimées n'ont pas le droit de récupérer les encouragements fiscaux qui ont été accordés à l'entreprise qui avait été exploitée par ces sociétés en commandite.

37 Third, the Minister takes the position that subsection 245(1) should be applied to disallow the deductions on the ground that they unduly or artificially reduced the taxpayers' income. He relies on *Fording* to argue in this case that the respondents' twenty-four hour participation in the limited partnerships

Troisièmement, le ministre soutient que le paragraphe 245(1) devrait être appliqué pour refuser les déductions au motif qu'elles ont indûment ou de façon factice réduit le revenu des contribuables. Il s'appuie sur l'arrêt *Fording* pour faire valoir en l'espèce que la participation des intimées aux sociétés

was contrary to the object and spirit of section 66.1, devoid of business purpose and contrary to ordinary commercial practice. The latter is evidenced, according to the appellant, by the fact that the respondents did not intend to carry on business in common with others for profit and could not expect that any potential for profit existed in their limited partnership interests. The appellant submits that the deductions taken by the respondents were contrary to the object and spirit of the legislation because they represented a cost to the government of more than 100% of the actual cost of exploration and because the respondents' brief membership in the partnerships during their winding-up phase could not be characterized as an investment in a junior resource company, in keeping with the purpose of the legislation.

tés en commandite pendant vingt-quatre heures est contraire à l'objet et à l'esprit de l'article 66.1, qu'elle n'avait pas d'objet commercial et qu'elle était contraire aux habitudes normales du commerce. Cela est établi, selon l'appelant, par le fait que les intimées n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun avec d'autres parties en vue de faire des bénéfices et ne pouvaient s'attendre à ce que leur participation aux sociétés en commandite se traduise par une possibilité quelconque de bénéfices. L'appelant soutient que les déductions prises par les intimées sont contraires à l'objet et à l'esprit de la loi parce qu'elles coûtent au gouvernement plus de 100 % des coûts réels d'exploration et parce que la brève association des intimées aux sociétés en commandite pendant la phase de liquidation ne peut être considérée comme un investissement dans une petite compagnie de l'industrie des ressources, comme le veut la loi.

38 Fourth, and in the alternative, it is submitted that the partnerships could not incur more than 20% of the exploration expense associated with the Narwhal F-99 well because Northcor had no recourse against the partnerships for payment of the remaining 80% of exploration expense and, even if it did have such recourse, the partnerships' liability for such expenses was contingent upon payment of PIP assistance. Fifth, and in the alternative, the Minister argues that the taxpayers were "entitled to receive" PIP payments pursuant to subparagraph 66.1(6)(b)(ix) during the 1987 fiscal year which ought to have reduced the cumulative CEE deduction taken despite the fact that payments had not yet been received. Sixth, and in the final alternative, it is argued that the taxpayers' interests were not "exempt interests", pursuant to subsection 96(2.5) [as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 25] of the Act, and so the deductions which the respondents could claim were limited to their "at-risk" amounts.

38 Quatrièmement, et subsidiairement, le ministre fait valoir que les sociétés ne pouvaient engager plus de 20 % des frais d'exploration associés au puits Narwhal F-99 parce que Northcor n'avait pas de recours contre les sociétés au sujet du paiement des autres 80 % de frais d'exploration et, même si elle avait eu de tels recours, la responsabilité des sociétés au titre de ces frais était conditionnelle à l'obtention des PESP. Cinquièmement, et subsidiairement, le ministre fait valoir que les contribuables étaient en «droit de recevoir» des PESP conformément au sous-alinéa 66.1(6)(b)(ix) pendant l'exercice de 1987, et que ceux-ci auraient dû réduire la déduction des frais cumulatifs d'exploration au Canada demandée malgré le fait que les paiements n'avaient pas encore été reçus. Sixièmement, et c'est le dernier motif subsidiaire, le ministre fait valoir que les participations des contribuables ne sont pas des «intérêts exonérés» au sens du paragraphe 96(2.5) [édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 25] de la Loi et donc que les déductions que les intimées pouvaient demander étaient limitées au montant «risqué».

39 The respondent taxpayers, in summary, contend that they should be able to claim the cumulative CEE deductions because they brought themselves within the literal wording of subsection 66.1(3) and paragraph 66.1(6)(b) by purchasing and then reselling one day later interests in limited partnerships

39 Les contribuables intimées, en résumé, prétendent qu'elles devraient être autorisées à réclamer les déductions de frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) parce que leur situation est visée par le texte du paragraphe 66.1(3) et de l'alinéa 66.1(6)(b), du fait qu'elles ont acheté et revendu un

which had large exploration expenses remaining on the last day of the fiscal year in which they had been incurred. They maintain that their eligibility for cumulative CEE arises either under the conditions set out in subparagraph 66.1(6)(a)(iv) or (v). In support, they submit first that a partnership is a taxpayer within the meaning of the Act since a taxpayer is defined in subsection 248(1) as any "person" whether or not they are liable to pay tax, and paragraphs 96(1)(a) and (c) expressly characterize a partnership as a separate "person" for the purposes of calculating a taxpayer member's income. The practice of treating a partnership as a taxpayer for the specific purpose of subparagraph 66.1(6)(a)(v) was adopted by Revenue Canada, it is submitted, in order to adopt the CEE rules to a situation in which a partnership entered into a flow-through share agreement. Irrespective of whether or not subparagraph 66.1(6)(a)(v) applies to partnerships, however, the respondents' second submission on this issue is that they are entitled to a share of the partnerships' CEE directly through subparagraph 66.1(6)(a)(iv). This entitlement, it is argued, is not dependent upon the partnership's ability to incur exploration expense as a taxpayer pursuant to subparagraph 66.1(6)(a)(v).

jour plus tard leurs participations dans des sociétés en commandite qui avaient encore d'importants frais d'exploration à déduire le dernier jour de l'exercice financier au cours duquel ces frais avaient été engagés. Elles maintiennent que leur admissibilité aux FCEC découle des conditions énoncées au sous-alinéa 66.1(6)a)(iv) ou (v). À l'appui de leur position, elles font valoir tout d'abord qu'une société de personnes est une contribuable au sens de la Loi étant donné qu'un contribuable est défini au paragraphe 248(1) comme toute «personne», qu'elle soit tenue ou non de payer l'impôt, et que les alinéas 96(1)a) et c) qualifient expressément une société de «personne» distincte pour les fins du calcul du revenu d'un membre de la contribuable. Revenu Canada a pris l'habitude de traiter une société comme un contribuable pour les fins précises du sous-alinéa 66.1(6)a)(v), soutiennent les contribuables, afin d'adapter les règles des FEC à une situation dans laquelle une société a conclu une convention d'émission d'actions accréditatives. Que le sous-alinéa 66.1(6)a)(v) s'applique ou non aux sociétés en commandite, toutefois, les intimées font valoir en second lieu qu'elles ont droit à une part des FEC des sociétés en commandite en raison de l'application directe du sous-alinéa 66.1(6)a)(iv). Cette admissibilité, selon elles, ne dépend pas de la capacité de la société d'engager des frais d'exploration à titre de contribuable aux termes du sous-alinéa 66.1(6)a)(v).

40 In defence of the validity of their membership in the limited partnerships, the respondents contend, as a result of Part 2 of the *Partnership Act*, the requirement of carrying on business with a view to profit applies only to the general partner at the time the limited partnership was established. Part 2 of the *Partnership Act*, they argue, provides an express scheme for dealing with the continuity of limited partnerships, so that neither Part 1 of the *Partnership Act* nor the common law are relevant to deciding the effect of a change in membership. The only pertinent factor in this case, according to the respondents, is that they met the Alberta statutory requirements for membership in a limited partnership on December 14, 1987.

Pour justifier la validité de leur participation aux sociétés en commandite, les intimées prétendent, pour ce qui a trait à l'application de la partie 2 de la *Partnership Act*, que l'exigence d'exploiter une entreprise en vue de faire des bénéfices ne s'applique qu'au commandité au moment où la société en commandite est établie. La partie 2 de la *Partnership Act*, selon elles, prévoit expressément une procédure pour assurer la continuité des sociétés en commandite, de sorte que ni la partie 1 de la *Partnership Act* ni la common law ne s'appliquent pour décider de l'effet que peut avoir un changement d'associés. Le seul facteur pertinent en l'espèce, selon les intimées, c'est qu'elles ont respecté les exigences légales de l'Alberta pour devenir associées dans une société en commandite le 14 décembre 1987.

41 Finally, in response to the Minister's position on subsection 245(1), the respondents do not allege that

41 Finalement, en réponse à la position du ministre concernant le paragraphe 245(1), les intimées ne

there was any legitimate business purpose for the transactions which resulted in the exploration expense deductions. The drilling operation in which the partnerships had invested, the Narwhal F-99 well, had been abandoned when the taxpayers purchased their limited interests. Instead, they submit that the motivation behind the arrangement, even if it is purely tax avoidance, is irrelevant as long as the legal requirements of the Act have been satisfied and the scheme fits within the object and purpose of the exploration expense provisions.

prétendent pas qu'il y avait un objet commercial légitime pour les opérations qui ont entraîné les déductions au titre des frais d'exploration. Les opérations de forage dans lesquelles les sociétés ont investi et le puits Narwhal F-99 avaient déjà été abandonnés quand les contribuables ont acheté leurs participations. Elles font plutôt valoir que la raison d'être de cet arrangement, même s'il s'agit purement d'un motif d'évitement fiscal, est peu pertinente tant et aussi longtemps que les exigences de la Loi sont respectées et que le plan est compatible avec l'objet et le but des dispositions relatives aux frais d'exploration.

42 I need not decide whether the respondents were technically entitled to claim the deduction under subparagraphs 66.1(6)(a)(iv) or (v) because contrary to the decision of the Tax Court Judge, I am of the view that the deductions sought, although they may have arisen initially from legitimate expenses, unduly and artificially reduced the respondents' income, pursuant to subsection 245(1). Nor must I decide the sophisticated issues of Alberta partnership law to determine whether they became valid members of the limited partnerships on December 14, 1987. Similarly, I am not required to decide any of the issues raised as alternative grounds by the Minister.

42 Il n'est pas nécessaire que je décide si les intimées avaient techniquement le droit de réclamer la déduction en vertu des sous-alinéas 66.1(6)a)(iv) ou (v) parce que, contrairement au juge de la Cour de l'impôt, je suis d'avis que les déductions demandées, même si elles peuvent avoir découlé initialement de dépenses légitimes, ont réduit indûment et de façon factice le revenu des intimées, aux termes du paragraphe 245(1). Je n'ai pas non plus à me prononcer sur les questions complexes touchant le droit albertain des sociétés de personnes pour déterminer si les intimées sont devenues des associées valides des sociétés en commandite le 14 décembre 1987. De même, je n'ai à me prononcer sur aucune des questions soulevées comme motifs subsidiaires par le ministre.

V. APPLICATION OF SUBSECTION 245(1) TO THIS CASE

V. APPLICATION DU PARAGRAPHE 245(1) AUX FAITS DE L'ESPECE

43 The Tax Court Judge refused to disallow the deductions pursuant to subsection 245(1) on the ground that they arose from legitimate expenses which were allocated to the respondents according to the requirements of the Act. In support of this conclusion he reasoned [at pages 2352-2353] that:

43 Le juge de la Cour de l'impôt a refusé de rejeter les déductions aux termes du paragraphe 245(1) au motif que ces déductions se rattachent à des frais légitimes qui ont été attribués aux intimées conformément aux exigences de la Loi. À l'appui de cette conclusion, il énonce le raisonnement suivant [aux pages 2352 et 2353]:

The expenses were not created by some imaginative scheme. They were intended to be incurred, they were incurred, they were allocated to the appellants exactly in accordance with the terms of the limited partnership agreements and so became their "share" as provided in subparagraph 66.1(6)(a)(iv). The Act is so constructed that these amounts claimed by the [respondents] cannot be deducted by any other person.

Les frais n'ont pas été créés par un plan illusoire quelconque. On avait l'intention de les engager, ils ont effectivement été engagés, puis ont été attribués aux appelantes précisément de la manière prévue dans les contrats de société en commandite, devenant ainsi leur «part» au sens du sous-alinéa 66.1(6)a)(iv). La Loi est conçue de manière à ce que ces montants, que les [intimées] cherchent à déduire, ne puissent être déduit par personne d'autre.

These reasons exhibit many of the features of the strict and narrow approach to subsection 245(1) which, contrary to the will of Parliament, denies subsection 245(1) any role as an anti-avoidance measure. A very different result is produced when the three factors enumerated in *Fording* to assist in distinguishing between lawful and unlawful tax avoidance are applied to the facts of this case, as Parliament intended.

Ces motifs présentent bon nombre des caractéristiques de la méthode d'interprétation stricte du paragraphe 245(1) qui, contrairement à la volonté du législateur, nie à ce paragraphe tout rôle comme mesure anti-évitement. On arrive à un résultat très différent quand les trois facteurs énoncés dans *Fording* pour aider à faire la distinction entre les mesures légales et illégales d'évitement de l'impôt sont appliqués aux faits de l'espèce, selon l'intention du législateur.

44 First, I find that the respondents' attempted use of the exploration expense provisions falls outside their intended object and spirit. The respondents have submitted, essentially, that their twenty-four hour participation in limited partnerships which were no longer engaged in development or exploration of any kind for the strict purpose of using the CEE incurred by those partnerships to their tax advantage somehow furthered Parliament's objective of increasing exploration and development in Canada. The use of partnerships in order to take advantage of tax benefits may be a common practice which is not, in and of itself, problematic.⁶⁹

Tout d'abord, je conclus que la tentative d'utilisation par les intimées des dispositions relatives aux frais d'exploration ne respecte pas l'objet et l'esprit de ces dispositions. Les intimées ont fait valoir, essentiellement, que leur participation de vingt-quatre heures dans des sociétés en commandite qui n'étaient plus engagées dans l'aménagement ou l'exploration de quelque ressource que ce soit, dans le seul but d'utiliser les FEC engagés par ces sociétés à leur avantage fiscal, était conforme à l'objectif du législateur visant à accroître les activités d'exploration et d'aménagement au Canada. Le recours à des sociétés en commandite afin de profiter des avantages fiscaux est peut-être une pratique répandue qui ne cause pas, par et en elle-même, de problème⁶⁹.

In its efforts to implement specific economic policies through the taxation system, the federal government has intermittently introduced special tax incentives . . . designed to encourage, for example, exploration for oil and gas, Canadian feature films, construction of multi-unit residential buildings (MURB's) and scientific and technologically oriented research and development. The basic incentive of these schemes is the allowance of a rapid expensing for tax purposes of the cost of items which would otherwise be capitalised and offset against income over a much longer period of time, and by allowing any resulting tax losses to offset income of the taxpayer from other sources. While a corporation can store such deductions if it does not have current income with which to offset the special writeoffs, a partnership will normally flow them directly through to the partners. This treatment avoids any loss because of the time value of money, and ensures that the losses are actually used up rather than being eventually lost because of limitations on their storage time.

[TRADUCTION] Dans ses efforts pour mettre en œuvre des politiques économiques particulières en ayant recours au régime fiscal, le gouvernement fédéral a à l'occasion offert des encouragements fiscaux particuliers . . . dont l'objet est de favoriser, par exemple, l'exploration pétrolière et gazière, le tournage de films canadiens, la construction d'immeubles résidentiels à logements multiples (IRLM) et des activités de recherche et de développement dans les domaines scientifiques et technologiques. L'encouragement fondamental de ces plans consiste à autoriser un amortissement rapide, à des fins fiscales, du coût de certains éléments qui auraient dû autrement être capitalisés et compensés à même le revenu sur une période beaucoup plus longue, et à autoriser que toutes les pertes fiscales qui en résultent compensent le revenu du contribuable tiré d'autres sources. Bien qu'une société puisse utiliser ultérieurement de telles déductions si elle n'a pas le revenu suffisant pour profiter totalement de ces amortissements spéciaux, habituellement une société en commandite les utilisera directement en les attribuant à ses associés. Ce traitement évite les pertes à cause de la valeur temporelle de l'argent, et fait en sorte que les pertes sont véritablement utilisées au lieu de courir le risque qu'elles ne puissent l'être à cause des restrictions imposées à leur période d'utilisation.

45 The problem with the respondents' participation in the limited partnerships for the purpose of obtaining this tax benefit, as I view it, is that the respondents have not in any way engaged in the business which the exploration expense provisions are designed to promote. The oil and gas industry and its consumers are no better off for the respondents' so-called "investment" in the limited partnerships. The respondents rely on a 1994 statement of the Department of Finance which sets out the tripartite goals of this type of flow-through share arrangement. These are:⁷⁰

- (a) to encourage additional exploration and development in Canada;
- (b) to promote equity investments in mining and petroleum companies; and
- (c) to assist junior (typically non-taxpaying) exploration companies whose access to other sources of financing may be limited.

I fail to see how any of these goals has been achieved as a result of the respondents' fleeting investment at a time when no exploration or mining was being carried out or contemplated.

46 The nature of the respondents' participation in the limited partnerships falls even further from the mark if one takes into account the fact that a term of the partnership agreements was the suspension of the issuance of notices of entitlement to government grants applied for by the partnerships until after the end of the 1987 fiscal year. The purpose of the cumulative CEE provision was obviously to allow taxpayers to be able to deduct only what they had actually expended in an exploration project, and not the full cost of a project which in fact received eighty percent of its funding from the government. Subparagraph 66.1(6)(b)(ix) clearly intended this:

66.1(6)(b) . . .

(ix) any assistance that he has received or is entitled to receive in respect of any Canadian exploration expense incurred after 1980 or that can reasonably be related to Canadian exploration activities after 1980, to the extent that the assistance has not reduced his Canadian exploration expense by virtue of paragraph (9)(g),

Le problème concernant la participation des intimées aux sociétés en commandite dans le but de se prévaloir de cet avantage fiscal, c'est, à mon avis, que les intimées n'ont participé d'aucune façon à l'entreprise que les dispositions relatives aux frais d'exploration avaient pour but de promouvoir. L'industrie pétrolière et gazière et ses consommateurs n'ont tiré aucun avantage du soi-disant «investissement» des intimées dans les sociétés en commandite. Les intimées s'appuient sur une déclaration du ministère des Finances, remontant à 1994, qui énonce les objectifs tripartites de ce type de convention d'émission d'actions accréditives. Ce sont les suivants⁷⁰:

- a) favoriser la réalisation d'autres activités d'exploration et d'aménagement au Canada;
- b) favoriser les investissements de capitaux dans les sociétés minières et pétrolières;
- c) aider les petites sociétés d'exploration (habituellement non imposables) dont l'accès limité à d'autres sources de financement est peut-être limité.

Je ne vois pas comment ces objectifs ont pu être atteints du fait de l'investissement éphémère des intimées à un moment où il n'y avait plus d'activités d'exploration ou minières effectuées ou envisagées.

46 La nature de la participation des intimées aux sociétés en commandite est encore plus éloignée du but si l'on tient compte du fait que les conventions de société en commandite renfermaient une condition visant à suspendre la délivrance des avis d'admissibilité aux subventions gouvernementales demandées par les société en commandite jusqu'après la fin de l'exercice financier 1987. La disposition relative aux frais cumulatifs d'exploration au Canada avait manifestement pour but de permettre aux contribuables de déduire uniquement ce qu'ils avaient réellement engagé dans un projet d'exploration, et non le coût total d'un projet qui en fait a été financé à 80 % par le gouvernement. Le sous-alinéa 66.1(6)(b)(ix) l'indique clairement:

66.1(6)(b) . . .

(ix) un montant à titre d'aide qu'il a reçu ou est en droit de recevoir concernant des frais d'exploration au Canada engagés après 1980, ou qui peut raisonnablement se rapporter à des activités d'exploration au Canada postérieures à 1980, dans la mesure où ce montant n'a pas réduit les frais d'exploration au Canada du contribuable à cause de l'alinéa (9)(g).

In this case, however, because government assistance was not subtracted from the cumulative CEE total, the respondents claimed a deduction of 100% of the exploration expense associated with the Narwhal F-99 well, despite the fact that the government ultimately compensated the partnerships for 80% of those expenses. The effect for the government, as is argued by the appellant, is a cost of more than 100% of the actual cost of exploration. Such an absurd result could not have been the intention of Parliament in enacting these provisions.

47 Furthermore, whether or not the postponement of government grants may have been consistent with standard industry practice in order to entice investors during the early stages of a project by preserving cash flow, as the respondents submit, the purpose for which the respondents took advantage of this practice had nothing to do with the reason for which it may have been condoned by the PIP administration. I would also add that simply because other taxpayers may be trying to take similar tax advantage by manipulating this incentive provision does not legitimize the practice nor in any way influence the interpretation of the object and spirit of the provision.

48 Essentially, what the respondents seek to do is to use the legislation in a fashion so that the CEE are deducted from the income of their companies with taxable income, but to ensure that the government reimbursements of those expenses be credited to another company (NRI) which had sufficient losses to shelter this revenue from tax liability. As the Tax Court Judge himself described the scheme [at page 2335]:

In the oil and gas context, a taxpayer, other than a corporation whose principal business is in the oil and gas area, may deduct in, computing income, an amount not exceeding his "cumulative Canadian exploration expense". This is a cumulative, continuing pool of expenses ("E pool") to which defined exploration expenses such as seismic and drilling costs are added and from which certain sums received or receivable are deducted. One of such amounts required to be deducted for the taxation period herein was any grant under the PIP Act. In short, a taxpayer would add all E to his E pool and deduct statutorily described amounts therefrom. If the E pool at any year end was a positive amount the taxpayer could deduct same. If the E pool was a negative amount the taxpayer was obliged to include same in income.

En l'espèce toutefois, parce que l'aide gouvernementale n'a pas été soustraite du total des frais cumulatifs d'exploration au Canada, les intimées ont réclamé une déduction de 100 % des frais d'exploration associés au puits Narwhal F-99, malgré que le gouvernement ait finalement remboursé aux sociétés 80 % de leurs frais. L'appelant a fait valoir qu'il en a en fait coûté au gouvernement plus de 100 % du coût réel de l'exploration. Un résultat aussi absurde ne peut avoir été voulu par le législateur quand il a adopté ces dispositions.

47 En outre, que le report des subventions gouvernementales ait ou non été conforme à la pratique normale de l'industrie pour attirer les investisseurs pendant les premières phases d'un projet en préservant le fond de roulement, comme le font valoir les intimées, la fin pour laquelle les intimées ont profité de cette pratique n'a rien à voir avec la raison qui peut avoir amené l'Administration des PESP à l'accepter. J'ajouterais également que le simple fait que d'autres contribuables essaient de tirer le même avantage fiscal en manipulant cette disposition d'encouragement ne légitime pas la pratique et n'influence en aucune façon l'interprétation de l'objet et de l'esprit de la disposition.

48 Essentiellement, les intimées cherchent à utiliser la loi d'une façon qui permette de déduire les FEC du revenu imposable de leurs sociétés tout en s'assurant que les remboursements effectués par le gouvernement au titre de ces frais soient crédités à un autre société (NRI) qui a accumulé suffisamment de pertes pour exonérer ce revenu de l'impôt. Le juge de la Cour de l'impôt décrit le plan dans les mots suivants: [à la page 2335]:

Dans le domaine pétrolier et gazier, un contribuable, autre qu'une corporation dont l'entreprise principale est liée au pétrole et au gaz, peut déduire, dans le calcul de son revenu, un montant ne dépassant pas ses «frais cumulatifs d'exploration au Canada». Il s'agit d'un ensemble cumulatif et continu de dépenses auxquelles sont ajoutés des frais d'exploration déterminés, comme les coûts d'exploration sismique et de forage, et desquelles sont déduits certains montants reçus ou à recevoir. Toute subvention reçue en vertu de la Loi sur le PESP figurait au nombre des montants devant être déduits pour l'année d'imposition dont il s'agit en l'espèce. Bref, le contribuable ajoutait tous les frais d'exploration à ses frais cumulatifs d'exploration et en déduisait les montants prévus par la loi. Si le montant des frais cumulatifs d'exploration à la fin de

The scheme in question here, however, does not involve a "pooling": expenses were attributed only to a taxpayer in need of tax losses and PIP reimbursements of expenses were attributed only to another taxpayer with ample losses to shelter these revenues tax-free. The learned Tax Court Judge correctly described the legislative intent but did not demonstrate how this scheme could be within such intent.

l'année était positif, le contribuable pouvait le déduire. Si ce montant était négatif, il était tenu de l'inclure dans son revenu.

En l'espèce toutefois, le plan en question ne parle pas d'un «ensemble»: les frais ont été attribués uniquement à un contribuable qui avait besoin de pertes fiscales et les remboursements des PESP ont été attribués uniquement à un autre contribuable qui avait suffisamment de pertes pour exonérer ce revenu de l'impôt. Le juge de la Cour de l'impôt a correctement décrit l'intention du législateur, mais il n'a pas démontré comment ce plan pouvait respecter cette intention.

49 For these reasons, this case is clearly distinguishable from *R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd. and Edmonton Liquid Gas Ltd. v The Queen*,⁷¹ both decisions of this Court in which it was held that taxpayer schemes which provided a tax advantage also fell within the object and spirit of economic policies advanced by Parliament through the Act. In *Alberta and Southern Gas*, Chief Justice Jaccett held, on behalf of the Court, that a taxpayer was allowed to shield four million dollars from inclusion in his taxable income through a "carve-out" agreement involving investment in a "Canadian resource property" according to the Act. Pursuant to this agreement, the taxpayer paid \$4,000,000 for the assignment of a "working interest" in lands from which it was already entitled to purchase natural gas according to a pre-existing contract. The taxpayer was to hold the interest in land until it received \$4,000,000 plus interest or the equivalent in petroleum. The taxpayer received the amount of \$4,000,000 plus interest one year later. Despite the fact that the "carve-out" agreement had an obvious tax benefit, the Chief Justice found that the tax scheme nonetheless advanced the object and spirit of the resource property provisions. He stated:⁷²

Pour ces raisons, l'espèce peut être distingués des arrêts *R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd. et Edmonton Liquid Gas Ltd. c La Reine*⁷¹, deux affaires jugées par la présente Cour dans lesquelles il a été statué que les plans des contribuables qui leur accordaient un avantage fiscal respectaient également l'esprit et la lettre des politiques économiques adoptées par le législateur au moyen de la Loi. Dans l'arrêt *Alberta and Southern Gas*, le juge en chef Jaccett a statué, au nom de la Cour, qu'une contribuable était autorisée à ne pas inclure 4 000 000 \$ dans son revenu imposable conformément à un accord «sur mesure» portant sur des investissements dans des «avoirs miniers canadiens» aux termes de la Loi. Conformément à cet accord, la contribuable a investi 4 000 000 \$ pour la cession d'une «participation active» dans des terrains pétrolifères à l'égard desquels elle avait déjà le droit d'acheter du gaz naturel aux termes d'un contrat antérieur. La contribuable devait conserver sa participation dans les terres jusqu'à ce qu'elle reçoive 4 000 000 \$ majorés des intérêts ou des produits pétroliers de même valeur. La contribuable a touché les 4 000 000 \$ majorés des intérêts un an plus tard. Malgré que l'accord «sur mesure» comportait un avantage fiscal évident, le juge en chef a conclu que le plan fiscal respectait néanmoins l'esprit et la lettre des dispositions relatives aux avoirs miniers. Il déclare ceci⁷²:

These provisions for the deduction and taxation of capital amounts seem to me to have the obvious purpose of encouraging taxpayers to put money into such resource properties and keep it there. That being what the provisions seem to have been intended to encourage, as it seems to me, a transaction that clearly falls within the object and spirit of section 66 cannot be said to unduly or

Les dispositions concernant la déduction et l'imposition des montants de capital me semblent destinées à encourager les contribuables à investir à long terme dans de tels avoirs miniers. Ceci étant ce que les dispositions semblent vouloir encourager, on ne peut dire, je crois, qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie de l'article 66, réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement

artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.

Alberta and Southern Gas is similar to the case at bar in the sense that the taxpayer's scheme was motivated by tax avoidance. It is distinguishable, however, because, unlike the scheme at issue in *Alberta and Southern Gas*, nothing about the respondents' tax avoidance scheme was consistent with the purpose of promoting resource exploration in Canada.

parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.

L'arrêt *Alberta and Southern Gas* est semblable au cas en l'espèce dans ce sens que le plan de la contribuable avait pour but d'éviter de payer l'impôt. Toutefois, il peut s'en distinguer parce que, contrairement au plan dont il était question dans *Alberta and Southern Gas*, aucun des éléments du plan d'évitement fiscal des intimées n'était conforme à l'objectif visant à promouvoir l'exploration des ressources au Canada.

50 Similarly, in *Edmonton Liquid Gas*, MacGuigan J.A. refused to apply subsection 245(1) of the Act to a deduction taken by a taxpayer who paid money to a drilling operator in 1974 for drilling which, in the case of one well, did not actually commence until the following year. MacGuigan J.A. found that the taxpayer ought to have been entitled to deduct the full amount paid to the drilling operator in the year in which it was expended because the evidence suggested that the taxpayer had the intention of actually engaging in well exploration. He concluded:⁷³

There was nothing contrived or artificial in this corporate initiative. It was a good-faith response to what was in effect a new, or at least an unexpectedly renewed, Government policy, and was fully in accord with the object and spirit of the allowance provision.

The respondents in this case had no similar good faith intention to invest in resource exploration. As a result, the respondents, in my view, completely failed to bring themselves within the object and spirit of the exploration deduction provisions of the Act.

51 Second, the transactions which allowed the respondents to claim the cumulative CEE deductions are, I find, far removed from normal commercial practice. Clearly, at the time the interests were purchased in the limited partnerships, no potential for profit could exist. The exploration activities which were the *raison-d'être* for the limited partnerships had long since been abandoned. Despite this, the respondents paid \$1,800,000 and \$1,080,000 each

De même, dans *Edmonton Liquid Gas*, le juge MacGuigan, J.C.A., a refusé d'appliquer le paragraphe 245(1) de la Loi à une déduction prise par un contribuable qui avait versé de l'argent en 1974 à un foreur, pour des opérations de forage qui, dans le cas d'un puits en particulier, n'ont commencé que l'année suivante. Le juge MacGuigan a conclu que le contribuable devait avoir le droit de déduire le plein montant versé au foreur dans l'année au cours de laquelle l'argent avait été dépensé parce que la preuve faisait ressortir que le contribuable avait véritablement l'intention de faire de l'exploration. Il conclut en ces termes⁷³:

Rien dans cette initiative de la société n'était machiné ou factice. Elle ne faisait que répondre de bonne foi à ce qui était en fait une nouvelle politique gouvernementale ou, à tout le moins, une politique gouvernementale reconduite contre toute attente; elle était en tout point conforme à l'objet et à des dispositions permettant la déduction.

En l'espèce, les intimées n'avaient pas la même intention de bonne foi d'investir dans l'exploration des ressources. Par conséquent, à mon avis, les intimées ne sont pas placées dans une situation qui respecte l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi relatives à la déduction des frais d'exploration.

Deuxièmement, les opérations en vertu desquelles les intimées ont réclamé la déduction au titre des frais cumulatifs d'exploration au Canada sont, à mon avis, bien loin des habitudes normales du commerce. Manifestement, au moment où les participations ont été achetées dans les sociétés en commandite, aucune possibilité de profit ne pouvait exister. Les activités d'exploration qui étaient la raison d'être des sociétés en commandite avaient depuis longtemps été

for interests which, within twenty-four hours, were sold pursuant to a Put Agreement for a mere \$137 and \$228 respectively. In addition, as the appellant submits, it is contrary to normal business practice to ensure *via* the sale agreement that the limited partnerships not be entitled to receive any government assistance until after the date when it was anticipated that the respondents would exercise their rights under the Put Agreement and remove themselves from the limited partnerships.

abandonnées. Malgré cela, les intimées ont payé 1 800 000 \$ et 1 080 000 \$ chacune pour des participations qui, en moins de vingt-quatre heures, ont été vendues en vertu d'un contrat d'option de vente pour des montants de 137 \$ et 228 \$, respectivement. En outre, comme le fait valoir l'appellant, il est contraire aux habitudes normales du commerce de s'assurer, par l'entremise d'un contrat de vente, que les sociétés en commandite n'auront droit à une aide gouvernementale qu'après la date à laquelle il était prévu que les intimées exerceraient leurs droits en vertu du contrat d'option de vente et se retireraient des sociétés en commandite.

52 In *Irving Oil*, Mahoney J.A. held that, although an arrangement was engineered solely in order to obtain a tax advantage, it nonetheless conformed with ordinary business practice and could not be caught by subsection 245(1). In that case, the taxpayer had effected a scheme in which its wholly owned subsidiary would purchase crude oil at a lower price and then sell to the taxpayer at fair market value. The Minister had disallowed the taxpayer's deduction of its cost of purchasing oil to the extent that it exceeded the cost paid for the oil by the subsidiary. Mahoney J.A. rejected this assessment and reasoned [at page 360] that: "[s]ince the respondent paid Irvcal fair market value, it cannot be said that payment resulted in an excessive reduction of income". On the facts of the case on appeal, however, there is no attribute of the transactions which gave rise to the respondents' attempted CEE deductions which could be considered a normal business practice. It was clearly a tax scheme, pure and simple, not a business deal.

Dans l'arrêt *Irving Oil*, le juge Mahoney, J.C.A., a statué que, bien qu'une entente ait été conçue sur pied uniquement afin de profiter d'un avantage fiscal, elle était néanmoins conforme aux habitudes normales du commerce et ne tombait pas sous le coup du paragraphe 245(1). Dans cette affaire, la contribuable avait mis en œuvre un plan en vertu duquel sa filiale en toute propriété achèterait du pétrole brut à un prix inférieur et le revendrait à la contribuable à la juste valeur marchande. Le ministre a refusé la déduction de la contribuable pour le coût d'achat du pétrole parce que celui-ci dépassait le coût payé par la filiale. Le juge Mahoney a rejeté [à la page 360] la cotisation au moyen du raisonnement suivant: «Comme l'intimée a payé à l'Irvcal la juste valeur marchande, on ne pourrait dire que ce paiement a entraîné une réduction excessive du revenu». D'après les faits de la cause en appel, toutefois, les opérations qui sont à l'origine de la tentative des intimées de déduire les FEC n'ont aucune des caractéristiques qui permettraient de les considérer comme une habitude normale du commerce. Il s'agissait manifestement d'un plan d'évitement de l'impôt, et non d'une opération commerciale.

53 Third, and finally, it has been argued by the appellant, and virtually conceded by the respondents, that there was no business purpose attached to the respondents' participation in the limited partnerships. The absence of business purpose is further support for the conclusion which is already well founded on the basis of the other indicators: the 1987 cumulative CEE deductions claimed by the respondents both unduly and artificially reduced their incomes and, as a result, should be disallowed.

Troisièmement, et finalement, l'appellant fait valoir, ce qu'ont virtuellement reconnu les intimées, qu'aucun objet commercial n'était rattaché à la participation des intimées dans les sociétés en commandite. Cette absence d'objet commercial confirme à son tour également la conclusion qui est déjà bien établie par d'autres indices: les déductions des frais cumulatifs d'exploration au Canada en 1987 réclamés par les intimées ont réduit indûment et de façon factice leurs revenus et, par conséquent, elles ne peuvent être admises.

54 The totality of these three factors leads inexorably to the conclusion that what the respondents have attempted to achieve in this case is unlawful tax avoidance. It is hard to imagine a more obvious case for the use of subsection 245(1) than this one. Any other result would make a mockery of Parliament's intention to place some reasonable limit on the extent to which a taxpayer is entitled to "order his affairs so as that the tax . . . is less than it otherwise would be". I must therefore conclude that, even if the respondents had been able to qualify as valid members of the limited partnerships which incurred the exploration expenses and could succeed in bringing themselves within the literal wording of subparagraph 66.1(6)(a)(iv) or (v), subsection 245(1) should be applied to disallow the deductions sought. On this basis, the appeal should be allowed with costs and the ruling of the Tax Court Judge set aside.

STRAYER J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

55 MCDONALD J.A. (*dissenting*): I have had the advantage of reading my brother Linden J.A.'s reasons for judgment, and I must respectfully disagree. I am of the view that this transaction is not captured by subsection 245(1) of the *Income Tax Act* and the decision of the Tax Court Judge should stand.

56 The facts have been outlined in detail in the decision of Linden J.A., so I need not revisit them. It is clear that this set of transactions was a tax avoidance vehicle. In effect, Northcor engaged in loss selling in order to raise capital. The named taxpayers in this case bought into the limited partnerships in order to take advantage of losses incurred by the limited partnerships through their agent. As I understand it, none of this is disputed by the parties. At issue is whether this type of transaction, though permitted by the provisions of the *Income Tax Act*, is caught by subsection 245(1). As I will explain, I am of the view that subsection

54 Ces trois facteurs pris ensemble mènent inexorablement à la conclusion que ce que les intimées ont essayé de faire en l'espèce est un stratagème illégal d'évitement de l'impôt. Il est difficile d'imaginer une situation qui tombe plus manifestement sous le coup du paragraphe 245(1). Tout autre résultat ferait fi de l'intention du législateur d'imposer une limite raisonnable au principe selon lequel un contribuable a le droit «de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts . . . soit moindre qu'il ne le serait autrement». Je dois donc conclure que, même si les intimées avaient pu être considérées comme des membres valides des sociétés en commandite qui ont engagé les frais d'exploration et, partant, avaient pu être visées par le texte des sous-alinéas 66.1(6)(a)(iv) ou (v), le paragraphe 245(1) doit être appliqué pour refuser les déductions demandées. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et d'infirmier la décision du juge de la Cour de l'impôt.

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

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

55 LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissent*): J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Linden, J.C.A. et, en toute déférence, je ne peux y souscrire. Je suis d'avis que cette opération ne tombe pas sous le coup du paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que la décision du juge de la Cour de l'impôt devrait être maintenue.

56 Comme les faits ont été exposés en détail dans la décision du juge Linden, je ne les reprendrai pas. Il est clair que cette série d'opérations était un plan d'évitement fiscal. En fait, Northcor a vendu à perte afin d'obtenir du capital. Les contribuables désignées dans cette affaire ont acheté des participations dans les sociétés en commandite afin de profiter des pertes qu'avaient subies les sociétés par l'entremise de leur mandataire. Je crois comprendre qu'aucun de ces faits n'est contesté par les parties. La question en litige est de savoir si ce type d'opération, malgré qu'il soit autorisé par les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tombe sous le coup du para-

245(1) does not apply to deprive the taxpayers of their deductions as claimed.

graphe 245(1). Comme je l'expliquerai ci-dessous, je suis d'avis que le paragraphe 245(1) ne s'applique pas de manière à priver les contribuables des déductions qu'elles ont réclamées.

57 As I have stated many times in the past, there is no crime in tax avoidance. Every taxpayer is entitled to structure his or her affairs so as to minimize his or her tax payable. I would go further and say that avoidance of tax, within the parameters of the *Income Tax Act*, is necessary for the tax system to function efficiently. The taxpayer's role is to minimize the tax payable, while the tax collector's role is to maximize the tax payable. As I see it, the role of the courts is to ensure that both taxpayers and tax collectors play by the rules.

Comme je l'ai déjà dit à de nombreuses reprises, l'évitement fiscal n'est pas un crime. Chaque contribuable a le droit de diriger ses affaires de façon à minimiser l'impôt qu'il doit payer. J'irai même plus loin en affirmant que l'évitement de l'impôt, dans les paramètres de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est nécessaire au fonctionnement efficace du régime fiscal. Le rôle du contribuable est de minimiser son obligation fiscale, alors que le rôle du percepteur est de maximiser l'impôt payable. D'après mon interprétation, le rôle des tribunaux est de veiller à ce que les contribuables et les percepteurs respectent les règles.

58 The issue in this case is whether subsection 245(1) may be applied to disallow deductions where these deductions are permitted by the express terms of the Act and are not inconsistent with the object and spirit of the provisions. My brother Linden J.A. has come to the conclusion that although these deductions may be allowed by the provisions of the Act, the deductions must be disallowed as being "artificial or undue" under subsection 245(1). In reaching this conclusion, Linden J.A. points to an alleged lack of business purpose and further concludes that the transactions are inconsistent with the object and spirit of the provisions. As will be seen, I have come to entirely the opposite conclusion.

En l'espèce, la question est de savoir si le paragraphe 245(1) peut être appliqué pour refuser des déductions, alors que ces déductions sont expressément autorisées par la Loi et ne sont pas incompatibles avec l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes. Mon collègue le juge Linden en est venu à la conclusion que même si ces déductions peuvent être autorisées par les dispositions de la Loi, elles doivent être refusées parce qu'elles sont «factices ou indues» aux termes du paragraphe 245(1). Pour parvenir à cette conclusion, le juge Linden signale qu'il n'y avait pas d'objet commercial et conclut également que les opérations sont incompatibles avec l'objet et l'esprit des dispositions. Comme on le verra ci-dessous, j'en arrive à la conclusion opposée.

1. Subsection 245(1)

1. Le paragraphe 245(1)

59 For ease of reference, I reproduce the text of what was then subsection 245(1) of the *Income Tax Act*:

Pour plus de commodité, je reproduis le texte de ce qui était à l'époque le paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

60 The first step in the analysis is to assess whether the deduction artificially or unduly reduced income.

La première étape de l'analyse consiste à évaluer si la déduction a réduit indûment ou de façon factice

57

58

59

60

This Court's decision in *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.) suggests that the proper point of comparison is the result of the transaction and not the transaction itself. That is, the potential artificiality of the transaction is not determinative of the issue.

le revenu. La décision de la présente Cour dans *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), fait ressortir que le point de comparaison approprié est le résultat de l'opération et non l'opération elle-même, c'est-à-dire que le caractère factice potentiel de l'opération ne résout pas la question.

61 It must be remembered that the taxpayers in this case were members, albeit briefly, of a limited partnership that legitimately incurred Canadian Exploration Expense (CEE) through its agent. Paragraph 66.1(6)(a)(ii) of the *Income Tax Act* stipulates that CEE should be deducted by the person who incurred it. In this case, there is no dispute that the limited partnership incurred CEE through its agent with respect to drilling off Canada's east coast.

Il faut se souvenir que les contribuables en l'es- 61
pèce ont été membres, ne serait-ce que brièvement, d'une société en commandite qui avait légitimement engagé des frais d'exploration au Canada (FEC) par l'entremise de sa mandataire. Le sous-alinéa 66.1(6)a(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dispose que les FEC doivent être déduits par la personne qui les a engagés. En l'espèce, il ne fait aucun doute que la société en commandite a engagé les FEC par l'entremise de sa mandataire relativement à des opérations de forage au large de la côte est du Canada.

62 Setting aside the issue of whether a partnership may properly be termed a taxpayer,⁷⁴ we may assume that in the ordinary course of events, the CEE regime would allow the entity which incurred the CEE to deduct it as an expense. In this case, the entity which incurred the expense was a limited partnership. Under the provisions of the Act, though, partnership income (and losses) cannot be claimed by the partnership, but must be attributed to the individual partners: subsection 96(1) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43]. Under the CEE regime, only members of a partnership at the end of the partnership's fiscal year may deduct CEE: subsection 66.1(7) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1977-78, c. 1, s. 30; 1980-81-82-83, c. 45, s. 34].

Laissant de côté la question de savoir si une so- 62
ciété peut à bon droit être considérée comme une contribuable⁷⁴, nous pouvons présumer que dans le cours ordinaire des affaires, le régime des FEC permettrait à l'entité qui les a engagés de les déduire à titre de dépenses. En l'espèce, l'entité qui a engagé les frais était une société en commandite. En vertu des dispositions de la Loi, cependant, le revenu (comme les pertes) d'une société ne peut être réclamé par la société en commandite, mais il doit être attribué aux associés individuels: paragraphe 96(1) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43]. En vertu du régime des FEC, seuls les associés d'une société en commandite toujours présents à la fin de l'exercice financier peuvent déduire les FEC: paragraphe 66.1(7) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1977-78, ch. 1, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 45, art. 34].

63 In this case, the taxpayers were members of the partnerships at the end of the fiscal year. The provisions of the Act specifically resulted in attribution of the CEE to them as members of the partnerships at the end of the partnerships' fiscal year. Other than joining the partnerships immediately before year end, the taxpayers did nothing to create this situation, as the attribution resulted by operation of the *Income Tax Act*. This is similar to the situation faced by this Court in *Canada v. Mara Properties*

En l'espèce, les contribuables étaient des associées 63
des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier. L'application des dispositions de la Loi a précisément entraîné l'attribution des FEC aux contribuables à titre d'associées des sociétés en commandite à la fin de l'exercice financier de ces dernières. À l'exception du fait qu'elles se sont jointes aux sociétés en commandite immédiatement avant la fin de l'exercice, les contribuables n'ont rien fait pour créer cette situation, étant donné que l'attribu-

Ltd., [1995] 2 F.C. 433 (C.A.) where I was of the view that deductions could not be said to be artificial or undue where they arose by specific operation of the Act. On this point, my brother Marceau J.A. and I were in agreement.

tion résulte de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette situation est semblable à celle dont était saisie la Cour dans l'affaire *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433 (C.A.), dans laquelle j'ai exprimé que les déductions ne pouvaient être considérées comme factices ou indues parce qu'elles découlaient expressément de l'application précise de la Loi. Sur ce point, mon collègue le juge Marceau, J.C.A. et moi-même étions d'accord.

64 This Court recently had the opportunity to revisit the issue of whether transactions could be said to be artificial or undue when they arise by specific operation of the Act in *The Queen v. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (F.C.A.). In that case, the Court was asked to consider the application of subsection 55(1) which denies losses that have been "unduly or artificially" reduced. The majority of the Court concluded that where the taxpayer's losses arose by specific operation of the Act, the losses could not be said to be artificial or undue.

La Cour a récemment eu la possibilité de revoir la question de savoir si les opérations peuvent être considérées comme factices ou indues lorsqu'elles découlent d'une application expresse de la Loi dans l'affaire *La Reine c. Nova Corporation of Alberta* (1997), 97 DTC 5229 (C.A.F.). Dans cette affaire, la Cour devait examiner l'application du paragraphe 55(1) qui refuse des pertes qui ont «indûment ou de façon factice» réduit le revenu. La Cour a conclu à la majorité que lorsque les pertes d'un contribuable découlent de l'application expresse de la Loi, elles ne peuvent être considérées comme factices ou indues. 64

65 As pointed out by my brother Linden J.A., the majority decision in *Canada v. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 F.C. 518 (C.A.) takes a different view. In that case, my brother Strayer J.A. for the majority was of the view that although the transactions met the formal requirements of the Act, the deductions created were "artificial or undue." In dissent, I was of the view, again, that subsection 245(1) cannot apply to defeat deductions where the deductions arise by specific operation of the Act. I am not persuaded that my reasoning was in error.

Comme l'a signalé mon collègue le juge Linden J.C.A., la décision majoritaire dans *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518 (C.A.), adopte une position différente. Dans cet arrêt, mon collègue le juge Strayer, J.C.A., s'exprimant au nom de la majorité, s'est dit d'avis que même si les opérations respectaient les conditions formelles de la Loi, les déductions créées étaient «factices ou indues». En dissidence, j'ai de nouveau exprimé l'avis que le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué pour refuser des déductions lorsque celles-ci découlent d'une application expresse de la Loi. Je ne suis pas convaincu que mon raisonnement était erroné. 65

66 I am further persuaded by the argument of counsel for the respondent as he sought to distinguish the majority decision in *Fording Coal*. It was counsel's submission that there were no actual losses sustained in *Fording Coal*. That is, the losses in *Fording Coal* came about as a result of the transaction and were not actual tangible losses. In this case, by contrast, the losses incurred by the limited partnership were real and came about as the result of real exploration and development. These losses were not created by manipulation of the *Income Tax Act*. There is no

Je suis de plus convaincu par l'argument de l'avocat de l'intimée qui a cherché à faire une distinction avec la décision majoritaire dans *Fording Coal*. L'avocat prétend que, dans *Fording Coal*, il n'y avait pas de pertes véritables, c'est-à-dire que, dans *Fording Coal*, les pertes étaient le résultat de l'opération et n'étaient pas des pertes tangibles et réelles. Dans la présente affaire, au contraire, les pertes subies par la société en commandite étaient réelles et ont résulté de véritables activités d'exploration et d'aménagement. Ces pertes ne proviennent pas d'une 66

dispute that there was actual exploration in this case, and actual losses were incurred on behalf of the limited partnership. I am persuaded that this is a sufficient distinction from the facts in *Fording Coal* that the majority decision in that case is not directly applicable to the case at bar.

manipulation quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'est pas contesté qu'il y a eu de véritables activités d'exploration en l'espèce, et que des pertes réelles ont été subies par la société en commandite. Je suis convaincu qu'il s'agit là d'une distinction suffisante d'avec les faits de *Fording Coal* pour conclure que la décision majoritaire dans cette affaire-là ne s'applique pas directement au cas en l'espèce.

67 The facts of this case lead me inexorably to apply the reasoning of this Court in *Mara Properties* and more recently in *Nova Corporation*: where a deduction arises by specific operation of the Act, it cannot be said to be artificial or undue. These taxpayers were partners in a limited partnership which incurred CEE. Under the Act, that CEE was then attributed to the taxpayers in their capacity as partners. I cannot see how this result can be said to be undue or artificial.

Les faits de l'espèce m'amènent inexorablement à appliquer le raisonnement de la Cour dans *Mara Properties* et plus récemment dans *Nova Corporation*: lorsqu'une déduction découle de l'application expresse de la Loi, on ne peut dire qu'elle est factice ou indue. Ces contribuables étaient des associées d'une société en commandite qui a engagé des FEC. En vertu de la Loi, les FEC ont ensuite été attribués aux contribuables en leur qualité d'associés. Je ne vois pas comment ce résultat peut être qualifié d'indu ou de factice. 67

68 My brother Linden J.A. has said that to accept this approach is to "eviscerate" subsection 245(1). With respect, I am of the view that if Parliament had intended for subsection 245(1) to override deductions that arise by specific operation of the *Income Tax Act*, then Parliament would have used specific language to this end. In the absence of such language, I cannot assume that Parliament would disallow with one provision that which it has specifically allowed with others.

Mon collègue le juge Linden prétend qu'accepter ce raisonnement aurait pour effet de «vider de son sens» le paragraphe 245(1). En toute déférence, je suis d'avis que si le législateur avait eu l'intention que le paragraphe 245(1) ait préséance sur les déductions qui sont autorisées par l'application expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, alors il se serait exprimé clairement à cette fin. En l'absence d'un tel libellé, je ne peux présumer que le législateur prétend refuser dans une disposition ce qu'il a précisément autorisé dans d'autres. 68

69 I will agree that these taxpayers did not directly engage in mining exploration. Their direct participation is not required by the provisions of the Act. In fact, the flow-through share regime in the *Income Tax Act* was created to allow investment by parties that may not have otherwise participated in the industry.⁷⁵

Je conviens que les contribuables n'ont pas directement participé à l'exploration minière. Les dispositions de la Loi n'exigent pas une participation directe. En fait, le régime des actions accréditives dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été créé pour autoriser des investissements par des parties qui n'auraient peut-être pas autrement participé à ce secteur d'activités⁷⁵. 69

70 The taxpayers in this case bought limited partnerships before the end of the fiscal year. The money spent to join the limited partnerships went to Northcor, a company actively involved in mining exploration. In my view, the system worked as was intended. While it may seem repugnant that these

En l'espèce, les contribuables ont acheté des participations dans les sociétés en commandite avant la fin de l'exercice financier. Les fonds versés pour se joindre aux sociétés en commandite sont allés à Northcor, une société activement engagée dans l'exploration minière. À mon avis, le système a fonc- 70

taxpayers are able to reap the benefit of expenses not directly incurred by them, their favourable tax position is a product of the Act's own provisions.

71 Having concluded that the taxpayers' deductions are permitted by the clear language and operation of the Act, there is little need to proceed further to consider whether the result of the transaction meets the object and spirit of the legislation. Subsection 245(1) cannot, in my view apply to deny these deductions where the deductions have come about by specific operation of Act. However, even if I am in error on this point, I am of the view that the object and spirit of the legislation are consistent with this result.

2. Object and Spirit

72 There are several factors which a court may consider when assessing the object and spirit of legislation. The Court may look to normal business practice, may assess whether the transaction had a legitimate business purpose, and may look also to Parliamentary intent. These, among others, are factors which are important to consider when looking to the object and spirit of *Income Tax Act* provisions.

73 The Petroleum Incentives Program and the CEE regime were intended to encourage mining and exploration. The government at the time determined that income tax incentives, often in tandem with direct grants of funds to exploration companies, were the most effective way to encourage exploration of Canada's natural energy resources. All of this was occurring against a backdrop of Canada's national energy strategy. The sharp fluctuations in oil prices in the 1970s and 1980s had created an impetus to ensure that Canada could be self-sufficient in its energy production. By eliminating the need to rely on imported energy, it was thought, Canada could ensure its future and its independence.⁷⁶ It was believed that tax incentives such as the flow-through share regime would be effective vehicles to attract investment into the extremely risky exploration sector. In fact, the flow-through share program had its intended effect. In its press

tionné comme prévu. Bien qu'il puisse sembler détestable que ces contribuables soient en mesure de récupérer le bénéfice de dépenses qu'elles n'ont pas directement engagées, leur position fiscale avantageuse découle des dispositions mêmes de la Loi.

71 Ayant conclu que les déductions des contribuables sont autorisées par le texte clair et l'application de la Loi, il n'est guère nécessaire d'aller plus loin pour évaluer si le résultat de l'opération respecte l'objet et l'esprit lettre de la loi. À mon avis, le paragraphe 245(1) ne peut être invoqué pour refuser les déductions lorsque les déductions découlent de l'application expresse de la Loi. Toutefois, si je fais erreur sur ce point, je suis d'avis que l'objet et l'esprit de la loi sont conformes à ce résultat.

2. L'objet et l'esprit de la Loi

72 Il y a plusieurs facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer l'objet et l'esprit d'une loi. La Cour peut examiner les habitudes normales du commerce, elle peut évaluer si l'opération avait un objet commercial légitime, et elle peut également rechercher l'intention du législateur. Ce sont, entre autres, des facteurs qui sont importants à examiner quand on cherche à dégager l'objet et l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

73 Le programme d'encouragement du secteur pétrolier et le régime des FEC avaient pour but d'encourager les opérations minières et d'exploration. À l'époque, le gouvernement était d'avis que les encouragements fiscaux, souvent jumelés à des subventions directes aux sociétés d'exploration, étaient la façon la plus efficace d'encourager l'exploration des ressources énergétiques naturelles du Canada. La stratégie énergétique du Canada a servi de toile de fond à toutes les opérations visées en l'espèce. Les fluctuations marquées des prix du pétrole dans les années 1970 et 1980 ont donné une impulsion à la recherche de l'autonomie du Canada dans sa production énergétique. En éliminant la nécessité de recourir à des sources d'énergie étrangères, croyait-on, le Canada pouvait assurer son avenir et son autonomie⁷⁶. On croyait que les encouragements fiscaux comme le régime d'émission d'actions accréditatives seraient des outils efficaces pour attirer les investis-

release dated November 10, 1994, the Finance Department noted that flow-through shares were of "special significance for junior mining companies" and had the effect of raising large amounts of equity-based financing for exploration.

seurs dans le secteur de l'exploration, où les risques étaient très élevés. En fait, le programme des actions accréditatives a eu l'effet prévu. Dans un communiqué en date du 10 novembre 1994, le ministère des Finances notait que les actions accréditatives profitaient «principalement aux petites sociétés d'exploration» et elles leur ont permis d'obtenir un financement important aux fins de l'exploration.

(a) Normal Business Practice

a) Les habitudes normales du commerce

74 Upon hearing the evidence before him, the Tax Court Judge concluded that it was normal business practice to structure transactions such as the ones in the case at bar. While the use of limited partnerships was not regular, it was not uncommon, and it had been used as an effective vehicle to encourage investment in junior mining and exploration companies. In the words of the Tax Court Judge [at page 2356]:

Après avoir entendu la preuve dont il était saisi, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le montage d'opérations semblables à celles qui sont visées en l'espèce est une habitude normale du commerce. Bien que le recours à des sociétés en commandite n'ait pas été très répandu, il n'était pas rare non plus, et il s'était révélé un mécanisme efficace pour encourager les investissements dans de petites compagnies d'exploration minière. Dans les mots mêmes du juge de la Cour de l'impôt [à la page 2356]:

74

The object of the Act with respect to the resource industries is clearly to provide incentive deductions to encourage exploration and development. The vehicles created by the oil and gas industry to take advantage thereof are the products of legislation specifically permitting same. That has resulted in the arrangements under examination in this case. Respondent's counsel refers to the "unusual steps" that had been taken. They are unusual in the sense of not being available to other industries but they are not unusual having regard to resource industry practice.

En ce qui concerne les industries d'exploitation de ressources, l'objet de la Loi est manifestement de fournir des déductions visant à encourager les activités d'exploration et d'aménagement. Les mécanismes créés par l'industrie pétrolière et gazière pour tirer avantage de ces déductions sont le fruit de mesures législatives permettant expressément ces mécanismes. Voilà ce qui a donné lieu aux arrangements dont il s'agit en l'espèce. L'avocat de l'intimée mentionne les «mesures inhabituelles» qui ont été prises. Elles sont inhabituelles en ce sens que d'autres industries ne peuvent y recourir, mais elles ne sont pas inhabituelles dans l'industrie de l'exploitation de ressources.

75 Having reviewed the materials presented at trial and some literature on the intricacies of tax planning as it relates to the CEE scheme, I am led to the same conclusion reached by the Trial Judge: these types of financing arrangements were normal business practice in the industry at the time.

Ayant examiné les pièces présentées à l'instruction et la documentation sur les complexités de la planification fiscale relative au régime des FEC, j'en arrive à la même conclusion que le juge de la Cour de l'impôt: ces types d'arrangements de financement étaient une habitude normale de l'industrie à cette époque.

75

(b) Business Purpose

b) L'objet commercial

76 I will state at the outset that I am hesitant to put too much stock in the application of a business purpose test. As noted by my brother Linden J.A., the business purpose test was firmly rejected as a general interpretative principle by the Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The*

Je dirai dès le début que j'hésite à mettre trop d'accent sur l'application du critère de l'objet commercial. Comme le note mon collègue le juge Linden, le critère de l'objet commercial a été fermement rejeté comme principe général d'interprétation par la Cour suprême du Canada dans *Stuart Invest-*

76

Queen, [1984] 1 S.C.R. 536. Certainly, though, there is room to assess whether the transactions entered into by the taxpayer had a legitimate business purpose as one factor to consider among many others.

77 For the taxpayers in this case, the clear purpose of the transactions was to purchase the CEE losses to use as deductions against income. There was no intention on the part of these taxpayers to become active participants in the oil and gas exploration market. This is not fatal for the taxpayer. As was held by Jockett C.J. in *R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 F.C. 454 (C.A.), at pages 462-463, affd [1979] 1 S.C.R. 36 and cited approvingly by the majority of the Supreme Court of Canada in *Stuart* (*supra*),

... a transaction that clearly falls within the object and spirit of [a given section of the Act] cannot be said to unduly or artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.

78 What is most important here is that the taxpayers claimed the deduction incurred in their capacity as limited partners. The entity in which they were partners did legitimately incur CEE and was actively involved in oil and gas exploration. The money that these taxpayers spent to join the partnerships was paid to Northcor. Northcor's purpose in selling the limited partnerships was presumably to raise capital which would then fund more exploration. For the general partner in the limited partnership, the transaction had a valid business purpose. The limited partnership, then, had a legitimate business purpose, and the taxpayers achieved their deductions by virtue of their membership in the limited partnership. Further, the taxpayers' investments in the limited partnerships had the effect of providing needed capital to Northcor. The business purpose of this transaction was clear: the mining company wished to raise capital, and the taxpayers provided that capital.

(c) Parliamentary Intention

79 It is always very difficult to look back into the past and ascertain what Parliament's intention was at

ments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536. Il n'en reste pas moins qu'on peut certainement examiner, parmi les facteurs à prendre en considération, si les opérations faites par le contribuable avaient un objet commercial légitime.

Pour les contribuables en l'espèce, l'objet manifeste des opérations était d'acheter les pertes au titre des FEC pour les déduire du revenu. Les contribuables n'avaient aucune intention de participer activement au marché de l'exploration pétrolière et gazière. Cela ne fait pas échec à la thèse des contribuables. Comme l'a statué le juge en chef Jockett dans *R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 C.F. 454 (C.A.), aux pages 462 et 463, confirmé à [1979] 1 R.C.S. 36, et cité avec approbation par la majorité de la Cour suprême du Canada dans *Stuart* (précité),

... on ne peut dire ... qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie [d'un article donné de la Loi] réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.

Ce qui est le plus important en l'espèce, c'est que les contribuables ont réclamé la déduction en leur qualité d'associées. L'entité dans laquelle elles étaient associées avait légitimement engagé les FEC et faisait activement de l'exploration pétrolière et gazière. Les fonds que ces contribuables ont dépensé pour acquérir une participation dans les sociétés en commandite ont été versés à Northcor. Le but poursuivi par Northcor dans la vente des sociétés en commandite était, on peut le croire, de réunir le capital nécessaire au financement d'autres activités d'exploration. Pour le commandité d'une société en commandite, l'opération avait un objet commercial valide. La société en commandite avait donc un objet commercial légitime, et les contribuables ont pu faire leurs déductions grâce à leur participation à cette société en commandite. En outre, l'investissement des contribuables dans les sociétés en commandite a eu pour effet de fournir le capital dont Northcor avait besoin. L'objet commercial de cette opération était clair: la compagnie minière voulait lever des fonds, et les contribuables les lui ont donnés.

c) L'intention du législateur

Il est toujours très difficile de remonter le temps afin de vérifier ce qu'était l'intention du législateur à

a specific point in time. With the benefit of hindsight, it is tempting to impose our own views of what Parliament's intention should have been, rather than what it was. In this case, it is difficult to accept that the federal government was allowing taxpayers to take huge deductions for oil and gas exploration when these taxpayers were not actively involved in the industry. But, in my view, that was a natural consequence of the flow-through share regime.

une certaine époque donnée. En rétrospective, il est tentant d'imposer ses propres vues à ce que l'intention du législateur aurait dû être, plutôt que ce qu'elle était réellement. En l'espèce, il est difficile d'accepter que le gouvernement fédéral autorisait les contribuables à faire d'énormes déductions au titre de l'exploration pétrolière et gazière, alors que ces contribuables ne participaient pas activement à l'industrie. Mais, à mon avis, c'est là une conséquence naturelle du régime des actions accréditives.

80 Junior mining and exploration companies accumulated huge expenses in the process of exploring for oil and gas. Without significant revenues, these expenses could not be used in any productive way. Facing certain and sizeable losses, it is unlikely that many junior exploration companies would continue to explore Canada's east coast. Realizing this, Parliament created the flow-through share regime which allowed these junior mining companies to effectively pass on their expenses to taxpayers who were able to use them. In exchange, the junior mining companies were able to raise much needed capital.

Les petites compagnies d'exploration minière ont engagé d'énormes frais dans leurs activités d'exploration pétrolière et gazière. Sans revenus importants, ces frais ne pouvaient être utilisés de façon productive. Devant des pertes certaines et considérables, il est peu probable que beaucoup de petites sociétés d'exploration auraient pu continuer d'explorer la côte est du Canada. Se rendant compte de cette situation, le législateur a créé le régime des actions accréditives qui permettait à ces petites compagnies minières de transférer leurs frais à des contribuables qui étaient en mesure de les utiliser. En échange, les petites compagnies minières obtenaient le capital dont elles avaient un besoin urgent. 80

81 It was later recognized by Parliament that this regime had outlived its usefulness, and the provisions were changed to tighten the system. Until this realization, though, the regime was in place to encourage investment in a risky enterprise, all for the sake of the national energy policy. When you add into the mix that there was some political will to encourage exploration off Canada's east coast and potentially invigorate a depressed economy, it no longer seems implausible that Parliament would have allowed deductions to be taken by taxpayers who were not actual players in the industry. This was, we must remember, an incentive scheme.

Le législateur s'est par la suite rendu compte que ce régime avait fait son temps, et les dispositions ont été modifiées pour resserrer le système. Toutefois, avant cette prise de conscience, le régime avait pour but d'inciter les investissements dans une entreprise risquée, pour les fins de la politique énergétique nationale. Si l'on ajoute à cette situation une certaine volonté politique d'encourager l'exploration au large de la côte est du Canada et, potentiellement, de ranimer une économie chancelante, il ne semble plus impossible que le législateur ait pu autoriser les déductions par des contribuables qui n'avaient joué aucun rôle réel dans l'industrie. Il faut se rappeler qu'il s'agissait d'un programme d'encouragement. 81

82 It was amply demonstrated before the Tax Court Judge and before this Court that the government was aware that the Act permitted these types of arrangements, and in fact it was an accepted means of raising capital for junior mining and exploration companies. Set in context, these deductions fit in with Canada's energy strategy at the time.

Il a été amplement établi devant le juge de la Cour de l'impôt et devant la présente Cour que le gouvernement était au courant que la Loi autorisait ce type d'arrangements et, en fait, que ces arrangements étaient un moyen reconnu pour que les petites sociétés d'exploration minière puissent obtenir du capital. Replacées dans leur contexte, les déductions sont conformes à la stratégie énergétique du Canada de l'époque. 82

83 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. The taxpayers' deductions are not artificial or undue, as they arise by specific operation of the Act and are not inconsistent with the object and spirit of section 66.1.

¹ R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63), ss. 66.1(3) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1986, c. 2, s. 17), (6)(b) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1976-77, c. 4, s. 24; 1980-81-82-83, c. 48, s. 34; 1986, c. 2, s. 17; c. 55, s. 12; 1987, c. 46, s. 19).

² S. 245 was substituted, effective September 13, 1988, by a more comprehensive general anti-avoidance rule, S.C. 1988, c. 55, s. 185.

³ Broad statutory anti-avoidance provisions are found in Israel, the Netherlands, Sweden, Australia, New-Zealand and Hong Kong; Brian J. Arnold and James R. Wilson, "The General Anti-Avoidance Rule—Part 1" (1988), 36 *Can. Tax J.* 829, at pp. 872-887.

⁴ [1936] A.C. 1 (H.L.).

⁵ *Ibid.*, at p. 19. Lord Atkin did, however, write a powerful dissent which focused on the "substance" of the transaction, which was the payment of remuneration by the Duke of Westminster to his servants, rather than a deed of covenant for the payment of a lump sum which could be deductible as an annuity payment under British tax law. In the United Kingdom, the *Westminster* doctrine was seriously eroded in *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, when the House of Lords refused to acknowledge the tax consequences of a "step" in a transaction which had no "business purpose" and was inserted for the purpose of reducing tax.

⁶ [1984] 1 S.C.R. 536. In *Stuart*, Estey J. explained the modern interpretive rule at p. 578 by reference to the following passage of E. A. Driedger [in *Construction of Statutes*, 2nd ed., 1983]: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". Where, however, there is no ambiguity in the words of the provision, this rule ultimately results in a strict and literal approach to the words of the provision. Arnold and Wilson observe at p. 869 that "[a]lthough a strict legalistic approach to the interpretation of tax statutes is no longer acceptable, *Stuart* has not been used to justify forays into judicial legislation Where the relevant taxing provision is not ambiguous or uncertain in its application, the courts are reluctant to do anything other than give meaning to those words". *Supra*, note 3.

⁷ Arnold and Wilson, *supra*, note 3, at p. 852. See, for example, *The Queen v Daly*, (J J), [1981] CTC 270 (F.C.A.).

83 Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel. Les déductions des contribuables ne sont ni factices ni indues, étant donné qu'elles découlent de l'application expresse de la Loi et elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et l'esprit de l'article 66.1.

¹ S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63), art. 66.1(3) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1986, ch. 2, art. 17), (6)(b) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1976-77, ch. 4, art. 24; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 34; 1986, ch. 2, art. 17; ch. 55, art. 12; 1987, ch. 46, art. 19).

² L'art. 245 a été remplacé, le 13 septembre 1988, par une règle générale anti-évitement plus exhaustive, L.C. 1988, ch. 55, art. 185.

³ Des dispositions législatives anti-évitement très générales existent en Israël, aux Pays-Bas, en Suède, en Australie, en Nouvelle-Zélande et à Hong Kong; Brian J. Arnold et James R. Wilson, «The General Anti-Avoidance Rule—Part 1» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 829, aux p. 872 à 887.

⁴ [1936] A.C. 1 (H.L.).

⁵ *Ibid.*, à la p. 19. Toutefois, lord Atkin a rédigé des motifs dissidents très convaincants qui mettent l'accent sur le «fond» de l'opération, savoir le paiement d'une rémunération par le duc de Westminster à ses domestiques, plutôt qu'un engagement prévoyant le paiement d'une somme forfaitaire qui pouvait être déduite à titre de rente en vertu des lois fiscales britanniques. Au Royaume-Uni, la doctrine *Westminster* a été sérieusement atténuée dans l'arrêt *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, dans lequel la Chambre des lords a refusé de reconnaître les conséquences fiscales d'une «étape» faisant partie d'une opération qui n'avait pas d'«objet commercial» et qui avait été incorporée dans le but unique de réduire l'impôt payable.

⁶ [1984] 1 R.C.S. 536. Dans *Stuart*, le juge Estey a expliqué la règle moderne d'interprétation à la p. 578 en citant le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger [dans *Construction of Statutes*, 2^e éd., 1983]: [TRADUCTION] «il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur». Toutefois, lorsque les termes utilisés dans la disposition ne révèlent aucune ambiguïté, cette règle aboutit à une interprétation stricte et littérale du texte de la disposition. Arnold et Wilson font observer à la p. 869 que [TRADUCTION] «bien que la méthode stricte et formaliste d'interprétation des lois fiscales ne soit plus acceptable, *Stuart* n'a pas été utilisé pour justifier les incursions dans la législation judiciaire Lorsque la disposition fiscale pertinente ne comporte pas d'ambiguïté ni d'incertitude dans son application, les tribunaux hésitent à faire plus que donner leur sens aux mots utilisés». Précité, renvoi 3.

⁷ Arnold et Wilson, précité renvoi 3, à la p. 852. Voir, par exemple, *La Reine c Daly* (J J), [1981] CTC 270 (C.A.F.).

⁸ D. Y. Timbrell, "Of Shams and Simulacra" (1973), 21 *Can. Tax J.* 529, at p. 530.

⁹ Peter W. Hogg and Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), at p. 456.

¹⁰ [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

¹¹ *Ibid.*, at p. 528.

¹² See note 6 *supra*, at p. 573.

¹³ The sham doctrine was used in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408, and in *Dominion Bridge Co Ltd v The Queen*, [1975] CTC 263 (F.C.T.D.).

¹⁴ Hogg and Magee, *supra*, note 9, at p. 455.

¹⁵ See *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] Ex. C.R. 350, in which a single sum payment made by a lessee was held to be income for the lessor rather than capital as the payment was actually a rental pre-payment; see also *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (T.A.B.), in which the Court found that a taxpayer who had transferred property to another man's wife in exchange for a transfer of property from that man to the taxpayer's wife had essentially transferred land to his wife, and was thus subject to attribution rules. Most recently, see *Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713 (C.A.), in which this Court adopted, at p. 726 the Supreme Court's early pronouncement that, "in considering whether a particular transaction brings a party within the terms of the *Income Tax Act* its substance rather than its form is to be regarded" (*Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82, at p. 85).

¹⁶ [1987] 1 S.C.R. 32.

¹⁷ *Ibid.*, at p. 53.

¹⁸ The relevance of a "business purpose" in determining the tax consequences of a particular transaction was first raised in Canada in a 1968 decision of President Jaccett (as he then was): *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98.

¹⁹ The concept of business purpose first received recognition in *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, a 1935 decision of the U.S. Supreme Court. At that time, and as is also the case today, the U.S. *Internal Revenue Code* contained no anti-tax avoidance provision similar to s. 245(1) or its predecessors. Since that time, the business purpose test has become a permanent fixture in the U.S. jurisprudence. In confirmation of this fact, Arnold and Wilson write at p. 882 that "[a]lthough the US business purpose test and the other judicial anti-avoidance doctrines are far from perfect and cause uncertainty for taxpayers, they are generally acknowledged and accepted by US tax practitioners as a necessary part of the US tax system". *Supra*, note 3.

⁸ D. Y. Timbrell, «Of Shams and Simulacra» (1973), 21 *Rev. fiscale can* 529, à la p. 530.

⁹ Peter W. Hogg et Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), à la p. 456.

¹⁰ [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

¹¹ *Ibid.*, à la p. 528.

¹² Voir renvoi 6, précité, à la p. 573.

¹³ La doctrine du trompe-l'œil a été utilisée dans *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 408, et dans *Dominion Bridge Co Ltd c La Reine*, [1975] CTC 263 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ Hogg et Magee, précité, renvoi 9, à la p. 455.

¹⁵ Voir *Front & Simcoe Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.É. 350, dans lequel un versement unique effectué par un locataire a été considéré comme une forme de revenu pour le locateur plutôt que du capital étant donné que le versement était en fait un paiement préalable de loyer; voir également *Naiberg, I. v. M.N.R.*, [1969] Tax A.B.C. 492 (C.A.I.), dans lequel la Cour a statué qu'un contribuable, qui avait transféré des biens à l'épouse d'une autre personne en contrepartie de la cession d'un bien de cette personne à l'épouse du contribuable, avait essentiellement cédé un bien-fonds à son épouse, et était donc assujéti aux règles d'attribution. Plus récemment, voir *Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713 (C.A.), dans lequel la Cour a adopté, à la p. 726, l'opinion déjà exprimée par la Cour suprême selon laquelle «pour décider si une opération déterminée fait tomber une personne sous le coup de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on doit tenir compte du fond plutôt que la forme de cette opération» (*Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82, à la p. 85).

¹⁶ [1987] 1 R.C.S. 32.

¹⁷ *Ibid.*, à la p. 53.

¹⁸ La pertinence d'un «objet commercial» pour déterminer les répercussions fiscales d'une opération particulière a été soulevée pour la première fois au Canada dans une décision de 1968 du président Jaccett (tel était alors son titre); *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C.É. 98.

¹⁹ La notion de l'objet commercial a été reconnue pour la première fois dans *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, une décision de la Cour suprême des États-Unis remontant à 1935. À cette époque, comme c'est encore le cas aujourd'hui, le U.S. *Internal Revenue Code* ne renfermait aucune disposition relative à l'évitement de l'impôt semblable à l'art. 245(1) ou à ses prédécesseurs. Depuis, le critère de l'objet commercial est devenu un élément permanent de la jurisprudence américaine. Confirmant ce fait, Arnold et Wilson écrivent à la p. 882 que [TRADUCTION] «bien que le critère de l'objet commercial et les autres doctrines anti-évitement judiciaires aux États-Unis soient loin d'être parfaits et laissent les contribuables dans une certaine incertitude, ils sont généralement acceptés et reconnus par les fiscalistes américains comme un élément

²⁰ *Supra*, note 5.

²¹ *Furniss* was preceded by two other decisions in which the House of Lords employed similar logic: *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); and *Ramsay (W.T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.).

²² [1977] 1 F.C. 249 (C.A.).

²³ *Ibid.*, at p. 256.

²⁴ *Stubart, supra*, note 6, at p. 575.

²⁵ *Supra*, note 3, at p. 842.

²⁶ This provision was also amended in 1986 in order to take account of the new lifetime capital gains exemption. See Arnold and Wilson, *ibid.*, at p. 848.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ As a result of its partial nature, for example, s. 245(1) has been held to be inapplicable where what is being claimed by the taxpayer does not fit within the meaning of "disbursement or expense". See *R v Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24 (F.C.T.D.); *McKee (G) v The Queen*, [1977] CTC 491 (F.C.T.D.).

²⁹ *Stubart, supra*, note 6, at p. 573.

³⁰ *Ibid.*, at p. 574.

³¹ *Weston's Settlements, In re*, [1969] 1 Ch. 223 (C.A.) at p. 245.

³² In light of the pervasive influence of *Westminster* on the Canadian approach to tax avoidance thus far, the words of Lord Roskill in the *Furniss* case are instructive, at least in the context of attempting to breathe life into a legislated anti-avoidance provision. He stated at p. 515 that "the ghost of the *Duke of Westminster* and his transaction of . . . has haunted the administration of this branch of the law for too long". *Supra*, note 5.

³³ *Supra*, note 21, at p. 536, *per* Lord Diplock.

³⁴ See, for example, *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, in which Iacobucci J. held at p. 328 that "In the absence of evidence that the transaction was a sham or an abuse of the provisions of the Act, it is not the role of the court to determine whether the transaction in question is one which renders the taxpayer deserving of a deduction. If the terms of the section are met, the taxpayer may rely on it, and it is the option of Parliament specifically to preclude further reliance in such situations".

³⁵ [1995] 2 F.C. 433 (C.A.). The more accurate interpretation is that taken by Meghji and Grenon in "An Analysis of Recent Avoidance Cases", unpublished. They state, at p. 23, that "the Supreme Court's comments in *Mara* do not speak to the application of the former 245(1)".

³⁶ *Ibid.*, at p. 452.

³⁷ *R. v. Mara Properties Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 161.

³⁸ [1996] 1 F.C. 518 (C.A.).

nécessaire du régime fiscal des États-Unis». Précité, renvoi 3.

²⁰ Précité, renvoi 5.

²¹ *Furniss* a été précédé de deux autres décisions dans laquelle la Chambre des lords a exposé un raisonnement semblable: *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535 (H.L.); et *Ramsay (W.T.) Ltd. v. Inland Revenue Comrs.*, [1981] 2 W.L.R. 449 (H.L.).

²² [1977] 1 C.F. 249 (C.A.).

²³ *Ibid.*, à la p. 256.

²⁴ *Stubart*, précité, renvoi 6, à la p. 575.

²⁵ Précité, renvoi 3, à la p. 842.

²⁶ Cette disposition a également été modifiée en 1986 afin de tenir compte de la nouvelle exemption à vie pour gains en capital. Voir Arnold et Wilson, *ibid.*, à la p. 848.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ En raison de son caractère partiel, par exemple, il a été statué que l'art. 245(1) était inapplicable dans les cas où la déduction réclamée par le contribuable ne répondait pas à la définition de «débours ou dépense». Voir *R c Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24 (C.F. 1^{re} inst.); *McKee (G) c La Reine*, [1977] CTC 491 (C.F. 1^{re} inst.).

²⁹ *Stubart*, précité, renvoi 6, à la p. 573.

³⁰ *Ibid.*, à la p. 574.

³¹ *Weston's Settlements, In re*, [1969] 1 Ch. 223 (C.A.), à la p. 245.

³² Au vu de l'influence envahissante de l'arrêt *Westminster* sur l'attitude canadienne à l'égard de l'évitement fiscal jusqu'ici, les propos de lord Roskill dans l'affaire *Furniss* sont instructifs, du moins si l'on tente de redonner vie à une disposition anti-évitement d'origine législative. Il déclare ceci à la p. 515: [TRADUCTION] «le spectre du *Duke of Westminster* et de son opération . . . a hanté l'administration de cette branche du droit pendant trop longtemps». Précité, renvoi 5.

³³ Précité, renvoi 21, à la p. 536, par lord Diplock.

³⁴ Voir, par exemple, *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, dans lequel le juge Iacobucci a statué comme suit à la p. 328: «En l'absence d'une preuve que l'opération est un trompe-l'œil ou qu'elle représente un abus des dispositions de la Loi, il n'appartient pas à un tribunal de déterminer si elle rend le contribuable admissible à une déduction. Si les conditions de l'article sont remplies, le contribuable peut l'invoquer et il est loisible au législateur de lui interdire expressément de les invoquer à l'avenir dans de telles situations.»

³⁵ [1995] 2 C.F. 433 (C.A.). L'interprétation la plus exacte est celle qui est tirée de Meghji et Grenon dans «An Analysis of Recent Avoidance Cases», article non publié. Les auteurs indiquent, à la p. 23, que [TRADUCTION] «les observations de la Cour suprême dans *Mara* ne portent pas sur l'application de l'ancien paragraphe 245(1)».

³⁶ *Ibid.*, à la p. 452.

³⁷ *R. c. Mara Properties Ltd.* [1996] 2 R.C.S. 161.

³⁸ [1996] 1 C.F. 518 (C.A.).

³⁹ *Ibid.*, at p. 527. The concept of “accordance with normal practice” has been raised, as noted by Strayer J.A. in a number of previous cases. See, for example, *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410, affd without reasons by the S.C.C., [1962] S.C.R. viii; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363 (F.C.T.D.); and *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3 (C.A.).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, at p. 528. This logic echoes the reasoning of Jockett C.J. in *R. v. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 F.C. 454 (C.A.), at pp. 459-460, affd [1979] 1 S.C.R. 36. In that case, although Jockett C.J. declined to apply s. 245(1) because the deduction fell within the object and spirit of the Act, he rejected the reasoning of the Trial Judge that a general provision could not be used to prevent a deduction arising from a specific provision of the Act.

⁴² *Ibid.*, at pp. 541-542.

⁴³ *Ibid.*, at p. 544.

⁴⁴ Marceau J.A. reasoned at pp. 437-438 as follows: “I also accept that subsection 245(1) of the Act, concerning artificial transactions, has no role to play in the factual context of this case The transactions were real and nothing was hidden behind them. Even if subsection 88(1) operates to allow the respondent to consider the difference between the deemed cost and the actual proceeds of sale as a loss sustained in the course of its business, this loss could not be said to be ‘artificial’ or ‘undue’ as it would arise by specific operation of the Act” [underlining added]. *Supra*, note 35.

⁴⁵ [1982] 2 F.C. 113 (C.A.), at p. 125. Although these definitions were provided for the terms “undue” and “artificial” in the context of the former s. 137(1) of the Act, they are, I believe, equally applicable to s. 245(1), which is identically worded.

⁴⁶ [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.), at p. 360.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Supra*, note 38, at p. 527.

⁴⁹ *Stuart, supra*, note 6, at p. 575.

⁵⁰ *Ibid.*, at p. 579.

⁵¹ The other two were the principle of strict and literal interpretation of the taxing provision, as referred to above, and the principle that a transaction need not possess a business purpose in order to be effective.

⁵² *Supra*, note 38, at p. 528.

⁵³ *Stuart, supra*, note 6, at p. 573.

⁵⁴ *Ibid.*, at pp. 557-558, 560 and 563.

⁵⁵ *Supra*, note 3, at p. 887.

⁵⁶ Kenneth Gideon and Ruth Kent, “Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals To Adopt the Busi-

³⁹ *Ibid.*, à la p. 527. Le concept de la «conformité aux habitudes normales du commerce» a été soulevé, comme le note le juge Strayer, J.C.A., dans plusieurs causes antérieures. Voir, par exemple, *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.E. 410, confirmé sans motif par la C.S.C., [1962] R.C.S. viii; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363 (C.F. 1^{re} inst.); et *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3 (C.A.).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, à la p. 528. Ces propos font écho au raisonnement du juge en chef Jockett dans *R. c. Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, [1978] 1 C.F. 454 (C.A.), aux p. 459 et 460, confirmé à [1979] 1 R.C.S. 36. Dans cette affaire, bien que le juge en chef Jockett eût refusé d’appliquer l’art. 245(1) parce que la déduction respectait l’objet et l’esprit de la Loi, il a rejeté le raisonnement du juge de première instance selon lequel une disposition générale ne peut être utilisée pour empêcher une déduction s’appuyant sur une disposition précise de la Loi.

⁴² *Ibid.*, aux p. 541 et 542.

⁴³ *Ibid.*, à la p. 544.

⁴⁴ Le juge Marceau, J.C.A., a exposé son raisonnement aux p. 437 et 438 dans les termes suivants: «J’accepte également le fait que le paragraphe 245(1) de la Loi, qui concerne les opérations factices, n’a aucun rôle à jouer dans le contexte factuel de la présente affaire . . . Il s’agissait d’opérations véritables qui ne dissimulaient rien. Même si le paragraphe 88(1) a pour effet de permettre à l’intimée de considérer la différence entre le coût réputé et le produit effectif de la vente comme une perte subie dans le cadre de son entreprise, on ne saurait dire que cette perte est “factice” ou “indue” étant donné qu’elle résulte de l’application spécifique de la Loi» [soulignement ajouté]. Précité, renvoi 35.

⁴⁵ [1982] 2 C.F. 113 (C.A.), à la p. 125. Bien que cette définition ait été donnée pour les termes «undue» (indûment) et «artificial» (factice) dans le contexte de l’ancien art. 137(1) de la Loi, elles sont, je crois, tout aussi applicables à l’art. 245(1), dont la formulation est identique.

⁴⁶ [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 360.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Précité, renvoi 38, à la p. 527.

⁴⁹ *Stuart*, précité, renvoi 6, à la p. 575.

⁵⁰ *Ibid.*, à la p. 579.

⁵¹ Les deux autres étaient le principe de l’interprétation stricte et littérale de la disposition fiscale, dont on a parlé ci-dessus, et le principe selon lequel une opération ne doit pas nécessairement avoir un objet commercial pour avoir un effet.

⁵² Précité, renvoi 38, à la p. 528.

⁵³ *Stuart*, précité, renvoi 6, à la p. 573.

⁵⁴ *Ibid.*, aux p. 557 et 558, 560 et 563.

⁵⁵ Précité, renvoi 3, à la p. 887.

⁵⁶ Kenneth Gideon et Ruth Kent, «Mrs. Gregory’s Northern Tour: Canadian Proposals To Adopt the Business

ness Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine” in *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988, at p. 7:14.

⁵⁷ [1942] 1 K.B. 389 (C.A.), at p. 397.

⁵⁸ An eligible exploration expense is defined under s. 11 of the PIP regulations [*Petroleum Incentives Program Regulations*, SOR/82-666 (as am. by SOR/83-639, s. 2; 83-683, s. 4; 84-77, s. 3; 84-861, s. 2; 85-354, s. 1; 85-636, s. 6; 86-32, s. 3; 86-459, s. 5)] as an expense that is a Canadian exploration expense within the meaning of the *Income Tax Act*.

⁵⁹ There was some disagreement between the parties over the proper version of s. 66.1(6)(a)(iv) to be used in this appeal. I am relying on the same version as that used by the trial Judge. In light of my conclusion on this appeal, however, this disagreement has no bearing on the outcome of the case.

⁶⁰ The limited partnerships were formed under the *Alberta Partnership Act*, R.S.A. 1980, c. P-2, as amended, each as a result of a certificate of limited partnership dated December 31, 1986. The partnerships were called Northcor Exploration Program 1987-4, Northcor Exploration Program 1987-5, Northcor Exploration Program 1987-6 and Northcor Exploration Program 1987-7. See, for example, Appeal Book, App. I, Vol. II, at p. 261.

⁶¹ Para. 4(b) of the “Share Subscription Agreement”. *Ibid.*, Vol. III, at p. 455.

⁶² Para. 6(b) of the “Share Subscription Agreement”. *Ibid.*, at p. 456.

⁶³ Para. 2 of the “Share Subscription Agreement”. *Ibid.*, at p. 454.

⁶⁴ *Ibid.*, at p. 453.

⁶⁵ The allocation of profit and loss is specified in the certificate of limited partnership under the paragraph entitled “Participation in Profits and Losses”. *Ibid.*, Vol. II, at p. 263.

⁶⁶ Para. 3.1(v). *Ibid.*, Vol. III, at p. 543. Consequently, PIPA payments of approximately \$14,000,000, were not in fact received by the partnerships until after December 15, 1987.

⁶⁷ *Ibid.*, at p. 566.

⁶⁸ *Ibid.*, Vol. IV, at pp. 584 and 622. Both Carousel and Central also entered into Novation Agreements regarding the Put Agreement between 74794, Encee and NRI Holdings Ltd. *Ibid.*, at Vol. IV, at pp. 660 and 675.

⁶⁹ Jacob S. Ziegel *et al.*, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed., Vol. I (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), at pp. 85-86.

⁷⁰ Department of Finance—Release, 94-106, November 10, 1994.

⁷¹ [1984] CTC 536 (F.C.A.).

Purpose Rule and the Step Transaction Doctrine» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1988, à la p. 7:14.

⁵⁷ [1942] 1 K.B. 389 (C.A.), à la p. 397.

⁵⁸ Les frais d'exploration admissibles sont définis à l'art. 11 du Règlement sur le PESP [*Règlement sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier*, DORS/82-666 (mod. par DORS/83-639, art. 2; 83-683, art. 4; 84-77, art. 3; 84-296, art. 5; 84-861, art. 2; 85-354, art. 1; 85-636, art. 6; 86-32, art. 3; 86-459, art. 5)] comme des frais qui sont des frais d'exploration au Canada au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

⁵⁹ Les parties ne s'entendent pas sur la version approuvée de l'art. 66.1(6)(a)(iv) devant être utilisée pour les fins du présent appel. Je m'appuie sur la même version que celle qui a été utilisée par le juge de première instance. Au vu de ma conclusion dans cet appel, toutefois, ce désaccord n'a aucun effet sur l'issue de la cause.

⁶⁰ Les sociétés en commandite ont été constituées en vertu de la *Partnership Act*, R.S.A. 1980, ch. P-2, de l'Alberta et ses modifications, par suite de l'émission d'un certificat de société en commandite émis le 31 décembre 1986. Les sociétés en commandite portaient les raisons sociales suivantes: Northcor Exploration Program 1987-4 (Programme d'exploration Northcor 1987-4), Northcor Exploration Program 1987-5 (Programme d'exploration Northcor 1987-5), Northcor Exploration Program 1987-6 (Programme d'exploration Northcor 1987-6) et Northcor Exploration Program 1987-7 (Programme d'exploration Northcor 1987-7). Voir, par exemple, le dossier d'appel, Appendice I, vol. II, à la p. 261.

⁶¹ Par. 4b) de la convention de souscription d'actions, *ibid.*, vol. III, à la p. 455.

⁶² Par. 6b) de la convention de souscription d'actions, *ibid.*, à la p. 456.

⁶³ Par. 2 de la convention de souscription d'actions, *ibid.*, à la p. 454.

⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 453.

⁶⁵ La répartition des profits et pertes est précisée dans le certificat de société en commandite au paragraphe intitulé «Participation aux profits et aux pertes». *Ibid.*, vol. II, à la p. 263.

⁶⁶ Par. 3.1(v). *Ibid.*, vol. III, à la p. 543. Par conséquent, les paiements en vertu de la Loi sur le PESP d'environ 14 000 000 \$ n'ont en fait été reçus par les sociétés en commandite qu'après le 15 décembre 1987.

⁶⁷ *Ibid.*, à la p. 566.

⁶⁸ *Ibid.*, vol. IV, aux p. 584 et 622. Carousel et Central ont également signé des accords de novation concernant le contrat d'option de vente entre 74794, Encee et NRI Holdings Ltd. *Ibid.*, vol. IV, aux p. 660 et 675.

⁶⁹ Jacob S. Ziegel *et al.*, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3^e éd., vol. I (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), aux p. 85 et 86.

⁷⁰ Ministère des Finances—Publication, 94-106, 10 novembre 1994.

⁷¹ [1984] 1 CTC 536 (C.A.F.).

⁷² *Alberta and Southern Gas*, supra, note 41, at pp. 462-463.

⁷³ *Edmonton Liquid Gas*, supra, note 71, at p. 547.

⁷⁴ I note that much was made in oral argument with respect to whether a limited partnership can properly be termed a taxpayer. Under the *Income Tax Act*, a taxpayer is any person, whether or not they are liable to pay tax. Generally, partnerships would not be considered persons, but the material before the Court suggests that it was Revenue Canada's consistent practice to treat partnerships as taxpayers: see, e.g., *Window on Canadian Tax Commentary 9209540*. Certainly, the provisions dealing with taxation of partnerships indicates that the income of the partnership should be calculated as if the partnership were a taxpayer. This implies that for the sake of calculating income, one must assume that a limited partnership is a taxpayer.

⁷⁵ See, e.g., John A. Brussa, "The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment" in *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*, 1985 Conference Report. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986, at p. 37:19 et seq.; Michael A. Carten, "Flow-Through Share Financing" in *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1987; James G. McKee, "The Income Tax Implications of Flow-Through Shares", [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107; Finance Department Evaluation of Flow-Through Shares, November 10, 1994.

⁷⁶ *The National Energy Program, 1980*; Energy Mines and Resources Canada. See, e.g., at pp. 47-50.

⁷² *Alberta and Southern Gas*, précité, renvoi 41, aux p. 462-463.

⁷³ *Edmonton Liquid Gas*, précité, renvoi 71, à la p. 547.

⁷⁴ Je note que les plaidoiries verbales se sont longuement étendues sur la question de savoir si une société en commandite peut à bon droit être qualifiée de contribuable. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le contribuable est toute personne, qu'elle soit tenue ou non de payer l'impôt. Généralement, les sociétés en commandite ne seraient pas considérées comme des personnes, mais les éléments dont la Cour est saisie font ressortir que Revenue Canada traite de façon constante les sociétés en commandite comme des contribuables: voir, par exemple, *Window on Canadian Tax Commentary 9209540*. De toute évidence, les dispositions traitant de l'imposition des sociétés en commandite indiquent que l'impôt d'une telle société doit être calculé comme si la société était une contribuable. Cela suppose que, pour les fins du calcul de l'impôt, on doit présumer qu'une société en commandite est une contribuable.

⁷⁵ Voir, par exemple, John A. Brussa, «The New Environment for Investment in the Oil and Gas Industry: Income Tax Aspects of Investment» dans *Report of Proceedings of the Thirty-Seventh Tax Conference*, 1985 Conference Report. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986, à la p. 37:19 et suivantes; Michael A. Carten, «Flow-Through Share Financing», dans *Income Tax Considerations in Corporate Financing*, 1986 Corporate Management Tax Conference, Toronto: Association canadienne d'étude fiscale, 1987; James G. McKee, «The Income Tax Implications of Flow-Through Shares», [1988] *Canadian Petroleum Tax Journal* 107; Évaluation des actions accréditatives par le ministère des Finances, 10 novembre 1994.

⁷⁶ *Le programme énergétique national, 1980*; Énergie, Mines et Ressources Canada. Voir, par exemple, aux p. 47 à 50.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of decision of Minister of Fisheries and Oceans, dated April 7, 1997, announcing turbot quotas for Davis Strait fishery for 1997—Land claims agreement between Inuit of Nunavut Settlement Area and Government of Canada (the Agreement) respecting coordinated wildlife management within, outside geographic area covered by Agreement—Art. 5 of Agreement providing for establishment of Nunavut Wildlife Management Board (NWMB)—In making 1997 decision, Minister substantially disregarded submissions made to him by NWMB, advice of own Assistant Deputy Minister—Fisheries Act, s. 43, Fishery (General) Regulations, s. 22(1)(a) granting Minister discretion to set quotas—Discretion granted by statute not absolute, must be exercised within confines of Minister's jurisdiction—Decision maker must not take extraneous factors, irrelevant considerations into account when making decision—Failure of administrative decision-maker to take into account highly relevant consideration as erroneous as improper importation of extraneous consideration—Decision-maker must consider all relevant factors before decision can be said to have been made in lawful manner—Failure to do so will result in decision being set aside—Incumbent upon Minister to consider advice, recommendations of NWMB—Duty to "consider" entails more than simply receive, examine advice, recommendations given by NWMB—Agreement struck within context of acknowledgment of Aboriginal right—Solemn arrangement, provisions of which must be given full force, effect—Provisions regarding "consultation", "consideration" must be fully enforced—Consultation must be meaningful inclusion of NWMB in governmental decision-making process before decisions made—Position of Nunavut Inuit to be given priority consideration—Consultation, consideration means more than simply hearing, must include listening—Minister erred in making decision of April 7, 1997 by failing to take relevant factors into account—Application allowed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

Supp.), c. 35, ss. 3, 7; S.C. 1991, c. 1, s. 12)—Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 22(1)(a).

NUNAVUT TUNNGAVIK INC. v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-872-97, Campbell J., order dated 14/7/97, 23 pp.)

Motion to strike out originating notice of motion on grounds applicant has adequate alternative remedy, cannot succeed on judicial review application in Court—Applicant has availed himself of alternate remedy by filing appeal of National Parole Board's decision with Appeal Division of Board under Corrections and Conditional Release Act, s. 147(1)—Delay main reason for proceeding in Federal Court—Whether respondent can strike out originating notice of motion—Test for striking out, that is originating notice of motion must be so clearly improper as to be bereft of any possibility of success, even more stringent test than that applied in striking out action under R. 419—Convenience, expedience not test, nor whether one forum better than other—Whether forum consisting of Appeal Division of Board adequate forum under Corrections and Conditional Release Act—Jurisdiction of Appeal Board broad under Act, s. 147(1)—Adequacy of applicant's alternate remedy at issue—Faults alleged on part of Board which initially heard case clearly within statutory scope of Appeal Board—No prejudice to require applicant to complete appeal before Appeal Board under Corrections and Conditional Release Act, as precondition to coming to Court—Present judicial review proceeding futile, could not possibly succeed—Motion allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 147(1).

MACKIE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-985-97, Hargrave P., order dated 16/7/97, 6 pp.)

Application for judicial review of four decisions of Regional Director-General Pacific Region of Department of

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

Fisheries and Oceans—Decisions in question variation orders imposing limits on coho fishing—Applicants seeking to have decisions set aside as decision maker ignored, or took insufficient account of, Aboriginal rights—Respondent seeking order under Federal Court Act, s. 18.4(2), R. 1614, converting application for judicial review into trial of action, extending time to file materials to December 31, 1997—None of legal issues requiring application be turned into proceeding by action—Counsel for respondent arguing application for judicial review should be turned into action in order to adduce extensive expert evidence concerning conservation measures adopted by DFO, to demonstrate adequacy of measures—Extent to which evidence becomes significant depending on scope of duty respondent owes applicants—Of considerable concern, applicants' claim would be moot by time trial could be completed—Height of sports fishing season in late August, September—Orders being challenged not issued by respondent until July 2, 1997—Applicants would be denied remedy, even if successful, if procedure by trial of action imposed on them—Chose judicial review proceeding not only to avoid time delays attendant upon trial process but also to keep legal costs down—Respondent's motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1614 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

NESKONLITH BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-1497-97, Reed J., order dated 8/8/97, 12 pp.)

ARMED FORCES

Application for judicial review of Minister of National Defence's decision dismissing grievance of applicant, member of Armed Forces for 27 years—Applicant had been returned to his unit for lack of honesty and integrity as had allegedly altered his examination (during chief's course for senior non-commissioned officers) during review period—Had allegedly added answer in margin—Applicant alleging process leading to finding had cheated was incomplete and precipitous, without regard to right to hearing and to seriousness of charge against him—In fact, investigation held on same day and in expeditious manner—Immediate superiors found him guilty of cheating notwithstanding testimony of two students who were sitting beside applicant, and who said in their opinion, applicant had not cheated—Examination had been seen by two correctors who say they had carefully reviewed examination to see whether applicant could have obtained passing mark (lacked only two points), and consulted two other correctors who confirmed there was no reply in margin where there now is one—In subsequent reports, immediate superiors either said nothing about testimony of two students or say they did not corroborate applicant's version—Application allowed—Documentation showing procedure leading to decision initiated and concluded on very day of incident, that applicant was in attendance for only very brief portion of investigation, that

ARMED FORCES—Concluded

not given an opportunity to present his witnesses and that all instructors queried, with one exception, queried outside his presence—Purpose of proceeding not to decide whether or not applicant cheated, but to determine whether Minister could, in light of process, dismiss applicant's grievance as he did—Decision, albeit apparently administrative in nature, entails duty to act fairly if likely to have significant repercussions on person affected and duty proportionate to seriousness of those repercussions—No justification for decision to try applicant forthwith, thereby depriving him of full answer and defence—Fact that documentary evidence indicating only witnesses hostile to the applicant were contacted by those who had to assess merits of grievance likewise indicative of spirit in which process unfolded—Minister therefore acted in violation of law in his outright dismissal of applicant's grievance—Since applicant left Armed Forces in course of proceedings, order will be limited to quashing Minister's decision, setting aside finding of cheating and ordering applicant's terms of departure be adjusted to concord with rank he held before characterized as a cheat, to extent such rank would have entailed different terms of departure.

PARISÉ V. CANADA (T-949-96, Noël J., order dated 2/7/97, 17 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Application to set aside decision of Minister's delegate under Immigration Act, ss. 53(1)(d), 70(5)—Applicant found to be danger to public in Canada—Written reasons not required when Convention refugee subject to "danger to public" decision—Content of fundamental justice, natural justice varies with circumstances of case, consequences to individual—No requirement different procedural requirements apply for "danger to public" decision itself—Criminal Backlog Review Ministerial Opinion Report not separately addressing, evaluating two elements: (1) whether commission of serious offence; (2) whether applicant present, future danger to public in Canada—Applicant given list of documents to be considered by Minister's delegate as evidence—Also informed additional sources might be considered in assessing risk to him if returned to Vietnam—Applicant did not seek extension of fifteen-day period to respond—Documentation relating to risk assessment publicly available in Immigration and Refugee Board Documentation Centres—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 53(1)(d) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 12), 70(5) (as enacted *idem*, s. 13).

CHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1180-96, Reed J., order dated 1/8/97, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, Ukrainian, alleging fear of persecution based on religion—Applicant meeting Canadian citizen in Ukraine—Following return to Canada, Canadian citizen inviting applicant to Canada at his expense—Shortly after arrival in Canada, applicant severing relationship with Canadian citizen, applying for Convention refugee status—Canadian citizen undertaking extensive letter writing campaign to politicians, Immigration and Refugee Board, in which critical of applicant—CRDD determining to treat Canadian citizen's correspondence as evidence before it in respect of applicant's claim—At request of applicant's counsel, CRDD compelling attendance of Canadian citizen before it for cross-examination—Despite fact Canadian citizen lied when denied ever threatening applicant with violence, CRDD preferring his evidence to that of applicant—Dismissing application when unable to find applicant Jewish—Immigration Act, s. 69(2) providing wherever practicable, proceedings before Refugee Division shall be held *in camera*—Application dismissed—Statutory requirement for *in camera* hearing not breached—*In camera* hearing not equated to hearing at which only CRDD members, Refugee Claim Officer, translator, applicant, counsel present—Presence of Canadian citizen at request of applicant's counsel not making hearing otherwise than *in camera*—*In camera* defined as when judge hearing it in private room, or causing doors of court to be closed and all persons, except those concerned in case to be excluded—Here all persons, except those concerned in case, excluded—As witness, Canadian citizen person concerned in case—Inferences drawn by Tribunal not so unreasonable as to warrant intervention, findings not open to judicial review—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 69(2).

NECHIPORENKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4667-96, Gibson J., order dated 18/8/97, 6 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from Citizenship Court Judge decision refusing citizenship on account of inadequate knowledge of one of official languages of Canada—On appeal, knowledge of English proven adequate—However, appellant's statement future intention to continue on welfare not demonstrating understanding and knowledge of responsibilities of Canadian citizenship required under Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Statement showing appellant not understanding all Canadian citizens have responsibility to attempt to be fiscally responsible for their own welfare and, to extent possible, minimize

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

reliance on welfare system—Matter adjourned to give appellant opportunity to get himself off welfare and find job—Provided reasonable period of time has transpired and proof appellant has job produced to Court, Court would look favourably on appeal—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

SHEHZEDA (RE) (T-1998-96, Rothstein J., judgment dated 12/8/97, 2 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of Immigration Refugee Board (Board) determination applicant, citizen of Ghana, not Convention refugee—Alleging persecuted in Ghana because of family's history of opposition to country's military regime—Had to report to police on monthly basis—Claimed to have been sexually assaulted at police station during mandatory visit there—Complained in vain to authorities—Board believed sexual assault but did not see link between it and claimant's family history—Board doubted applicant's credibility on number of elements because of internal inconsistencies and implausibilities—Application allowed—(1) Board committed reviewable error in assessing applicant's credibility—In spite of psychologist's testimony on matter, Board failed to properly consider impact of sexual assault (Post-Traumatic Stress Disorder) on applicant's ability to testify—Board mischaracterized medical evidence because did not highlight effects of PTSD on applicant's credibility when credibility linchpin of decision—Court puzzled by Board giving much significance to fact police seemingly belated in making inquiries about claimant's whereabouts three weeks after sexual assault—Board's reasoning contradictory and inconsistent—(2) Board failed to give any consideration to documentary record describing Ghana's political climate and human rights situation—Although Board need not refer to each piece of documentary evidence, Court must intervene where Board refers to none of documentary evidence provided by claimant or refugee hearing officer—In case of claimant alleging family history of opposition to ruling regime, particularly on basis of specific uprisings in 1981 and 1992, incumbent on Board to consider circumstances in country of origin, if only to acknowledge how they do or do not affect applicant's history—Board failed to contemplate vital questions concerning circumstances in country of origin—Thus, documentary evidence describing treatment of opponents of Rawling's state machinery escaped Board's decision—Error warranting judicial review.

APIAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3009-96, Teitelbaum J., order dated 19/8/97, 8 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board CRDD (Tribunal) decision applicants not

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Convention refugees—Tribunal accepted principal applicant's testimony with respect to experiences in Chile (multiple instances of persecution) as credible—However, Tribunal determined applicants not refugees mainly on basis country conditions have changed in Chile to such extent applicants could not have well-founded fear of persecution—Issue determinative of case: finding of changed country conditions and interplay with Act, s. 2(3)—Application allowed—Changes in country conditions must be assessed according to impact on claimant's situation—Effect of Act, s. 2(3): where there are compelling reasons, cessation clause of definition in Act, s. 2(e) will not be operative and change of country conditions will not thereby defeat person's claim for Convention refugee status—Act, s. 2(3) requiring recognition of refugee status on humanitarian grounds to those who suffered such appalling persecution that their experience alone compelling reason not to return them, even though they may no longer have any reason to fear further persecution: *Obstoj v. Minister of Employment and Immigration*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.)—Whether Tribunal duty bound to consider and conclude whether or not "compelling reasons" within meaning of Act, s. 2(3) in applicants' case—Definition in Act, s. 2(1) requiring Tribunal to consider cessation clauses in subsection 2(2), which, in turn requiring consideration of other provision of Act bearing directly on s. 2(2), and limiting its scope; s. 2(3)—Therefore, when Act, s. 2(2) engaged to determine refugee claimant's case, Act, s. 3(3) also engaged—In spite of positive onus placed on refugee claimant to establish "compelling reasons", Tribunal must, in such case, consider effect of s. 2(3) on case before it, otherwise, has declined to exercise jurisdiction, resulting in error in law—Tribunal duty bound to make relevant determinations regardless of whether issue raised by applicant or not, if ground raised by facts—Most important thing to be determined: whether applicant's evidence indicating past persecution, and if so, whether compelling reasons arising out of past persecution, by reason of fear of persecution, as to why applicants should not be repatriated—Also, although no requirement for Tribunal to refer to every piece of documentary evidence before it, fact no reference at all made to applicants' documentary evidence looking rather suspicious—Justice must not only be done, but must also be seen to be done—Case referred back to differently constituted Tribunal for re-determination—Question certified: Whether Refugee Division obliged in law to consider application of Immigration Act, s. 2(3) if issue not raised at hearing by parties to hearing or by Refugee Division; if so, nature and extent of obligation—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1; 1994, c. 31, s. 18; 1995, c. 15, s. 1).

YONG-GUEICO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3413-96, Cullen J., order dated 14/7/97, 9 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

Persons with Temporary Status

Application for judicial review of visa officer's decision at Commission for Canada in Hong Kong minor applicant did not meet requirements for issuance of student visa to him—Applicant seeking visa to attend North York Christian School, grade 5 from September 3, 1996 to June 19, 1997—Application before visa officer application for temporary entry to Canada for temporary purpose—Visa officer erred in deciding minor applicant's application to come to Canada was for other than "temporary purpose"—Application allowed—Question certified: Did applicant who expressed long term goal to study in Canada satisfy definition of "visitor" as defined in Immigration Act, s. 2(1)?—Immigration Act, R.S.C., 1985, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1).

WONG (GUARDIAN) V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3235-96, Gibson J., order dated 17/7/97, 5 pp.)

Judicial review of immigration officer's decision applicant not eligible for deferred removal orders class (DROC) as not applying within 120 days of becoming eligible—Applicant filing late because relying on advice provided by official in respondent's Ministry to Member of Parliament—Application dismissed—Neither Immigration Act nor Regulations conferring jurisdiction on immigration officer to extend 120-day period provided by Immigration Regulations, 1978, s. 11.401(a)—Immigration officer not using discretionary power, but fulfilling statutory obligation to reject late filed DROC application—Discretionary power could easily have been provided for—Applicant seeking application of doctrine of legitimate expectation—Doctrine of legitimate expectation not creating substantive rights, only procedural rights—Relief from statutory provision substantive, not procedural—Question certified: Does immigration officer processing application pursuant to DROC regulations have discretion to extend time for filing application, either pursuant to principles of natural justice or fundamental justice, if application filed after 120-day period prescribed by regulations in reliance on erroneous advice provided through Member of Parliament by official in Ministry of Citizenship and Immigration—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.401 (as enacted by SOR/94-681, s. 3).

MELINTE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3655-96, Gibson J., order dated 17/7/97 4 pp.)

COPYRIGHT**DAMAGES**

Reference to provide plaintiff with accounting, award of profits, damages, costs to establish rate of pre-, post-

COPYRIGHT—Continued

judgment interest—Plaintiff co-authoring guide to using internet—Publication of guides producing royalty revenue of \$49,966.01—Plaintiff neither paid for work, nor giving permission to anyone to publish it—After filing defence, defendants ignoring proceedings—Plaintiff obtaining default judgment—As reference arising out of infringement, plaintiff may have damages, discretionary award of profits arising from infringement, exemplary or punitive damages in appropriate circumstances—(1) Re: loss of profit, plaintiff need only prove revenue received; onus shifting to defendant to prove expenditures—Where judgment debtor not providing records, Court must make best estimate—Defendants neither explaining costs nor producing records to show proper deductions from profits—Recommending plaintiff receive all profits to date—May be more than would have received had defendants participated, but plaintiff should not to be penalized because of defendants' failure to participate—(2) Recommending \$7,000 as non-pecuniary damages for inconvenience, stress, cost of pursuing litigation beyond that recoverable as taxed costs—(3) Punitive damages awarded where defendant's actions high handed or contemptuous, so as to both punish defendant for wrongdoing and to make example of him to deter others—Defendants' conduct generally reprehensible—Sold right to publish guides, collected royalties, without either plaintiff's permission or without making some substantial offer—Also having substantial portion of royalties paid into own holding company—Recommending \$10,000 exemplary damages—(4) Defendants' actions depriving plaintiff of use of his money—Order resulting in reference unliquidated claim—Interest therefore running pursuant to Federal Court Act, s. 36(2)(b) from date of notice in writing of claim—As demand letter sent February 28, 1995 interest running from that date to date of default judgment—Pre-judgment interest of 9% on royalties paid to defendants recommended—Post-judgment interest of bank prime plus one percent (plaintiff's borrowing rate from bankers) on royalties paid to defendants recommended—Costs and disbursements of \$3,037.80 recommended—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 36(2)(b) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9).

HERTZOG V. HIGHWIRE INFORMATION INC. (T-1753-95, Hargrave P., reference dated 20/6/97, 14 pp.)

Reference to determine profits, damages, interest, costs owing for use of copyrighted recorded music for dancing, including royalties payable in accordance with applicable tariffs—Defendants, owners of Bar and Grill in Fort McMurray, Alberta, not participating in reference—Where customary to licence use of work, damages measured on basis of usual royalty or licence fee—Licence fees for music calculated using given figures, rates from Copyright Board Tariffs, various statistics as to operation of licensee—Where licence fee alone inadequate recompense, general damages at large may be in order—Recompense in copyright

COPYRIGHT—Concluded

infringement matter may include accounting of profit—Damages and profits not alternative, but cumulative relief—Profits not remedy under Copyright Act, s. 34(1.01), providing for disclosure of sales and accounting material—Claim for profits arising indirectly from reference in s. 34(1.01) to "and otherwise"—Under s. 35(1) profits clearly in addition to damages—Impossible to accurately calculate licence fees owing, profits as no access to defendants' records—Proper to calculate damages, profit in rough and ready manner if necessity to do so result of omissions on part of defendants to provide appropriate information—Licence fees taken from Tariff 18 (fee for recorded music) based on establishment's capacity of 250 patrons, operating between four and seven days per week for full years 1994 through 1996: \$2,900.47—As award of usual licence fee, Court's tariff based costs for legal expenses not adequately reimbursing plaintiff for time, trouble taken to enforce rights, proper to transfer portion of profit—Music adding value to defendant's operation, otherwise would have given up playing music—Portion of net profit attributed to music, recommended as award of profit, 18 times licence fee in each year, or \$48,721.50—Pre-judgment interest awarded at prime business rates for each year—Interest on profit awarded at same rates, but only from end of year when profit, loss determined—Punitive damages of \$5,000 awarded since refusal to pay licence fees wilful, flagrant, and as deterrent to those who use others' music without payment—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 34(1.01) (as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 62), 35(1).

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. 348803 ALBERTA LTD. (T-26-97, Hargrave P., reference dated 3/7/97, 15 pp.)

CROWN**PRACTICE**

Citizenship and Immigration—Respondent applying for judicial review of IRB Appeal Division (Tribunal) decision "on consent of parties"—Grounds deficient, in matter of public law—Parties have mistakenly treated matter as if it were private law—Since Minister's role, and Attorney General's role, to uphold and enforce public law, Court, and by extension, public, need to know, and to fix Minister publicly with, cogent reasons for "throwing in towel"—Court and public need to be assured not case of favouritism—Minister and Crown counsel requested to give cogent reason for consent, assuming consent accorded for good, lawful, cogent reason—Court will not accept dry, taciturn and groundless consent to government's lying down on job—Here, Court did Crown's job and went through Tribunal's record—Tribunal somehow forgot or overlooked fact family members came to testify on applicant's behalf—Stated contrary in reasons—Sufficient ground for

CROWN—Concluded

quashing decision—Why could not Minister's counsel simply have stated as much?—Application allowed.

LADIO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4780-96, Muldoon J., order dated 11/7/97, 3 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from CITT finding plaintiff not qualifying for reduced rate of federal sales tax on sale of "Ultraline" metal shelving for supermarkets—Plaintiff submitting qualified for reduced rate of eight per cent sales tax as opposed to twelve per cent as product within Schedule V, Part 1, item 21 "fabricated metal for . . . other structures"—Plaintiff fabricating "raw" steel into fabricated steel components forming, when assembled, shelves—Components only manufactured to order—Shipped in boxes for assembly at site—Some shelving in form of islands, other attached to walls or other equipment i.e. refrigerators—Anchors, bolts not supplied by plaintiff—Crews for assembling, installing, shelving not employed by plaintiff—Appeal dismissed—(1) Whether plaintiff selling fabricated metal for other structures as opposed to shelves in unassembled form—Merely because item can be characterized as unit in unassembled form not disqualifying it from also being characterized as structural metal or fabricated metal for buildings or other structures: *Chateau Mfg Ltd v. D/MNR for Customs and Excise*, [1984] CTC 43 (F.C.A.)—By that reasoning, even assuming what plaintiff shipped to site shelves in unassembled form, would not be excluded from item 21 on that account—(2) Whether shelves "other structures"—*Ejusdem generis* rule not invoked to interpret "other structures"—"Other structures" need not be in nature of building—While defensible to apply criteria for determining existence of structure outlined in *M.N.R. et al. v. Plastibeton Inc.* (1986), 86 DTC 6400 (F.C.A.), contextual analysis of Schedule leading to same result as direct application of those criteria—Court may look to provisions under heading to interpret terms in individual provisions—If "other structures" in item 21 construed as including supermarket shelves, any fabricated metal shelving in houses, other buildings also included—But inconsistent with restrictive way in which Schedule worded with respect to items in interior of building—Supermarket shelving not constituting "other structures"—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 27(1) (as am. by S.C. 1986, c. 54, s. 4), (1.1) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 6; c. 54, s. 4), Schedule V, Part I, Item 21 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 24, s. 21).

HUSSMAN STORE EQUIPMENT LTD. V. M.N.R. (T-2382-90, Rothstein J., judgment dated 26/6/97, 12 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Application for judicial review of decision of Tax Court of Canada dismissing applicant's appeal from notice of reassessment of Goods and Services Tax (GST) for period from January 1, 1991 to March 31, 1993—GST assessed in respect of two of three houses built by applicant in British Columbia—Applicant self-employed carpet cleaner—Built, sold three residential real estate complexes during relevant period—Whether applicant "builder" within meaning of Excise Tax Act, s. 123(1)—Tax Court Judge not making reviewable error in finding applicant fell within definition of "builder"—On every occasion, applicant listed himself as contractor when applying for building permits, employed short-term financing—Liability for GST incurred under self-supply rule when builder individual who, after construction of residential complex substantially completed, first to occupy complex as place of residence—Applicant liable for GST based on fair market value of each of houses at relevant date—Self-supply rules designed to prevent builder from gaining advantage from occupying residential complex for short time before selling it—Based on interpretation of Act, s. 191(5), applicant did not occupy houses No. 1, 3 primarily as places of residence—Applicant built, sold houses over short period of time as adventure in nature of trade—Application dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123(1) (as am. by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10; 1994, c. 9, s. 2), 191(5).

LACINA V. CANADA (A-233-96, Heald D.J., judgment dated 17/7/97, 9 pp.)

INCOME TAX**PRACTICE**

Application for judicial review of "jeopardy order" under Income Tax Act, s. 225.2(8)—Order issued *ex parte* by Rouleau J. under Act, s. 225.2(2)—Authorizing Minister of National Revenue to take certain collection actions in respect of amount assessed against taxpayer—Evidence before Rouleau J. regarding potential jeopardy to Minister's capacity to collect debt allegedly due to Crown—Unlike jeopardy order under s. 225.2(2), application for jeopardy order under s. 164(1.2) made on notice within specified time period—Taxpayer entitled to attend hearing, make representations—Minister chose to proceed *ex parte* under s. 225.2 rather than s. 164(1.2)—No evidence Rouleau J. aware Minister might have had option of proceeding under s. 164(1.2)—Reasonable grounds to doubt Minister met burden in application before Rouleau J. that resulted in jeopardy order under review—Minister proceeding *ex parte* under s. 225.2(2) must demonstrate jeopardy order necessary to protect Minister's position and no alternative procedure more fair to taxpayer than *ex parte* procedure reasonably available—Neither of conditions met—No evidence before Rouleau J. to demonstrate s. 129(2) insufficient authority for

INCOME TAX—Continued

Minister's purposes, more open procedure under s. 164(1.2) could not reasonably have been invoked—Minister failed to establish full, frank disclosure before Rouleau J. of all information relevant to decision Rouleau J. called upon to make—That Rouleau J.'s decision might have been same if full, frank disclosure made of no consequence—Application allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 129(2), 164(1.2), 225.2(2).

M.N.R. v. 159890 CANADA INC. (T-2473-96, Gibson J., order dated 30/7/97, 6 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appeal for 1987 to 1991 taxation years on basis appellant had not acquired, prior to December 4, 1985, certain resource properties as result of being member of partnership, as required by Income Tax Act, s. 98(5)(d)—Case dealing with purpose, effect of transitional provisions as applied to partnerships in Income Tax Act—Appellant, Lone Rock Resources Ltd. incorporated under laws of Alberta, each engaged in business of exploring for, developing, producing crude oil, natural gas, related hydrocarbons in Western Canada—Agent for appellant proposing to purchase from shareholders of Lone Rock all issued, outstanding shares of Lone Rock—Offer accepted by shareholders of Lone Rock—Latter became sole shareholder of Numbered Company prior to December 4, 1985—On January 14, 1986, Numbered Company, Lone Rock entered into limited partnership agreement under LLR Limited Partnership Agreement—Distribution Agreement signed between appellant, Lone Rock by which latter "assigns, transfers, conveys unto transferee (appellant) right, title, interest of transferor (Lone Rock) in and to all its property, assets, business"—Under s. 26(5) of transitional provisions, Income Tax Act, s. 98(5)(d) still effective with respect to property received by member of partnership where property acquired by partnership after December 4, 1985 pursuant to agreement in writing entered into before that date, and property received by member of partnership in satisfaction of interest in partnership acquired after December 4, 1985 pursuant to agreement in writing entered into before that date—First ground of appeal whether appellant became member of partnership—Partnership Act (Alberta) not placing assignee in position to carry on business of partnership, essential element for whoever wishes to claim "bump up" given under Income Tax Act, s. 98(5)—S. 98(5) applies only in situations where one member of partnership continues to carry on business of extinguished partnership as sole proprietorship—Appellant never achieved status of member of partnership—Second ground of appeal whether partnership acquired property after December 4, 1985 pursuant to agreement in writing entered into before that date, and in satisfaction of interest in partnership pursuant to agreement in writing entered into before December 4, 1985—Words "agreement in writing" not requiring agreement create

INCOME TAX—Continued

"contractual rights and obligations"—Not limited to purchase/sale agreement—Partnership acquired property after December 4, 1985 pursuant to agreement in writing—No agreement in writing between appellant, Lone Rock, as limited partner in partnership, which irrevocably and irreversibly obligated appellant to acquire Lone Rock's interest in partnership before December 4, 1985—Appellant could not avail itself of transitional provisions of Income Tax Act—Entitled to add cost, if any, of resource property to Canadian Oil and Gas Property Expense—Matter remitted back to Tax Court of Canada for determination of cost, if any, to appellant of Canadian resource property it received on termination of Lone Rock Resources Limited Partnership—Appeal allowed in part—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 98(5)(d) (as repealed by S.C. 1986, c. 55, s. 26(4))—An Act to amend the Income Tax Act and a related Act, S.C. 1986, c. 55, s. 26(5)—Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2.

BOW RIVER PIPE LINES LTD. v. CANADA (A-472-96, Desjardins J.A., judgment dated 16/7/97, 35 pp.)

Appeal from Tax Court's refusal to order Crown to produce certain documents for discovery in appeal against reassessment—Cross-appeal against order to produce advance rulings, technical interpretations—Action concerning disallowance by Minister of appellant's claim under ss. 85(5.1), 69(5)(d) for loss transferred from related corporation—Appeal dismissed—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), R. 82 requiring each party to file list of documents "relating to" any matter in question—"Relating to" necessarily imparting element of relevance, otherwise parties licensed to enter into fishing expeditions achieving no productive goal, wasting judicial resources—Tax Court not intending to abandon well-established principles giving rise to relatively low relevance threshold at discovery stage (versus higher threshold required at trial for admission of evidence)—Adopted proper approach in assessment documents not tending to establish "legislative facts", but setting forth "opinions of writers" so remotely related to issues in controversy could not lead to line of inquiry of any use to appellant—Cross-appeal concerning advance rulings allowed; dismissed with respect to technical interpretations (Isaac C.J. *dissenting*)—Notice to taxpayers to whom advance rulings, technical interpretations issued not pre-condition to validity of appeal proceedings—As Tax Court specifically requiring names, other personal details respecting taxpayers be removed from documents to be disclosed, taxpayers not affected by order, appeal: no confidentiality to be waived, all interested parties before Court—Advance ruling applicable to proposed transactions considered in context of factual situation of particular taxpayer—Technical interpretations focussing on specific problems of interpretation relating to words, clauses, sentences in provision—Neither having binding legal

INCOME TAX—Concluded

effect—Possible to use relatively simple, direct technical interpretations to establish inconsistency in Minister's interpretation, application of provisions, but almost impossible to so use advance rulings, given difficulties in establishing similarities between different, complex factual situations—Possible relevance of advance rulings too problematic, remote to satisfy requirement of R. 82(1)—*Per Isaac C.J. dissenting*: neither technical interpretations nor advance rulings capable of advancing appellant's or damaging respondent's case—Administrative interpretations admissible as aids to statutory interpretation—Illuminating legislative context, purpose, background—Intra departmental memoranda, opinions of individual departmental officials not reflecting Parliament's intention in enacting section—Technical interpretations, unpublished advance rulings of no assistance in proper interpretation of legislative provision—Technical interpretations issued by particular departmental official in respect of hypothetical question posed by particular taxpayer not endorsed by Department—Not administrative interpretation relevant to interpretation, application of legislative provision of another taxpayer—Advance rulings issued for guidance of individual taxpayers in respect of specific proposed transaction—Since taxpayer not entitled to rely on treatment of another taxpayer to establish eligibility for tax benefit, similar treatment of similarly situated taxpayers irrelevant to appellant's claim Minister erred in finding appellant's loss falling within scope of s. 245(2)—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688, R. 82 (as am. by SOR/93-96, s. 12)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 69(5)(d), 85(5.1), 245(2).

OWEN HOLDINGS LTD. v. CANADA (A-542-96, Isaac C.J. (*dissenting*), Marceau J.A., judgment dated 19/6/97, 17 pp.)

INJUNCTIONS

Application for interim injunction directing respondent to revoke or suspend notice of compliance issued to Apotex Inc. for lovastatin—Irreparable harm to be established herein not irreparable harm to public or to patients involved, but irreparable harm to Merck—Interim injunction applied for merely ten-day injunction, not interlocutory injunction lasting up to trial of issue—Applicant Merck must show it will suffer irreparable harm during ten-day period—Not easy criteria to meet—Criteria not met—Threshold of serious issue very low—Threshold of irreparable harm very high—Injunction extraordinary remedy, discretionary—Application denied.

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1273-97, Dubé J., order dated 2/7/97, 5 pp.)

INQUIRIES

Application for order prohibiting respondents from making adverse findings against applicant pursuant to notices issued under Inquiries Act, s. 13—Commissioner mandated to inquire into, report on chain of command system, leadership, discipline, operations, actions, decisions of Canadian Forces in Somalia—First criteria for interim injunction whether serious issue to be tried—"Production of documents phase" entirely covered by Commission, not affected by "truncation" of Inquiry—Throughout Inquiry, Commissioners followed procedure under which all parties, including counsel for applicant, provided with all relevant documents canvassed in public hearings—Rules of procedural fairness, duty to be fair, flexible principles—Issuance of s. 13 notice not converting investigative process of Commissioners into dispute between parties—S. 13 notice not formal "charge" in criminal process—Duty to be fair, in inquiry, not exacting as in court of law—Terms of reference given to Commissioners providing them with broad procedural discretion—No reasonable grounds for apprehension of bias—Serious issue threshold very low in matters of interim, interlocutory injunctions—Commission afforded applicant due process according to requirements of Inquiries Act, s. 13, doctrine of procedural fairness, natural justice—Application dismissed—Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. 1-11, s. 13.

BOYLE v. CANADA (COMMISSIONER, COMMISSION OF INQUIRY INTO THE DEPLOYMENT OF CANADIAN FORCES TO SOMALIA) (T-1089-97, Dubé J., order dated 8/7/97, 18 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing to respondent manufacturer, Novopharm Ltd., notices of compliance in connection with 500mg, 1g, 10g powder form of drug vancomycin hydrochloride for intravenous administration, until after expiration of patent owned by applicants—Reference of medicine in one dosage form on new drug submission not sufficient to comply with requirements of regulations and protect other dosage forms of product—Generic companies should not have approval for other dosage forms of drugs for which notice of compliance already issued—If respondent wants to include other dosage forms in new drug submission, Food and Drug Regulations already provides it with proper mechanism—Minister can only issue notice of compliance for 500mg product—Applicants have not satisfied legal burden of proof—Insufficient evidence adduced in affidavits—Failed to prove patent contains claim to medicine itself and would be infringed if Minister issued notice of compliance to respondent—Prohibition order

PATENTS—Concluded

granted for 1g, 10g product forms, denied for 500mg dosage form—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.

ELI LILLY AND CO. V. NOVOPHARM LTD. (T-187-95, Joyal J., order dated 11/8/97, 5 pp.)

Motion to set security for costs in impeachment proceeding under Patent Act, s. 60(3)—S. 60(3) mandatory provision requiring security for costs before action commenced—Defendants holding patents relating to machines for manufacture of extruded concrete slabs with hollow cores—Plaintiff has, as pre-emptive measure, commenced impeachment proceeding—Purpose of security for costs under s. 60(3) deterrent to prevent unfounded, irresponsible, frivolous attacks on patent—Defendant entitled to substantial security for costs under previous Federal Court tariff as protection against frivolous, vexatious attacks on patent—Defendant's allegation of infringement lacking particulars, therefore may be weak—Most actions settled rather than tried—Present action may be settled before trial—Security for costs set at \$7,400 in total to secure defendant through examinations for discovery, including pre-trial conference, notices to admit facts and \$2,000 for expert fees—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 60(3).

INTERNATIONAL HOLLOWCORE ENGINEERING INC. V. ULTRA-SPAN TECHNOLOGIES INC. (T-626-97, Hargrave P., order dated 12/8/97, 7 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Motion for costs arising from execution of Anton Piller order, application for interlocutory injunction—Defendants shipping, selling Coca-Cola produced in Canada for Canadian market, abroad where not having licence to deal with product—Plaintiffs submitting case unusual, warranting award of costs at interlocutory stage as: (1) incurring very substantial costs (in excess of \$100,000) for preliminary proceedings, solicitors' costs, substantial disbursements to pay investigators simply to acquire evidence to commence action, these proceedings—Extended investigation, substantial initial costs necessitated by manner in which defendants' business dealings organized—Business based in home of one named defendant, without attribution there or business communications address openly available through public sources—Much of defendants' operations said to be carried on surreptitiously, in sense defendants not prepared to publicly advertise, acknowledge business in usual business circles in Canada, even though plaintiffs' estimating sales of about \$6 million by defendants in 1995, based on records seized under Anton Piller order—Statement of defence substantially struck out; no amended defence filed—Plaintiffs submitting with no representations on merits by

PRACTICE—Continued

defendants, no affidavit evidence indicating argument in support of lawful business activity by defendants, action may not proceed further as effectively disposed of by interlocutory injunction—Plaintiffs not seeking costs on solicitor and client basis—Submitting fixed costs of \$30,000 on party and party basis, costs for disbursements for expenses of investigators in executing Anton Piller order (allegedly in excess of \$40,000) plus taxes, should be allowed at this stage—Issue whether, in all circumstances, plaintiffs' success in interlocutory proceedings thus far warranting award of costs—Court's discretion in relation to costs, while apparently unlimited under R. 344, must be exercised on judicial principles—Discretion granted by R. 344 sufficient to include authority, in appropriate case, to order payment of security for costs at interlocutory stage, but only in exceptional circumstances—Unless exceptional circumstances, costs not generally dealt with, seldom awarded, in interlocutory proceedings before trial—Costs at this stage generally treated as "in the cause", to be determined ultimately by trial judge, following trial: *Thurston Hayes Developments Ltd. et al. v. Horn Abbot Ltd. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 124 (F.C.A.)—In narrow circumstances of particular cases, Court suggesting exceptional factors possibly warranting award of costs following interlocutory proceedings before trial—Failure to defend action, when not actively pursued by plaintiffs in preparing for trial, not basis for awarding costs at this stage—Defendants allegedly engaging in activities in Canada supporting so-called "grey marketing" abroad—Whether such activity constituting infringement under Trade-marks Act may be serious issue at trial in light of *Smith & Nephew Inc. v. Glen Oak Inc.*, [1996] 3 F.C. 565 (C.A.) wherein Court dealing with alleged grey marketing in Canada of goods from abroad bearing trade mark owner's marks—Circumstances herein not warranting exceptional action to award costs at this stage given serious issues to be tried—Application dismissed.

COCA-COLA LTD. V. PARDHAN (T-2685-95, MacKay J., order dated 8/7/97, 10 pp.)

Taxation of appellant's bill of costs on party and party basis in patent infringement action—Increased costs awarded due to complexity of case (x-ray diffraction, nuclear magnetic resonance, infrared spectroscopy and differential scanning calorimetry)—Whether evidence filed herein in support of taxation lacking sufficient detail (specific receipts not included, but copies of such receipts provided to respondent on request) to permit Taxation Officer to award any amount for claimed disbursements—Appending copies of accounts, invoices, vouchers and other justifying documentation to affidavit in support of bill of costs might well be best way to support bill of costs, but not necessary in all cases—Absolute proof of disbursement not required of party whose bill of costs being taxed—Federal Court Rules, Tariff B requiring disbursements be supported by acceptable evi-

PRACTICE—Continued

dence, not irrefutable evidence—Party whose bill being taxed must satisfy Taxing Officer on balance, not beyond doubt, of necessity and reasonableness of expenses being claimed—Affidavit containing bald statement not enough to satisfy, on whatever level of proof, Taxing Officer—Affidavit akin to one on record herein to which appended in general fashion schedules of disbursements may prove to be enough—Particularly so if evidence accompanied and supplemented by actual copies of invoices sent to client (in instant case, copies brought at taxation hearing), and complemented by satisfactory explanations offered by party whose bill being taxed—Appellant's bill of costs, submitted at \$ 21,536.63, taxed and allowed at \$ 18,846.05—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(4).

ALLIEDSIGNAL INC. V. DU PONT CANADA INC.
(A-660-93, Reinhardt T.O., order dated 16/7/97, 14 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Motion for order requiring Crown to produce Edward A. Moore for examinations for discovery on oil and gas issues—Moore employed as principal officer of Indian Minerals West between 1965 and 1981—Plaintiffs arguing examination of Moore would be more direct, efficient, particularly in view of limited time available for discovery before trial and as Eickmeier taking holidays—Motion dismissed—Unless very exceptional circumstances, Court will not act under current R. 465(4) unless person designated by Crown as deponent not capable of responding reasonably to questions asked in discovery—Moreover, unless some evidence person proposed to replace designated deponent willing to act, capable of acting in terms of health, capacity, and by experience person whom Crown could not reasonably object to as deponent, Court would not order production of specific person as deponent for Crown—Circumstances herein not so exceptional Court would order Crown to produce Moore as Crown's deponent for examination for discovery by plaintiffs—Eickmeier not incompetent as deponent—No evidence Moore, aged 75, willing to act as Crown's deponent in continuing discoveries, or if willing, Crown having confidence in capacity to act in continuing role as deponent—Defendants directed to give serious consideration to designating Moore as additional deponent on behalf of Crown on certain conditions i.e. questions to Moore limited to matters reasonably expected to be within experience, knowledge in light of senior responsibilities from 1965-1981; questions not same or similar in intent, purpose to questions already directed to Eickmeier to which responded or given undertaking to respond—Crown to advise Court, counsel for plaintiffs about conclusion in regard to direction—Nothing precluding designation of more than one deponent—No single deponent could testify from

PRACTICE—Continued

personal experience or knowledge about events occurring over 50-year span—Unusual case warranting unusual considerations by Crown of responsibilities to plaintiffs as First Nations peoples, including Crown's responsibilities to facilitate procedures, including discovery, to permit concerns of plaintiffs to be tried as expeditiously, fairly as possible—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(4) (as am. by SOR/90-846, s. 15).

ERMINESKIN INDIAN BAND V. CANADA (T-1254-92,
MacKay J., order dated 26/8/97, 5 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

Six-year unexplained delay by plaintiff apparently lacking any intention to proceed with action—Plaintiff, although given ample notice, ignoring present motion—Application of three-part test for striking out in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.), approved in *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.)—(1) Inordinate delay—(2) No excuse tendered—(3) No prejudice to defendant other than that inherent in passage of time—Strict application of test often resulting in injustice as defendant may be unable to show prejudice despite passage of many years—In *Grovit v. Doctor*, [1997] 1 W.L.R. 640 (H.L.) Trial Judge finding element of prejudice, striking out defamation action after plaintiff doing nothing for two years, because of lack of interest shown by plaintiff in pursuing action—Action by plaintiff with no intention of proceeding referred to as "intolerable"—Court of Appeal upholding trial judge's decision, but finding prejudice in fact of delay resulting from abuse of process—House of Lords, criticizing serious prejudice branch of test, as undermining Court's power to strike out proceedings as sanction against delay, thus prolonging litigation, and as definition of prejudice too strict—House of Lords noting need for change as principles laid down in *Birkett v. James* unsatisfactory, inadequate, too lenient to deal effectively with delays—House of Lords avoiding prejudice branch of test by holding need not show prejudice to have action dismissed for want of prosecution if abuse of process, and delay of over two years by plaintiff amounting to abuse of process—Evidence as to inactivity of plaintiff may support application to dismiss for want of prosecution, but if abuse of process not necessary to establish want of prosecution—Leaving open question whether action might be dismissed for want of prosecution where evidence falling short of that required under traditional test—Action struck out by reason of inordinate delay by plaintiff who not only tenders no excuse, but shows no interest.

UNIVERSAL GRAPHICS LTD. V. CANADA (T-2455-91,
Hargrave P., order dated 18/8/97, 6 pp.)

PRACTICE—Continued

JUDGMENTS AND ORDERS

Reversal or Variation

Motion under RR. 319, 1733 to set aside orders by McGillis J. dated November 14, 1996 and February 14, 1997—Immigration and Refugee Board rejecting applicants' refugee claim on ground not credible—Applicants having failed to comply with time limit imposed, McGillis J. dismissed their application for leave and for judicial review—Applicants contend to have learned, subsequent to orders by McGillis J., their former counsel, Mr. Karpishka, negligent and made errors in relation to proceedings he commenced—Also claim to have learned, again subsequent to orders by McGillis J., testimony of expert witness concerning situation of minorities in Kazakhstan filed in evidence before tribunal—To meet requirements of R. 1733, applicant must show came to knowledge of new matter cited only after decisions sought to be set aside, matter could not with reasonable diligence have been discovered earlier and matter such if brought to attention of Court would probably have altered judgment—Discovery of counsel's negligence not constituting "matter arising subsequent to making thereof or subsequently discovered", such as would lead to setting impugned judgments aside: *Moutisheva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Imm. L.R. (2d) 212 (F.C.A.)—At hearing on November 20, 1995, applicants represented by new counsel—Evidence of expert filed at hearing in presence of applicants and their lawyer—Applicants cannot argue expert's testimony filed in record during hearing without their knowledge—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319, 1733.

SKOROKHODOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2992-96, Nadon J., order dated 27/6/97, 12 pp.)

PARTIES

Intervention

Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) applying to intervene in action against Memorial University of Newfoundland to restrain Memorial from using words "engineer", "engineering" except in connection with Faculty of Engineering and Applied Science—Memorial offering unaccredited program enabling degree holders to be registered as professional engineers—Same issue arising between plaintiff, other universities—Application dismissed—AUCC not meeting all three criteria to justify intervention set out in *Canadian Wildlife Federation v. Canada* (1989), 26 F.T.R. 241 (F.C.T.D.)—Not clear how rights of AUCC or member universities will be affected by

PRACTICE—Concluded

litigation—Outcome of this case not having any legal effect on terminology used by other universities in courses offered—Other universities may carry on as please regardless of outcome until CCPE bringing action against them—AUCC not showing how will bring point of view to litigation different than that brought by Memorial—Expediency, fairness at root of conditions to be met by proposed intervenors—Where rights of intervenors not affected by litigation, intervenors not shown to add anything new to issues, Court cannot allow itself to become bogged down with expansion of participants in litigation—Addition of participants almost invariably complicating proceedings, resulting in some additional time, expense—AUCC cannot bind member universities—Where not unreasonable for members of association to seek status in own right, that course of action must be seriously considered—Allowing AUCC to intervene not reducing litigation as other member universities of AUCC not bound by decision in action—Even if decision adverse to Memorial herein, other universities could still do what Court may have prohibited Memorial from doing, raise new defences in new litigation.

CANADIAN COUNCIL OF PROFESSIONAL ENGINEERS V. MEMORIAL UNIVERSITY OF NEWFOUNDLAND (T-1164-97, Rothstein J., order dated 5/8/97, 5 pp.)

REFERENCES

Motion for dismissal of reference filed by Commissioner of Official Languages of Canada and of application for directions filed same day—Between January 1, 1996 and March 19, 1997, Commissioner receiving 63 new complaints concerning language-related duties of Air Canada's regional carriers—Not able to make recommendations in respect of language-related duties set out in Official Languages Act as long as Air Canada continuing to deny its regional carriers subject thereto—Concluding question had to be referred to Federal Court of Canada, Trial Division, under Federal Court Act, s. 18.3(1)—Reference procedure in nature more of proceedings instituted by originating notice of motion than of action—Must be heard and determined in summary way—Would not be appropriate to summarily dismiss Commissioner's reference at this stage unless exceptional case in which plain and obvious impugned pleading without merit—Tests developed by Federal Court of Appeal in respect of references met—S. 18.3 applying to any body meeting definition of "federal board, commission or other tribunal"—Reference not plainly and obviously irregular—Motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CANADA (COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES) (RE) (T-541-97, Tremblay-Lamer J., order dated 9/7/97, 8 pp.)

TRADE MARKS

REGISTRATION

Appeal from rejection of appellant's opposition to proposed registration—Appellant owning trade mark "007 and Gun Design", other marks associated with "James Bond", fictional character created in Ian Fleming's novels, adapted for movies—Respondent seeking to register "007", "007 Pizza & Subs and Design", "007 Submarine and Design" as trade marks for restaurant business—Opposition based on (a) previous use; (b) lack of distinctiveness—Registrar concluding respondent's trade marks distinctive, not confusing, because of disparity in wares, services, trades of parties—Also finding evidence lacking as to establishment of use of appellant's trade marks in Canada prior to material date—Appeal allowed—Additional information filed on appeal constituting new significant evidence, relevant to issues before Registrar, allowing Court to substitute its view for his—Respondent not entitled to registration: (i) if appellant's trade marks used in Canada prior to respondent's first use of marks in 1989; (ii) if parties' trade marks confusing—"James Bond 007 with Gun Design" and "007" trade marks used, made known in Canada prior to respondent's first use—Trade marks seen, heard on films—Evidence concerning: (i) revenues of \$70 million prior to 1987 from distribution of 15 films featuring James Bond character, also known as 007; (ii) availability of movies through television broadcasts, video rentals; (iii) publicity generated by print media, establishing both use, widespread recognition of appellant's trade marks—In focussing on one of criteria in s. 6(5) to determine whether trade marks confusing, Registrar's approach too narrow—More protection afforded stronger marks—Appellant's trade marks strong—Inherent distinctiveness enhanced through wide recognition—Respondent's first use relatively recent while James Bond character, 007, made well-known through novels, films since 1962—Publicity surrounding trade marks, use continuing—Likelihood of confusion may be enhanced when mark strong, even if parties operate in different businesses—In each of respondent's three applications, "007" either only or opening element of trade marks—Proposing application to promotional wares coinciding in part with those listed in appellant's U.S. registration of marks—Opening element and sound for competing marks having high degree of resemblance with respondent's trade marks, in particular trade mark "007"—In light of criteria set out in s. 6, use of parties' trade marks in same area likely to lead to inference wares or services associated with those marks produced by same person—Strong likelihood of confusion—"Distinctive" in relation to trade mark meaning trade mark actually distinguishing wares, services in association with which used from wares, services of others—Respondent adopted 007 with knowledge of prior use of appellant's trade marks—Respondent's choice of 007 deliberate, not unrelated to mark's fame—Chain of "007" pizza, pasta, submarine sandwich outlets not necessarily distinguished, within meaning of s. 2, by public from applicant's wares, ser-

TRADE MARKS—Concluded

vices—Respondent's marks not distinctive—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "distinctive", 6.

DANJAQ INC. V. ZIRVAS (T-937-96, T-938-96, T-939-96, Lutfy J., judgments dated 31/7/97, 11 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Applications for judicial review of Tax Court decision allowing respondents' appeals from MNR's determinations individual respondents not engaged in insurable employment with Bayside Drive-In Ltd. (payor) during relevant periods—Payor operating fast-food restaurant on seasonal basis in Nova Scotia—Family-owned and family-run business, outstanding shares owned equally by husband, wife, son—Wife and son appealing—Son worked 40 hours per week, wife, 48 hours per week—Tax Court Judge held entitled to conduct appeals as trials *de novo* as Minister had failed to give sufficient weight to facts before him: work performed by respondents and their contributions to payor's success—Having determined reasonable to conclude on balance of probabilities respondents and payor would have entered into substantially similar contracts of employment if had been dealing at arm's length, Tax Court Judge concluded Minister erred in failing to exercise discretion under Unemployment Insurance Act., s. 3(2)(c) to deem respondents at arm's length for purposes of Act, and allowed appeals—Applications allowed—When hearing appeal from determination by Minister under Act, s. 3(2)(c), Tax Court required to undertake two-stage inquiry—Threshold stage requiring Tax Court ensure Minister has exercised discretion in lawful manner (whether Minister acted in bad faith or for improper purpose or motive, whether Minister failed to take into account all of relevant circumstances, whether Minister took into account irrelevant factor)—View that failure by Minister to give sufficient importance to specific facts ground for reversible error not supported by this Court's case law, and wrong in principle—Tax Court Judge in effect overruled Minister's discretionary determination without first having concluded determination made in manner contrary to law—In doing so, usurped discretionary authority entrusted to Minister by Parliament—If Tax Court Judge satisfied Minister exercised discretion in manner contrary to law, Tax Court in *de novo* situation in sense must undertake independent review of evidence on basis of record already before it—Proceedings in Tax Court cannot be transformed into trial or appeal *de novo* in formal sense of term—While Tax Court's review of evidence at second stage of inquiry *de novo*, appeal itself is not, and cannot be transformed into, trial *de novo*—Tax Court not entitled to treat proceedings as trial *de novo* simply because it would have come to different conclusion on merits had it decided issue at first instance—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(2)(c).

CANADA V. BAYSIDE DRIVE-IN LTD. (A-626-96, Isaac C.J., judgment dated 25/7/97, 13 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demandes de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt accueillant les appels des intimés à l'encontre de la décision du MRN statuant que les intimés n'occupaient pas, pendant les périodes pertinentes, un emploi assurable chez Bayside Drive-In Ltd. (la société payeuse)—La société payeuse exploite un restaurant à repas-minute sur une base saisonnière en Nouvelle-Écosse—La société appartient à une famille et est exploitée par elle, et les actions en circulation sont réparties également entre le mari, son épouse et leur fils—L'épouse et le fils sont les appelants—Le fils travaillait 40 heures par semaine et l'épouse, 48 heures—Le juge de la Cour de l'impôt a statué qu'il était en droit d'entendre les appels comme des procès *de novo* parce que le ministre n'avait pas accordé suffisamment de poids aux faits dont il était saisi: c'est-à-dire au travail effectué par les intimés et à leur contribution à la rentabilité de la société payeuse—Après avoir décidé qu'il était raisonnable de conclure, d'après la prépondérance des probabilités, que les intimés et la société payeuse auraient conclu des contrats de travail à peu près semblables s'il n'y avait pas eu entre eux de lien de dépendance, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le ministre avait commis une erreur en refusant d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 3(2)c) de la Loi sur l'assurance-chômage et de conclure qu'il n'y avait pas de lien de dépendance entre les intimés et la société payeuse aux fins de la Loi, et il a donc accueilli les appels—Les demandes sont accueillies—Au cours de l'audition d'un appel concernant une décision prise par le ministre aux termes de l'art. 3(2)c), la Cour de l'impôt doit effectuer une analyse en deux étapes—À la première étape de l'analyse, la Cour de l'impôt doit s'assurer que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon légale (c'est-à-dire sans agir de mauvaise foi ou sans s'appuyer sur un objectif ou un motif inapproprié, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, à l'exclusion de tout facteur non pertinent)—L'opinion selon laquelle l'omission du ministre de donner suffisamment d'importance à des faits précis constitue un motif permettant de conclure qu'il a commis une erreur pouvant donner lieu à examen n'est pas appuyée par la jurisprudence de la Cour et est erronée sur le plan des principes—Le juge de la Cour de l'impôt a en fait

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

infirmé la décision discrétionnaire du ministre sans avoir d'abord conclu que cette décision avait été prise d'une façon contraire à la loi—En agissant ainsi, il a usurpé le pouvoir discrétionnaire que le législateur a confié au ministre—Si le juge de la Cour de l'impôt était convaincu que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire à la loi, la Cour de l'impôt se trouvait dans une situation *de novo* en ce sens qu'elle devait procéder à un examen indépendant de la preuve en s'appuyant sur le dossier dont elle est déjà saisie—Les instances devant la Cour de l'impôt ne peuvent être transformées en procès ou en appel *de novo* au sens formel de cette expression—Bien que l'examen de la preuve par la Cour de l'impôt à la deuxième étape de l'analyse soit *de novo*, l'appel en lui-même n'est pas et ne peut être transformé en procès *de novo*—La Cour de l'impôt n'avait pas le droit de traiter l'instance comme un procès *de novo* simplement parce qu'elle en serait venue à une conclusion différente sur le bien-fondé de l'affaire si elle l'avait entendue en première instance—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(2)c).

CANADA C. BAYSIDE DRIVE-IN LTD. (A-626-96, juge en chef Isaac, jugement en date du 25-7-97, 13 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de donner à l'intimée Novopharm Ltd. des avis de conformité à l'égard de son médicament sous forme de poudre appelé chlorhydrate de vancomycine et présenté en formats de 500 mg, 1 g et 10 g pour administration intraveineuse jusqu'à l'expiration du brevet qui leur appartient—La mention du médicament sous une forme de posologie dans la présentation de drogue nouvelle ne suffit pas pour respecter les exigences du Règlement et ne permet pas de protéger les autres formes de posologie du produit—Les fabricants de produits génériques ne devraient pas pouvoir obtenir l'approbation à l'égard

BREVETS—Fin

d'autres formes de posologie pour lesquelles un avis de conformité a déjà été délivré—Si l'intimée veut inclure d'autres formes de posologie dans la présentation de drogue nouvelle, le Règlement sur les aliments et drogues prévoit déjà le mécanisme à suivre—Le ministre peut délivrer un avis de conformité uniquement à l'égard du produit de 500 mg—Les requérantes ne se sont pas acquittées du fardeau de preuve qui leur incombait et n'ont pas prouvé que leur brevet renferme une revendication pour le médicament en soi et que la délivrance d'un avis de conformité donnerait lieu à une contrefaçon de ce brevet—La demande d'interdiction est accueillie dans le cas des formes de posologie de 1 g et 10 g et rejetée dans le cas de la forme de posologie de 500 mg—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.

ELI LILLY AND CO. C. NOVOPHARM LTD. (T-187-95, juge Joyal, ordonnance en date du 11-8-97, 6 p.)

Requête visant à faire fixer le montant du cautionnement pour frais dans le cadre d'une instance en invalidation en vertu de l'art. 60(3) de la Loi sur les brevets—L'art. 60(3) est une disposition impérative qui exige que soit fourni un cautionnement pour frais avant que l'action soit engagée—Les défendeurs détiennent un brevet visant des machines permettant de fabriquer des dalles de béton à noyau creux—À titre de mesure préventive, la demanderesse a engagé une instance en invalidation—Le cautionnement pour frais prévu à l'art. 60(3) est un moyen de dissuasion visant à empêcher les contestations de brevet non fondées, irréfléchies et futiles—En vertu du tarif antérieur de la Cour fédérale, la défenderesse a droit à un cautionnement pour frais important pour se protéger contre les contestations de brevet futiles ou vexatoires—L'allégation de contrefaçon de la défenderesse n'est pas assez précise et il se peut qu'elle ne soit pas bien étayée—La plupart des actions sont réglées plutôt qu'instruites—Il se peut que la présente action se règle avant le procès—Le cautionnement pour frais est fixé à 7 400 \$ au total pour protéger la défenderesse relativement aux interrogatoires préalables, y compris les conférences préparatoires à l'instruction, les avis demandant l'admission de faits et 2 000 \$ pour les frais d'experts—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 60(3).

INTERNATIONAL HOLLOWCORE ENGINEERING INC. C. ULTRA-SPAN TECHNOLOGIES INC. (T-626-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 12-8-97, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Demande d'annulation de la décision du délégué du ministre fondée sur les art. 53(1)d), 70(5)—Il a été conclu

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

que le requérant constituait un danger pour le public au Canada—Des motifs écrits ne s'imposent pas lorsqu'un réfugié au sens de la Convention est sujet à une décision portant sur le «danger pour le public»—La teneur de la justice fondamentale ou de la justice naturelle varie en fonction des circonstances de l'affaire et des conséquences pour l'individu—Ne s'impose pas la condition que différentes exigences procédurales s'appliquent à l'égard de la décision «danger pour le public» elle-même—Le Rapport relatif à l'avis ministériel sur l'examen des cas de criminels accumulés n'aborde ni n'évalue séparément les deux éléments: 1) Y a-t-il eu perpétration d'une grave infraction? 2) Le requérant constitue-t-il un danger présent ou futur pour le public au Canada?—On a donné au requérant une liste de documents que le délégué du ministre examinerait comme preuve—Il a été également informé que des sources additionnelles pourraient être examinées dans l'évaluation du risque pour lui s'il était renvoyé au Viêt-nam—Le requérant n'a pas demandé que le délai de quinze jours soit prorogé pour répondre—La documentation relative à l'évaluation du risque est accessible au public aux Centres de documentation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1)d) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 12), 70(5) (édicte, *idem*, art. 13).

CHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1180-96, juge Reed, ordonnance en date du 1-8-97, 8 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, citoyenne ukrainienne, prétend craindre d'être persécutée du fait de sa religion—La requérante a rencontré un citoyen canadien en Ukraine—Après son retour au Canada, le citoyen canadien a invité, à ses frais, la requérante à venir au Canada—Peu de temps après son arrivée au Canada, la requérante a rompu sa relation avec le citoyen canadien, et elle a revendiqué le statut de réfugié—Le citoyen canadien a entrepris une vaste campagne de rédaction de lettres, à l'intention tant d'hommes politiques que de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, dans laquelle il a critiqué la requérante—La SSR a décidé de considérer la correspondance du citoyen canadien comme preuve devant elle à l'égard de la revendication de la requérante—À la demande de l'avocat de la requérante, la SSR a forcé le citoyen canadien à comparaître devant elle aux fins de contre-interrogatoire—Malgré le fait que le citoyen canadien a menti lorsqu'il a nié avoir menacé la requérante de violence, la SSR a préféré son témoignage à celui de la requérante—La SSR a rejeté la demande en raison de l'impossibilité de conclure que la requérante est juive—L'art. 69(2) de la Loi sur l'immigration prévoit que, dans la mesure du possible, la section du statut de réfugié

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tient ses séances à huis clos—Demande rejetée—L'obligation légale de tenir une audition à huis clos n'a pas été violée—Une audition à huis clos n'est pas une audition à laquelle seulement les membres de la SSR, un agent chargé de la revendication, un traducteur, la requérante et les avocats sont présents—Le huis clos est respecté malgré la présence du citoyen canadien à la demande de l'avocat de la requérante—Il y a huis clos lorsque le juge siège dans son bureau privé ou fait fermer les portes de la salle d'audience après l'avoir fait évacuer par tous ceux qui ne sont pas intéressés dans la cause—En l'espèce, toutes les personnes, excepté les intéressés, ont été exclues—En tant que témoin, le citoyen canadien était un intéressé dans la cause—Dans la mesure où les inférences que le tribunal tire ne sont pas déraisonnables au point d'attirer l'intervention de la Cour, ses conclusions sont à l'abri du contrôle judiciaire—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(2).

NECHIPORENKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4667-96, juge Gibson, ordonnance en date du 18-8-97, 7 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé d'attribuer la citoyenneté pour le motif que la personne concernée n'avait pas une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada—En appel, la connaissance de l'anglais s'est avérée suffisante—Toutefois, le fait que l'appelant a déclaré qu'il avait l'intention de continuer à bénéficier de l'aide sociale ne démontre pas une compréhension et une connaissance des responsabilités conférées par la citoyenneté canadienne au sens de l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—Cette déclaration montre que l'appelant ne comprend pas que tous les citoyens canadiens sont tenus d'essayer d'être responsables de leur propre bien-être sur le plan fiscal et, dans la mesure du possible, de compter le moins possible sur le régime d'aide sociale—L'affaire a été ajournée de façon à donner à l'appelant la possibilité de trouver un emploi de façon à ce qu'il ne touche plus de prestations d'aide sociale—S'il s'est écoulé une période raisonnable et si l'appelant réussit à prouver qu'il exerce un emploi, la Cour serait prête à examiner l'appel d'une façon favorable—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

SHEHZEDA (RE) (T-1998-96, juge Rothstein, jugement en date du 12-8-97, 2 p.)

Personnes ayant un statut temporaire

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de la Commission du Canada à Hong Kong indiquant que le requérant mineur ne respecte pas les conditions pour qu'un visa d'étudiant lui soit délivré—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

requérant demande un visa pour fréquenter l'École chrétienne de North York, en cinquième année, du 3 septembre 1996 au 19 juin 1997—La demande dont était saisie l'agent des visas était une demande de séjour au Canada à titre temporaire—L'agent des visas a commis une erreur en concluant que la demande du requérant d'entrer au Canada n'était pas «à titre temporaire»—Demande accueillie—Question certifiée: Le requérant qui exprime le but à long terme d'étudier au Canada répond-il à la définition du terme «visiteur» donnée à l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1).

WONG (TUTRICE) C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3235-96, juge Gibson, ordonnance en date du 17-7-97, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a conclu que le requérant ne satisfaisait pas aux conditions du statut d'immigrant visé par une mesure de renvoi à exécution différée (IVMRED) en ce qu'il n'avait pas fait la demande dans les 120 jours de la date où il y était devenu admissible—Le dépôt tardif de cette demande tenait aux indications données par un représentant du Ministère intimé au député fédéral de la circonscription—Recours rejeté—Ni la Loi ni le Règlement sur l'immigration n'habilite les agents d'immigration à proroger le délai prévu à l'art. 11.401a) de ce règlement—L'agent d'immigration n'a exercé aucun pouvoir discrétionnaire; il ne faisait que se conformer à la loi qui prescrit de rejeter la demande d'établissement IVMRED déposée après les délais—Le requérant invoque en fait la doctrine de l'attente légitime—L'attente légitime ne relève pas du droit positif, mais du droit procédural; or le droit que fait valoir le requérant en l'espèce, redressement à l'égard d'un texte réglementaire, est un droit concret, et non un droit procédural—Question certifiée: L'agent d'immigration instruisant une demande faite sous le régime du texte réglementaire relatif aux IVMRED a-t-il le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de dépôt de la demande, en conformité avec les principes de justice naturelle ou de justice fondamentale, si le demandeur dépose sa demande après l'expiration de la période des 120 jours à cause d'indications inexactes que lui donne un représentant du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, par l'intermédiaire d'un député fédéral?—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.401 (édicte par DORS/94-681, art. 3).

MELINTE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3655-96, juge Gibson, ordonnance en date du 17-7-97, 4 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

conclu que le requérant, un citoyen du Ghana, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant a allégué qu'il avait été persécuté au Ghana parce que sa famille s'était, dans le passé, opposé au régime militaire du pays—Il devait se présenter à la police chaque mois—Il a prétendu avoir été sexuellement agressé lors de sa dernière visite obligatoire au poste de police—Il s'est plaint en vain aux autorités—La Commission a cru qu'il avait été agressé sexuellement, mais elle n'a pas vu de liens entre l'agression sexuelle et les antécédents de la famille du requérant—La Commission a douté de la crédibilité du requérant relativement à certains éléments en raison de ce qu'elle a appelé des inconsistances internes et des invraisemblances—Demande accueillie—1) La Commission a commis une erreur susceptible de contrôle dans l'appréciation de la crédibilité du requérant—Malgré le témoignage du psychologue sur cette question, la Commission a omis de correctement tenir compte de l'incidence de l'agression sexuelle (le trouble de stress post-traumatique) sur la capacité du requérant de témoigner—La Commission a mal caractérisé la preuve médicale parce qu'elle n'a pas souligné les effets du TSPT sur la crédibilité du requérant lorsque celle-ci était le pivot de sa décision—En insistant sur le fait que la police tardait, semblait-il, à se renseigner sur les endroits où se trouvait le requérant trois semaines après l'agression sexuelle, la Commission rend la Cour perplexe—Le raisonnement de la Commission est contradictoire et inconséquent—2) La Commission n'a pas tenu compte des documents décrivant le climat politique et la situation en matière de droits de la personne au Ghana—Bien qu'un tribunal n'ait pas à faire état de chaque élément de preuve documentaire, la Cour doit intervenir lorsque la Commission a jugé approprié de ne faire état d'aucun élément de la preuve documentaire produite par le revendicateur ou l'agent d'audience—Dans le cas d'un revendicateur alléguant un passé familial d'opposition au régime régnant, particulièrement sur la base des soulèvements particuliers en 1981 et 1992, il incombe à la Commission de tenir compte de la situation du pays d'origine, si seulement pour reconnaître la façon dont elle touche le récit du requérant—La Commission n'examine pas ces questions vitales concernant la situation du pays d'origine—Ainsi donc, la preuve documentaire décrivant le traitement réservé aux opposants des rouages gouvernementaux de Rawlings échappe à la décision de la Commission—Cette erreur justifie le contrôle judiciaire.

APIAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3009-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-8-97, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal) a déterminé que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Le tribunal a déterminé que le témoignage

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

du requérant principal relativement à ses expériences au Chili (où il a été persécuté à maintes reprises) était crédible—Toutefois, le tribunal a statué que les requérants n'étaient pas des réfugiés, principalement pour le motif que la situation au Chili a changé à un point tel que les requérants ne pourraient y craindre avec raison d'être persécutés—Une seule question résout la présente affaire, et il s'agit de la conclusion suivant laquelle la situation du pays a changé et son interaction avec l'art. 2(3) de la Loi—Demande accueillie—Le changement dans la situation d'un pays doit être jugé à la lumière de son effet sur la situation du demandeur—Effet de l'art. 2(3) de la Loi: s'il y a des raisons impérieuses, la clause de cessation qui fait partie de la définition, c'est-à-dire l'art. 2e) de la Loi, ne s'applique pas et les changements survenus dans la situation du pays ne feront pas échec à la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur—L'art. 2(3) de la Loi exige des autorités canadiennes qu'elles accordent la reconnaissance du statut de réfugié pour des raisons d'ordre humanitaire aux personnes qui ont souffert d'une persécution tellement épouvantable que leur seule expérience constitue une raison impérieuse pour ne pas les renvoyer, lors même qu'ils n'auraient plus aucune raison de craindre une nouvelle persécution: *Obstoj c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.)—Le tribunal était-il tenu de déterminer s'il existait des «raisons impérieuses», au sens de l'art. 2(3) de la Loi, dans le cas des requérants?—Aux termes de la définition énoncée à l'art. 2(1) de la Loi, le tribunal doit tenir compte des clauses de cessation prévues à l'art. 2(2), lequel exige que le tribunal tienne également compte d'une autre disposition de la Loi qui a une incidence directe sur l'art. 2(2) et qui en limite la portée: l'art. 2(3)—Par conséquent, lorsque l'art. 2(2)e) entre en jeu pour ce qui est de résoudre une demande de revendication, il en est de même de l'art. 2(3)—Même si le demandeur de statut doit absolument établir l'existence de «raisons impérieuses», le tribunal doit, dans un tel cas, tenir compte de l'effet de l'art. 2(3) sur l'affaire dont il est saisi, sinon il aura omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire et il s'agira d'une erreur de droit donnant lieu à contrôle—Le tribunal est tenu de prendre les décisions appropriées peu importe que la question soit ou non soulevée par le requérant—Un moyen non plaidé doit être examiné par la Commission s'il découle des faits—La question la plus importante à résoudre est de savoir si la preuve du requérant indique l'existence de persécutions antérieures et, dans l'affirmative, s'il existe des raisons impérieuses tenant à ces persécutions antérieures, pour lesquelles les requérants ne devraient pas être rapatriés de crainte d'être persécutés—En outre, même si le tribunal n'est pas tenu de mentionner chaque élément de preuve qui lui est soumis, le fait de ne pas mentionner du tout la preuve documentaire qui appuie la position des requérants semble plutôt suspect—Non seulement justice doit être rendue, mais elle doit également être vue comme étant rendue—L'affaire est renvoyée à une formation différente du tribunal pour une nouvelle décision—Question certifiée: La section du statut

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

de réfugié est-elle tenue en droit d'examiner l'application de l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration si la question n'est pas soulevée à l'audition par les parties ou par la section du statut de réfugié? Dans l'affirmative, quelle est la nature et l'étendue de son obligation?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.)), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1; 1994, ch. 31, art. 18; 1995, ch. 15, art. 1).

YONG-GUEICO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3413-96, juge Cullen, ordonnance en date du 14-7-97, 9 p.)

COURONNE**PRATIQUE**

Citoyenneté et immigration—Recours en contrôle judiciaire introduit par l'intimé par «consentement des parties» contre la décision de la section d'appel de la CISR (le tribunal)—Motifs défectueux dans une affaire de droit public—Les parties ont procédé à tort comme s'il s'agit d'une affaire de droit privé—Puisqu'il incombe au ministre, et au procureur général, d'appliquer et de faire respecter les règles de droit public, la Cour et, par extension, le public ont besoin de voir et de faire publiquement assumer au ministre des motifs conséquents qui expliquent pourquoi il «abandonne la partie»—La Cour et le public ont besoin d'être assurés qu'il ne s'agit pas d'un cas de favoritisme—Le ministre et l'avocat de la Couronne doivent expliquer leur consentement par un motif conséquent, à supposer que ce consentement ait été donné pour une raison légitime, licite et logique—La Cour n'acceptera pas un consentement laconique et non motivé au manquement manifeste de l'administration à ses responsabilités—En l'espèce, faisant le travail de la Couronne, la Cour a examiné le dossier du tribunal de bout en bout—Le tribunal a oublié ou négligé le fait que des membres de la famille du demandeur sont venus témoigner en sa faveur—Il a consigné le contraire dans ses motifs de décision—Motif suffisant d'annulation de la décision—Pourquoi l'avocat représentant le ministre n'aurait-il pas pu le relever?—Recours accueilli.

LADIO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4780-96, juge Muldoon, ordonnance en date du 11-7-97, 3 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision par laquelle le TCCE a conclu que la demanderesse n'était pas admissible à une réduction de la taxe de vente fédérale applicable à la vente d'étagères métalliques de supermarchés de type «Ultraline»—La

DOUANES ET ACCISE—Suite

demanderesse soutient qu'elle est admissible à un taux réduit de la taxe de vente, soit huit pour cent au lieu de douze, étant donné que le produit en question est visé par l'article 21 de la partie I de l'annexe V, car il s'agit de «métal fabriqué pour . . . autres structures»—La demanderesse transforme l'acier brut en pièces d'acier fabriqué qui, une fois assemblées, forment des étagères dont on se sert couramment dans les supermarchés—Toutes les pièces fabriquées sont destinées à être vendues sur commande—Elles sont expédiées dans des boîtes en vue d'être assemblées sur place—Certaines des étagères ont la forme d'îlots alors que d'autres sont fixées aux murs ou à d'autres pièces d'équipement telles que les réfrigérateurs—Les boulons d'ancrage ne sont pas fournis par la demanderesse—Les membres des équipes qui assemblent et installent les étagères ne sont pas des employés de la demanderesse—Appel rejeté—1) Les marchandises vendues par la demanderesse sont-elles du métal fabriqué pour d'autres structures par opposition à des étagères non assemblées?—Le seul fait qu'un article puisse être considéré comme une structure non assemblée ne signifie pas qu'il ne peut aussi être considéré comme étant du métal de construction ou du métal fabriqué destiné à des bâtiments ou autres structures: *Chateau Mfg Ltd c. Sous-ministre, M.R.N., Douanes et accise*, [1984] CTC. 43 (C.A.F.)—Vu ce raisonnement, même si l'on supposait que les marchandises envoyées par la demanderesse au supermarché étaient des étagères non assemblées, celles-ci ne seraient pas exclues du champ de l'art. 21 pour cette seule raison—Les étagères constituent-elles d'«autres structures»?—La règle *ejusdem generis* n'est pas invoquée pour interpréter l'expression «autres structures»—Les «autres structures» ne sont pas nécessairement de la nature d'un bâtiment—Bien que l'application des critères élaborés dans *M.R.N. et al. c. Plastibeton Inc.* (1986), 86 DTC 6400 (C.A.F.) pour déterminer s'il existait une structure semble justifiable, une analyse contextuelle de l'annexe permet d'arriver au même résultat que celui qu'on obtient en appliquant directement ces critères—Un tribunal peut se référer à toutes les dispositions regroupées sous un même titre pour interpréter le contenu de l'une de celles-ci—Si l'expression «autres structures» utilisée à l'art. 21 était interprétée de manière à inclure les étagères de supermarchés, il s'ensuivrait que toutes les étagères de métal fabriqué installées dans les maisons et autres bâtiments seraient également visées par cet article—Cependant, cela serait incompatible avec le libellé restrictif de l'annexe en ce qui concerne les articles se trouvant à l'intérieur d'un bâtiment—Les étagères de supermarchés fournies par la demanderesse ne constituent pas d'«autres structures»—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 27(1) (mod. par S.C. 1986, ch. 54, art. 4), (1.1) (mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 6; ch. 54, art. 4), annexe V, partie I, art. 21 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 24, art. 21).

HUSSMAN STORE EQUIPMENT LTD. C. M.R.N. (T-2382-90, juge Rothstein, jugement en date du 26-6-97, 12 p.)

DOUANES ET ACCISE—Fin

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel, interjeté par le requérant, d'un avis de déclarant assujéti à la taxe sur les produits et services (TPS) pour la période allant du 1^{er} janvier 1991 au 31 mars 1993—Il a été déterminé que le requérant devait payer la TPS applicable à la vente de deux des trois maisons qu'il a construites en Colombie-Britannique—Le requérant était un nettoyeur de tapis travaillant à son propre compte—Il a construit et vendu trois immeubles d'habitation pendant la période visée—Le requérant était-il un «constructeur» au sens de l'art. 123(1) de la Loi sur la taxe d'accise?—Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en concluant que le requérant répondait à la définition de «constructeur»—Dans chaque cas, le requérant a déclaré sur le formulaire de demande de permis de construction qu'il était l'entrepreneur et il s'est servi d'un financement à court terme—Le constructeur doit payer la TPS aux termes de la règle sur la fourniture à soi-même lorsqu'il s'agit de la personne qui, après que les travaux sont achevés en grande partie, est la première à occuper l'immeuble à titre résidentiel—Le requérant doit payer la TPS sur la juste valeur marchande que chacune de ces maisons avait à l'époque visée—Les règles sur la fourniture à soi-même ont été conçues pour empêcher le constructeur de retirer un avantage de l'occupation d'un immeuble d'habitation pendant une courte période en précédant la vente—Sur le fondement d'une interprétation de l'art. 191(5), le requérant n'a pas occupé les maisons n^{os} 1 et 3 principalement à titre résidentiel—Le requérant a construit et vendu les maisons en peu de temps, dans le cadre d'une entreprise commerciale—Demande rejetée—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1994, ch. 9, art. 2), 191(5).

LACINA C. CANADA (A-233-96, juge suppléant Heald, jugement en date du 17-7-97, 9 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision datée du 7 avril 1997, par laquelle le ministre des Pêches et des Océans annonçait les quotas de pêche du flétan applicables au détroit de Davis pour 1997—Accord relatif à des revendications territoriales conclu entre les Inuit de la région du Nunavut et le gouvernement du Canada (l'Accord) au sujet de la gestion coordonnée des ressources fauniques à l'intérieur et à l'extérieur de la région géographique visée par l'Accord—L'art. 5 de l'Accord prévoit l'établissement du Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut (CGRFN)—Dans la décision de 1997, le ministre n'a pas tenu grand compte des observations que le CGRFN lui a

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

faites, pas plus que des conseils de son propre sous-ministre adjoint—L'art. 43 de la Loi sur les pêches et l'art. 22(1)a) du Règlement de pêche (dispositions générales) accordent au ministre le pouvoir discrétionnaire de fixer des quotas—Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi n'est pas absolu, mais doit être exercé dans les limites de la compétence du ministre—Les décisionnaires ne doivent pas tenir compte de facteurs étrangers à la question ou de questions hors de propos en rendant une décision—L'omission d'un organe de décision administrative de tenir compte d'un élément très important constitue une erreur, au même titre que la prise en considération inappropriée d'un facteur étranger à l'affaire—Un décisionnaire doit tenir compte de tous les facteurs pertinents avant que l'on puisse dire d'une décision qu'elle a été prise de manière légitime—À défaut de cela, la décision sera infirmée—Il incombait au ministre de tenir compte des conseils et des recommandations du CGRFN—L'obligation de «prise en compte» signifie plus que le simple fait de recevoir et d'examiner les avis et les recommandations du CGRFN—L'Accord a été conclu dans le contexte de la reconnaissance d'un droit des peuples autochtones—Il s'agit d'une entente solennelle, et il faut donner plein effet à ses dispositions—Les dispositions relatives à la «consultation» et à la «prise en compte» doivent être pleinement appliquées—Au sujet de la consultation, il doit y avoir une participation raisonnable du CGRFN au processus décisionnel du gouvernement avant qu'une décision soit prise—Il faut tenir compte en priorité de la position des Inuit du Nunavut—La consultation et la prise en considération signifient davantage que le simple fait d'entendre—Le ministre a commis une erreur dans sa décision du 7 avril 1997 en omettant de tenir compte des facteurs pertinents—Demande accueillie—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 35, art. 3, 7; L.C. 1991, ch. 1, art. 12)—Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 22(1)a).

NUNAVUT TUNNGAVIK INC. C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-872-97, juge Campbell, ordonnance en date du 14-7-97, 26 p.)

Fin de non-recevoir opposée à la requête introductive d'instance par ce motif que le requérant dispose d'une autre voie de droit efficace et que sa demande de contrôle judiciaire n'a aucune chance de succès—Le requérant s'est prévalu de cette autre voie de droit en interjetant appel de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles à la section d'appel de cette dernière en application de l'art. 147(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Les longs délais sont la principale raison pour laquelle il a saisi la Cour fédérale—Il échet d'examiner si la fin de non-recevoir des intimés est fondée—Le critère de radiation, savoir que l'avis de requête introductive d'instance doit être manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli,

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

est encore plus strict que celui applicable à la radiation des actions sous le régime de la Règle 419—Commodité et rapidité ne sont pas le critère applicable, pas plus que la question de savoir si une juridiction est plus indiquée que l'autre—Il échet d'examiner si la juridiction qu'est la section d'appel de la Commission, constituée sous le régime de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, est celle qui convient—L'art. 147(1) de la Loi lui confère une compétence étendue—Ce qui est en cause, c'est l'efficacité de l'autre voie de droit que le requérant aurait pu exercer—Les fautes qu'il reproche à la Commission qui entendait initialement l'affaire relèvent indubitablement des attributions légales de la section d'appel—Ce ne serait pas causer un préjudice au requérant que de l'obliger à donner suite à l'appel qu'il a intenté devant la section d'appel sous le régime de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, à titre de condition préalable de saisine de la Cour—Ce recours en contrôle judiciaire est futile, il n'a aucune chance de succès—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 147(1).

MACKIE C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-985-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 16-7-97, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de quatre décisions prises par le directeur régional de la région du Pacifique du ministère des Pêches et Océans—Les décisions en question sont des ordonnances de modification qui imposent des limites à la pêche au saumon coho—Les requérants cherchent à obtenir l'annulation de ces décisions au motif que la personne qui les a prises n'a pas tenu compte des droits ancestraux des requérants, ou n'en a pas tenu suffisamment compte—L'intimé sollicite, en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale et de l'art. 1614 des Règles de la Cour fédérale, le prononcé d'une ordonnance transformant la demande en une action et prorogeant au 31 décembre 1997 le délai qui lui est imparti pour produire ses documents—Aucune des questions de droit n'exige que la demande soit transformée en une action—L'avocat de l'intimé soutient que la demande de contrôle judiciaire devrait être transformée en une action parce qu'il est nécessaire d'entendre des témoignages d'experts détaillés au sujet des mesures de conservation prises par le MPO pour démontrer que ces mesures sont suffisantes—L'importance de ces témoignages dépend de la portée de l'obligation à laquelle l'intimé est tenu envers les requérants—Le fait qu'à la fin du procès, la demande des requérants serait sans objet est fort préoccupant—La saison de la pêche sportive est à son apogée à la fin d'août et en septembre—Les ordonnances contestées n'ont été prises contre l'intimé que le 2 juillet 1997—Les requérants ne pourraient obtenir de réparation, même s'ils obtenaient gain de cause, si on les obligeait à

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

procéder par voie d'action—Ils ont choisi une instance en contrôle judiciaire non seulement pour éviter les délais qui accompagnent l'instruction d'une action, mais aussi pour limiter les frais de justice—La requête de l'intimé est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, art. 1614 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

BANDE DE NESKONLITH C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1497-97, juge Reed, ordonnance en date du 8-8-97, 11 p.)

DROIT D'AUTEUR**DOMMAGES-INTÉRÊTS**

Référence visant à fournir au demandeur un état de compte et une adjudication de profits, ainsi que des dommages-intérêts et dépens, et à fixer le taux d'intérêt applicable avant et après jugement—Le demandeur est coauteur de manuels sur le mode d'emploi d'Internet—La publication des ouvrages a dégagé la somme de 49 966,01 \$ en redevances—Le demandeur n'a rien touché pour son œuvre et n'en a aucunement autorisé la publication—Après avoir soumis une défense, les défendeurs ont négligé l'affaire—Le demandeur a obtenu jugement par défaut—La référence résultant de la violation d'un droit, le demandeur peut obtenir des dommages-intérêts, les profits tirés de la violation à la discrétion de la Cour et, dans les circonstances appropriées, des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs—(1) En ce qui concerne le manque à gagner, le demandeur est tenu seulement d'établir les recettes perçues; c'est au défendeur qu'il incombe ensuite de prouver ses coûts et débours—Dans le cas où le débiteur saisi ne présente pas d'états de compte, la Cour doit procéder à la meilleure estimation possible—Les défendeurs n'ont ni expliqué en quoi consistent leurs débours, ni fourni les états de compte indiquant les montants à défalquer en vue d'établir le montant des profits—La Cour recommande l'adjudication de la totalité des profits réalisés à ce jour—Ce montant pourrait bien dépasser ce que le demandeur aurait reçu si les défendeurs avaient participé aux procédures, mais il ne faudrait pas qu'il soit pénalisé pour cette omission de leur part—(2) La Cour recommande l'adjudication d'un montant de 7 000 \$ au titre des dommages non pécuniaires pour les désagréments, la tension et les frais de poursuite n'entrant pas dans le montant des dépens taxables—(3) Les dommages-intérêts punitifs sont accordés lorsque le défendeur a agi de façon cavalière ou méprisante, pour le punir de s'être comporté de la sorte et pour en faire un exemple dissuasif pour autrui—La conduite des défendeurs a été dans son ensemble répréhensible—Ils ont vendu les droits de publication des manuels et ont perçu des redevances sans obtenir la permission du demandeur et sans lui faire une offre satisfai-

DROIT D'AUTEUR—Suite

sante—Une partie importante des redevances a également été versée à leur propre société de portefeuille—La Cour recommande l'adjudication d'une somme de 10 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires—(4) Par suite des agissements des défendeurs, le demandeur a été privé de l'usage de ses fonds—L'ordonnance qui a donné lieu à la présente référence portait sur une revendication non liquidée—Les intérêts courent, par conséquent, en vertu de l'art. 36(2)b) de la Loi sur la Cour fédérale, depuis la date de l'avis de demande adressé par écrit—Une lettre de demande ayant été envoyée le 28 février 1995, les intérêts courent donc depuis cette date jusqu'à celle du jugement par défaut—La Cour recommande que le taux d'intérêt avant jugement soit fixé à 9 p. 100 sur les redevances versées aux défendeurs—Elle recommande que le taux d'intérêt après jugement sur les redevances soit fixé au taux préférentiel majoré de un pour cent (taux d'emprunt établi par les banquiers du demandeur)—La Cour recommande l'adjudication de frais et débours au montant de 3 037,70 \$—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36(2)b) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9).

HERTZOG C. HIGHWIRE INFORMATION INC. (T-1753-95, notaire Hargrave, référence en date du 20-6-97, 12 p.)

Référence visant à déterminer les profits, les dommages-intérêts, les intérêts ainsi que les frais exigibles pour l'utilisation de musique de danse enregistrée protégée par un droit d'auteur, y compris les redevances payables conformément aux tarifs applicables—Les défendeurs, propriétaires d'un établissement offrant bar-salon et pâtisserie situé à Fort McMurray (Alberta), n'ont pas comparu pour la référence—Lorsqu'il est de pratique courante de délivrer des licences pour l'utilisation d'un œuvre, les dommages-intérêts peuvent être fixés en fonction des redevances ou des droits de licence applicables—Les droits de licence visant la musique sont calculés à l'aide de nombres et de taux donnés qui figurent dans les tarifs de la Commission du droit d'auteur ainsi que de diverses statistiques relatives aux activités du titulaire de licence—Dans les cas où le seul droit de licence ne constitue pas une réparation appropriée, des dommages-intérêts généraux peuvent aussi être accordés—Dans les affaires de violation de droit d'auteur, la réparation peut également comprendre le calcul des profits—Les dommages-intérêts et les profits sont des réparations cumulatives et non des redressements constituant une alternative—Les profits ne sont pas une réparation aux termes de l'art. 34(1.01) de la Loi sur le droit d'auteur qui prévoit la communication de documents relatifs aux ventes et à la comptabilité—La demande concernant les profits découle indirectement de la mention à l'art. 34(1.01), des termes «ou autrement»—L'art. 35(1) précise clairement que les profits s'ajoutent aux dommages-intérêts—Impossibilité de calculer avec exactitude les droits de licence exigibles et les profits réalisés puisqu'il n'y a eu aucun accès aux dossiers des défen-

DROIT D'AUTEUR—Fin

deurs—Il est opportun de calculer les dommages-intérêts et les profits de manière approximative si la nécessité de procéder ainsi découle de l'omission de la partie défenderesse de fournir les renseignements appropriés—Les droits de licence applicables sont ceux fixés par le tarif 18 (droits relatifs à la musique enregistrée) compte tenu du fait que l'établissement peut recevoir 250 clients et qu'il a été exploité entre 4 et 7 jours par semaine pendant la totalité des années 1994 à 1996, soit 2 900,47 \$—Accorder uniquement les droits de licence et les frais judiciaires fondés sur le tarif ne dédommagerait pas adéquatement la demanderesse pour le temps qu'elle a dû consacrer à la défense de ses droits et les inconvénients qu'elle a subis; il est donc opportun de transférer une partie des profits—La musique ajoute de la valeur au commerce des défendeurs, sinon ils auraient cessé d'en faire jouer—La portion des profits nets attribuée à la musique et recommandée au titre des profits correspond à 18 fois les droits de licence exigibles pour chaque année, soit 48 721,50 \$—Des intérêts avant jugement au taux préférentiel ont été accordés pour chaque année—Les mêmes taux d'intérêts ont été appliqués aux profits, mais seulement à compter de la fin de l'année, moment où les profits et les pertes sont déterminés—Des dommages-intérêts exemplaires de 5 000 \$ ont été accordés parce que le refus de payer les droits de licence était délibéré et flagrant, et parce que ce redressement pourrait avoir un effet dissuasif sur ceux qui utilisent la musique des autres sans payer—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34(1.01) (édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 62), 35(1).

SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE DU CANADA C. 348803 ALBERTA LTD. (T-26-97, notaire Hargrave, référence en date du 3-7-97, 19 p.)

ENQUÊTES

Demande d'ordonnance interdisant aux intimés de tirer des conclusions défavorables à l'endroit du requérant conformément à des avis délivrés en application de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes—La Commission avait été chargée de faire enquête et de faire rapport sur le fonctionnement de la chaîne de commandement, sur le leadership au sein de la chaîne de commandement et sur la discipline, les opérations, les mesures et les décisions des Forces canadiennes en Somalie—Le premier critère qui s'applique à l'injonction provisoire est la question de savoir s'il existe une question sérieuse à trancher—L'«étape de la production des documents» a été examinée de façon exhaustive par la Commission et n'a pas été touchée par le «retranchement» de certains aspects de l'enquête—Tout au long de l'enquête, les commissaires ont suivi la procédure dans le cadre de laquelle toutes les parties, dont l'avocat du requérant, ont reçu tous les documents pertinents examinés au cours des audiences publiques—Les règles de l'équité sur le plan de

ENQUÊTES—Fin

la procédure et l'obligation d'équité sont des principes souples—La délivrance d'un préavis fondé sur l'art. 13 n'a pas pour effet de convertir l'enquête menée par des commissaires en un différend entre des parties—L'avis en question n'est pas une accusation officielle dans une instance pénale—L'obligation d'équité à respecter au cours d'une enquête n'est pas aussi stricte que celle qui s'applique dans le cas d'une audience devant une cour de justice—En vertu de leur mandat, les commissaires sont investis d'un pouvoir discrétionnaire très large en matière de procédure—Il n'existait aucun motif raisonnable de craindre que les commissaires ne fassent montre de partialité—La norme relative à l'existence d'une question sérieuse à trancher est très faible dans des demandes d'injonction provisoire ou interlocutoire—La Commission a traité le requérant de façon régulière conformément aux exigences de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes et à la doctrine de l'équité sur le plan de la procédure ou de la justice naturelle—Demande rejetée—Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.

BOYLE C. CANADA (COMMISSAIRE, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE DÉPLOIEMENT DES FORCES CANADIENNES EN SOMALIE) (T-1089-97, juge Dubé, ordonnance en date du 8-7-97, 17 p.)

FORCES ARMÉES

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Défense nationale rejetant le grief du requérant, membre des forces armées depuis 27 ans—Le requérant avait été retourné à son unité pour manque d'honnêteté et d'intégrité pour avoir altéré son examen (dans le cadre d'un cours de chef pour sous-officiers supérieurs) lors de la période de révision—On a dit qu'il aurait alors ajouté une réponse en marge—Il allègue que le processus qui a mené à la conclusion qu'il avait triché fut incomplet et tenu de façon précipitée sans égard à son droit d'être entendu et à la gravité de l'accusation qui pesait contre lui—En effet, l'enquête eut lieu le jour même, et de façon expéditive—Ses supérieurs immédiats l'ont trouvé coupable de tricherie en dépit du témoignage de deux étudiants qui étaient assis à côté du requérant, qui ont dit qu'ils étaient d'avis que le requérant n'avait pas triché—L'examen avait été vu par deux correcteurs qui disent avoir revu l'examen attentivement pour voir si le requérant aurait pu obtenir la note de passage (il ne lui manquait que deux points), et avoir consulté deux autres correcteurs qui confirment qu'il n'y avait pas de réponse en marge là où il s'en trouve une maintenant—Dans leurs rapports subséquents, les supérieurs immédiats ont soit passé sous silence les témoignages des deux étudiants, soit dit qu'ils ne corroboraient pas la version du requérant—Demande accueillie—Les écrits démontrent que la procédure qui mena à la décision a été initiée et conclue le jour même de l'incident, que le requérant n'a assisté qu'à une très brève partie de l'enquête, qu'il n'a pas

FORCES ARMÉES—Fin

eu l'occasion de présenter des témoins et que tous les instructeurs qui furent interrogés, sauf un, le furent hors de sa présence—La présente procédure n'a pas pour but de décider si le requérant a triché ou non, mais de décider si le ministre pouvait, à la lumière de ce processus, écarter le grief du requérant comme il l'a fait—Une décision, même si elle revêt un caractère administratif, comporte l'obligation d'agir équitablement si elle est susceptible d'avoir des répercussions importantes et que cette obligation s'accroît avec la gravité des répercussions sur la personne intéressée—Rien ne justifiait la décision de le juger sur le champ, le privant ainsi d'une défense pleine et entière—Le fait que, selon les écrits, seuls les témoins défavorables au requérant ont été contactés par ceux qui furent appelés à évaluer le bien fondé du grief est aussi évocateur de l'esprit dans lequel ce processus s'est déroulé—Le ministre a donc agi de façon contraire à la loi en rejetant d'emblée le grief du requérant—Puisque le requérant a quitté les forces armées au cours de l'instance, l'ordonnance se limitera à casser la décision du ministre, annuler la conclusion de tricherie et à ordonner que les conditions de départ du requérant soient ajustées selon le rang qu'il détenait avant qu'il soit qualifié de tricheur dans la mesure où ce rang aurait emporté des conditions de départ différentes.

PARISÉ C. CANADA (T-949-96, juge Noël, ordonnance en date du 2-7-97, 17 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**PRATIQUE**

Demande de contrôle judiciaire d'une «ordonnance de protection» aux termes de l'art. 225.2(8) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Ordonnance rendue *ex parte* par le juge Rouleau sous le régime de l'art. 225.2(2)—Elle autorisait le ministre du Revenu national à prendre des mesures de recouvrement relativement au montant d'une cotisation établie à l'égard du contribuable—Le juge Rouleau disposait de preuve en ce qui concerne l'incapacité potentielle du ministre de recouvrer le montant de la dette qui serait due à la Couronne—Contrairement à la demande d'ordonnance de protection prévue à l'art. 225.2(2), la demande d'ordonnance de protection aux termes de l'art. 164(1.2) se fait par avis, à l'intérieur d'un délai déterminé—Le contribuable peut assister à l'audition et y faire des observations—Le ministre a choisi d'agir *ex parte* aux termes de l'art. 225.2 au lieu d'envoyer l'avis prévu à l'art. 164(1.2)—Aucune preuve n'établit que le juge Rouleau savait que le ministre pouvait avoir eu le choix d'agir aux termes de l'art. 164(1.2)—Il existe des motifs raisonnables de douter que le ministre s'est acquitté de son fardeau relativement à la demande qu'il a présentée au juge Rouleau en vue d'obtenir l'ordonnance de protection faisant l'objet du présent contrôle—Le ministre ne devrait déposer une

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

demande *ex parte* en vue d'obtenir une ordonnance de protection aux termes de l'art. 225.2(2) que lorsqu'il est en mesure de démontrer qu'une telle ordonnance est nécessaire pour protéger sa position et qu'aucune autre procédure qui serait plus équitable à l'égard du contribuable qu'une procédure *ex parte* ne peut raisonnablement être intentée—Il n'a été satisfait à aucune de ces conditions en l'espèce—Aucune preuve n'a été présentée au juge Rouleau en vue d'établir que l'art. 129(2) de la Loi ne répondait pas aux besoins du ministre et que la procédure plus ouverte prévue à l'art. 164(1.2) ne pouvait pas raisonnablement être appliquée—Le ministre n'a pas réussi à établir qu'il a fait une divulgation complète et honnête, devant le juge Rouleau, de tous les renseignements pertinents dont il disposait relativement à la décision que celui-ci devait rendre—Le fait que le juge Rouleau aurait peut-être rendu la même décision à la suite d'une divulgation complète et honnête n'a aucune incidence—Demande accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 129(2), 164(1.2), 225(2).

M.R.N. c. 159890 CANADA INC. (T-2473-96, juge Gibson, ordonnance en date du 30-7-97, 6 p.)

Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel de l'appelante pour les années d'imposition 1987 à 1991 pour le motif que celle-ci n'avait pas acquis, avant le 4 décembre 1985, certains avoirs miniers du fait qu'elle était membre d'une société, conformément à l'art. 98(5)d) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La présente affaire porte sur l'objet et l'effet, à l'égard des sociétés, des dispositions transitoires prévues dans la Loi de l'impôt sur le revenu—L'appelante et Lone Rock Resources Ltd., toutes deux constituées en société sous le régime des lois de l'Alberta, se livraient chacune à des travaux d'exploration, d'aménagement et de production de pétrole brut, de gaz naturel et d'hydrocarbures apparentés dans l'Ouest canadien—Le mandataire de l'appelante a proposé d'acheter des actionnaires toutes les actions émises et en circulation de Lone Rock—Les actionnaires de Lone Rock ont accepté l'offre—Plus tard, Lone Rock est devenue l'unique actionnaire de la compagnie à numéro, soit avant le 4 décembre 1985—Le 14 janvier 1986, la compagnie à numéro et Lone Rock ont passé un contrat de société en commandite sous la raison sociale LLR Limited Partnership—Une convention relative à l'attribution a été signée entre l'appelante et Lone Rock, en vertu de laquelle Lone Rock «cède, transfère, transporte et remet par les présentes au cessionnaire» (l'appelante) «tous les droits qu'elle possède» (Lone Rock) «sur ses biens et actifs ainsi que sur son entreprise, ainsi que tous les titres et intérêts y afférents»—L'art. 26(5) des dispositions transitoires prévoit que l'art. 98(5)d) reste en vigueur relativement aux biens reçus par un membre de la société, à condition qu'ils aient été acquis par la société après le 4 décembre 1985, conformément à une convention écrite conclue avant cette date, et

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

qu'ils aient été reçus en paiement d'une participation dans la société que le membre a acquise après le 4 décembre 1985, conformément à une convention écrite conclue avant cette date—Pour obtenir gain de cause relativement au premier motif d'appel, l'appelante devait établir qu'elle était devenue membre de la société—La Partnership Act de l'Alberta ne permet pas au cessionnaire d'exploiter l'entreprise de la société, un élément essentiel pour quiconque souhaite se prévaloir de l'avantage de la majoration prévu à l'art. 98(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 98(5) ne s'applique qu'aux situations où un membre de la société continue d'exploiter à titre de propriétaire unique l'entreprise d'une société qui a cessé d'exister—L'appelante n'est jamais devenue membre d'une société—Pour obtenir gain de cause relativement au deuxième motif d'appel, l'appelante devait établir que les biens avaient été acquis par la société après le 4 décembre 1985 conformément à une convention écrite conclue avant cette date, et qu'elle avait reçu les biens en paiement d'une participation dans la société acquise conformément à une convention écrite conclue avant le 4 décembre 1985—L'expression «convention écrite» ne signifiait pas que la convention doit créer des «droits et obligations de nature contractuelle»—L'expression ne se limite pas à la convention de vente et d'achat—La société a acquis les biens après le 4 décembre 1985 conformément à une convention écrite—Il n'y avait aucune convention écrite entre l'appelante et Lone Rock en tant que commanditaire de la société, qui obligeait irrévocablement et irréversiblement l'appelante à acquérir la participation de Lone Rock dans la société avant le 4 décembre 1985—L'appelante ne pouvait se prévaloir des dispositions transitoires de la Loi de l'impôt sur le revenu—Elle avait le droit d'ajouter, le cas échéant, le coût des avoirs miniers à son compte de frais cumulatifs à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz—L'affaire est renvoyée à la Cour canadienne de l'impôt pour une détermination du coût, le cas échéant, que l'appelante a le droit d'ajouter à son compte de frais cumulatifs à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz relativement aux avoirs miniers canadiens qu'elle a reçus lors de la dissolution de Lone Rock Resources Limited Partnership—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 98(5)d) (abrogé par S.C. 1986, ch. 55, art. 26(4))—Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et une loi connexe, S.C. 1986, ch. 55, art. 26(5)—Partnership Act, R.S.A. 1980, ch. P-2.

BOW RIVER PIPE LINES LTD. c. CANADA (A-472-96, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 16-7-97, 35 p.)

Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a refusé d'enjoindre au ministère public de produire au préalable des documents, dans le cadre d'un appel contre l'établissement d'une nouvelle cotisation—Appel incident d'une ordonnance enjoignant de produire des décisions anticipées et des interprétations techniques—L'action qui

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

sous-tend la présente affaire porte sur le rejet, par le ministre, de la demande de déduction déposée par l'appelante aux termes des art. 85(5.1) et 69(5)d) pour une perte lui ayant été transférée d'une société apparentée—Appel rejeté—La Règle 82 des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale) prévoit que les parties peuvent être obligées à déposer une liste de tous les documents «qui portent» sur toute question en litige—L'expression «qui portent sur» exprime nécessairement un élément de pertinence, sinon les parties pourraient s'adonner à de longues et vaines «parties de pêche» qui n'atteindraient aucun objectif productif et ne feraient que gaspiller des ressources judiciaires—La Cour de l'impôt n'a jamais eu l'intention d'abandonner les principes bien établis qui prévoient un degré de pertinence relativement peu élevé à l'étape de l'interrogatoire préalable (par opposition au degré plus élevé en matière d'admission de preuve lors du procès)—L'approche de la Cour de l'impôt était celle qu'il convenait d'adopter pour évaluer les documents visés—Son analyse portant que ces documents, qui ne tendaient pas à établir des [TRADUCTION] «faits législatifs» mais plutôt des [TRADUCTION] «opinions d'auteurs», avaient un lien si ténu avec les questions litigieuses qu'ils ne pouvaient donner lieu à un champ d'enquête pouvant profiter à l'appelante nous semble parfaitement bien fondée—Appel incident accueilli en ce qui concerne les décisions anticipées, mais rejeté en ce qui concerne les interprétations techniques (le juge en chef Isaac est *dissident*)—La remise d'un avis aux contribuables auxquels les décisions anticipées et interprétations techniques ont été fournies n'était pas une condition préalable à la validité de l'appel—La Cour de l'impôt ayant ordonné expressément que les noms et autres données personnelles des contribuables soient effacés des documents à communiquer, il s'ensuit que ni l'ordonnance, ni l'appel n'a d'incidence sur les contribuables: il n'y a pas de confidentialité à abandonner et toutes les parties intéressées se trouvent devant la Cour—Les décisions par anticipation s'appliquent aux transactions projetées considérées en fonction de la situation particulière d'un contribuable—Les interprétations techniques portent le plus souvent sur des problèmes précis d'interprétation de mots, clauses ou phrases d'une disposition—Elles n'ont aucune force obligatoire en droit—On peut se servir des interprétations techniques, lesquelles sont relativement simples et concises, pour établir l'existence d'une certaine incohérence dans la façon dont le ministre interprète et applique la disposition, mais il serait presque impossible de faire cela à l'aide des décisions anticipées, vu les difficultés que présente l'établissement de similitudes entre des situations différentes et complexes—La pertinence potentielle des décisions anticipées est trop problématique et incertaine pour satisfaire à l'exigence de la Règle 82(1)—Le juge en chef Isaac (*dissident*): Ni les interprétations techniques, ni les décisions anticipées ne pouvaient aider l'appelante à étayer ses prétentions ou contredire celles de l'intimée—Les interprétations administratives peuvent à bon droit

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

être utilisées pour interpréter les lois—Elles peuvent éclairer le contexte, l'objectif et l'origine du texte législatif—Les notes de service ministérielles et les avis de fonctionnaires du Ministère ne reflètent pas l'intention qu'avait le Parlement en promulguant l'article en question—Les interprétations techniques et les décisions anticipées non publiées ne peuvent pas servir à interpréter convenablement une disposition législative—Les interprétations techniques rendues par un fonctionnaire du Ministère en réponse à des questions hypothétiques particulières soulevées par un contribuable ne servent pas à décrire la position du Ministère—Elles ne constituent pas des interprétations administratives pertinentes en ce qui concerne l'interprétation ou l'application d'une disposition législative à l'égard de la situation d'un autre contribuable—Les décisions par anticipation sont rendues, à titre indicatif, au profit d'un contribuable relativement à une transaction projetée particulière—Vu que le contribuable ne peut se fonder sur le traitement accordé à un autre contribuable pour établir son admissibilité à un avantage fiscal, le fait que des contribuables dans une situation similaire aient obtenu un traitement similaire n'est pas pertinent en ce qui concerne la prétention de l'appelante selon laquelle le ministre a commis une erreur en concluant que le transfert de perte de l'appelante relevait de l'art. 245(2)—Règle de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688, Règle 82 (mod. par DORS/93-96, art. 12)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 69(5)d), 85(5.1), 245(2).

OWEN HOLDINGS LTD. C. CANADA (A-542-96, juge en chef Isaac (*dissident*), juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 19-6-97, 17 p.)

INJONCTIONS

Demande visant à obtenir une injonction provisoire prescrivant à l'intimé d'annuler ou de suspendre l'avis de conformité délivré à Apotex Inc. à l'égard de la lovastatine—Il s'agit en l'espèce d'établir non pas le préjudice irréparable causé au public ou aux patients en cause, mais celui qui retombe sur Merck—L'injonction provisoire demandée n'est valide que pour dix jours et ne constitue pas une injonction interlocutoire dont l'effet se prolonge jusqu'à l'instruction de la cause—La requérante Merck doit prouver qu'elle subira, durant ces dix jours, un préjudice irréparable—Il n'est pas facile de répondre à ce critère—Il n'y a pas été satisfait—Le seuil de conformité au critère de la question sérieuse est très bas—Le seuil de conformité en matière de préjudice irréparable est très élevé—Une injonction est une mesure de réparation extraordinaire et elle est discrétionnaire—Requête rejetée.

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1273-97, juge Dubé, ordonnance en date du 2-7-97, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Appel de la décision par laquelle l'opposition formée par l'appelante à l'enregistrement projeté a été rejetée—L'appelante est la propriétaire de la marque de commerce «007 and Gun design», ainsi que d'autres marques associées à «James Bond», le personnage fictif que Ian Fleming a créé dans ses romans et qui a été adapté à l'écran—L'intimée cherche à faire enregistrer «007», «007 Pizza & Subs et dessin» et «007 Submarine et dessin» comme marques de commerce pour son entreprise de restauration—L'opposition est fondée sur: a) l'emploi antérieur; b) l'absence de caractère distinctif—Le registraire a conclu que les marques de commerce de l'intimée étaient distinctives et qu'elles ne créaient pas de la confusion, en raison de la différence qui existe entre les marchandises, les services et les commerces des parties—Il a également conclu que la preuve de l'appelante était insuffisante relativement à l'établissement de l'emploi au Canada de ses marques de commerce avant la date pertinente—L'appel est accueilli—Les éléments d'information supplémentaires déposés en appel constituent de nouveaux éléments de preuve importants qui sont pertinents aux questions litigieuses soumises au registraire, ce qui permet à la Cour de substituer son opinion à celle du registraire—L'intimée n'a pas droit à l'enregistrement: i) si les marques de commerce de l'appelante ont été employées au Canada avant que l'intimée n'emploie ses marques pour la première fois en 1989; (ii) si les marques de commerce des parties créent de la confusion—Les marques de commerce «James Bond 007 with Gun design» et «007» sont des marques de commerce qui ont été employées et révélées au Canada avant le premier emploi de l'intimée—On voit et l'on entend les marques de commerce dans des films—Les éléments de preuve concernant: i) la recette de soixante-dix millions de dollars réalisée avant 1987 à la suite de la distribution des 15 films mettant en vedette le personnage de James Bond, également connu sous le nom d'agent 007; ii) la diffusion des films à la télévision ou par la location de vidéocassettes; iii) la publicité créée par la presse écrite démontrent à la fois l'emploi et la reconnaissance générale des marques de commerce de l'appelante—En se concentrant sur l'un des critères énumérés à l'art. 6(5) pour déterminer si les marques de commerce créaient de la confusion, le registraire a adopté un point de vue trop étroit—Plus la marque est forte, plus étendue est la protection qui lui est accordée—Les marques de commerce de l'appelante sont fortes—Leur caractère distinctif inhérent est renforcé par la large reconnaissance dont elles bénéficient—Le premier emploi de l'intimée est relativement récent, tandis que le personnage de James Bond, l'agent 007, s'est fait bien connaître depuis 1962 dans la littérature et au cinéma—La publicité entourant les marques de commerce et leur emploi continue—Les risques de confusion sont susceptibles d'augmenter lorsqu'une des marques est forte et ce, même si les parties œuvrent dans des domaines différents—Dans chacune des trois demandes de

MARQUES DE COMMERCE—Fin

l'intimée, «007» est l'unique élément de ses marques de commerce ou l'élément introductif de celles-ci—L'intimée propose leur application à des articles de promotion qui coïncident en partie avec ceux qui sont énumérés dans l'enregistrement que l'appelante a fait de ses marques aux États-Unis—L'élément introductif et le son des marques de l'appelante ont un degré de ressemblance élevé avec les marques de commerce de l'intimée, notamment avec sa marque de commerce «007»—Compte tenu des critères énoncés à l'art. 6, l'emploi des marques de commerce des parties dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises ou les services liés à ces marques sont produits par la même personne—Il existe un risque élevé de confusion—Une marque de commerce «distinctive» est celle qui permet de distinguer véritablement les marchandises ou les services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires—L'intimée a adopté la marque 007 en étant au courant de l'emploi antérieur des marques de commerce de l'appelante—C'est de propos délibéré et non sans un certain rapport avec la célébrité dont jouit cette marque que l'intimée a choisi la marque 007—Le public ne ferait pas nécessairement la distinction, au sens de l'art. 2, entre, d'une part, la chaîne de restaurants «007» où se vendent des pizzas, des pâtes alimentaires et de grands sandwiches mixtes et, d'autre part, les marchandises et les services de l'appelante—Les marques de l'intimée ne sont pas distinctives—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, «distinctive», 6.

DANJAQ INC. C. ZIRVAS (T-937-96, T-938-96, T-939-96, juge Lutfy, jugements en date du 31-7-97, 11 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS
ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Interrogatoire préalable*

Requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à Sa Majesté de faire témoigner Edward A. Moore afin qu'il soit interrogé au préalable au sujet de questions relatives au pétrole et au gaz—Moore occupait un poste supérieur au sein des services chargés des ressources minérales indiennes de l'Ouest—Les demandeurs soutiennent que l'interrogatoire de Moore serait plus direct et efficace, compte tenu surtout du temps limité dont on dispose pour la tenue d'un interrogatoire préalable avant le procès et du fait que Eickmeier sera en vacances—La requête est rejetée—Sauf dans des circonstances très exceptionnelles, la Cour n'invoquera l'art. 465(4) actuel des Règles que si la personne désignée par Sa Majesté pour témoigner en son nom n'est pas en mesure de répondre de façon satisfaisante aux questions posées lors de l'interrogatoire préalable—De plus, sauf s'il existe des

PRATIQUE—Suite

éléments de preuve tendant à démontrer que la personne proposée pour remplacer le témoin désigné de Sa Majesté est disposée à le faire, qu'elle a la santé et la capacité pour le faire et est, en raison de son expérience, une personne que Sa Majesté ne peut raisonnablement refuser de voir témoigner, la Cour n'ordonnera pas à une personne déterminée de témoigner au nom de Sa Majesté—Les circonstances de la présente affaire ne sont pas exceptionnelles au point d'amener la Cour à ordonner à Sa Majesté de faire témoigner en son nom Moore lors de l'interrogatoire préalable mené par les demandeurs—Eickmeier n'est pas inhabile à témoigner—Rien ne me permet de conclure que Moore, qui est âgé de 75 ans, est disposé à agir comme témoin de Sa Majesté à la reprise de l'interrogatoire préalable ou que, s'il est disposé à le faire, que Sa Majesté a confiance en sa capacité de continuer à agir comme témoin—La Cour enjoint aux demandeurs d'envisager sérieusement la possibilité de désigner Moore comme témoin supplémentaire pouvant témoigner pour le compte de Sa Majesté à certaines conditions, à savoir que les questions destinées à Moore se limitent aux questions dont on peut raisonnablement prévoir qu'il a eu connaissance compte tenu des fonctions de haute direction qu'il a exercées entre 1965 et 1981, et que ces questions ne soient pas semblables ou qu'elles ne visent pas un objectif semblable aux questions qui ont déjà été posées à Eickmeier et auxquelles il a déjà répondu ou s'est engagé à répondre—Sa Majesté devra informer la Cour et l'avocat des demandeurs de la suite qu'elle a donnée à la directive qui lui est donnée—Il n'y a rien qui empêche de désigner plusieurs témoins—Aucun témoin ne pourrait témoigner sur le fondement de ses expériences et connaissances personnelles au sujet d'événements survenus sur une période de 50 ans—La présente affaire est inusitée et elle justifie que Sa Majesté envisage de façon inhabituelle les responsabilités qu'elle a envers les demandeurs, les Premières Nations, notamment la responsabilité qu'elle a de faciliter la procédure, y compris l'enquête préalable, pour permettre que les questions soulevées par les demandeurs soient instruites aussi rapidement et équitablement que possible—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 465(4) (mod. par DORS/90-846, art. 15.).

BANDE INDIENNE D'ERMINESKIN C. CANADA
(T-1254-92, juge MacKay, ordonnance en date du
26-8-97, 6 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Demande de frais découlant de l'exécution d'une ordonnance Anton Piller, requête en injonction interlocutoire—Les défendeurs ont expédié et vendu à l'étranger du Coca-Cola fabriqué au Canada pour le marché canadien alors qu'ils n'étaient titulaires d'aucune licence leur permettant de faire des affaires relatives à ce produit—Les demanderesses ont affirmé qu'il s'agissait d'une affaire particulière justifiant

PRATIQUE—Suite

l'adjudication des frais à un stade interlocutoire pour les raisons suivantes: (1) les frais entraînés par l'instance préliminaire, les frais des avocats, les débours engagés afin de payer les services d'enquêteurs retenus pour recueillir des éléments de preuve permettant d'introduire l'action et, enfin, la présente instance étaient très importants (plus de 100 000 \$)—Enquête longue et coûts initiaux élevés rendus nécessaires à cause de la façon dont les affaires des défendeurs sont organisées—Entreprise située dans la résidence d'une des parties défenderesses nommées, mais impossibilité d'obtenir facilement une adresse commerciale pour cet endroit par le biais de sources publiques—On allègue que la plus grande partie des activités des défendeurs était exercée clandestinement, en ce sens que ces derniers n'étaient pas prêts à annoncer ou à reconnaître leur entreprise de la manière habituelle au sein des milieux d'affaires canadiens; pourtant, à la lumière des documents saisis sous le régime de l'ordonnance Anton Piller, les demanderesses ont estimé que les ventes réalisées par les défendeurs en 1995 atteignaient environ 6 millions de dollars—La défense a été radiée pour l'essentiel; aucune défense modifiée n'a été déposée—Selon les demanderesses, les défendeurs n'ayant présenté au tribunal aucune observation quant au bien-fondé de l'action ni aucune preuve par affidavit laissant croire à l'existence d'un argument susceptible d'étayer la légitimité de leurs activités commerciales, l'action en cause ne pouvait aller plus loin; elle semblait en effet avoir été tranchée par l'injonction interlocutoire—Les demanderesses n'ont pas demandé de frais sur la base procureur-client—Elles ont demandé que les frais soient fixés à 30 000 \$ entre parties et que les débours (qui s'élèveraient à plus de 40 000 \$ hors taxes) engagés afin de payer les services des enquêteurs retenus pour permettre l'exécution de l'ordonnance Anton Piller soient adjugés à ce stade de l'instance—Il s'agissait de déterminer si, à la lumière des circonstances de l'affaire, le succès obtenu jusqu'alors par les demanderesses dans le cadre de la procédure interlocutoire justifiait l'adjudication des frais—Bien qu'il ne soit apparemment assujéti à aucune restriction aux termes de la Règle 344, le pouvoir discrétionnaire de la Cour en ce qui concerne les dépens doit être exercé suivant les principes judiciaires—Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 344 est assez large pour comprendre, dans les cas appropriés, le pouvoir d'ordonner le paiement d'une garantie pour les dépens à un stade interlocutoire, mais uniquement dans des situations exceptionnelles—À moins de circonstances particulières, les frais ne sont habituellement pas examinés, et ils sont rarement adjugés, dans le cadre d'une procédure interlocutoire antérieure à l'instruction—À cette étape, on considère généralement que les dépens suivent l'issue de l'instance et qu'ils seront fixés par le juge présidant l'instruction au terme de celle-ci (*Thurston Hayes Developments Ltd. et al. c. Horn Abbot Ltd. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 124 (C.A.F.))—Dans les circonstances bien particulières de certaines espèces, la Cour a proposé des facteurs exceptionnels susceptibles de justifier l'adjudication de frais à la suite

PRATIQUE—Suite

d'une procédure interlocutoire antérieure à l'instruction—L'omission des défendeurs de présenter une défense à l'action, alors que les demandresses n'ont pris aucune mesure concrète pour les pousser à se préparer en vue de l'instruction, ne constitue guère un fondement pour adjuger des frais à ce stade de l'instance—On allègue que les défendeurs se sont livrés, au Canada, à des activités correspondant à ce qu'on appelle la «commercialisation parallèle» à l'étranger—À la lumière de l'arrêt *Smith & Nephew Inc. c. Glen Oak Inc.*, [1996] 3 C.F. 565 (C.A.), où la Cour avait à se prononcer sur la présumée commercialisation parallèle au Canada de marchandises en provenance de l'étranger et portant les marques d'un titulaire de marques de commerce, la question de savoir si cet acte constitue une violation aux termes de la Loi sur les marques de commerce pourrait être une question sérieuse à trancher lors de l'instruction—Les circonstances en l'espèce ne justifiaient pas la prise de la mesure exceptionnelle que constituerait l'adjudication des frais à ce stade de l'instance compte tenu de l'existence de questions sérieuses à trancher—Demande rejetée.

COCA-COLA LTD. C. PARDHAN (T-2685-95, juge MacKay, ordonnance en date du 8-7-97, 15 p.)

Taxation du mémoire de frais de l'appelante sur la base entre parties dans une action en contrefaçon de brevet—Une augmentation de frais a été accordée en raison de la complexité de l'affaire (diffraction X, résonance magnétique nucléaire, spectroscopie infrarouge et calorimétrie à compensation de puissance—La preuve déposée en l'espèce à l'appui de la taxation manque-t-elle de détails suffisants (reçus particuliers non inclus, mais des copies de ces reçus fournies à l'intimé sur demande) pour permettre à l'officier taxateur d'accorder une somme pour les débours réclamés?—Joindre des copies de notes, de factures, de pièces justificatives et d'autres documents justificatifs à un affidavit à l'appui d'un mémoire de frais pourrait très bien se révéler la meilleure façon d'étayer ce mémoire de frais, mais cela n'est pas nécessaire dans tous les cas—La preuve absolue des débours n'est pas exigée d'une partie dont le mémoire de frais est taxé—Le Tarif B des Règles de la Cour fédérale exige que les débours soient justifiés par une preuve suffisante et non par une preuve irréfutable—La partie dont le mémoire est taxé doit convaincre, selon la prépondérance des probabilités et non indubitablement, l'officier taxateur de la nécessité et du caractère raisonnable des dépenses réclamées—Un affidavit contenant une déclaration générale ne suffit certainement pas à convaincre, à quelque niveau de preuve que ce soit, l'officier taxateur—Un affidavit semblable à celui versé au dossier de l'espèce auquel sont jointes de façon générale des annexes de débours peut se révéler suffisant—Il en est particulièrement ainsi si cette preuve est accompagnée, complétée par de véritables copies de factures qui ont été envoyées au client (en l'espèce, ces copies ont été produites à l'audition de la taxation), et suivie d'explications suffisantes de la part de la partie dont le mémoire est

PRATIQUE—Suite

taxé—Le mémoire de frais de 21 536,63 \$ présenté par l'appelante est taxé et accueilli pour la somme de 18 846,05 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Tarif B.

ALLIEDSIGNAL INC. C. DU PONT CANADA INC. (A-660-93, officier taxateur Reinhardt, ordonnance en date du 16-7-97, 18 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Requête présentée en vertu des Règles 319 et 1733 en vue de faire annuler les ordonnances rendues par le juge McGillis les 14 novembre 1996 et 14 février 1997—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande de statut de réfugié des requérants au motif qu'ils n'étaient pas crédibles—Vu le défaut des requérants de se conformer au délai qu'elle leur avait fixé, le juge McGillis a rejeté leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire—Les requérants prétendent avoir appris, postérieurement aux ordonnances rendues par le juge McGillis, que leur ancien procureur, M^e Karpishka, avait été négligent et avait commis des erreurs relativement aux procédures qu'il avait introduites—Ils prétendent également avoir appris, postérieurement aux ordonnances rendues par le juge McGillis, que le témoignage d'un témoin-expert sur la situation des minorités au Kazakhstan avait été déposé en preuve devant le tribunal—Un requérant doit démontrer, pour satisfaire aux exigences de la Règle 1733, qu'il n'a pris connaissance des nouveaux faits invoqués que postérieurement aux décisions dont il cherche l'annulation, que diligence raisonnable n'aurait pu permettre la découverte de ces faits plus tôt et que ces faits sont de nature telle que s'ils avaient été portés à la connaissance de la Cour, les jugements rendus auraient probablement été différents—La découverte de la négligence de M^e Karpishka ne constitue pas des «faits survenus postérieurement à ce jugement ou à cette ordonnance ou qui ont été découverts par la suite», donnant ouverture à l'annulation des jugements attaqués: *Moutisheva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 24 Imm. L.R. (2d) 212 (C.A.F.)—Lors de l'audience du 20 novembre 1995, les requérants étaient représentés par une nouvelle avocate—La preuve de l'expert a été déposée à l'audience en présence des requérants et de leur avocate—Les requérants ne peuvent prétendre que le témoignage de l'expert a été versé au dossier durant l'audience hors de leur connaissance—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 319, 1733.

SKOROKHODOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2992-96, juge Nadon, ordonnance en date du 27-6-97, 12 p.)

PRATIQUE—Suite

PARTIES

Intervention

Demande présentée par l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) en vue d'intervenir dans une action intentée contre l'université Memorial de Terre-Neuve pour empêcher l'université Memorial d'employer les mots «ingénieur» et «ingénierie», sauf en liaison avec sa faculté de génie et de sciences appliquées—L'université Memorial offre un programme non accrédité qui permet aux diplômés d'être accrédités comme ingénieurs—Le même point litigieux oppose les demandeurs et d'autres universités—La demande est rejetée—L'AUCC ne respecte pas les trois conditions nécessaires pour justifier une intervention qui ont été posés dans le jugement *Fédération canadienne de la faune c. Canada* (1989), 26 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.)—On ne sait pas avec certitude quelle incidence le présent procès aura sur les droits de l'AUCC ou de ses universités membres—L'issue du présent procès n'aura aucune incidence juridique sur la terminologie employée par d'autres universités dans les cours qu'elles offrent—Tant que le CCI n'engagera pas d'action en justice contre elles, les autres universités peuvent continuer à agir à leur guise peu importe l'issue du présent procès—L'AUCC n'a pas démontré en quoi elle fera valoir un point de vue différent de celui de l'université Memorial dans le présent procès—La célérité et l'équité sont au cœur des conditions que les intervenants proposés doivent respecter—Lorsque le procès ne porte pas atteinte aux droits des intervenants et qu'il n'est pas établi que ceux-ci peuvent apporter un nouveau point de vue en ce qui concerne les questions en litige, la Cour ne peut se permettre de s'enliser dans un procès comptant une multitude de participants—L'ajout de participants complique presque inévitablement le procès et entraîne des délais et des frais supplémentaires—L'AUCC ne peut lier les universités membres—Lorsqu'il n'est pas déraisonnable pour les membres d'une association de chercher à obtenir la qualité pour agir de leur propre chef, cette façon de procéder doit être sérieusement envisagée—Compte tenu du fait que les autres universités membres de l'AUCC ne seraient pas liées par la décision qui sera rendue dans la présente action, le fait de permettre à l'Association d'intervenir ne diminuerait pas le nombre de procès—Une décision défavorable à l'université Memorial pourrait quand même amener d'autres universités à continuer à faire ce que notre Cour pourrait interdire à l'université Memorial de faire et à invoquer de nouveaux moyens de défense dans de nouveaux procès.

CONSEIL CANADIEN DES INGÉNIEURS C. MEMORIAL UNIVERSITY OF NEWFOUNDLAND (T-1164-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 5-8-97, 5 p.)

REJET DES PROCÉDURES

Défaut de poursuivre

Retard inexplicé de six ans de la part de la demanderesse qui n'a manifestement aucune intention de poursuivre

PRATIQUE—Suite

l'action—Bien qu'ayant été dûment avisée, la demanderesse n'a fait aucun cas de la présente requête—Application du critère en trois volets en matière de radiation, établi dans l'arrêt *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.), et approuvé dans *Birkett v. James*, [1978] A.C. 297 (H.L.)—(1) Retard excessif—(2) Aucune excuse fournie—(3) La défenderesse n'a subi aucun préjudice hormis le préjudice inhérent à l'écoulement du temps—L'application stricte du critère est souvent source d'injustice car le défendeur peut être incapable d'établir le préjudice malgré le passage des ans—Dans *Grovit v. Doctor*, [1997] 1 W.L.R. 640 (H.L.), le juge de première instance, qui avait conclu à l'existence d'un certain préjudice, a radié l'action en diffamation après une inaction de deux ans de la partie demanderesse, vu l'absence d'intérêt de cette dernière dans la poursuite de l'action—Il a qualifié d'«intolérable» le fait qu'un demandeur engage une action sans avoir l'intention d'y donner suite—La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, mais elle a conclu que le retard découlant d'un abus de procédures constituait en soi un préjudice—La Chambre des lords a critiqué le volet «préjudice grave» du critère, disant qu'il minait le pouvoir de la Cour de radier une procédure comme sanction du retard, et conduisait ainsi à la prolongation des litiges, et elle a souligné le caractère trop étroit de la définition de préjudice—La Chambre des lords a fait ressortir la nécessité de modifier la règle, disant que les principes énoncés dans *Birkett v. James* ne permettaient pas de s'attaquer efficacement à la question des retards parce qu'insatisfaisants, inadéquats et trop peu sévères—La Chambre des lords a évité d'appliquer le volet «préjudice» en concluant qu'il n'était pas nécessaire, dans les cas d'abus de procédures, d'établir le préjudice pour faire rejeter une action pour défaut de poursuivre, et qu'en l'espèce l'inaction de la partie demanderesse pendant deux ans constituait un abus de procédures—La preuve de l'inaction du demandeur peut étayer la demande de rejet pour défaut de poursuivre, mais s'il y a abus de procédures, il n'est pas nécessaire d'établir le défaut de poursuivre—La Chambre des lords a laissé en suspens la question de savoir si une action peut être rejetée pour défaut de poursuivre dans le cas où la preuve ne satisfait pas au critère traditionnel—Action radiée pour cause de retard excessif de la demanderesse qui non seulement ne fournit aucune excuse mais ne démontre également aucun intérêt.

UNIVERSAL GRAPHICS LTD. C. CANADA (T-2455-91, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 18-8-97, 6 p.)

RENVOIS

Requête visant à faire rejeter la demande de renvoi déposée par le Commissaire aux langues officielles du Canada ainsi que la demande de directives déposée le même jour—Du 1^{er} janvier 1996 jusqu'au 19 mars 1997, le Commissaire a reçu 63 nouvelles plaintes concernant les obligations linguistiques des transporteurs régionaux d'Air Canada—Il ne pourra faire de recommandations à l'égard

PRATIQUE—Suite

des obligations linguistiques prévues à la Loi sur les langues officielles tant et aussi longtemps qu'Air Canada continuera à nier l'assujettissement de ses transporteurs régionaux—Il conclut à la nécessité de formuler une demande de renvoi auprès de la Cour fédérale du Canada, Section de première instance, en vertu de l'art. 18.3(1) de la Loi sur la Cour fédérale—Cette procédure de renvoi tient davantage de la nature d'un recours institué au moyen d'une requête introductive d'instance que d'une action—Elle doit être jugée sommairement—Il ne serait pas approprié de rejeter sommairement la demande de renvoi du Commissaire à ce stade, sauf s'il s'agit en l'espèce d'un cas exceptionnel où il est

PRATIQUE—Fin

manifeste que la procédure attaquée est mal fondée—Les critères établis par la Cour d'appel fédérale à l'égard des demandes de renvoi sont satisfaits—L'art. 18.3 s'applique à toute entité répondant à la définition d'«office fédéral»—Il ne s'agit pas d'une demande de renvoi manifestement irrégulière—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

CANADA (COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES)
(RE) (T-541-97, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 9-7-97, 8 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to.

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9