



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 1, Part 2**

**2006, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2006] 1 F.C.R., 187-392**

**Renvoi [2006] 1 R.C.F., 187-392**

---



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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.  
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2006.

*The following added value features in the Federal Courts 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 Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone (613) 992-2899.*

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.  
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, dont le commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.*

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

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

*Subscribers who receive the Federal Courts 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 Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

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

## CONTENTS

Judgments .....	187-392
Digests .....	D-15

<b>AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.) .....</b>	<b>297</b>
--	------------

Patents—Practice—Appeal from F.C. order dismissing applications for judicial review of Minister of Health's decision to issue notice of compliance (NOC) to Apotex—NOC issued without Apotex addressing AstraZeneca's 2284470 ('470), 2186037 ('037) patents listed in respect of "Losec" 20 mg omeprazole capsules ("Losec" capsules)—"Losec" capsules marketed in Canada from 1989 to 1996—NOC issued June 4, 1999 for '470, '037 patents, which claim new therapeutic use for omeprazole, and patents added to Patent Register in 2002, 2003—Because "Losec" capsules not marketed pursuant to specific NOC in respect of which patents listed, Minister issuing NOC to Apotex without requiring that it, or anyone, address '470, '037 patents—Applications Judge holding not possible for generic drug to be compared to drug not available on Canadian market—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations), s. 5(1), which refers to other drug marketed in Canada pursuant to NOC issued to first person, not referring to

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

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

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

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>*

## SOMMAIRE

Jugements .....	187-392
Fiches analytiques .....	F-19

<b>AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.) .....</b>	<b>297</b>
--	------------

Brevets—Pratique—Appel d'une ordonnance par laquelle la C.F. a rejeté les demandes de contrôle judiciaire visant la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex—L'AC a été délivré sans qu'Apotex ait eu à traiter des brevets n<sup>os</sup> 2284470 ('470) et 2186037 ('037) d'AstraZeneca inscrits à l'égard des gélules d'oméprazole « Losec » en doses de 20 mg (gélules « Losec »)—Les gélules « Losec » ont été commercialisées au Canada de 1989 à 1996—Le 4 juin 1999, un AC a été délivré à l'égard des brevets '470 et '037, qui revendiquent une nouvelle utilisation thérapeutique pour l'oméprazole, et les brevets ont été ajoutés au registre des brevets en 2002 et en 2003—Parce que les gélules « Losec » n'avaient pas été commercialisées aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel les brevets avaient été inscrits, le ministre a délivré un AC à Apotex sans exiger que celle-ci ou quiconque traite des brevets '470 et '037—Le juge saisi des demandes a conclu qu'un médicament générique ne peut être comparé à un médicament qui n'est pas

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

particular notice of compliance—Apotex required to address '470, '037 patents—"Losec" capsules marketed in Canada from 1989 to 1996, not becoming new drug for purposes of NOC Regulations when approved for new use—Food and Drug Regulations not requiring new use, once approved, be followed by immediate marketing—Appeal allowed—Per Sharlow J.A. (dissenting): Marketing question in NOC Regulations, s. 5(1) intended to refer to marketing pursuant to specific NOC in respect of which '470, '037 patents listed—As 'Losec" capsules never marketed pursuant to that NOC, Apotex not required to address those patents.

Construction of Statutes—Interpretation of "that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted" in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)—Marketing requirement linked to "other drug", not to "notice of compliance"—French text, unlike English text, not gender neutral, necessarily referring to "other drug"—Language chosen by drafters indicating without any possible ambiguity that link is to drug.

### **Cosgrove v. Canadian Judicial Council (F.C.) . . . . 327**

Judges and Courts—Judicial accountability—Judicial review of Canadian Judicial Council (CJC) Inquiry Committee decision rejecting applicant's challenge of constitutional validity of Judges Act, s. 63(1)—Challenge brought after Attorney General of Ontario (AGO) requesting, pursuant to s. 63(1), inquiry be held into applicant's conduct to determine whether removal from office warranted—Tension between public interest in judicial accountability, judicial independence—Issue whether s. 63(1), which allows Minister of Justice, provincial AGs to bypass CJC's usual complaints screening process, reasonable means of ensuring judicial accountability,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

offert en vente sur le marché canadien—L'art. 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement relatif aux AC), qui vise une autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un AC délivré à la première personne, ne fait aucunement mention d'un avis de conformité particulier—Apotex devait traiter des brevets '470 et '037—Les gélules « Losec » commercialisées au Canada de 1989 à 1996, lorsqu'elles sont approuvées en vue d'une nouvelle utilisation, ne deviennent pas une drogue nouvelle pour les besoins du Règlement relatif aux AC—Le Règlement sur les aliments et drogues n'exige pas qu'une nouvelle utilisation, une fois approuvée, soit suivie d'une commercialisation immédiate—Appel accueilli—La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente) : La commercialisation dont il est question à l'art. 5(1) du Règlement relatif aux AC vise les activités de commercialisation réalisées aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits—Comme les gélules « Losec » n'ont jamais été commercialisées aux termes de cet AC, Apotex n'était pas tenue de traiter de ces brevets.

Interprétation des lois—Interprétation de la phrase « cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise » contenue dans l'art. 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—La condition de commercialisation est liée à l'« autre drogue », et non à l'« avis de conformité »—La version française, contrairement à la version anglaise, n'est pas présentée sous une forme neutre, et renvoie nécessairement à l'« autre drogue »—Le langage choisi par les rédacteurs indique sans aucune ambiguïté possible que le lien est fait avec le médicament.

### **Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature (C.F.) . . . . . 327**

Juges et tribunaux—Responsabilité de la magistrature—Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature (CCM) avait rejeté la contestation par le demandeur de la validité constitutionnelle de l'art. 63(1) de la Loi sur les juges—La contestation avait été formulée après que le procureur général de l'Ontario (PGO) eut demandé, en vertu de l'art. 63(1), l'ouverture d'une enquête sur la conduite du demandeur en vue d'établir s'il y avait lieu de le révoquer—Il existe une tension, sous le rapport de l'intérêt public, entre la responsabilité et l'indépendance de la magistrature—La question en litige était

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

or impermissible infringement of independence of judiciary—S. 63(1) creating perception in mind of reasonable, informed person that judges could feel intimidated in discharge of duties because of potential for political interference—Procedural safeguards in inquiry, CJC processes not addressing concern created by unfettered right of provincial AGs, Minister to subject judge to inquiry—Presumed good faith of AGs not sufficient guarantee of judicial independence—S. 63(1) creating reasonable apprehension that power to request inquiry could be used to punish judges whose decisions displeasing government—Unlike s. 63(2), s. 63(1) not providing sufficient insulation against apprehension of undue influence by Minister, provincial AGs—Power conferred on provincial AGs by s. 63(1) not necessary as complaint made under s. 63(2) would result in inquiry if judicial misconduct serious enough to potentially warrant removal—In any event, other remedies available to provincial AGs, Minister if CJC deciding not to hold inquiry—S. 63(1) thus invalid as relates to provincial AGs—Application allowed.

Constitutional Law—Fundamental Principles—Judicial independence—Whether Judges Act, s. 63(1), which requires that CJC, at request of federal Minister of Justice or provincial attorneys general, inquire into judge's conduct, infringing constitutionally protected independence of judiciary—Question to be asked is what would informed person, viewing matter realistically, and practically, and having thought matter through, conclude?—Judicial independence principle must be balanced against judicial accountability principle—Issue thus whether Act, s. 63(1) reasonable means of ensuring judicial accountability, or impermissible infringement of independence of judiciary—Little or no public interest served by conferring special power on provincial attorneys general to compel CJC inquiry, thus little to outweigh threat to judicial independence posed by Act, s. 63(1)—That section infringing principle of judicial independence.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de savoir si l'art. 63(1), qui dispense le ministre de la Justice et les PG des provinces du processus habituel d'examen préliminaire des plaintes suivi au CCM, constitue un moyen raisonnable de responsabiliser les magistrats ou porte atteinte de manière inadmissible à l'indépendance de la magistrature—L'art. 63(1) fait craindre à la personne raisonnable et bien informée que les juges ne puissent être intimidés dans l'exercice de leurs fonctions par la possibilité d'une ingérence politique—Les garanties de procédure des processus d'enquête et autres du CCM ne dissipent pas l'inquiétude créée par le droit inconditionnel des PG des provinces et du ministre à soumettre un juge à une enquête—La présomption de bonne foi des PG ne suffit pas à garantir l'indépendance de la magistrature—L'art. 63(1) fait raisonnablement craindre que le pouvoir de demander l'ouverture d'une enquête ne puisse être utilisé pour sanctionner les juges dont les décisions mécontentent le gouvernement—Contrairement à l'art. 63(2), l'art. 63(1) ne suffit pas à écarter la crainte que le ministre ou les PG provinciaux ne soient en mesure d'exercer une influence illégitime—Le pouvoir que confère l'art. 63(1) aux PG des provinces n'est pas nécessaire, puisque la plainte formée sous le régime de l'art. 63(2) donnerait lieu à une enquête dans le cas où la faute reprochée au juge serait assez grave, si elle était établie, pour justifier sa révocation—Quoi qu'il en soit, les PG des provinces et le ministre auraient d'autres recours si le CCM décidait de ne pas ouvrir d'enquête—L'art. 63(1) est donc invalide pour ce qui concerne les PG des provinces—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Indépendance de la magistrature—Il s'agissait de savoir si l'art. 63(1) de la Loi sur les juges, qui dispose que le CCM doit mener toute enquête que lui confie le ministre fédéral de la Justice ou le procureur général d'une province sur la conduite d'un juge, porte atteinte à l'indépendance, garantie par la Constitution, de la magistrature—Il faut se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique—Le principe de l'indépendance de la magistrature doit être mis en balance avec le principe de la responsabilité judiciaire—La question est donc de savoir si l'art. 63(1) de la Loi constitue un moyen raisonnable de responsabiliser la magistrature ou au contraire porte atteinte de manière inadmissible à son indépendance—Comme l'octroi aux procureurs généraux des provinces du pouvoir spécial d'obliger le CCM à enquêter ne répond pas, ou guère, à un besoin d'ordre public, il n'y a pas grand-chose pour contrebalancer la menace que représente l'art. 63(1) pour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Whether Judges Act, s. 63(1) violating applicant's freedom of expression, contrary to Charter, s. 2(b)—Charter shield for benefit of individuals, not legislative, judicial branches in exercise of their powers, functions—Act, s. 63(1) not detracting from judge's freedom of expression, but preventing misuse of judicial power.

### **Early Recovered Resources Inc. v. British Columbia (F.C.)** ..... 187

Constitutional Law—Distribution of Powers—Plaintiff challenging constitutional validity of British Columbia statute relating to salvage of adrift, unmarked logs in navigable waters—Source, ownership of logs not determined—Scheme for recovering, salvaging logs embodied in Forest Act, Part 9, associated Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District—Validity of provincial legislation decided by pith and substance analysis—Impugned provisions not, in pith and substance, related to federal jurisdiction over navigation, shipping under Constitution Act, 1867, s. 91(1)—Integral part of seamless provincial resource management scheme—Doctrine of interjurisdictional immunity not coming into play unless impugned provisions go to core of federal power—Impugned provisions part of valid provincial legislative scheme, sufficiently integrated with latter to render them *intra vires* Province under Constitution Act, 1867, s. 92(5), (10), (13), (16)—Impact on federal matter merely incidental.

Maritime Law—Salvage—Plaintiff recovering 65 floating logs from Fraser River in Vancouver Log Salvage District, 17 of which having no visible timber marks—Constitutional validity, applicability, effect of British Columbia Forest Act, Part 9 and associated Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District at issue—Application of doctrines of pith and substance, interjurisdictional immunity—Impugned provisions

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'indépendance de la magistrature—Cette disposition enfreint le principe de l'indépendance de la magistrature.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Il s'agissait de savoir si l'art. 63(1) de la Loi sur les juges portait atteinte à la liberté d'expression du demandeur, en violation de l'art. 2b) de la Charte—La Charte est conçue pour protéger les personnes physiques, et non les pouvoirs législatif ou judiciaire dans l'exercice de leurs attributions—L'art. 63(1) de la Loi n'a pas pour objet de porter atteinte à la liberté d'expression des juges, mais de prévenir l'abus du pouvoir judiciaire.

### **Early Recovered Resources Inc. c. Colombie-Britannique (C.F.)** ..... 187

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—La demanderesse contestait la constitutionnalité d'une loi de la Colombie-Britannique concernant la récupération de billots non marqués flottants à la dérive dans des eaux navigables—La provenance et la propriété des billots ne pouvaient être déterminées—Le régime provincial de récupération et de sauvetage des billots est contenu à la partie 9 de la Forest Act et de son règlement d'application, le Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District—La constitutionnalité de la loi provinciale est jugée à la lumière de l'analyse de son caractère véritable—Les dispositions contestées ne se rapportent pas essentiellement à la navigation et aux bâtiments et navires, matières relevant de la compétence fédérale en vertu de l'art. 91(1) de la Loi constitutionnelle de 1867—Elles font partie intégrante d'un régime provincial intégré de gestion des ressources—Le principe de l'exclusivité des compétences ne joue que si les dispositions contestées touchent un aspect essentiel de la compétence fédérale—Les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide et sont suffisamment intégrées à ce régime pour qu'on puisse conclure qu'elles relèvent de la compétence de la province en vertu de l'art. 92(5), (10), (13) et (16) de la Loi constitutionnelle de 1867—Les effets sur des domaines de compétence fédérale ne sont qu'accessoirs.

Droit maritime—Sauvetage—La demanderesse a récupéré 65 billots flottants dans le fleuve Fraser dans la zone de récupération de billots de Vancouver; sur ces 65 billots, 17 ne portaient aucune marque de bois visible—Constitutionnalité, applicabilité et effet de la partie 9 de la Forest Act de la Colombie-Britannique et de son règlement d'application, le Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

not in pith and substance related to navigation, shipping (within federal sphere of competence)—Integral part of seamless provincial resource management scheme—Recovery of logs matter of local, private nature within meaning of Constitution Act, 1867, s. 92(10).

Maritime Law—Creditors and Debtors—Plaintiff claiming compensation for 17 NMV (no mark visible) logs pursuant to International Convention on Salvage, 1989 incorporated into Canadian domestic law by Canada Shipping Act—Source, ownership of logs not determined—Logs not “identifiable” within meaning of provincial Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District as *indicia* of ownership absent—Proceeds of disposition of logs dealt with differently under Regulation depending upon whether log identifiable or not—Province having lien interest in unidentifiable logs to ensure stumpage paid—Regulation recognizing residual equity in NMV logs as belonging to parties other than Province—Unclear whether Province had sufficient ownership interest in logs to form basis for claim under Convention, Art. 13.

Construction of Statutes—International Convention on Salvage, 1989 incorporated into Canadian domestic law by Canada Shipping Act—Whether intruding on valid exercise of provincial jurisdiction over property and civil rights, management and sale of timber—Under Convention, Art. 1, “property” meaning property not permanently and intentionally attached to the shoreline and including freight at risk—Whether 17 NMV (no mark visible) logs found adrift in Fraser River from no identifiable source, owner could be considered “property” under Convention—Province having kind of lien interest against logs recovered in waters inside, adjacent to British Columbia until charges set out in regulations paid—Burden of establishing Convention unconstitutional as beyond legislative competence of Parliament resting with Province—No reason why logs not falling within expanded “property” definition of Convention, even though entitlement to payment in accordance with Convention not clearly established—To extent Canada Shipping Act, Convention purporting to regulate recovery, sale, distribution of NMV logs, *ultra vires* because infringe

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

District—Application des principes du caractère véritable et de l'exclusivité des compétences—Les dispositions contestées ne portent pas essentiellement sur la navigation et les bâtiments et navires (qui relèvent de la compétence fédérale)—Elles font partie intégrante d'un régime provincial intégré de gestion des ressources—La récupération de billots constitue une activité de nature privée ou locale au sens de l'art. 92(10) de la Loi constitutionnelle de 1867.

Droit maritime—Créanciers et débiteurs—La demanderesse réclamait une indemnité pour 17 billots non marqués conformément à la Convention internationale de 1989 sur l'assistance incorporée au droit interne canadien par le biais de la Loi sur la marine marchande—La provenance et la propriété des billots ne pouvaient être déterminées—Les billots ne sont pas « identifiables » au sens du Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District parce que les indices de la propriété étaient absents—En vertu du Règlement, le sort du produit de la disposition est différent selon que le billot est identifiable ou non—La province a un privilège sur les billots non identifiables pour garantir le paiement des droits de coupe—Le Log Salvage Regulation reconnaît à d'autres personnes que la province une certaine propriété résiduelle dans les billots non marqués—On ne sait pas avec certitude si la province avait un droit de propriété suffisant sur les billots non marqués pour ouvrir droit à une réclamation fondée sur l'art. 13 de la Convention.

Interprétation des lois—La Convention internationale de 1989 sur l'assistance a été incorporée au droit interne canadien par la Loi sur la marine marchande—Y a-t-il empiètement sur l'exercice valide de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils et l'administration et la vente du bois?—L'art. premier de la Convention définit le mot « bien » comme tout bien qui n'est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral et comprend le fret en risque—Il s'agissait de savoir si les 17 billots non marqués trouvés flottant à la dérive dans le fleuve Fraser et dont on ne peut identifier ni la provenance ni le propriétaire peuvent être considérés comme des « biens » au sens de la Convention—La province a une sorte de privilège sur les billots non marqués récupérés dans les eaux intérieures et contiguës de la Colombie-Britannique jusqu'à ce que les frais prescrits par règlement aient été acquittés—Il incombe à la province de faire la preuve de l'inconstitutionnalité de la Convention au motif que celle-ci excède la compétence législative du Parlement—Il n'y a aucune raison pour laquelle les billots ne répondraient pas à la définition élargie que la Convention donne du mot

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

provincial jurisdiction.

### **Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.)** ..... 379

Access to Information—Appeal from Federal Court decision ruling documents in question meeting exemption criteria under Access to Information Act, s. 20(1)(b) because information reflected therein not falling “as such” within public domain—Also ruling reviewers’ notes, correspondence between parties should not have been communicated under s. 20(1)(b) because written in response to respondent’s request—Once information within public domain, information no longer confidential even if in different form—Form in which information presented cannot preclude disclosure thereof—Information in reviewers’ notes reflecting information not emanating from respondent—Fact notes written pursuant to respondent’s request not affecting situation—Appeal allowed.

### **Savanna Energy Services Corp. v. Technicoil Corp. (F.C.)** ..... 383

Practice—Parties—Joinder—Appeal from Prothonotary’s order granting leave to add six defendants to statement of claim and to claim damages—Statement of claim alleging patent infringement—Before defence filed, amended statement of claim filed with leave naming new defendants—Alleging defendant Nabors Canada LP, acting in concert with new defendants—No supporting affidavit setting out facts allowing court to determine whether presence necessary accompanying amended statement—Court having power to order joinder of party under Federal Courts Rules, r. 104(1)(b)—R. 75 permitting Court to allow amendment of document at any time—Review of cases on joinder, amendment, standard of review on appeals of discretionary orders of prothonotaries—Joinder not vital issue to outcome of case—Court declining to exercise discretion *de novo*—Notwithstanding Rules, r. 363

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

« bien » et ce, même si on ne sait pas avec certitude en l’espèce qui a le droit d’être payé en conformité avec la Convention— Dans la mesure où elles visent à réglementer la récupération, la vente et la distribution des billots non marqués, la Loi sur la marine marchande et la Convention ne constituent pas des mesures législatives valides parce qu’elles empiètent sur la compétence provinciale.

### **Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.)** ..... 379

Accès à l’information—Appel d’une décision de la Cour fédérale qui a jugé que les documents en cause rencontraient les critères de l’exception prévue à l’art. 20(1)(b) de la Loi sur l’accès à l’information, parce que les renseignements qu’ils reflétaient ne se retrouvaient pas « comme tels » dans le domaine public—Elle a également jugé que les notes des réviseurs et la correspondance intervenue entre les parties ne devaient pas être communiquées aux termes de l’art. 20(1)(b) de la Loi au motif qu’elles furent rédigées en réponse à la demande de l’intimée—Dès que les renseignements se retrouvent dans le domaine public, ils ne sont plus confidentiels, et ce, même si la forme dans laquelle on les retrouve est différente—La forme de la présentation des renseignements ne peut en empêcher la divulgation—Les renseignements contenus aux notes des réviseurs reflétaient certaines informations qui n’émanaient pas de l’intimée—Le fait que ces notes furent rédigées suite à la demande de l’intimée n’affectait pas cette réalité—Appel accueilli.

### **Savanna Energy Services Corp. c. Technicoil Corp. (C.F.)** ..... 383

Pratique—Parties—Jonction—Appel d’une ordonnance d’une protonotaire accordant l’autorisation d’ajouter six défenderesses à la déclaration et de réclamer des dommages-intérêts—Déclaration alléguant la violation d’un brevet—Avant qu’une défense n’ait été produite, une déclaration modifiée nommant de nouvelles défenderesses accompagnée d’une autorisation a été déposée—Il était allégué que la défenderesse, Nabors Canada LP, avait agi de concert avec les nouvelles défenderesses—Aucun affidavit relatant les faits qui auraient permis à la Cour de décider si la présence des nouvelles défenderesses était nécessaire n’accompagnait la déclaration modifiée—En vertu de la règle 104(1)(b) des Règles des Cours fédérales, la Cour a le pouvoir d’ordonner la jonction de parties—La règle 75 permet à la Cour d’autoriser, à tout moment, la modification d’un document—Examen de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

regarding evidence on motions, motion to amend pleadings should not be accompanied by affidavit—Principle should also apply to motion for joinder unless case already well developed, proposed joinder radical departure from previous position—As defence not yet filed, original defendant in same position as if new defendants named in first place—Appeal dismissed.

### **Simser v. Canada (F.C.A.) . . . . . 253**

Income Tax—Income Calculation—Appeal from T.C.C. decision funds received by appellant under Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) bursary within meaning of Income Tax Act, s. 56(1)(n)—Appellant deaf student in bar admission course—Request for accommodation denied by Law Society of Upper Canada—Employer (Department of Justice) agreed to fund needed services on condition appellant first apply for SOGD—Word “bursary” as defined in dictionaries grant given to students in need of financial help to allow them to continue studies—Wording of s. 56(1)(n) must receive liberal interpretation—SOGD not available to all disabled students, but only to those meeting financial, educational criteria—Appellant not receiving SOGD by reason only of disability—SOGD granted to appellant falling within ambit of Act, s. 56(1)(n)—Appeal dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Whether inclusion of Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) in appellant’s income violating Charter, s. 15 rights as being discriminatory—Test enunciated by S.C.C. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* applied—SOGD not awarded to appellant in fulfilment of duty of accommodation, not given exclusively on basis of disability—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

jurisprudence sur la jonction, la modification et la norme de contrôle applicable aux appels interjetés à l’encontre des ordonnances discrétionnaires des protonotaires—La question de la jonction n’était pas d’importance vitale pour l’issue de l’affaire—La Cour a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début—Malgré la règle 363 concernant le mode de présentation de la preuve dans le cadre des requêtes, une requête en vue de modifier des actes de procédure ne devrait pas être accompagnée d’un affidavit—Ce principe devrait également s’appliquer à une requête en jonction, à moins que l’affaire soit déjà bien avancée et que la jonction proposée présente un changement radical par rapport à la position antérieure—Aucune défense n’ayant encore été produite, la défenderesse initiale se trouvait dans la même position que si les nouvelles défenderesses avaient été nommées dès le départ—Appel rejeté.

### **Simser c. Canada (C.A.F.) . . . . . 253**

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Appel d’une décision de la C.C.I. qui a conclu que les sommes reçues par l’appellant au titre des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d’un handicap permanent (SEH) constituaient une bourse d’études au sens de l’art. 56(1)n) de la Loi de l’impôt sur le revenu—L’appellant est un étudiant atteint de surdité inscrit au cours de formation professionnelle du Barreau—La demande d’aménagements spéciaux avait été rejetée par le Barreau du Haut-Canada—L’employeur, le ministère de la Justice, avait accepté de financer les services requis à la condition que l’appellant demande d’abord une SEH—Dans les dictionnaires, le mot « bourse » est défini comme une subvention accordée aux étudiants qui ont besoin d’une aide financière pour continuer leurs études—Le texte de l’art. 56(1)n) doit recevoir une interprétation libérale—La SEH n’est pas offerte à tous les étudiants handicapés, mais seulement à ceux qui répondent aux critères touchant les études et la situation financière—L’appellant n’a pas reçu la SEH en raison simplement de son handicap—La SEH accordée à l’appellant entre dans le champ de l’art. 56(1)n) de la Loi—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—L’inclusion des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d’un handicap permanent (SEH) dans le revenu de l’appellant portait-elle atteinte aux droits que lui garantissait l’art. 15 de la Charte parce qu’elle est discriminatoire?—Application du critère énoncé par la C.S.C. dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*—La SEH n’a pas été accordée à l’appellant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Right to be accommodated not generic right enforceable against institution of choice—Fact that appellant had no discretion with respect to use of SOGD funds not sufficient to conclude treated differently—Inclusion of SOGD in appellant's income not resulting in unequal impact upon persons with disabilities.

Human Rights—Law Society denying deaf bar admission student's request for accommodation pursuant to Ontario Human Rights Code—Right to receive requested services apparently unconditional, not depending on financial situation, merits of application—Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) awarded by Ministry of Education, HRDC not fulfillment of duty to accommodate because reserved for students attaining satisfactory scholastic standard, in need of financial assistance—Appellant's right to accommodation against Law Society—Neither HRDC nor Ministry of Education owed him duty of accommodation—Inclusion of SOGD in appellant's income not discriminatory.

## SOMMAIRE (Fin)

dans l'accomplissement d'une obligation d'accommodation et elle ne lui a pas été versée uniquement en raison de son handicap—Son droit d'obtenir des services spéciaux n'est pas un droit générique exécutoire à l'encontre de l'établissement de son choix—L'appelant n'était pas libre de disposer comme il l'entendait de la SEH obtenue, mais cela ne permet pas de dire qu'il a été traité différemment—L'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant n'entraîne pas une inégalité pour les personnes handicapées.

Droits de la personne—Le Barreau a rejeté la demande d'aménagements spéciaux présentée par un étudiant atteint de surdité inscrit au cours de formation professionnelle conformément au Code des droits de la personne de l'Ontario —Le droit d'une personne de recevoir les services demandés semble être un droit inconditionnel, qui ne dépend pas de sa situation financière ni du bien-fondé de sa requête—Les Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent (SEH) accordées par le ministère de l'Éducation et DRHC n'équivalent pas à une obligation de fournir des aménagements spéciaux, parce qu'elles sont réservées aux étudiants qui atteignent un niveau et des résultats satisfaisants et qui ont besoin d'une aide financière—L'appelant devait exercer ses droits à des aménagements spéciaux contre le Barreau—Ni DRHC ni le ministère de l'Éducation n'avait envers lui une obligation d'accommodation—L'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant n'est pas discriminatoire.





ISSN 1714-3713 (print/imprimé)  
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 1, Part 2**

**2006, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-588-00  
2005 FC 995

T-588-00  
2005 CF 995

**Early Recovered Resources Inc. (Plaintiff)**

**Early Recovered Resources Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**Her Majesty in Right of the Province of British Columbia, Jim Doyle, Minister of Forests, Coast Forest Products Association, and Independent Timber Marketing Association (Defendants)**

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, Jim Doyle, ministre des Forêts, Coast Forest Products Association et Independent Timber Marketing Association (défendeurs)**

**INDEXED AS: EARLY RECOVERED RESOURCES INC. v. BRITISH COLUMBIA (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : EARLY RECOVERED RESOURCES INC. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (C.F.)**

Federal Court, Russell J.—Vancouver, February 24; Ottawa, July 18, 2005.

Cour fédérale, juge Russell—Vancouver, 24 février; Ottawa, 18 juillet 2005.

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Plaintiff challenging constitutional validity of British Columbia statute relating to salvage of adrift, unmarked logs in navigable waters — Source, ownership of logs not determined — Scheme for recovering, salvaging logs embodied in Forest Act, Part 9, associated Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District — Validity of provincial legislation decided by pith and substance analysis — Impugned provisions not, in pith and substance, related to federal jurisdiction over navigation, shipping under Constitution Act, 1867, s. 91(1) — Integral part of seamless provincial resource management scheme — Doctrine of interjurisdictional immunity not coming into play unless impugned provisions go to core of federal power — Impugned provisions part of valid provincial legislative scheme, sufficiently integrated with latter to render them intra vires Province under Constitution Act, 1867, s. 92(5), (10), (13), (16) — Impact on federal matter merely incidental.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La demanderesse contestait la constitutionnalité d'une loi de la Colombie-Britannique concernant la récupération de billots non marqués flottants à la dérive dans des eaux navigables — La provenance et la propriété des billots ne pouvaient être déterminées — Le régime provincial de récupération et de sauvetage des billots est contenu à la partie 9 de la Forest Act et de son règlement d'application, le Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District — La constitutionnalité de la loi provinciale est jugée à la lumière de l'analyse de son caractère véritable — Les dispositions contestées ne se rapportent pas essentiellement à la navigation et aux bâtiments et navires, matières relevant de la compétence fédérale en vertu de l'art. 91(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Elles font partie intégrante d'un régime provincial intégré de gestion des ressources — Le principe de l'exclusivité des compétences ne joue que si les dispositions contestées touchent un aspect essentiel de la compétence fédérale — Les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide et sont suffisamment intégrées à ce régime pour qu'on puisse conclure qu'elles relèvent de la compétence de la province en vertu de l'art. 92(5), (10), (13) et (16) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Les effets sur des domaines de compétence fédérale ne sont qu'accessoirs.*

*Maritime Law — Salvage — Plaintiff recovering 65 floating logs from Fraser River in Vancouver Log Salvage District, 17 of which having no visible timber marks — Constitutional validity, applicability, effect of British Columbia Forest Act, Part 9 and associated Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District at issue — Application of doctrines of pith and substance, interjurisdictional immunity — Impugned provisions not in pith and substance related to navigation, shipping (within*

*Droit maritime — Sauvetage — La demanderesse a récupéré 65 billots flottants dans le fleuve Fraser dans la zone de récupération de billots de Vancouver; sur ces 65 billots, 17 ne portaient aucune marque de bois visible — Constitutionnalité, applicabilité et effet de la partie 9 de la Forest Act de la Colombie-Britannique et de son règlement d'application, le Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District — Application des principes du caractère véritable et de l'exclusivité des compétences — Les*

*federal sphere of competence) — Integral part of seamless provincial resource management scheme — Recovery of logs matter of local, private nature within meaning of Constitution Act, 1867, s. 92(10).*

*Maritime Law — Creditors and Debtors — Plaintiff claiming compensation for 17 NMV (no mark visible) logs pursuant to International Convention on Salvage, 1989 incorporated into Canadian domestic law by Canada Shipping Act — Source, ownership of logs not determined — Logs not “identifiable” within meaning of provincial Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District as indicia of ownership absent — Proceeds of disposition of logs dealt with differently under Regulation depending upon whether log identifiable or not — Province having lien interest in unidentifiable logs to ensure stumpage paid — Regulation recognizing residual equity in NMV logs as belonging to parties other than Province — Unclear whether Province had sufficient ownership interest in logs to form basis for claim under Convention, Art. 13.*

*Construction of Statutes — International Convention on Salvage, 1989 incorporated into Canadian domestic law by Canada Shipping Act — Whether intruding on valid exercise of provincial jurisdiction over property and civil rights, management and sale of timber — Under Convention, Art. 1, “property” meaning property not permanently and intentionally attached to the shoreline and including freight at risk — Whether 17 NMV (no mark visible) logs found adrift in Fraser River from no identifiable source, owner could be considered “property” under Convention — Province having kind of lien interest against logs recovered in waters inside, adjacent to British Columbia until charges set out in regulations paid — Burden of establishing Convention unconstitutional as beyond legislative competence of Parliament resting with Province — No reason why logs not falling within expanded “property” definition of Convention, even though entitlement to payment in accordance with Convention not clearly established — To extent Canada Shipping Act, Convention purporting to regulate recovery, sale, distribution of NMV logs, ultra vires because infringe provincial jurisdiction.*

*dispositions contestées ne portent pas essentiellement sur la navigation et les bâtiments et navires (qui relèvent de la compétence fédérale) — Elles font partie intégrante d'un régime provincial intégré de gestion des ressources — La récupération de billots constitue une activité de nature privée ou locale au sens de l'art. 92(10) de la Loi constitutionnelle de 1867.*

*Droit maritime — Créanciers et débiteurs — La demanderesse réclamait une indemnité pour 17 billots non marqués conformément à la Convention internationale de 1989 sur l'assistance incorporée au droit interne canadien par le biais de la Loi sur la marine marchande — La provenance et la propriété des billots ne pouvaient être déterminées — Les billots ne sont pas « identifiables » au sens du Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District parce que les indices de la propriété étaient absents — En vertu du Règlement, le sort du produit de la disposition est différent selon que le billot est identifiable ou non — La province a un privilège sur les billots non identifiables pour garantir le paiement des droits de coupe — Le Log Salvage Regulation reconnaît à d'autres personnes que la province une certaine propriété résiduelle dans les billots non marqués — On ne sait pas avec certitude si la province avait un droit de propriété suffisant sur les billots non marqués pour ouvrir droit à une réclamation fondée sur l'art. 13 de la Convention.*

*Interprétation des lois — La Convention internationale de 1989 sur l'assistance a été incorporée au droit interne canadien par la Loi sur la marine marchande — Y a-t-il empiètement sur l'exercice valide de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils et l'administration et la vente de bois? — L'art. premier de la Convention définit le mot « bien » comme tout bien qui n'est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral et comprend le fret en risque — Il s'agissait de savoir si les 17 billots non marqués trouvés flottant à la dérive dans le fleuve Fraser et dont on ne peut identifier ni la provenance ni le propriétaire peuvent être considérés comme des « biens » au sens de la Convention — La province a une sorte de privilège sur les billots non marqués récupérés dans les eaux intérieures et contiguës de la Colombie-Britannique jusqu'à ce que les frais prescrits par règlement aient été acquittés — Il incombe à la province de faire la preuve de l'inconstitutionnalité de la Convention au motif que celle-ci excède la compétence législative du Parlement — Il n'y a aucune raison pour laquelle les billots ne répondraient pas à la définition élargie que la Convention donne du mot « bien » et ce, même si on ne sait pas avec certitude en l'espèce qui a le droit d'être payé en conformité avec la Convention — Dans la mesure où elles visent à réglementer la récupération, la vente et la distribution des billots non marqués, la Loi sur la marine marchande et la Convention ne constituent pas des mesures législatives valides parce qu'elles empiètent sur la compétence provinciale.*

This was an action for declaratory relief asking the Court to consider and rule upon the constitutional validity, applicability or effect of Part 9 of the British Columbia *Forest Act* and the associated *Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*. Between January 13 and 19, 1999, Ms. Shirley Weishuhn, co-owner and employee of the plaintiff company, recovered 65 floating logs from the Fraser River in the Vancouver Log Salvage District. From the 65 logs, 17 were selected which bore no visible timber marks. The source and ownership of these logs could not be determined. Some of the remaining 48 logs bore identifiable timber marks. With a marine vessel, Ms. Weishuhn had towed the 17 no mark visible (NMV) logs to the Fraser River receiving station of Gulf Log Salvage Co-Operative Association. The plaintiff demanded compensation for the 17 NMV logs pursuant to the *International Convention on Salvage, 1989* (Convention) that had been incorporated into Canadian domestic law through section 449.1 of the *Canada Shipping Act*. The Minister of Forests refused the plaintiff's claim on the grounds that the Log Salvage Regulation was applicable and that the Convention had no application in the circumstances of the case. The plaintiff argued that Part 9 of the *Forest Act* is unconstitutional because it is *ultra vires* the British Columbia Legislature by virtue of the federal government's exclusive jurisdiction over navigation and shipping under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, and by virtue of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the alternative, the plaintiff claimed that if Part 9 of the *Forest Act* is not *ultra vires* the Province, it is inoperative to the extent that it conflicts with the *Canada Shipping Act* and the Convention. The defendants replied that Part 9 of the *Forest Act* is constitutionally valid because it deals with matters that come within the exclusive jurisdiction of the Legislature of British Columbia, and is, in pith and substance, legislation that falls within the purview of subsections 92(5), (10), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. Thus, at the heart of this dispute lies a constitutional attack by the plaintiff on the Province's scheme for recovering and salvaging logs from the Vancouver Log Salvage District as that scheme is embodied in Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation.

*Held*, the action should be dismissed.

The plaintiff referred to the conventional "pith and substance" approach to constitutional review set out by the Supreme Court of Canada in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*.

Il s'agit d'une action en jugement déclaratoire dans laquelle la Cour est appelée à examiner et à juger la constitutionnalité, l'applicabilité et l'effet de la partie 9 de la *Forest Act* de la Colombie-Britannique, et de son règlement d'application, le *Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*. Entre le 13 et le 19 janvier 1999, M<sup>me</sup> Shirley Weishuhn, copropriétaire et employée de la compagnie demanderesse, a récupéré 65 billots flottants dans le fleuve Fraser dans la zone de récupération de billots de Vancouver. Sur ces 65 billots, 17 qui ne portaient aucune marque de bois visible ont été mis à part. La provenance et la propriété des billots ne pouvaient être déterminées. Certains des 48 billots restants portaient des marques de bois identifiées. M<sup>me</sup> Weishuhn a, avec l'aide d'un bâtiment de mer, remorqué les 17 billots non marqués au poste de réception du fleuve Fraser de la Gulf Log Salvage Co-Operative Association. La demanderesse a exigé d'être indemnisée pour les 17 billots non marqués conformément à la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance* (la Convention), incorporée au droit interne canadien par le biais de l'article 449.1 de la *Loi sur la marine marchande*. Le ministre des Forêts a refusé la demande de la demanderesse au motif que le Log Salvage Regulation s'appliquait et qu'en égard aux circonstances de l'espèce, la Convention ne s'appliquait pas. Suivant la demanderesse, la partie 9 de la *Forest Act* est inconstitutionnelle parce que la législature de la Colombie-Britannique n'avait pas compétence pour l'adopter en raison de la compétence exclusive sur la navigation et les bâtiments ou navires que le gouvernement fédéral tient du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À titre subsidiaire, la demanderesse a affirmé que si la partie 9 de la *Forest Act* n'excède pas la compétence de la province, elle est inopérante dans la mesure où elle est incompatible avec la *Loi sur la marine marchande du Canada* et la Convention. Les défendeurs ont répliqué que la partie 9 de la *Forest Act* est constitutionnelle parce qu'elle porte sur des questions qui relèvent de la compétence exclusive de l'assemblée législative de la Colombie-Britannique et qu'elle est essentiellement un texte législatif qui tombe sous le coup des paragraphes 92(5), (10), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le débat tourne donc essentiellement autour de la contestation, par la demanderesse, de la constitutionnalité du régime établi par la province à la partie 9 de la *Forest Act* et dans le Log Salvage Regulation relativement à la récupération de billots dans le district de récupération de billots de Vancouver.

*Jugement* : l'action est rejetée.

La demanderesse a fait allusion au critère traditionnel du « caractère véritable » que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et*

To bolster its conclusions on pith and substance, the plaintiff raised “the doctrine of interjurisdictional immunity . . . to preclude the Province from regulating marine log salvage at all.” The plaintiff’s argument was that the “general law of marine salvage falls within the core of federal jurisdiction over navigation and shipping, and is sufficiently well-developed that there is little room for effective provincial legislation affecting that field”. The plaintiff was encouraged in this approach by the order of Hugessen J. which dismissed a motion for summary judgment by the Province in this case. Hugessen J. took the position that the provincial scheme was not applicable to the facts of this case and that the matter should go forward as a salvage claim under federal jurisdiction. But the correct approach to reviewing the impugned provisions of the provincial scheme was directed by the Federal Court of Appeal when discussing the pith and substance analysis as set out by the Supreme Court. The plaintiff’s analysis on the pith and substance issue was somewhat superficial and sought to make up for such shortcomings by trying to direct the Court’s attention to the approach of Hugessen J. through its introduction, elaboration and emphasis of the doctrine of interjurisdictional immunity. However, this doctrine does not come into play unless the impugned provisions in this case go to the core of a federal power. It was the plaintiff’s position that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation go to the core of the federal power over navigation and shipping, and so bring into play the doctrine of interjurisdictional immunity.

Before considering whether the doctrine of interjurisdictional immunity was brought into play by the facts of this case, the pith and substance of the impugned provisions had to be determined. The *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are part of a comprehensive regime for managing forest resources in British Columbia. Part 9 of the *Forest Act* is a framework for dealing with that part of the Province’s forestry resource that has become drift timber, and needs to be salvaged or recovered so that its value can be realized. It has nothing to do with navigation or shipping. Any connection with navigation and shipping is tenuous and does not taint the clear purpose and effect of Part 9. The fact that cut logs have somehow found their way into water does not mean that they have ceased to be part of the forestry resource, and just because the logs are recovered from navigable waters does not mean that the impugned provisions must be related to navigation and shipping. Neither the plaintiff nor other salvors

*de la Culture*) en matière de contrôle de la constitutionnalité. Pour renforcer ses conclusions sur le caractère véritable, la demanderesse a invoqué « le principe de l’exclusivité des compétences [. . .] qui empêche la province de réglementer le sauvetage maritime de billots ». Elle a prétendu que « les règles de droit générales en matière de sauvetage maritime relèvent essentiellement de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires et les règles de droit régissant le sauvetage maritime sont à ce point développées pour que la province ne puisse plus faire valoir sa compétence dans ce domaine ». La demanderesse est confortée dans sa thèse par l’ordonnance du juge Hugessen qui a rejeté la requête présentée par la province en vue d’obtenir un jugement sommaire dans la présente affaire. Le juge Hugessen a adopté le point de vue que le régime provincial ne s’appliquait pas aux faits de la présente espèce et que l’affaire devait être instruite en tant que demande de rémunération de sauvetage relevant de la compétence fédérale. Mais la méthode qu’il convient d’adopter pour examiner les dispositions contestées du régime provincial est celle que la Cour d’appel fédérale a proposée en discutant de l’analyse du caractère véritable suggérée par la Cour suprême. L’analyse que la demanderesse a faite du caractère véritable est passablement superficielle et la demanderesse a tenté de compenser ces lacunes en cherchant à appeler l’attention de la Cour sur la démarche suivie par le juge Hugessen en présentant et en développant le principe de l’exclusivité des compétences et en insistant sur ce dernier. Le principe de l’exclusivité des compétences ne joue que si les dispositions contestées touchent un aspect essentiel de la compétence du gouvernement fédéral. La thèse de la demanderesse était que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation touchent au contenu essentiel du pouvoir fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires, faisant ainsi intervenir le principe de l’exclusivité des compétences.

Avant d’examiner si les faits de la présente affaire font intervenir le principe de l’exclusivité des compétences, il fallait d’abord se prononcer sur le caractère véritable des dispositions contestées. La *Forest Act* et le Log Salvage Regulation s’inscrivent dans le cadre d’un régime complet de gestion des ressources forestières en Colombie-Britannique. La partie 9 de la *Forest Act* est un cadre régissant cette partie de la ressource forestière de la province qui est devenu du bois flottant et qu’il faut récupérer pour pouvoir en réaliser la valeur. Elle n’a rien à voir avec la navigation ou les bâtiments ou navires. Le lien avec la navigation et les bâtiments et navires est ténu et il ne modifie pas l’objet et l’effet évidents de la partie 9. Le fait que des billots se retrouvent dans l’eau ne signifie pas pour autant qu’ils cessent de faire partie des ressources forestières et le simple fait qu’ils soient récupérés dans des eaux navigables ne signifie pas que les dispositions contestées doivent être rattachées à la navigation et aux

are in the business of recovering logs to prevent hazards to shipping. Their interest is economic. The impugned provisions have not interfered with the federal interest in navigation and shipping and the federal ability to deal with drift logs under the *Navigable Waters Protection Act*. Under the relevant federal provisions, logs that are a danger to navigation and shipping are removed. Those provisions do not deal with the property rights or the economic interests in logs or the forestry resource management aspects of drifting logs. The federal and provincial systems work side by side. Likewise, the provisions contained in the Log Salvage Regulation are not, in pith and substance, related to navigation and shipping. The practical effect of the impugned provisions is to reduce waste and loss in the timber industry, to protect the provincial interest in Crown timber through the payment of stumpage, and to help protect the property rights of log owners. Therefore, Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are valid provincial legislation that is *intra vires* the Province, aspects of which can be allocated to property and civil rights (subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867*), management and sale of timber (subsection 92(5)), local works and undertakings (subsection 92(10)), or matters of a merely local or private nature in the province (subsection 92(16)).

It was unclear on the facts whether the plaintiff could establish an entitlement to payment under the terms of the Convention for any of the 17 NMV logs. The plaintiff's claim to entitlement was based upon articles 12 and 13 of Chapter III of the Convention which set out the conditions for reward and the criteria for fixing the reward. The logs in question were recovered by Ms. Weishuhn individually and it was not possible to ascribe ownership or other property interests in any particular log to any member of the defendants Coast Forest Products Association and Independent Timber Marketing Association. The plaintiff placed no conclusive authority before the Court to establish that a lien interest was intended under the Convention to render the Province responsible for paying salvage in accordance with the Convention. Throughout its written representations, the plaintiff made various assertions to try and ascribe to the Province an ownership interest in unmarked logs. The Log Salvage Regulation only deals with rights of property and ownership in an "identifiable log" as defined in subsection 1(1). The logs herein were not "identifiable logs" within the meaning of the Log Salvage Regulation because the *indicia* of ownership were absent. The proceeds of disposition are dealt with

bâtiments et navires. Ni la demanderesse ni d'autres récupérateurs n'exploitaient d'entreprise de récupération de billots pour empêcher des dangers pour la navigation. Leur intérêt est économique. Les dispositions contestées ne portent pas atteinte à l'intérêt du gouvernement fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires ou à la capacité du gouvernement fédéral de s'occuper des billots flottants en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. En vertu des dispositions fédérales applicables, les billots qui constituent un danger pour la navigation et les bâtiments ou navires sont enlevés. Ces dispositions ne portent pas sur les droits de propriété ou sur les intérêts économiques afférents aux billots ou sur les aspects touchant à la gestion des ressources forestières des billots flottants. Le régime fédéral et le système provincial sont appliqués parallèlement. Les dispositions du Log Salvage Regulation ne visent pas essentiellement la navigation et les bâtiments et navires. Leur effet pratique est de diminuer le gaspillage et les pertes dans l'industrie forestière, de protéger les droits de la province sur le bois de la Couronne par le paiement de droits de coupe et de favoriser la protection des droits de propriété des propriétaires des billots. La partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation sont des textes législatifs provinciaux valides que la province avait la compétence d'adopter et certains de leurs aspects peuvent être rattachés à la propriété et aux droits civils (paragraphe 92(13)), à l'administration et à la vente des bois (paragraphe 92(5)), aux travaux et entreprises d'une nature locale (paragraphe 92(10)) ou à des matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (paragraphe 92(16)).

Les faits ne permettaient pas de savoir avec certitude si la demanderesse pouvait établir son droit à une rémunération en vertu de la Convention relativement à l'un quelconque des 17 billots non marqués. La demanderesse fondait son droit à une rémunération sur les articles 12 et 13 du chapitre III de la Convention qui énumèrent les conditions ouvrant droit à une rémunération et les critères permettant de fixer cette rémunération. Les billots ont été récupérés par M<sup>me</sup> Weishuhn individuellement et il n'était pas possible d'attribuer la propriété ou un titre de propriété d'un billot déterminé à un membre précis des défenderesses Coast Forest Products Association et Independent Timber Marketing Association. La demanderesse n'a soumis à la Cour aucune décision concluante qui montrerait l'intention des rédacteurs de la Convention d'inclure un privilège de ce genre qui rendrait la province responsable du paiement de l'indemnité de sauvetage conformément à la Convention. Partout dans ses observations écrites, la demanderesse a avancé diverses assertions pour tenter d'attribuer à la province un titre de propriété sur les billots non marqués. Le Log Salvage Regulation porte uniquement sur les droits de propriété sur les « billots identifiables », au sens du paragraphe 1(1) de ce règlement.

differently depending upon whether a log is identifiable or not. The ownership interests in unidentifiable cut timber in the Fraser River are far from clear, and there was no clear authority that, under the terms of the Convention, the Province has an ownership interest in the 17 NMV logs that would be sufficient to fix it with the responsibility of paying or compensating the plaintiff under article 13 of the Convention. The Province had a lien interest in unidentifiable logs to ensure that stumpage has been paid. The Log Salvage Regulation appears to recognize some residual equity in NMV logs as belonging to parties other than the Province. It was unclear whether the Province had a sufficient ownership interest in the NMV logs to form the basis for a claim under article 13 of the Convention.

Whether or not the 17 NMV logs fall within the Convention definition of “property”, that can be the subject of a “salvage operation”, raised the issue of the relationship between the federal salvage provisions and the provincial scheme, and whether the federal provisions need to be read down because they intrude upon the valid exercise of the provincial jurisdiction. In order to determine whether any reading down is required, the Convention definitions were reviewed to see whether the logs at issue could qualify as “property” under the Convention. In paragraph (c) of article 1 of the Convention, “property” means any property not permanently and intentionally attached to the shoreline and includes freight at risk. There was no evidence to support the view that any of the 17 NMV logs came from a vessel, even if a log boom could be considered a vessel. Thus, the issue was whether the logs found adrift in the Fraser River by Ms. Weishuhn from no identifiable source, and with no means of identifying the owner, could be considered as “property” under paragraph (c) of Article 1 of the Convention. The legislation and the evidence suggested that the Province has some kind of lien interest against NMV logs recovered in waters inside and adjacent to British Columbia until the charges set out in the regulations have been paid. Article 13 of the Convention, which establishes criteria to be taken into account when fixing a reward, suggests that salvage under the Convention definition is linked to identifiable property interests. There is no reason why the 17 NMV logs cannot constitute “property” for the purposes of the expanded Convention definition. The burden of establishing the unconstitutionality of the Convention on the basis that it is beyond the legislative competence of Parliament rested with the Province. It could not be said that the Convention definition of “property” does not apply to logs, even NMV

Les billots n'étaient pas des « billots identifiables » au sens du Log Salvage Regulation parce que les indices de la propriété étaient absents. Le sort du produit de la disposition est différent selon que le billot est identifiable ou non. Les droits de propriété sur les billots non identifiables récupérés dans le fleuve Fraser sont loin d'être clairs et la Cour ne disposait d'aucun précédent déclarant carrément qu'aux termes de la Convention, la province possède sur les 17 billots non marqués un droit de propriété qui serait suffisant pour se voir attribuer la responsabilité de payer ou d'indemniser la demanderesse conformément à l'article 13 de la Convention. La province avait un privilège sur les billots non identifiables pour garantir le paiement des droits de coupe. Le Log Salvage Regulation semble reconnaître à d'autres personnes que la province une certaine propriété résiduelle dans les billots non marqués. On ne savait pas avec certitude si la province avait un droit de propriété suffisant sur les 17 billots non marqués pour ouvrir droit à une réclamation fondée sur l'article 13 de la Convention.

La question de savoir si les 17 billots non marqués en cause en l'espèce répondent ou non à la définition de « biens » pouvant faire l'objet d'une « opération d'assistance » au sens de la Convention soulevait la question du rapport entre les dispositions fédérales sur le sauvetage et le régime provincial et celle de savoir si les dispositions fédérales doivent être interprétées de façon atténuée ou restrictive parce qu'elles empiètent sur l'exercice valide de la compétence provinciale. Pour décider s'il y a lieu de recourir à une interprétation restrictive, on a examiné les définitions contenues dans la Convention pour vérifier si les billots en litige dans le cas qui nous occupe pouvaient être assimilés à des « biens » au sens de la Convention. L'alinéa c) de l'article premier de la Convention définit le mot « bien » comme tout bien qui n'est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral et comprend le fret en risque. Il n'y avait aucun élément de preuve appuyant la thèse que l'un ou l'autre des 17 billots non marqués provenait d'un navire et ce, même en assimilant une estacade à un navire. La question était donc celle de savoir si les 17 billots non marqués que M<sup>me</sup> Weishuhn a trouvés flottant à la dérive dans le fleuve Fraser et dont on ne pouvait identifier ni la provenance ni le propriétaire pouvaient être considérés comme des « biens » au sens de l'alinéa c) de l'article premier de la Convention. Il ressortait de la loi et la preuve présentée en l'espèce que la province est en mesure de faire valoir une sorte de privilège sur les billots non marqués récupérés dans les eaux intérieures et contiguës de la Colombie-Britannique jusqu'à ce que les frais prescrits par le règlement aient été acquittés. L'article 13 de la Convention, qui énumère les critères d'évaluation de la rémunération, permet de penser que le sauvetage, selon la définition que la Convention en donne, se rattache à des droits de propriété identifiables. Il n'y a aucune raison de conclure que les 17



logs. To the extent that the Shipping Act, and the Convention purport to regulate the recovery, sale and distribution of the proceeds of sale of recovered NMV logs adrift in the Vancouver Log Salvage District, they are not valid legislation in relation to navigation and shipping and are, thus, *ultra vires* the Parliament of Canada because they infringe the unassailable core of the Province's legislative jurisdiction under subsections 92(5), (10), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are *intra vires* the Province of British Columbia.

billots non marqués qui font l'objet du présent diffèrent ne peuvent constituer des « biens » au sens de la définition élargie de la Convention. Il incombait à la province de faire la preuve de l'inconstitutionnalité de la Convention au motif que celle-ci excède la compétence législative du Parlement. La Cour ne saurait affirmer que la définition que la Convention donne du mot « bien » ne s'applique pas aux billots ou même aux billots non marqués. Dans la mesure où elles ont pour objet de réglementer la récupération, la vente et la distribution du produit de la vente de billots flottants non marqués récupérés dans la zone de récupération de billots de Vancouver, la Loi sur la marine marchande et la Convention ne constituent pas des textes de loi valides portant sur la navigation et les bâtiments et navires et le législateur fédéral n'avait donc pas compétence pour les adopter, puisqu'elles empiètent sur le contenu essentiel irréductible de la compétence législative que les paragraphes 92(5), (10), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confèrent à la province. La partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation relèvent de la compétence de la province de la Colombie-Britannique.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 422(1) (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 96), 449.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 36, s. 1).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(10), 92(5), (10), (13), (16).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, ss. 122, 123, 124, 125, 126, 130 (as am. by S.B.C. 1999, c. 34, s. 12; 2003, c. 56, s. 12).
- Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69.
- Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004.
- Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159.
- Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187.
- International Convention on Salvage, 1989*, being Schedule V of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, as enacted by S.C. 1993, c. 36, Sch., Arts. 1 "property", "salvage operation", "vessel", 8, 12, 13.
- Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*, B.C. Reg. 220/81, ss. 1(1) "identifiable log", 3, 4 (as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 2), 5 (as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 3; 109/93, s. 3), 6 (as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 4), 7 (as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 4), 8, 9

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Convention internationale de 1989 sur l'assistance*, qui constitue l'annexe V de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, édicté par L.C. 1993, ch. 36, ann., art. 1 « bien », « opération d'assistance », « navire », 8, 12, 13.
- Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, art. 122, 123, 124, 125, 126, 130 (mod. par S.B.C. 1999, ch. 34, art. 12; 2003, ch. 56, art. 12).
- Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, ch. 69.
- Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004.
- Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159.
- Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187.
- 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(10), 92(5), (10), (13), (16).
- 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. 52.
- Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 422(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 31, art. 96), 449.1 (édicté par L.C. 1993, ch. 36, art. 1).
- Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22.
- Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage*

(as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 5; 109/93, s. 5), 10 (as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 6; 109/93, ss. 6, 7), 11 (as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 7), 12, 13 (as am. *idem*, s. 8), 14, 15 (as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 8), 16, 17 (as am. *idem*, s. 9), 18 (as am. *idem*), 19 (as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 11), 20 (as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 10), 21.

*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22.  
*Scaling Regulation*, B.C. Reg. 446/94.

*Timber Marking and Transportation Regulation*, B.C. Reg. 253/97.

*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 10(1).

*District*, B.C. Reg. 220/81, art. 1(1) « *indentifiable log* », 3, 4 (mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 2), 5 (mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 3; 109/93, art. 3), 6 (mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 4), 7 (mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 4), 8, 9 (mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 5; 109/93, art. 5), 10 (mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 6; 109/93, art. 6, 7), 11 (mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 7), 12, 13 (mod., *idem*, art. 8), 14, 15 (mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 8), 16, 17 (mod., *idem*, art. 9), 18 (mod., *idem*), 19 (mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 11), 20 (mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 10), 21.

*Scaling Regulation*, B.C. Reg. 446/94.

*Timber Marking and Transportation Regulation*, B.C. Reg. 253/97.

*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492, art. 10(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146; (2000), 210 D.L.R. (4th) 577; [2002] 6 W.W.R. 1; 165 B.C.A.C. 1; 1 B.C.L.R. (4th) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 143; 286 N.R. 131; 2002 SCC 31; *Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 F.C. 626; (2002), 216 F.T.R. 317; 2002 FCT 184; affd [2003] 3 F.C. 447; (2003), 300 N.R. 130; 2003 FCA 35; *Laboucane v. Brooks* (2003), 229 D.L.R. (4th) 747; [2003] 9 W.W.R. 710; 17 B.C.L.R. (4th) 21; 2003 BCSC 1247.

##### DISTINGUISHED:

*Five Steel Barges* (1890), 15 P.D. 142.

##### REFERRED TO:

*Early Recovered Resources v. Gulf Log Salvage Co-operative Assn.*, 2003 FCT 549; [2003] F.C.J. No. 716 (QL); *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; *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; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; (1998), 40 O.R. (3d) 639; 166 D.L.R. (4th) 193; 232 N.R. 201; 115 O.A.C. 1; *R. v. Kupchanko* (2002), 209 D.L.R. (4th) 658; [2002] 2 W.W.R. 637; 164 B.C.A.C. 41; 97 B.C.L.R. (3d) 219; 42 C.E.L.R. (N.S.) 184; 2002 BCCA 63; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585; (2003), 213 D.L.R. (4th) 449; [2003] 11 W.W.R. 1; 187 B.C.A.C. 1;

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146; (2000), 210 D.L.R. (4th) 577; [2002] 6 W.W.R. 1; 165 B.C.A.C. 1; 1 B.C.L.R. (4th) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 143; 286 N.R. 131; 2002 CSC 31; *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 C.F. 626; (2002), 216 F.T.R. 317; 2002 CFPI 184; conf. par [2003] 3 C.F. 447; (2003), 300 N.R. 130; 2003 CAF 35; *Laboucane v. Brooks* (2003), 229 D.L.R. (4th) 747; [2003] 9 W.W.R. 710; 17 B.C.L.R. (4th) 21; 2003 BCSC 1247.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Five Steel Barges* (1890), 15 P.D. 142.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Early Recovered Resources c. Gulf Log Salvage Co-operative Assn.*, 2003 CFPI 549; [2003] A.C.F. n° 716 (QL); *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; *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; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; (1998), 40 O.R. (3d) 639; 166 D.L.R. (4th) 193; 232 N.R. 201; 115 O.A.C. 1; *R. v. Kupchanko* (2002), 209 D.L.R. (4th) 658; [2002] 2 W.W.R. 637; 164 B.C.A.C. 41; 97 B.C.L.R. (3d) 219; 42 C.E.L.R. (N.S.) 184; 2002 BCCA 63; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585; (2003), 213 D.L.R. (4th) 449; [2003] 11 W.W.R. 1; 187

18 B.C.L.R. (4th) 207; 5 Admin. L.R. (4th) 161; 3 C.E.L.R. (3d) 161; [2003] 4 C.N.L.R. 25; 310 N.R. 122; 2003 SCC 55.

B.C.A.C. 1; 18 B.C.L.R. (4th) 207; 5 Admin. L.R. (4th) 161; 3 C.E.L.R. (3d) 161; [2003] 4 C.N.L.R. 25; 310 N.R. 122; 2003 CSC 55.

## AUTHORS CITED

*Kennedy and Rose, The Law of Salvage*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.  
Kerr, M. "The International Convention of Salvage 1989—How it Came to Be" (1990), 39 *I.C.L.Q.* 530.

ACTION for declaratory relief alleging that Part 9 of the *Forest Act* of British Columbia and the *Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District* are unconstitutional because they are *ultra vires* the British Columbia Legislature by virtue of the federal government's exclusive jurisdiction over navigation and shipping under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, and that they are inoperative to the extent that they conflict with the *Canada Shipping Act* and the *International Convention on Salvage, 1989*. Action dismissed.

## APPEARANCES:

*Margot Venton* and *A. Devon Page* for plaintiff.  
*Nancy Brown, Nerys Poole* and *Elizabeth Rowbotham* for defendants Her Majesty in Right of the Province of British Columbia and the Minister of Forests.  
*David F. McEwen* for defendants Coast Forest Products Association and Independent Timber Marketing Association.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, for plaintiff.  
*Attorney General for British Columbia* for defendants Her Majesty in Right of the Province of British Columbia and the Minister of Forests.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for defendants Coast Forest Products Association and Independent Timber Marketing Association.

## DOCTRINE CITÉE

*Kennedy and Rose, The Law of Salvage*, 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.  
Kerr, M. « The International Convention of Salvage 1989—How it Came to Be » (1990), 39 *I.C.L.Q.* 530.

ACTION visant à obtenir un jugement déclarant que la partie 9 de la *Forest Act* de la Colombie-Britannique et le *Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District* sont inconstitutionnels parce qu'ils excèdent la compétence de législature de la Colombie-Britannique en raison de la compétence fédérale exclusive conférée au gouvernement fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires par le paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et qu'ils sont inopérants dans la mesure où ils sont incompatibles avec la *Loi sur la marine marchande du Canada* et la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance*. Action rejetée.

## ONT COMPARU :

*Margot Venton* et *A. Devon Page* pour la demanderesse.  
*Nancy Brown, Nerys Poole* et *Elizabeth Rowbotham* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le ministre des Forêts.  
*David F. McEwen* pour les défenderesses Coast Forest Products Association et Independent Timber Marketing Association.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le procureur général de la Colombie-Britannique* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le ministre des Forêts.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour les défenderesses Coast Forest Products Association et Independent Timber Marketing Association.

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

RUSSELL J.:

#### NATURE OF THE PROCEEDING

[1] This proceeding is about the constitutional competence to regulate the recovery of no mark visible (NMV) logs from the Fraser River in British Columbia. The source and ownership of the logs in this case cannot be determined.

[2] The plaintiff has conceived and presented the matter as a test case that calls upon the Court to consider and rule upon the constitutional validity, applicability or effect of Part 9 [ss. 122-126] of the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157 (*Forest Act*), and the associated *Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*, B.C. Reg. 220/81 as amended (Log Salvage Regulation).

[3] In effect, the plaintiff says that Part 9 of the *Forest Act* is unconstitutional because it is *ultra vires* the British Columbia Legislature by virtue of the federal government's exclusive jurisdiction over navigation and shipping under subsection 91(10) 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]], and by virtue of section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[4] In the alternative, the plaintiff claims that if Part 9 of the *Forest Act* is not *ultra vires* the Province it is inoperative to the extent that it conflicts with the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 (Shipping Act), and the *International Convention on Salvage, 1989* [being Schedule V of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, as enacted by S.C. 1993, c. 36, Sch.] (Convention) that has been incorporated into Canadian domestic law through section 449.1 [as

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

LE JUGE RUSSELL :

#### GENÈSE DE L'INSTANCE

[1] La présente instance concerne la compétence constitutionnelle touchant la réglementation de la récupération de billots non marqués dans le fleuve Fraser en Colombie-Britannique. La provenance et la propriété des billots ne peuvent être déterminées en l'espèce.

[2] La demanderesse a conçu et présenté la présente affaire comme une cause type qui appelle la Cour à examiner et à juger la constitutionnalité, l'applicabilité ou l'effet de la partie 9 [art. 122 à 126] de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157 (*Forest Act*), et de son règlement d'application, le *Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*, B.C. Reg. 220/81, modifié (Log Salvage Regulation).

[3] La demanderesse soutient essentiellement que la partie 9 de la *Forest Act* est inconstitutionnelle parce que la législature de la Colombie-Britannique n'avait pas compétence pour l'adopter en raison de la compétence exclusive sur la navigation et les bâtiments ou navires que le législateur fédéral tient du paragraphe 91(10) 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]] et de l'article 52 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]].

[4] À titre subsidiaire, la demanderesse affirme que si la partie 9 de la *Forest Act* n'excède pas la compétence de la province, elle est inopérante dans la mesure où elle est incompatible avec la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (la Loi sur la marine marchande) et la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance* [qui constitue l'annexe V de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, édicté par L.C. 1993, ch. 36, ann.] (la Convention) qui

enacted by S.C. 1993, c. 36, s. 1] of the Shipping Act and which came into force in Canada on July 14, 1996.

[5] Her Majesty in right of British Columbia and Jim Doyle, Minister of Forests (Province) say that Part 9 of the *Forest Act* is constitutionally valid because it deals with matters that come within the exclusive jurisdiction of the Legislature of British Columbia. The Province takes the position that Part 9 of the *Forest Act* is, in pith and substance, legislation that falls within the purview of the following sections of the *Constitution Act, 1867*:

- (a) Subsection 92(5) - The Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of Timber and Wood thereon;
- (b) Subsection 92(10) - Local Works and Undertakings;
- (c) Subsection 92(13) - Property and Civil Rights in the Province; and
- (d) Subsection 92(16) - Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

[6] In the alternative, the Province says that, to the extent that the Shipping Act and the Convention purport to regulate the recovery, sale and distribution of the proceeds of sale of logs in British Columbia, they are not valid legislation in relation to navigation and shipping, and so must be *ultra vires* the Parliament of Canada.

[7] Coast Forest Products Association, formerly Coast Forest and Lumber Association (Coast), and Independent Timber Marketing Association (Timber Marketing) support the position of the Province. Coast is a provincial non-profit association whose members include all of the major, and many of the smaller, forest product and logging companies operating in coastal

a été incorporée en droit interne canadien par le biais de l'article 449.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 36, art. 1] de la Loi sur la marine marchande et qui est entrée en vigueur au Canada le 14 juillet 1996.

[5] Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique et le ministre des Forêts Jim Doyle (la province) soutiennent que la partie 9 de la *Forest Act* est constitutionnelle parce qu'elle porte sur des questions qui relèvent de la compétence exclusive de l'assemblée législative de la Colombie-Britannique. La province adopte le point de vue selon lequel la partie 9 de la *Forest Act* est essentiellement un texte législatif qui tombe sous le coup des dispositions suivantes de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

- a) Paragraphe 92(5) - L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent;
- b) Paragraphe 92(10) - Les travaux et entreprises d'une nature locale;
- c) Paragraphe 92(13) - La propriété et les droits civils dans la province;
- d) Paragraphe 92(16) - Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

[6] À titre subsidiaire, la province affirme que, dans la mesure où elles visent à réglementer la récupération et la vente de billots et la distribution du produit de la vente des billots récupérés en Colombie-Britannique, la Loi sur la marine marchande et la Convention ne constituent pas des mesures législatives valides portant sur la navigation et les bâtiments ou navires, de sorte que le législateur fédéral n'avait pas compétence pour les adopter.

[7] La Coast Forest Products Association, anciennement la Forest and Lumber Association (Coast), et l'Independent Timber Marketing Association (Timber Marketing) adhèrent à la thèse de la province. Coast est une association provinciale à but non lucratif qui compte parmi ses membres toutes les grandes—et bon nombre des petites—entreprises forestières qui exercent leurs

areas of British Columbia. Timber Marketing is also a provincial association whose membership is composed of some of the log brokers, and some of the smaller logging companies, operating in the coastal areas of British Columbia.

[8] Coast and Timber Marketing were added as parties to this dispute by order of Prothonotary Hargrave dated May 2, 2003 [2003 FCT 549].

[9] The appropriate notices of constitutional question have been served. Justice Canada has taken the position that the matter is “private and provincial” and the Attorney General of Canada has declined to intervene. Other federal officials and departments (Transport and Salvage and Wreck) also appear to regard the matters in this dispute as falling exclusively within provincial competence.

#### FACTUAL BACKGROUND

[10] In order to create a context and a factual base for the constitutional challenge, the plaintiff carried out a typical log salvage operation and produced detailed notes and photographs of what transpired.

[11] Between January 13 and 19, 1999, Ms. Shirley Weishuhn, a co-owner and employee of the plaintiff company, recovered 65 floating logs from the Fraser River in the Vancouver Log Salvage District.

[12] At all material times, Ms. Weishuhn was the holder of a valid log salvage permit that authorized her to salvage logs in the Vancouver Log Salvage District. The permit was issued pursuant to the Log Salvage Regulation enacted under the *Forest Act*.

[13] All of the 65 logs were recovered with the use of a marine vessel called the *Starter II*, which is licensed under number 13K73797.

[14] In recovering the logs, Ms. Weishuhn navigated the *Starter II* within a couple of metres of each log and,

activités le long des côtes de la Colombie-Britannique. Timber Marketing est également une association provinciale composée de courtiers en bois et de certaines des petites sociétés forestières qui exercent leurs activités dans les zones côtières de la Colombie-Britannique.

[8] Coast and Timber Marketing ont été constituées codéfenderesses dans le présent litige en vertu de l’ordonnance prononcée par le protonotaire Hargrave le 2 mai 2003 [2003 CFPI 549].

[9] Les avis de question constitutionnelle appropriés ont été dûment signifiés. Justice Canada a adopté le point de vue que l’affaire est « privée et provinciale » et le procureur général du Canada a refusé d’intervenir. D’autres fonctionnaires et ministères fédéraux (Transports et Sauvetage et Épaves) semblent aussi considérer que les questions en litige relèvent exclusivement de la compétence provinciale.

#### RAPPEL DES FAITS

[10] Afin de constituer un dossier contextuel et factuel en vue de contester la constitutionnalité des dispositions en question, la demanderesse a procédé à une opération type de récupération de billots pour laquelle elle a produit des notes détaillées et pris des photographies.

[11] Entre le 13 et le 19 janvier 1999, M<sup>me</sup> Shirley Weishuhn, copropriétaire et employée de la compagnie demanderesse, a récupéré 65 billots flottants dans le fleuve Fraser dans la zone de récupération de billots de Vancouver.

[12] Au moment des faits, M<sup>me</sup> Weishuhn était titulaire d’un permis de récupération de billots en cours de validité qui l’autorisait à récupérer des billots dans la zone de récupération de billots de Vancouver. Ce permis lui avait été délivré en vertu du Log Salvage Regulation pris en application de la *Forest Act*.

[13] Les 65 billots ont tous été récupérés à l’aide d’un bâtiment de mer appelé *Starter II*, qui est immatriculé sous le numéro 13K73797.

[14] Pour récupérer les billots, M<sup>me</sup> Weishuhn a manœuvré le *Starter II* en l’approchant de quelques

while remaining in the boat, gained hold of each log by hand or with the aid of an axe or pike pole.

[15] After steadying the log in the water, she used an axe to hammer a uniquely numbered dogline into each log. A “dogline” is a specialized item used in the salvage of logs. The “dog” is a metal spike which is driven into the log. Each dog was attached to a line with a loop on the end with which each log was secured to the towpost of the *Starter II*. This allowed each log to be towed behind the boat.

[16] Using a log salvage identification hammer, Ms. Weishuhn applied a mark to the log and then attached the log to the *Starter II* for towing.

[17] As the logs were recovered Ms. Weishuhn secured them by their individually numbered doglines at various points along the Fraser River.

[18] On January 20, 1999, Ms. Weishuhn towed all 65 logs to the foreshore of her property at 10487 River Road, Delta, British Columbia, with the *Starter II*.

[19] From the 65 logs, 17 were selected which bore no visible timber marks. Some of the remaining 48 logs bore identifiable timber marks. The 17 logs with no visible timber marks are the logs in question in this action.

[20] All 17 NMV logs had cut ends indicating that they were not natural woody debris.

[21] On February 1, 1999, the plaintiff advised the Ministry of Forests that it was holding 17 NMV logs.

[22] On February 10, 1999, the Province responded with a letter.

mètres de chaque billot et, tout en demeurant à bord du bateau, en empoignant chaque billot manuellement ou à l'aide d'une hache ou d'une gaffe.

[15] Après avoir stabilisé le billot dans l'eau, elle se servait d'une hache pour enfoncer un clameau à crochet à numéro unique dans chaque billot. Un « clameau à crochet » est un dispositif spécialisé dont on se sert pour la récupération des billots. Le « clameau » est une pièce en métal recourbée que l'on enfonce dans le bois. Chaque clameau comporte à l'autre extrémité un anneau d'ancrage dans lequel on passe la chaîne rattachée au mât du *Starter II*. Les billots pouvaient ainsi être remorqués derrière le bateau.

[16] À l'aide d'un marteau d'identification pour la récupération de billots, M<sup>me</sup> Weishuhn a ensuite appliqué ensuite une marque sur les billots et elle a attaché les billots au *Starter II* en vue de leur remorquage.

[17] Au fur et à mesure qu'elle les récupérait, M<sup>me</sup> Weishuhn confirmait à divers lieux du fleuve Fraser l'identité des billots grâce aux clameaux à crochets à numéro individuel qu'elle y fixait.

[18] Le 20 janvier 1999, M<sup>me</sup> Weishuhn a remorqué avec le *Starter II* les 65 billots jusqu'à sa propriété du 10487, River Road, à Delta, en Colombie-Britannique.

[19] Sur les 65 billots, 17 qui ne portaient aucune marque de bois visible ont été mis à part. Certains des 48 billots restants portaient des marques de bois identifiables. Les 17 billots sans marques de bois visibles sont les billots qui sont en litige dans la présente action.

[20] Les 17 billots non marqués comportaient tous des extrémités coupées, ce qui indiquait qu'il ne s'agissait pas de débris ligneux naturels.

[21] Le 1<sup>er</sup> février 1999, la demanderesse a informé le ministère des Forêts qu'elle retenait les 17 billots non marqués.

[22] Le 10 février 1999, la province lui a répondu par lettre.

[23] On February 10 and 11, 1999, Ms. Weishuhn, with the *Starter II*, towed the 17 NMV logs to the Fraser River receiving station of Gulf Log Salvage Co-Operative Association (Gulf Log).

[24] Gulf Log accepted 14 of the 17 logs. Two of the logs were deadheads, and Ms. Weishuhn was directed by an employee of Gulf Log to deliver those 2 logs to West Coast Cellul fibre which accepts deadheads. The third unaccepted log was alder. As alder logs are not accepted by Gulf Log at the receiving station, the small alder log was placed into a debris bag for disposal.

[25] The 14 accepted logs were scaled by a log scaler employed by Gulf Log. The 2 deadheads delivered to West Coast Cellul fibre were scaled at that location.

[26] On August 16, 1999, the plaintiff demanded that the Minister of Forests compensate it for the 17 NMV logs pursuant to the terms of the Convention.

[27] On October 15, 1999, the Minister of Forests, through his agent, the director of Revenue Branch, Ministry of Forests, refused the plaintiff's claim on the grounds that the Log Salvage Regulation was applicable and that the Convention had no application in the circumstances of the case.

[28] Sixteen of the 17 NMV logs were dealt with by Gulf Log. The 14 logs delivered to the receiving station were sold by Gulf Log. As regards the 2 deadhead logs delivered to West Coast Cellul fibre, the invoice for their sale was issued by Gulf Log.

[29] The Ministry of Forests invoiced Gulf Log for stumpage fees and Gulf Log paid stumpage fees on the 16 logs to the Ministry of Forests for British Columbia.

[30] The other 48 logs were towed to Gulf Log by Mr. Earl Weishuhn, on behalf of the plaintiff. Gulf Log paid compensation for those 48 logs under the provincial scheme, which compensation was accepted by the plaintiff.

[23] Les 10 et 11 février 1999, M<sup>me</sup> Weishuhn a, avec l'aide du *Starter II*, remorqué les 17 billots non marqués au poste de réception du fleuve Fraser de la Gulf Log Salvage Co-Operative Association (Gulf Log).

[24] Gulf Log a accepté 14 des 17 billots. Deux de ces billots étaient des « canards » et M<sup>me</sup> Weishuhn a reçu l'ordre d'un des employés de Gulf Log de livrer ces deux billots à West Coast Cellul fibre, qui acceptait les canards. Le troisième billot refusé était de l'aune. Comme les billots d'aune ne sont pas acceptés par Gulf Log au poste de réception, le petit billot d'aune a été mis dans un sac de débris pour qu'on en dispose ensuite.

[25] Les 14 billots qui ont été acceptés ont été mesurés par un mesureur de billes employé par Gulf Log. Les deux canards livrés à West Coast Cellul fibre ont été cubés à cet endroit.

[26] Le 16 août 1999, la demanderesse a exigé que le ministre des Forêts l'indemnise pour les 17 billots non marqués conformément aux modalités de la Convention.

[27] Le 15 octobre 1999, le ministre des Forêts a, par l'intermédiaire de son représentant, le directeur du Revenu au ministère des Forêts, refusé la demande de la demanderesse au motif que le Log Salvage Regulation s'appliquait et qu'en égard aux circonstances de l'espèce, la Convention ne s'appliquait pas.

[28] Gulf Log s'est occupé de seize des 17 billots non marqués. Elle a vendu les 14 billots livrés au poste de réception. Pour ce qui est des deux canards livrés à West Coast Cellul fibre, la facture relative à leur vente a été établie par Gulf Log.

[29] Le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a facturé des droits de coupe sur les 16 billots à Gulf Log, qui les lui a payés au ministère des Forêts.

[30] Les 48 autres billots ont été transportés par remorquage jusqu'à Gulf Log par M. Earl Weishuhn pour le compte de la demanderesse. Gulf Log a payé pour ces 48 billots l'indemnité prévue par le régime provincial et la demanderesse a accepté ce paiement.



[31] The plaintiff has calculated the value of the 17 NMV logs as \$639.62, based upon the schedule of three-month average domestic log selling prices issued by the Province for stumpage purposes. That table is derived from the sale of green (non-salvaged) logs. The offer of compensation by Gulf Log to the plaintiff (which the plaintiff has refused) was based upon the calculation of the market value of salvaged logs. Gulf Log calculated the market value of the 16 NMV logs (other than the alder) as \$271.90.

[32] The plaintiff says that, in following the procedure described above, Ms. Weishuhn salvaged valuable property at risk of damage or loss. That property was lost in navigable waters in the course of its transportation and/or storage on the Fraser River. Ms. Weishuhn offered to return the property to the Province, whom the plaintiff believed had the best claim to ownership of the logs in question, and, in so doing, she provided a benefit in the form of the return of valuable property, the elimination of a navigational hazard, and the elimination of an environmental risk to important and already compromised marshes of the Fraser River estuary.

#### POSITION OF THE PARTIES

[33] The plaintiff says that the purpose of the log salvage operation that Ms. Weishuhn conducted was to resolve legal ambiguities surrounding a system for log recovery that have negatively affected Ms. Weishuhn's chosen profession and livelihood, the operation of her family business, and the close-knit community of marine log salvors on the Fraser River with whom she is actively engaged.

[34] In order to resolve such ambiguities and negative consequences of the present system for log recovery on the Fraser River, the plaintiff has formulated its prayer for relief in various ways during the course of these proceedings. At the conclusion of the trial the order sought was as follows:

[31] La demanderesse a fixé à 639,62 \$ la valeur des 17 billots non marqués en se fondant sur l'annexe de la liste interne de prix de vente moyen sur trois mois des billots que la province a établie pour le calcul des droits de coupe. Ce tableau concerne la vente de billots « verts » (non récupérés). L'offre d'indemnité que Gulf Log a faite à la demanderesse (et que la demanderesse a refusée) était basée sur le calcul de valeur marchande des billots récupérés. Gulf Log a établi à 271,90 \$ la valeur marchande des 16 billots non marqués (autre que le bois d'aulne).

[32] La demanderesse explique qu'en suivant la procédure qui vient d'être décrite, M<sup>me</sup> Weishuhn a récupéré des biens valables qui risquaient d'être perdus ou endommagés. Ces biens avaient été perdus dans un cours d'eau navigable au cours de leur transport et/ou de leur entreposage sur le fleuve Fraser. M<sup>me</sup> Weishuhn a offert de rendre ces biens à la province qui, selon ce que croyait la demanderesse, possédait le meilleur titre de propriété sur les billots en question et, ce faisant, M<sup>me</sup> Weishuhn a fourni un avantage en restituant des biens valables, en supprimant un danger pour la navigation et en éliminant un risque environnemental pour d'importants marais déjà menacés de l'estuaire du fleuve Fraser.

#### THÈSE DES PARTIES

[33] Selon la demanderesse, l'opération de récupération des billots à laquelle M<sup>me</sup> Weishuhn a procédé visait à dissiper les ambiguïtés juridiques entourant un système de récupération des billots qui avait eu des incidences négatives sur la profession et le gagne-pain que M<sup>me</sup> Weishuhn a choisis, sur l'exploitation de son entreprise familiale et sur la communauté très unie de récupérateurs de billots du fleuve Fraser avec laquelle elle entretenait des liens étroits.

[34] Pour dissiper ces ambiguïtés et pour supprimer les conséquences négatives du système actuel de récupération de billots sur le fleuve Fraser, la demanderesse a formulé ses conclusions de diverses manières au cours de la présente instance. À la clôture du procès, voici l'ordonnance qu'elle a réclamée :

(a) A declaration that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are unconstitutional and *ultra vires* the Province in that they regulate a matter that is at the core of federal jurisdiction (namely, navigation and shipping);

(b) Alternatively, a declaration that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are inoperative and of no force and effect to the extent that they conflict with the Shipping Act and the Convention;

(c) A declaration that the Shipping Act and the Convention apply to marine log salvage; and

(d) A declaration that the plaintiff is entitled to receive compensation for the 17 NMV logs it salvaged in accordance with article 13, paragraph 1 of the Convention as incorporated by Part V of the Shipping Act, including, but not limited to, compensation pursuant to article 13, paragraph 1(b) of the Convention.

[35] The Province (supported by Coast and Timber Marketing) takes the position that Part 9 of the *Forest Act* and the associated Log Salvage Regulation are *intra vires* the provincial legislature as being in pith and substance matters in relation to timber resources, the rights of timber companies with respect to the harvesting of timber, the regulation of ownership and sale of Crown timber, the disposition of the proceeds of the sale of Crown timber, and the regulation of the recovery and salvage of timber that might otherwise be lost.

[36] While the plaintiff says that the log salvage activities in question fall squarely within the federal regulatory power over navigation and shipping in accordance with subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, the Province says that even if Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation do have any impact on navigation and shipping, it is only to a limited extent and is merely incidental and ancillary to a valid provincial regulatory scheme.

a) Un jugement déclarant que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation sont inconstitutionnels et qu'ils excèdent la compétence de la province étant donné qu'ils réglementent une matière qui relève de la compétence fédérale fondamentale (en l'occurrence, la navigation et les bâtiments ou navires);

b) À titre subsidiaire, un jugement déclarant que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation sont inopérants dans la mesure où ils sont incompatibles avec la Loi sur la marine marchande et la Convention;

c) Un jugement déclarant que la Loi sur la marine marchande et la Convention s'appliquent au sauvetage maritime de billots;

d) Un jugement déclarant que la demanderesse a le droit de recevoir une indemnité pour les 17 billots non marqués qu'elle a récupérés, conformément au paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention, incorporée par la partie V de la Loi sur la marine marchande, y compris notamment l'indemnité prévue à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention.

[35] La province affirme—avec l'appui de Coast et de Timber Marketing—que la partie 9 de la *Forest Act* et son règlement d'application, le Log Salvage Regulation, relèvent de la compétence de la législature provinciale car il s'agit essentiellement de questions se rapportant aux ressources forestières, aux droits des sociétés forestières en ce qui concerne la récolte de bois, à la réglementation de la propriété et de la vente du bois de la Couronne, à la disposition du produit de la vente de bois de la Couronne et à la réglementation de la récupération du bois qui pourrait autrement être perdu.

[36] Alors que la demanderesse affirme que les activités de récupération de billots en question tombent carrément sous le coup du pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires aux termes du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la province affirme que, même si la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation ont effectivement des incidences sur la navigation et les bâtiments ou navires, ces incidences sont limitées et ne constituent qu'un aspect accessoire et

[37] In fact, the Province (once again supported by the other defendants) has raised its own constitutional issue for determination in this case:

In the alternative, to the extent that the *Canada Shipping Act* and the *International Convention on Salvage, 1989* purport to regulate the recovery and sale of logs and distribution of the proceeds from the sale of recovered logs in British Columbia, whether these provisions are valid legislation in relation to navigation and shipping, and are *ultra vires* the Parliament of Canada.

[38] Because of the nature of this dispute, the Province has indicated it is not seeking costs.

[39] The appropriate notices of constitutional question have been served.

#### THE ATTACK ON THE PROVINCIAL SCHEME

[40] At the heart of this dispute lies a constitutional attack by the plaintiff on the Province's scheme for recovering and salvaging logs from the Vancouver Log Salvage District as that scheme is embodied in Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation.

[41] The *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are part of a comprehensive regime for managing forest resources in British Columbia. That regime also includes the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, the *Scaling Regulation*, B.C. Reg. 446/94, the *Timber Marking and Transportation Regulation*, B.C. Reg. 253/97, and the *Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004.

[42] The plaintiff impugns the constitutional validity of Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation in a somewhat oblique way. The plaintiff has seized upon the concept of "marine salvage" to assert that the Province has sought to regulate a matter that is

secondaire d'un régime de réglementation provincial valide.

[37] En fait, la province—là encore, avec l'appui des autres défendeurs—soumet sa propre question constitutionnelle qu'elle souhaite faire trancher dans le cadre du présent procès :

[TRADUCTION] À titre subsidiaire, dans la mesure où elles prétendent réglementer la récupération et la vente de billots et la distribution du produit de la vente de billots récupérés en Colombie-Britannique, la *Loi sur la marine marchande du Canada* et la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance* ne constituent pas des mesures législatives valides portant sur la navigation et les bâtiments ou navires et le législateur fédéral n'avait pas compétence pour les adopter.

[38] En raison de la nature du présent litige, la province a précisé qu'elle ne réclamait pas de dépens.

[39] Les avis de questions constitutionnelles appropriés ont été dûment signifiés.

#### CONTESTATION DU RÉGIME PROVINCIAL

[40] Le débat tourne essentiellement autour de la contestation, par la demanderesse, de la constitutionnalité du régime établi par la province à la partie 9 de la *Forest Act* et dans le Log Salvage Regulation relativement à la récupération de billots dans le district de récupération de billots de Vancouver.

[41] La *Forest Act* et le Log Salvage Regulation s'inscrivent dans le cadre d'un régime complet de gestion des ressources forestières en Colombie-Britannique. Ce régime comprend aussi la *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, ch. 69, le *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, le *Scaling Regulation*, B.C. Reg. 446/94, le *Timber Marking and Transportation Regulation*, B.C. Reg. 253/97, et le *Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004.

[42] La demanderesse conteste la constitutionnalité de la partie 9 de la *Forest Act* et du Log Salvage Regulation d'une façon quelque peu indirecte. Elle tire argument du concept de « sauvetage maritime » pour affirmer que la province a tenté de légiférer sur un sujet qui relève

at the core of Canadian maritime law and the federal jurisdiction over navigation and shipping.

[43] It is true that the plaintiff does refer to the conventional “pith and substance” approach to constitutional review set out by the Supreme Court of Canada in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, but the plaintiff’s analysis of the pith and substance of the impugned provisions is little more than an assertion that they “do intrude into the area of navigation and shipping as they seek to regulate the return or recovery of property lost in the course of its transport by water.” As regards Part 9 of the *Forest Act*, the plaintiff simply says that “these provisions apply to solely *marine log salvage*” (emphasis is the plaintiff’s) and that “anything that happens in the marine context is *prima facie* federal jurisdiction.”

[44] The plaintiff then addresses the assertions made by the Province that the impugned provisions regulate property rights and traffic in salvaged logs.

[45] As regards the regulation of property rights, the plaintiff takes a somewhat literalist approach and argues that the impugned provisions “do not create a new basis for ownership of salvaged wood” and they “do not determine ownership in unmarked logs.”

[46] As regards the traffic in logs, the plaintiff argues that the impugned provisions do not provide regulation because they do not stipulate how the provincial licensee, Gulf Log, should sell the logs “other than to require those logs to be sold at the best price” and, although salvors are paid salvage fees, salvors “are not buying or selling the logs.”

[47] Having concluded that the impugned provisions do intrude upon the federal navigation and shipping

essentiellement du droit maritime canadien et, partant, de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires.

[43] Il est vrai que la demanderesse fait allusion au critère traditionnel du « caractère véritable » que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l’arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146 en matière de contrôle de la constitutionnalité, mais dans son analyse du caractère véritable des dispositions contestées, la demanderesse se borne à affirmer que celles-ci [TRADUCTION] « empiètent effectivement sur la navigation et les bâtiments ou navires, étant donné qu’elles visent à réglementer la restitution ou la récupération de biens perdus au cours de leur transport par eau ». Pour ce qui est de la partie 9 de la *Forest Act*, la demanderesse se contente de dire que « ces dispositions s’appliquent uniquement au *sauvetage maritime de billots* » (mots soulignés par la demanderesse) et que « tout ce qui se produit dans un contexte maritime relève *prima facie* de la compétence fédérale ».

[44] La demanderesse aborde ensuite les assertions de la province suivant lesquelles les dispositions contestées réglementent les droits de propriété et le commerce de billots récupérés.

[45] Pour ce qui est de la réglementation des droits de propriété, la demanderesse adopte une approche plutôt littérale en faisant valoir que les dispositions contestées « ne créent pas un nouveau droit de propriété sur le bois récupéré » et qu’elles « ne précisent pas qui est propriétaire des billots non marqués ».

[46] En ce qui concerne le commerce de billots, la demanderesse soutient que les dispositions contestées ne réglementent pas la question parce qu’elles ne précisent pas comment le titulaire du permis provincial, Gulf Log, devrait vendre les billots [TRADUCTION] « sauf pour exiger que ces billots soient vendus au meilleur prix » et que, bien qu’ils reçoivent des droits de récupération, ceux qui font de la récupération « n’achètent ni ne vendent les billots ».

[47] Ayant conclu que les dispositions contestées empiètent sur le pouvoir du gouvernement fédéral sur la

power because they “seek to regulate the return or recovery of property lost in the course of its transport by water,” the plaintiff then, in accordance with *Kitkatla*, addresses the issue of whether or not they are, nevertheless, part of a valid provincial legislative scheme.

[48] The plaintiff’s position is that, while the *Forest Act* in general does not intrude on federal jurisdiction, a “constitutionally invalid provision will not be saved by being put into an otherwise valid statute.”

[49] The crux of the plaintiff’s argument as regards the scheme enacted by the *Forest Act* is that the provisions of Part 9 and the Log Salvage Regulation “are not sufficiently integrated with or essential to that scheme so as to make them valid legislation concerning property and civil rights to save them from such intrusion.”

[50] This is because the “provisions are *marine* salvage provisions alone that apply only to logs salvaged from water below the high tide line—they do not apply to recovery of timber generally.”

[51] Unlike the provisions in the *Forest Act* that deal with land salvage, the plaintiff argues that “Marine log salvage is not related to the harvest of trees. It is related to the recovery of timber lost in the course of their [*sic*] transport by water and associated storage.” Hence, the plaintiff says, “eliminating the Province’s ability to regulate marine log salvage in no way affects its ability to regulate the harvest of timber,” and the impugned provisions “are entirely severable from the rest of the legislative scheme set out in the *Forest Act*.”

[52] To bolster its conclusions on pith and substance, the plaintiff raises “the doctrine of inter jurisdictional immunity . . . to preclude the Province from regulating marine log salvage at all.” The plaintiff’s argument here is that the “general law of marine salvage falls within the

navigation et les bâtiments ou navires parce qu’elles « visent à régler la restitution ou la récupération de biens perdus au cours de leur transport par eau », la demanderesse aborde ensuite, conformément à l’arrêt *Kitkatla*, la question de savoir si ces dispositions font néanmoins partie d’un régime législatif provincial valide.

[48] La thèse de la demanderesse est que, bien que, de façon générale, la *Forest Act* n’empiète pas sur la compétence fédérale, [TRADUCTION] « on ne peut sauver une disposition inconstitutionnelle en l’insérant dans une loi par ailleurs valide ».

[49] La demanderesse soutient essentiellement, en ce qui concerne le régime édicté par la *Forest Act*, que les dispositions de la partie 9 et du Log Salvage Regulation [TRADUCTION] « ne sont pas suffisamment intégrées à ce régime ou essentiels à ce régime pour en faire des mesures législatives valides portant sur la propriété et les droits civils, les protégeant ainsi d’un tel empiètement ».

[50] Cette situation tient au fait que [TRADUCTION] « ces dispositions concernent le sauvetage *maritime* et ne visent donc que les billots récupérés sous la laisse des hautes eaux. Elles ne s’appliquent pas à la récupération du bois en général. »

[51] La demanderesse fait valoir que, contrairement aux dispositions de la *Forest Act* qui portent sur le « sauvetage terrestre », [TRADUCTION] « le sauvetage maritime de billots n’a rien à voir avec la récolte du bois. Il se rapporte à la récupération et à l’entreposage du bois perdu au cours du transport par eau ». La demanderesse explique donc que « le fait d’empêcher la province de régler le sauvetage maritime de billots ne porte nullement atteinte à sa capacité de régler la récolte de bois » et les dispositions contestées « peuvent être entièrement dissociées du reste du régime législatif contenu dans la *Forest Act*. »

[52] Pour renforcer ses conclusions sur le caractère véritable, la demanderesse invoque [TRADUCTION] « le principe de l’exclusivité des compétences [. . .] qui empêche totalement la province de régler le sauvetage maritime de billots ». La thèse de la demande-

core of federal jurisdiction over navigation and shipping. Further, the law of marine salvage is sufficiently well-developed that there is little room for effective provincial legislation affecting that field. As log salvage fits in the expanded definition of marine salvage it also [*sic*] at the core of Parliament's exclusive jurisdiction over shipping and navigation."

[53] The plaintiff invokes *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 and *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273 for the proposition that "maritime jurisdiction is, for constitutional, historical and practical reasons, extremely broad." *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 is also enlisted to show that "each head of federal power possesses an essential core which the provinces are not permitted to regulate indirectly through otherwise valid laws of general application" and that the essential core of maritime law should be assessed with reference to "the national and international law dimension of maritime law and the corresponding requirement for uniformity in maritime law principles."

[54] The plaintiff's conclusion is that "*Ordon* stands for the proposition that it is relatively rare that a provincial law of general application will apply to a matter otherwise governed by Canadian maritime law."

[55] With further regard to interjurisdictional immunity in the context of the federal maritime jurisdiction, the plaintiff cites the recent British Columbia Court of Appeal decision in *R. v. Kupchanko* (2002), 209 D.L.R. (4th) 658, and quotes the words of Esson J.A., at paragraph 35 that "there is now a very limited scope for the application of any provincial law in the maritime context."

esse est que « les règles de droit générales en matière de sauvetage maritime relèvent essentiellement de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Par ailleurs, les règles de droit régissant le sauvetage maritime sont à ce point développées pour que la province ne puisse plus faire valoir sa compétence dans ce domaine. Comme elle répond à la définition élargie du sauvetage maritime, la récupération de billots relève également de la compétence exclusive essentielle du Parlement sur les bâtiments ou navires et la navigation. »

[53] La demanderesse invoque les arrêts *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 et *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273 à l'appui de son argument que [TRADUCTION] « la compétence maritime est, pour des raisons d'ordre constitutionnel, historique et pratique, extrêmement large ». Elle cite également l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, pour démontrer que « chaque chef de compétence fédérale possède un contenu essentiel que les provinces ne sont pas autorisées à réglementer indirectement par le truchement de lois de portée générale valides » et que le contenu essentiel du droit maritime devrait être évalué en fonction des « dimensions nationales et internationales du droit maritime ainsi que de l'exigence corrélative d'uniformité dans les principes de droit maritime ».

[54] La demanderesse en conclut que [TRADUCTION] « le principe qui se dégage de l'arrêt *Ordon* est qu'il est relativement rare qu'une loi provinciale d'application générale vise une matière qui est par ailleurs régie par le droit maritime canadien ».

[55] Pour revenir à la question de l'exclusivité des compétences dans le contexte de la compétence fédérale en droit maritime, la demanderesse cite l'arrêt récent de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Kupchanko* (2000), 209 D.L.R. (4th) 658. Elle reprend les propos suivants du juge Esson, J.C.A., au paragraphe 35 : [TRADUCTION] « le champ d'application de toute loi provinciale dans le contexte maritime s'est considérablement rétréci ».

[56] On the basis of these authorities, the plaintiff urges the following conclusions on the Court concerning the case at bar:

(a) The core of exclusive federal maritime jurisdiction is unusually broad;

(b) Marine salvage is a vital or essential aspect of the federal maritime jurisdiction;

(c) The existence of a ratified international marine salvage convention creating uniform salvage rules demonstrates that marine salvage, including marine log salvage (which falls within the broad definition of “property” under the Convention), is within the unassailable core of federal maritime jurisdiction;

(d) Subsection 422(1) [as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 96] of the Shipping Act emphasizes the federal nature of salvage when it gives the federal Minister of Transport “the general superintendence of all matters relating to salvage” throughout Canada;

(e) Salvage is a legal cause of action known only to the admiralty courts;

(f) Marine log salvage, which necessarily occurs in navigable waters and involves navigating vessels to remove hazards to navigation cannot be characterized as anything but a maritime activity;

(g) The *Forest Act* and the Log Salvage Regulation intrude on vital aspects of the core federal maritime jurisdiction over marine salvage;

(h) Log booms are created for the express purpose of navigation and are vessels within the meaning of the Shipping Act and the Convention so that the logs in this case which, on a balance of probabilities, were the cargo of a vessel (i.e. a log boom), are salvage within the traditional definition of that term and are thus subject to the exclusive jurisdiction of Parliament.

[56] Sur le fondement de ces précédents, la demanderesse exhorte la Cour à tirer les conclusions suivantes en l’espèce :

a) Le contenu essentiel de la compétence maritime exclusive du fédéral est particulièrement vaste;

b) Le sauvetage maritime constitue un aspect vital ou essentiel de la compétence maritime fédérale;

c) L’existence d’une convention internationale dûment ratifiée sur l’assistance en mer qui contient des règles de sauvetage uniformes démontre que le sauvetage maritime, y compris le sauvetage maritime de billots (qui répond à la définition élargie du mot « bien » dans la Convention), fait partie du contenu essentiel irréductible de la compétence fédérale sur le droit maritime;

d) Le paragraphe 422(1) [mod. par L.C. 1996, ch. 31, art. 96] de la Loi sur la marine marchande souligne le caractère fédéral du sauvetage en prévoyant que le ministre fédéral des Transports « exerce la surintendance générale de tout ce qui se rapporte au sauvetage » sur toute l’étendue du Canada;

e) Le sauvetage ne donne ouverture à une action en justice que devant les tribunaux siégeant en amirauté;

f) Le sauvetage maritime de billots, qui a nécessairement lieu dans des eaux navigables et qui implique des manœuvres visant à supprimer les dangers pour la navigation, ne peut être qualifié que d’activité maritime;

g) La *Forest Act* et le Log Salvage Regulation empiètent sur des aspects vitaux du contenu essentiel de la compétence fédérale maritime sur le sauvetage maritime;

h) Les estacades sont créées expressément pour la navigation et elles constituent des bâtiments au sens de la Loi sur la marine marchande et de la Convention de sorte que, dans le cas qui nous occupe, les billots qui, selon la preuve prépondérante, constituaient la cargaison d’un bâtiment (en l’occurrence une estacade), répondent à la définition traditionnelle du « sauvetage » et relèvent donc de la compétence exclusive du Parlement.

[57] Looking at the plaintiff's argument on the *ultra vires* of Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation as a whole, it is clear that the interjurisdictional immunity doctrine is, in fact, the real basis of the plaintiff's case. The pith and substance analysis offered is fairly superficial and amounts to little more than a general assertion that the impugned provisions intrude on the federal navigation and shipping power because "they seek to regulate the return or recovery of property lost in the course of transport by water" and "are not sufficiently integrated with or essential to the [provincial scheme under the *Forest Act*] so as to make them valid legislation concerning property and civil rights to save them from such intrusion."

[58] The plaintiff's central argument against the impugned provisions is, when boiled down to its essence as follows: log salvage is marine salvage; marine salvage is a core element of the federal maritime jurisdiction over navigation and shipping; the federal maritime jurisdiction is very broad; and there is no room constitutionally for a provincial scheme that deals with log salvage in navigable waters.

[59] The plaintiff has been encouraged in this approach by the order of Mr. Justice Hugessen of February 15, 2002 which dismissed a motion by the Province for summary judgment in this case. In his reasons of February 20, 2002, that followed his dismissal order, Mr. Justice Hugessen made the following remarks concerning the merits of the case as it appeared to him at that time [*Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 F.C. 626 (T.D.)], at paragraphs 7-9:

It is to be noted that the Province has not in any way impugned the federal legislation so that a finding of the latter's applicability necessarily excludes the application of the provincial legislation. I think that concession by the province is entirely proper for recent case law has been very clear that the federal power in the area of maritime law and navigation and shipping is very broad indeed and I make reference to the well-known cases which were extensively cited in argument

[57] Pour ce qui est de l'argument de la demanderesse sur l'inconstitutionnalité de la partie 9 de la *Forest Act* et du Log Salvage Regulation dans son ensemble, il est évident que la thèse de la demanderesse repose effectivement sur le principe de l'exclusivité des compétences. Son analyse du caractère véritable est plutôt superficielle et revient à une affirmation générale que les dispositions contestées empiètent sur le pouvoir fédéral en matière de navigation et de bâtiments et navires parce qu'elles [TRADUCTION] « visent à régler la restitution ou la récupération de biens perdus au cours de leur transport par eau » et qu'elles « ne sont pas suffisamment intégrées à ce régime ou essentielles à ce régime pour constituer des mesures législatives valides portant sur la propriété et les droits civils, et pour échapper à la qualification d'empiètement ».

[58] Le principal argument que fait valoir la demanderesse pour contester les dispositions en question se résume essentiellement à ce qui suit : la récupération de billots constitue du sauvetage maritime; le sauvetage maritime est un élément essentiel de la compétence maritime fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires; la compétence fédérale maritime est très large et il n'y a pas de place, sur le plan constitutionnel, pour un régime provincial qui porterait sur la récupération de billots dans les eaux navigables.

[59] La demanderesse est confortée dans sa thèse par l'ordonnance en date du 15 février 2002 par laquelle le juge Hugessen a rejeté la requête présentée par la province en vue d'obtenir un jugement sommaire dans la présente affaire. Dans les motifs du jugement du 20 février 2002 qui ont suivi l'ordonnance par laquelle il a débouté la province de sa requête, le juge Hugessen tient les propos suivants au sujet du bien-fondé de la cause tel qu'il la percevait alors [*Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 C.F. 626 (1<sup>re</sup> inst.)], aux paragraphes 7 à 9 :

Il faut souligner que la province n'a pas empiété de quelque façon que ce soit sur la législation fédérale de manière à ce que l'application de celle-ci écarte nécessairement l'application de la législation provinciale. J'estime que cette admission de la part de la province est entièrement justifiée puisque les arrêts récents ont indiqué très clairement que le pouvoir fédéral dans le domaine du droit maritime, de la navigation et des expéditions par eau était effectivement très



before me of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 and others.

It was urged upon me that the preparatory works to the 1989 Convention do not show that logs and log booms were within the contemplation of the drafters and reference is made to an article by Lord Justice Kerr in this regard: M. Kerr, “The International Convention on Salvage 1989—How it Came to Be” (1990) 39 *I.C.L.Q.* 530. In my view, the omission of specific mention of logs and booms is of very little consequence. The words used by the drafters could not have been any broader and the fact that they did contemplate specifically in their preliminary works such things as buoys and fishing gear makes it plain to me that they did not intend any restriction and did not express any restriction. I simply cannot accept that there was any implied intention to exclude such things as logs and booms. It may be that the reasons that they were not discussed is because this country and perhaps the United States are really the only principal maritime nations in which an important part of commercial shipping takes place in the form of logs and booms. That may also be an explanation for the early view of the English Admiralty Court where, of course, the commerce in floating timber was never of the kind of importance that it has played for many years on both coasts of this country.

I conclude accordingly, that the claim as asserted is apparently within the jurisdiction of this Court as relating to salvage. That does not, of course, mean that the claim is well founded or that it will succeed in due course. It does mean that it can go forward to trial and it also means that the provincial regulations whether they are viewed as invalid, inoperable or simply inapplicable do not play any role in the determination of the plaintiff's claim for damages. It also means, of course, that the motion must be dismissed. [Emphasis added.]

[60] So, Mr. Justice Hugessen took the position that the provincial scheme was not applicable to the facts of this case and that the matter should go forward as a salvage claim under federal jurisdiction.

large, et je fais référence aux arrêts bien connus qui m’ont été cités abondamment en plaidoirie, soit les arrêts *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 et autres.

On a tenté de me convaincre que les travaux préparatoires à la Convention de 1989 ne démontreraient pas que les billots et les estacades étaient visés par les rédacteurs et on a fait référence à un article du lord juge Kerr à cet égard : M. Kerr, « The International Convention on Salvage 1989—How it Came to Be » (1990), 39 *I.C.L.Q.* 530. Je suis d’avis que l’omission de mention expresse des billots et des estacades a très peu de conséquences. Les termes utilisés par les rédacteurs n’auraient pas pu être plus larges, et le fait que, dans leurs travaux préliminaires, les rédacteurs aient envisagé expressément des objets comme des bouées et de l’équipement de pêche m’indique clairement qu’ils n’ont pas eu l’intention de prévoir des restrictions et qu’ils n’en ont exprimé aucune. Je ne peux tout simplement pas accepter qu’il y ait eu une intention implicite d’exclure les objets comme les billots et les estacades. Il se peut que la raison pour laquelle ceux-ci n’ont pas été mentionnés réside dans le fait que ce pays et, peut-être, les États-Unis sont en réalité les seules nations parmi les principales nations maritimes où une partie importante des expéditions commerciales par eau a lieu sous forme de billots et d’estacades. Cela peut aussi expliquer la conception adoptée au début par la Cour de l’amirauté de l’Angleterre, pays où, naturellement, le commerce de billots flottants n’a jamais eu l’importance qu’il a revêtu pendant de nombreuses années sur les deux côtes du Canada.

Je conclus donc que, dans son état actuel, la demande de rémunération de sauvetage relève apparemment de la compétence de la Cour en matière de sauvetage. Cela ne signifie évidemment pas que la demande est bien fondée ou qu’elle sera accueillie en temps opportun. Cela signifie plutôt qu’elle peut se rendre à procès et que, peu importe si on considère la réglementation provinciale comme invalide, inopérante ou simplement inapplicable, celle-ci ne joue aucun rôle dans la détermination de l’action en dommages-intérêts de la demanderesse. Bien entendu, cela signifie également que la requête doit être rejetée. [Non souligné dans l’original.]

[60] Le juge Hugessen a par conséquent adopté le point de vue que le régime provincial ne s’appliquait pas aux faits de la présente espèce et que l’affaire devait être instruite en tant que demande de rémunération de sauvetage relevant de la compétence fédérale.

[61] Notwithstanding the plaintiff's assertions and its reliance upon the order of Mr. Justice Hugessen, that order was appealed [[2003] 3 F.C. 447], and although the Federal Court of Appeal dismissed the appeal by the Province and concurred with Mr. Justice Hugessen that the matter should proceed to trial, the Federal Court of Appeal also went a considerable distance in providing guidance on how this matter should be dealt with at trial. Pelletier J.A., writing for the Court, made the following findings and observations, at paragraphs 1-8:

This is an appeal by Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia (the Province) from the dismissal of her motion for summary judgment. The plaintiff (respondent in the appeal) has brought an action seeking a declaration of invalidity of Part IX [sections 122-126] of the *Forest Act*, R.S.B.C., 1996, c. 157, dealing with marine log salvage, and its associated regulation (*Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*, B.C. Reg. 220/81), on the ground that they are legislation in relation to salvage, a matter within exclusive federal jurisdiction. The Province sought to put an early end to the litigation by moving for summary judgment, asserting the constitutional validity of its legislation. However, its motion was dismissed for reasons which, while stopping short of a declaration of invalidity, left no doubt as to the Motion Judge's conclusion that the provincial legislation was *ultra vires*. That decision is reported at [2002] 4 F.C. 626 (T.D.).

The activity in issue is the recovery of logs left behind in coastal waters and rivers as a result of logging operations. The Province has enacted a scheme which provides for licensing of those who engage in log recovery, the establishment of a body to receive and dispose of the logs, and the distribution of the proceeds of the sale of the recovered logs to those who recovered them, and to those who claim an interest in them. The legislation describes all of this in terms of log salvage but on my reading of it, the legislative purpose could have been accomplished just as easily had the word recovery been used instead of the word salvage. All of which is to say that I attach no significance to the use of the word "salvage" in the legislation.

The respondent believes that the amounts paid to those who recover logs under the provincial scheme are too low and, by way of a declaration of invalidity of the provincial legislation, seeks to bring itself within the more generous scheme contemplated by the *International Convention on Salvage, 1989* . . . to which Canada is a signatory and which

[61] En dépit des assertions de la demanderesse et du fait qu'elle s'est fondée sur l'ordonnance du juge Hugessen, cette ordonnance a été portée en appel [[2003] 3 C.F. 447] et, tout en rejetant l'appel interjeté par la province et en souscrivant à l'opinion du juge Hugessen suivant laquelle l'affaire devait être instruite, la Cour d'appel fédérale a proposé des balises fort utiles sur la façon dont cette question devait être traitée au procès. Sous la plume du juge Pelletier, J.C.A., la Cour a formulé les conclusions et observations suivantes, aux paragraphes 1 à 8 :

Il s'agit d'un appel interjeté par Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique (la province) à l'encontre du rejet de sa requête en jugement sommaire. La demanderesse (intimée dans l'appel) a intenté une action sollicitant un jugement déclarant invalide la partie IX [articles 122 à 126] de la *Forest Act*, R.S.B.C., 1996, ch. 157, portant sur la récupération maritime des billots, et son règlement d'application (*Log Salvage Regulation for the Vancouver Billot Salvage District*, B.C. Reg. 220/81), au motif qu'ils constituent une législation liée au sauvetage, soit une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. La province a cherché à abrégé le litige en présentant une requête en jugement sommaire, faisant valoir la validité constitutionnelle de sa législation. Sa requête a toutefois été rejetée pour des motifs qui, bien que n'étant pas une déclaration d'invalidité comme telle, ne laissaient aucun doute sur la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la législation provinciale était *ultra vires*. Cette décision est publiée à [2002] 4 C.F. 626 (1<sup>re</sup> inst.).

L'activité en cause est la récupération de billots laissés dans les eaux côtières et les rivières à la suite d'opérations forestières. La province a adopté un régime qui prévoit la délivrance de permis à ceux qui se livrent à la récupération des billots, l'établissement d'un organisme qui reçoit et vend les billots ainsi que la distribution du produit de la vente des billots récupérés à ceux qui les ont récupérés et à ceux qui revendiquent un intérêt dans ces billots. La législation utilise comme terme « récupération de billots » (*log salvage*), mais selon moi, l'objectif de la législation aurait été atteint aussi aisément si le mot « *recovery* » avait été utilisé au lieu du mot « *salvage* ». Ceci étant dit, je n'attache aucune importance à l'utilisation du mot « *salvage* » dans la législation.

L'intimée croit que les sommes payées à ceux qui récupèrent les billots dans le cadre du régime provincial sont trop faibles et elle cherche, par un jugement déclarant invalide la législation provinciale, à s'assujettir au régime plus généreux envisagé par la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance* [. . .], de laquelle le Canada est signataire et

has been incorporated into the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985 c. S-9 (the Shipping Act). If it is successful, responsibility for an activity which the Province has regulated for some considerable time will pass to the Government of Canada which evinces little interest in assuming this burden as it has not appeared in these proceedings to assert the jurisdiction which the plaintiffs seek to bestow upon it.

Section 449.1 . . . of the Shipping Act declares the *International Convention on Salvage, 1989* (the Convention) to have the force of law in Canada. The Convention [at Article 1] defines “salvage operation” as “any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters whatsoever”. Property is defined as “any property not permanently and intentionally attached to the shoreline and includes freight at risk”. Salvage is not defined in the Shipping Act so that the definition in the Convention applies for purposes of this litigation.

The learned Motions Judge concluded that once it is found that the subject-matter of Part IX of the *Forest Act* and its associated regulation falls within the definition of salvage in the Convention, there is no room for the Province to assert jurisdiction in relation to that subject-matter. He concluded . . . , on the strength of the wording of the Convention and its incorporation into domestic law, that “Parliament has clearly legislated so as to extend the scope of marine salvage to include ‘property’ such as logs and booms of logs within the scope of the law of salvage”. He observed that when the drafters of the Convention made it applicable to “property of any kind”, they did not intend any restriction on the nature of the property.

Salvage is not itself an enumerated head of power under section 91 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) . . . so that the fact that the subject-matter of the legislation falls within the definition of salvage is not conclusive of constitutional competence. Salvage is matter of federal jurisdiction because it comes within one of the enumerated heads, namely shipping. The definition of salvage in the Convention cannot alter the division of powers under the Constitution. Consequently, the question is not whether the provincial log recovery scheme falls within the expanded definition of salvage but whether that scheme has a sufficient connection to shipping such that the expanded definition of salvage would apply to it. In other words, log recovery is not an aspect of shipping (and subject to federal jurisdiction) simply because it falls within the definition of salvage. If the provincial scheme falls within federal jurisdiction, it is because it is necessarily ancillary to shipping and is therefore

qui a été intégrée dans la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985) ch. S-9 (la Loi sur la marine marchande). Si elle a gain de cause, la responsabilité d’une activité que la province régleme depuis longtemps se retrouvera entre les mains du gouvernement du Canada, lequel manifeste peu d’intérêt à assumer cette charge, puisqu’il n’a pas comparu en la présente instance afin de faire valoir la compétence qui, selon ce que prétend la demanderesse, lui revient.

L’article 449.1 [. . .] de la Loi sur la marine marchande prescrit que la *Convention internationale de 1989 sur l’assistance* (la Convention) a force de loi au Canada. La Convention [à l’article premier] définit « opération d’assistance » comme « tout acte ou activité entrepris pour assister un navire ou tout autre bien en danger dans des eaux navigables ou dans n’importe quelles autres eaux ». « Bien » est défini comme « tout bien qui n’est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral et comprend le fret en risque ». « Assistance » n’est pas définie dans la Loi sur la marine marchande de sorte que la définition de la Convention s’applique dans le cadre du présent litige.

Le juge des requêtes a conclu qu’une fois qu’il est décidé que l’objet de la partie IX de la *Forest Act* et de son règlement d’application est visé par la définition d’assistance au sens de la Convention, la province ne peut pas, d’aucune façon, faire valoir sa compétence à l’égard de cet objet. Il a conclu, sur la foi du libellé de la Convention et de son intégration dans le droit interne, que « le législateur a clairement légiféré de manière à ce que la notion de sauvetage maritime du droit du sauvetage vise les “biens” comme les billots et les estacades ». Il a fait remarquer que lorsque les rédacteurs de la Convention ont fait en sorte qu’elle s’applique aux [TRADUCTION] « biens de toutes sortes », ils n’avaient pas l’intention d’imposer des restrictions quant à la nature des biens.

Le sauvetage n’est pas en soi une compétence énumérée à l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3. (R.-U.) [. . .], de sorte que le fait que l’objet de la législation soit visé par la définition de sauvetage n’est pas concluant quant à la compétence constitutionnelle. Le sauvetage est un objet de compétence fédérale, parce qu’il entre dans l’une des rubriques énumérées, à savoir les bâtiments ou navires. La définition d’assistance dans la Convention ne peut pas modifier la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution. Par conséquent, la question n’est pas de savoir si le régime provincial de récupération des billots est visé par la définition élargie de sauvetage, mais plutôt de savoir si ce régime est suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la définition élargie de sauvetage s’y applique. En d’autres mots, la récupération de billots n’est pas un aspect des notions de bâtiments ou de navires (et soumise à la compétence du gouvernement fédéral)

properly characterized as salvage.

The question of the validity of the provincial legislation is to be decided by employing the pith and substance analysis as set out in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, at paragraph 58:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power, and to what extent?
2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?
3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

The Province has set out its position with respect to the connection between log recovery and logging and forestry. However to dispose of this matter in the manner sought by the Province would require me to find that there is no sufficient connection between log recovery and shipping to justify federal jurisdiction. I do not have before me a record upon which I could make such a determination. Even though this is an application for summary judgment where the onus is on each party "to put their best foot forward" (see *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A)), a court ought not to rule upon the constitutional validity of legislation except upon an adequate factual record. [Emphasis added.]

[62] In my view, the crucial words of Pelletier J.A. for the approach that the plaintiff has taken on this matter occur in paragraph 6 of his judgment where he says:

Consequently, the question is not whether the provincial log recovery scheme falls within the expanded definition of salvage but whether that scheme has a sufficient connection to shipping such that the expanded definition of salvage would apply to it. In other words, log recovery is not an aspect of shipping (and subject to federal jurisdiction) simply because it falls within the definition of salvage. If the provincial scheme falls within federal jurisdiction, it is because it is necessarily ancillary to shipping and is therefore properly characterized as salvage.

du seul fait qu'elle soit visée par la définition de sauvetage. Si le régime provincial relève de la compétence du gouvernement fédéral, c'est parce qu'il est nécessairement accessoire aux bâtiments ou aux navires et qu'il est donc à juste titre qualifié de sauvetage.

Pour trancher la question de la validité de la législation provinciale, il faut se servir de l'analyse du caractère véritable, qui a été établie dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, au paragraphe 58 :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

La province a établi sa position en relation avec le lien existant entre la récupération de billots et l'exploitation forestière et la foresterie. Pour décider dans le sens souhaité par la province, il faudrait toutefois que j'en arrive à la conclusion qu'il n'existe pas un lien suffisant entre la récupération de billots et les bâtiments ou navires pour justifier une compétence fédérale. Le dossier dont je dispose ne me permet pas de rendre une telle décision. Bien qu'il s'agisse d'une demande en jugement sommaire où chaque partie se doit de [TRADUCTION] « présenter [sa] cause sous son meilleur jour » (voir *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A)), une cour ne doit pas se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une législation à moins de disposer d'un dossier factuel adéquat. [Non souligné dans l'original.]

[62] À mon avis, c'est au paragraphe 6 de son jugement que l'on trouve les paroles cruciales du juge Pelletier, J.C.A. au sujet du raisonnement suivi par la demanderesse en l'espèce :

Par conséquent, la question n'est pas de savoir si le régime provincial de récupération des billots est visé par la définition élargie de sauvetage, mais plutôt de savoir si ce régime est suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la définition élargie de sauvetage s'y applique. En d'autres mots, la récupération de billots n'est pas un aspect des notions de bâtiments ou de navires (et soumise à la compétence du gouvernement fédéral) du seul fait qu'elle soit visée par la définition de sauvetage. Si le régime provincial relève de la compétence du gouvernement fédéral, c'est parce qu'il est

[63] As I read the plaintiff's argument attacking the constitutional validity of Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation, the emphasis is very close to the approach that the Federal Court of Appeal said should not be taken on this issue, and is very much a reassertion of the approach of Mr. Justice Hugessen that the Federal Court of Appeal appears to reject in its judgment.

[64] In my view, the correct approach to reviewing the impugned provisions of the provincial scheme has to be the one directed by the Federal Court of Appeal in paragraph 7 of its reasons quoted above. And although the plaintiff certainly refers to this approach in its argument, in my opinion, it is somewhat superficial in its analysis on the pith and substance issue and seeks to make up for such shortcomings by trying to direct the Court's attention to the approach of Mr. Justice Hugessen through its introduction, elaboration and emphasis of the doctrine of inter-jurisdictional immunity.

[65] However, my understanding of the role of the doctrine of interjurisdictional immunity is that it does not come into play unless the impugned provisions in this case go to the core of a federal power. I am thinking here of the words of LeBel J. in *Kitkatla*, where the Supreme Court of Canada concluded that the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187 were, in pith and substance, law under property and civil rights and did not intrude into the federal jurisdiction over Indians [at paragraph 77]:

Given this conclusion, it will not be useful to discuss the doctrine of interjurisdictional immunity. It would apply only if the provincial legislation went to the core of the federal power. (See *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81; *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 177-78, *per* Lamer C.J.)

[66] In the case at bar, it is the plaintiff's position that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation do go to the core of the federal power over navigation

nécessairement accessoire aux bâtiments ou aux navires et qu'il est donc à juste titre qualifié de sauvetage.

[63] Selon ce que je comprends de l'argument avancé par la demanderesse pour contester la constitutionnalité de la partie 9 de la *Forest Act* et du Log Salvage Regulation, ce raisonnement s'apparente beaucoup à celui qui, selon la Cour d'appel fédérale, ne doit pas être suivi sur cette question et il reprend pour l'essentiel le raisonnement du juge Hugessen que la Cour d'appel fédérale semble rejeter dans son arrêt.

[64] À mon avis, la méthode qu'il convient d'adopter pour examiner les dispositions contestées du régime provincial est celle que la Cour d'appel fédérale propose au paragraphe 7 de ses motifs précités. Et bien que la demanderesse fasse bel et bien allusion à cette méthode dans son argumentation, je suis d'avis que son analyse du caractère véritable est passablement superficielle et que la demanderesse tente de compenser ces lacunes en cherchant à appeler l'attention de la Cour sur la démarche suivie par le juge Hugessen en présentant et en développant le principe de l'exclusivité des compétences et en insistant sur ce dernier.

[65] Toutefois, suivant ma conception du rôle du principe de l'exclusivité des compétences, celui-ci ne joue que si les dispositions contestées touchent un aspect essentiel de la compétence du gouvernement fédéral. Je songe ici aux propos du juge LeBel dans l'arrêt *Kitkatla*, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187 étaient essentiellement des dispositions portant sur la propriété et les droits civils qui n'empiétaient pas sur la compétence du gouvernement fédéral sur les Indiens [au paragraphe 77] :

Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner le principe de l'exclusivité des compétences. Il ne s'appliquerait que si la législation provinciale touchait à l'essentiel du pouvoir fédéral. (Voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81; *Delgamuukw*, précité, par. 177-178, le juge en chef Lamer.)

[66] En l'espèce, la thèse de la demanderesse est que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation touchent effectivement au contenu essentiel du pouvoir

and shipping, and so bring into play the doctrine of interjurisdictional immunity. The plaintiff's assertions in this regard, however, are based more upon an expanded view of the meaning of "salvage" and its relation to the federal maritime jurisdiction than upon a detailed pith and substance analysis of the impugned provisions of the provincial scheme.

[67] Before considering whether the doctrine of interjurisdictional immunity is brought into play by the facts of this case, the Court must first determine the pith and substance of the impugned provisions.

## PITH AND SUBSTANCE

### General Guidelines

[68] Although sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* allocate "matters" of exclusive legislative authority between the federal and provincial governments, legislative endeavour isn't always neatly classifiable in accordance with the discrete topics of the constitution. Even without intentional poaching, the practicalities of governing a federal state such as Canada make it impossible for either level of government to operate within the strict nomenclature of constitutional categorization. Hence, the Courts have been compelled over time to develop a set of principles against which the constitutional validity of particular statutes and regulations can be tested.

[69] For purposes of the present case, I believe that the principles for testing the constitutional validity of Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are well known, and there is no point in my pretending to invent yet another account of what those principles are. They have been reiterated in numerous cases, and I merely choose what I regard as being a particularly thorough and adept encapsulation of the relevant jurisprudence that I believe assists with the facts before me. Here is Mr. Justice Burnyeat of the Supreme Court of British Columbia in the recent case of *Laboucane v. Brooks* (2003), 229 D.L.R. (4th) 747, paragraphs 17-30

fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires, faisant ainsi intervenir le principe de l'exclusivité des compétences. Les assertions formulées par la demanderesse à cet égard reposent toutefois davantage sur une conception élargie du sens du mot « sauvetage » et de ses rapports avec la compétence du gouvernement fédéral sur le droit maritime que sur une analyse approfondie du caractère véritable des dispositions contestées du régime provincial.

[67] Avant de déterminer si les faits de la présente affaire font intervenir le principe de l'exclusivité des compétences, la Cour doit d'abord se prononcer sur le caractère véritable des dispositions contestées.

## CARACTÈRE VÉRITABLE

### Principes directeurs

[68] Bien que les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* répartissent entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux les « matières » relevant de la compétence législative exclusive de l'un ou de l'autre, il n'est pas toujours possible de classer aussi nettement des dispositions législatives en fonction des divers sujets énumérés dans la Constitution. Même sans intrusion intentionnelle, il est impossible pour l'un ou l'autre ordre de gouvernement, compte tenu des difficultés pratiques de gouverner un État fédéral, de respecter rigoureusement les catégories énumérées dans la Constitution. Les tribunaux ont toutefois dû, avec le temps, élaborer une série de principes permettant de contrôler la constitutionnalité des lois ou des règlements.

[69] J'estime, aux fins de la présente affaire, que les principes régissant le contrôle de la constitutionnalité de la partie 9 de la *Forest Act* et du Log Salvage Regulation sont bien connus et je ne vois pas l'utilité de proposer une autre façon de les formuler. Ces principes ont été réitérés dans de nombreuses décisions; je m'en tiendrai à une décision qui offre selon moi un condensé exhaustif et pertinent de ces principes qui me sera utile pour trancher les faits portés à ma connaissance. Voici ce que dit le juge Burnyeat de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans le jugement récent *Laboucane v. Brooks* (2003), 229 D.L.R. (4th) 747, aux

in which he was called upon to review the constitutional validity of subsection 10(1) of the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492:

Regarding the constitutionality of s. 10(1) of the Act, there is a presumption that legislation is constitutional so that the onus rests on a party challenging the validity of a law to prove that it is unconstitutional: *Nova Scotia (Board of Censors) v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662 . . .; and *Reference re Firearms Act*, [2000] 1 S.C.R. 783 . . . . Accordingly, the onus is on Mr. Laboucane to establish that s. 10(1) of the Act is constitutionally inapplicable in these circumstances.

I am satisfied that, when the constitutional applicability of an enactment is challenged, the first step in the constitutional analysis is to determine the “pith and substance” of that enactment. After determining the essential character or dominant feature of the provision, the second step is to determine whether the pith and substance of the enactment relates to one of the heads of power granted to the enacting legislature: *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569 . . .; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146 . . .; and *R. v. Eurosport Auto Co.* (2003), 225 D.L.R. (4th) 277 (B.C.C.A.).

In *Ward*, the Court dealt with whether a charge under the federal Marine Mammal Regulations . . . which prohibited the sale, trade or barter of whitecoat and blueblack seals came within the power of the federal government to legislate in relation to fisheries or the criminal law or whether the prohibition fell under the provincial power to legislate on matters involving property and civil rights. The Court adopted the pith and substance analysis in reviewing the legislation. The Chief Justice on behalf of the Court stated:

[16] The pith and substance analysis asks two questions: first, what is the essential character of the law? Second, does that character relate to an enumerated head of power granted to the legislature in question by the *Constitution Act, 1867*?

The Chief Justice then set out the appropriate approach to be taken in applying the pith and substance test:

[17] The first task in the pith and substance analysis is to determine the pith and substance, or essential character of the law. What is the true meaning or dominant feature of

paragraphes 17 à 30, où ce juge était appelé à se prononcer sur la constitutionnalité du paragraphe 10(1) de la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492 :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne la constitutionnalité du paragraphe 10(1) de la Loi, rappelons que les lois sont présumées constitutionnelles, de sorte que c’est à celui qui conteste la validité d’une loi qu’il incombe d’en démontrer l’inconstitutionnalité : *Nova Scotia (Board of Censors) c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662 [. . .] et *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 783 [. . .] C’est donc à M. Laboucane qu’il incombe d’établir que le paragraphe 10(1) de la Loi est constitutionnellement inapplicable eu égard aux circonstances de l’espèce.

Je suis convaincu que, lorsque la constitutionnalité d’un texte de loi est contestée, la première étape de l’analyse consiste à déterminer le « caractère véritable » de ce texte. Après avoir déterminé l’essence ou le caractère véritable de la loi en cause, la seconde étape consiste à déterminer si l’on peut en rattacher l’objet essentiel à l’un des chefs de compétence du législateur qui l’a édictée : *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569 [. . .]; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146 [. . .], et *R. c. Eurosport Auto Co.* (2003), 225 D.L.R. (4th) 277 (C.A.C.-B.).

Dans l’affaire *Ward*, la Cour était appelée à décider si des accusations portées en vertu du *Règlement sur les mammifères marins* [. . .], qui interdisait la vente, l’échange ou le troc de blanchons et de jeunes à dos bleu, relevaient du pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer sur les pêches ou le droit criminel ou si cette interdiction relevait du pouvoir du gouvernement provincial de légiférer sur des questions se rapportant à la propriété et aux droits civils. La Cour a adopté l’analyse du caractère véritable dans son examen de la loi. Le juge en chef a dit ce qui suit, au nom de la Cour :

[16] L’analyse du caractère véritable comporte deux questions : premièrement, quel est le caractère essentiel de la loi? Deuxièmement, ce caractère se rapporte-t-il à l’un des chefs de compétence attribués au législateur en question par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le juge en chef explique ensuite la méthode à adopter pour appliquer le critère du caractère véritable :

[17] La première étape de l’analyse du caractère véritable consiste à déterminer le caractère véritable ou essentiel de la loi. Quelle est le sens véritable ou la caractéristique

the impugned legislation? This is resolved by looking at the purpose and the legal effect of the regulation or law . . . . The purpose refers to what the legislature wanted to accomplish. Purpose is relevant to determine whether, in this case, Parliament was regulating the fishery, or venturing into the provincial area of property and civil rights. The legal effect refers to how the law will affect rights and liabilities, and is also helpful in illuminating the core meaning of the law.

In *Kitkatla*, the Court dealt with the question of whether legislation under the provincial *Heritage Conservation Act* . . . fell within the provincial responsibility for property and civil rights or within the federal responsibility for Indians and lands reserved to Indians. It was argued that the *Heritage Conservation Act*, to the extent that it allowed for the alteration and destruction of native cultural objects, should be struck down. On behalf of the Court, LeBel, J. stated:

[52] The beginning of any division of powers analysis is a characterization of the impugned law to determine the head of power within which it falls. This process is commonly known as “pith and substance” analysis . . . . By thus categorizing the impugned provision, one is able to determine whether the enacting legislature possesses the authority under the constitution to do what it did.

[53] A pith and substance analysis looks at both (1) the purpose of the legislation as well as (2) its effect. First, to determine the purpose of the legislation, the Court may look at both intrinsic evidence, such as purpose clauses, or extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees.

[54] Second, in looking at the effect of the legislation, the Court may consider both its legal effect and its practical effect. In other words, the Court looks to see, first, what effect flows directly from the provisions of the statute itself; then, second, what “side” effects flow from the application of the statute which are not direct effects of the provisions of the statute itself . . . .

LeBel, J. also stated that the proper approach is to look first at the impugned provisions rather than the pith and substance of the entire Act containing the impugned provisions. In this regard, LeBel, J. cited with approval the *dicta* of Dickson, J., as he then was, in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270 . . . (quoted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1

dominante de la mesure législative attaquée? Pour répondre à cette question, il faut examiner l’objet et l’effet juridique du règlement ou de la loi en cause [ . . . ] L’objet désigne ce que le législateur a voulu accomplir. Il est pertinent pour déterminer si, en l’espèce, le Parlement réglementait les pêcheries ou s’il s’aventurait dans le domaine de compétence provinciale de la propriété et des droits civils. L’effet juridique désigne la façon dont la loi influe sur des droits et des obligations, et il est également utile pour comprendre le sens premier de la loi.

Dans l’affaire *Kitkatla*, la Cour était saisie de la question de savoir si certaines dispositions de la *Heritage Conservation Act* [ . . . ] de la province relevaient de la compétence de la province sur la propriété et les droits civils ou de celle du gouvernement fédéral sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. La bande indienne soutenait que la *Heritage Conservation Act* devait être invalidée, dans la mesure où elle permettait la modification et la destruction d’objets culturels autochtones. Sous la plume du juge LeBel, la Cour a déclaré :

[52] Toute analyse du partage des compétences commence par la caractérisation de la loi contestée afin de déterminer le chef de compétence dont elle relève. C’est ce qu’on appelle communément l’analyse « du caractère véritable » [ . . . ] En caractérisant la disposition contestée, on peut déterminer si le législateur était habilité par la Constitution à l’adopter.

[53] L’analyse du caractère véritable porte à la fois (1) sur l’objet de la législation et (2) sur ses effets. Premièrement, pour déterminer l’objet de la législation, la Cour peut examiner tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires.

[54] Deuxièmement, dans son analyse de l’effet de la législation, la Cour peut examiner à la fois son effet juridique et son effet pratique. Autrement dit, elle examine tout d’abord les effets directs des dispositions de la loi elle-même, puis les effets « secondaires » de son application [ . . . ]

Le juge LeBel explique qu’il convient d’examiner tout d’abord les dispositions contestées plutôt que le caractère véritable de l’ensemble de la loi dans laquelle les dispositions contestées se trouvent. À cet égard, le juge LeBel cite et approuve les propos suivants tenus par le juge Dickson (devenu par la suite juge en chef) dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 206, à la p. 270 [ . . . ] (cités par le juge en chef



S.C.R. 641, at p. 665, . . .):

The correct approach, where there is some doubt that the impugned provision has the same constitutional characterization as the Act in which it is found, is to start with the challenged section rather than with a demonstration of the validity of the statute as a whole. I do not think, however, this means that the section in question must be read in isolation. If the claim to constitutional validity is based on the contention that the impugned provision is part of a regulatory scheme it would seem necessary to read it in its context. If it can in fact be seen as part of such a scheme, attention will then shift to the constitutionality of the scheme as a whole.

It is critical to note that the Court in *Kitkatla* found that there was no intrusion on a federal head of power, that the impugned portions of the *Heritage Conservation Act* were, in pith and substance, law within the legislative competence of the Province under property and civil rights, and that LeBel, J. on behalf of the Court stated:

[77] Given this conclusion, it will not be useful to discuss the doctrine of inter-jurisdictional immunity. It would apply only if the provincial legislation went to the core of the federal power. (See *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, *supra*, at paras. 177-78, *per* Lamer C.J.)

LeBel J. cited with approval the three-part test for determining the pith and substance of a provision as set out by Dickson J. in *General Motors of Canada, supra*, at pp. 666-7:

The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further.

If, on the other hand, the legislation is not in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature, then the court must ask if the impugned

Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la page 665, [. . .]):

La bonne méthode, lorsque l'on doute que la disposition contestée ait la même caractérisation constitutionnelle que la loi dont elle fait partie, est de prendre pour point de départ ladite disposition plutôt que de commencer par démontrer la validité de la loi dans son ensemble. Je ne crois pas toutefois que cela signifie qu'il faille interpréter isolément la disposition en cause. Si l'argument de validité constitutionnelle se fonde sur la prétention que la disposition contestée fait partie d'un système de réglementation, il semblerait alors nécessaire de l'interpréter dans son contexte. Si, en fait, elle peut être considérée comme faisant partie d'un tel système, il faudra alors examiner la constitutionnalité de ce système dans son ensemble.

Il importe de signaler que, dans l'arrêt *Kitkatla*, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu empiètement sur un chef de compétence fédéral, que les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* étaient, de par leur caractère véritable, des dispositions qui relevaient de la compétence législative de la province sur la propriété et les droits civils. Le juge LeBel a ajouté ce qui suit, pour le compte de la Cour :

[77] Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner le principe de l'exclusivité des compétences. Il ne s'appliquerait que si la législation provinciale touchait à l'essentiel du pouvoir fédéral. (Voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81; *Delgamuukw*, précité, par. 177-178, le juge en chef Lamer.)

Le juge LeBel cite et approuve le critère à trois volets énoncé par le juge Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada*, précité, aux p. 666 et 667 :

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse.

Si, par contre, la disposition contestée ne relève pas, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l'a adoptée, la

provision is nonetheless a part of a valid legislative scheme. If it is, at the third stage the impugned provision should be upheld if it is sufficiently integrated into the valid legislative scheme. . . .

Accordingly, two of the most recent pronouncements of the Supreme Court of Canada in this regard state the beginning of any division of powers analysis is the pith and substance analysis to determine the head of power within which the impugned law falls. That approach to analysis was also adopted in a recent judgment from our Court of Appeal.

In *Eurosport*, the Court dealt with the question of whether s. 42.1(2)(b) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 231 which allowed a person to be charged with making a false statement or representation to I.C.B.C. in order to obtain payment for goods or services was enacted in furtherance of a valid provincial purpose or whether it was, in its pith and substance, criminal law. Braidwood J.A. on behalf of the Court stated that:

The accepted approach to a division of powers analysis requires two steps:

1. An identification of the law's "matter" or "pith and substance"; and
2. An assignment of the "matter" of the law to a head of power under the *Constitution Act, 1867* . . . .

If the pith and substance of an enactment falls within a class of subjects assigned to the Legislature by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, the enactment will be valid notwithstanding that it may have incidental or ancillary effects in areas of federal jurisdiction: *General Motors of Canada v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; . . . *Reference re Firearms Act*, *supra*; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161 . . . ; *Westbank First Nation v. B.C. Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, . . . and *Eurosport*, *supra*. In *Eurosport*, Braidwood J.A. stated on behalf of the Court:

[18] It is clear that where the "matter", "dominant characteristic" or "pith and substance" of an enactment, or part of an enactment, falls within a class of subjects allocated exclusively to the provincial legislatures by s. 92 of the Constitution, then any incidental effects the enactment may have on federal jurisdiction do not affect its validity.

[I]n a federal state it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will

cour doit se demander si elle fait néanmoins partie d'un régime législatif valide. Dans l'affirmative, il y a lieu, à la troisième étape, de confirmer la validité de la disposition contestée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime législatif valide [ . . . ]

En conséquence, dans deux des arrêts les plus récents rendus sur la question, la Cour suprême affirme que toute analyse du partage des compétences commence par l'analyse du caractère véritable de la loi contestée afin de déterminer le chef de compétence dont elle relève. La Cour d'appel a également adopté cette méthode d'analyse dans un arrêt récent.

Dans l'affaire *Eurosport*, la Cour était appelée à examiner la question de savoir si l'alinéa 42.1(2)b) de la *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 231, qui permettait d'accuser une personne de fausses déclarations à l'I.C.B.C. en vue d'obtenir le paiement de biens ou de services, avait été édicté en vue d'atteindre un objectif provincial valide ou s'il constituait, de par son caractère véritable, du droit criminel. Le juge Braidwood a déclaré ce qui suit, au nom de la Cour :

[TRADUCTION] La méthode d'analyse acceptée en matière de partage de pouvoirs comporte deux étapes :

1. L'identification de l'« objet » ou du « caractère véritable » de la loi;
2. Le rattachement de l'« objet » de la loi à un des chefs de compétence prévus par la *Loi constitutionnelle de 1867* [ . . . ]

Si l'objet essentiel de la loi entre dans une des catégories de sujets attribués à la Législature par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la loi sera valide malgré le fait qu'elle peut avoir des effets accessoires ou secondaires dans des domaines de compétence fédérale : *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 [ . . . ]; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161 [ . . . ]; *Première nation de Westbank c. B.C. Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134 [ . . . ], et *Eurosport*, précité. Dans l'arrêt *Eurosport*, la Cour a dit ce qui suit, sous la plume du juge Braidwood :

[18] [TRADUCTION] Il est évident que lorsque l'« objet » ou le caractère véritable d'un texte de loi ou d'une partie de celui-ci entre dans une catégorie de sujets attribués exclusivement aux législatures provinciales par l'article 92 de la Constitution, tout effet secondaire que cette loi peut avoir sur la compétence fédérale n'affecte en rien sa validité.

Dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de

impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. [*General Motors of Canada v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 . . . , [p. 669 S.C.R.]

[19] It is possible for provincial legislation to impact on federal areas of exclusive jurisdiction if that impact is ancillary to an otherwise valid scheme:

The determination of which head of power a particular law falls under is not an exact science. In a federal system, each level of government can expect to have its jurisdiction affected by the other to a certain degree. As Dickson C.J. stated in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 669, “overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state”. Laws mainly in relation to the jurisdiction of one level of government may overflow into, or have “incidental effects” upon, the jurisdiction of the other level of government. It is a matter of balance and of federalism: no one level of government is isolated from the other, nor can it usurp the functions of the other. . . .

In reviewing the incidental or ancillary effects that legislation may have in areas of federal jurisdiction, the Court in *Kitkatla* adopted and restated the three-part test originally enunciated by Dickson C.J.C. in *General Motors of Canada*, *supra*:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power if so, to what extent?
2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?
3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

The plaintiff submits that the appropriate analysis is to assume the constitutional validity of s. 10(1) and then to commence with tests for interjurisdictional immunity as set out in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437. . . . I am satisfied that this approach to analysis is contrary to numerous decisions of the Supreme Court of Canada as well as to the approach taken in *Eurosport*. I am satisfied that the analysis

chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. [*General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 [. . .], [à la p. 669 R.C.S.].]

[19] Il se peut qu'une loi provinciale ait des incidences sur des domaines de compétence fédérale exclusive si les incidences en question constituent un aspect accessoire d'un régime par ailleurs valide :

La détermination du chef de compétence duquel relève une loi particulière n'est pas une science exacte. Dans un système fédéral, chaque ordre de gouvernement peut s'attendre à ce que sa compétence soit touchée dans une certaine mesure par l'autre. Comme le juge en chef Dickson le dit dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 669, « il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral ». Les lois se rapportant principalement à la compétence d'un ordre de gouvernement peuvent déborder, ou avoir des « effets secondaires », sur les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement. C'est une question d'équilibre et de fédéralisme : aucun ordre de gouvernement n'est isolé de l'autre, ni ne peut usurper ses fonctions [. . .]

Pour déterminer les effets secondaires ou accessoires qu'une loi peut avoir sur des domaines de compétence fédérale, la Cour a, dans l'arrêt *Kitkatla*, adopté et reformulé le critère à trois volets qui avait été énoncé pour la première fois par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada*, précité :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

La demanderesse fait valoir que l'analyse appropriée consiste à présumer la constitutionnalité du paragraphe 10(1) et d'appliquer ensuite le critère de l'exclusivité des compétences énoncé dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 [. . .] Je suis convaincu que cette méthode d'analyse va à l'encontre de bon nombre des arrêts de la Cour suprême du Canada et de la méthode retenue dans l'arrêt

as set out in *Ward*, *Kitkatla*, and *Eurosport* is the appropriate approach. If the pith and substance of a provision does not intrude into a power of the other government, it is not necessary to consider the doctrine of interjurisdictional immunity.

Regarding *Ordon Estate*, it is important to note that the decisions in *Ward*, *supra*, and *Kitkatla*, *supra*, were decided after the decision of the Court in *Ordon Estate* and that LeBel J. in *Kitkatla* makes it clear that the analysis of the pith and substance of a provision must be considered first. As well, it should be noted that: (a) the parties in *Ordon Estate* conceded that the subject matter at issue in the appeals was “maritime negligence law” falling within the exclusive federal jurisdiction (at p. 505); and (b) the question which was framed by the Court was: “whether and how the provisions of a provincial statute may function to determine legal issues which arise incidentally as part of a negligence claim otherwise entirely governed by federal maritime law” (at p. 452).

Accordingly, the first question which must be answered is what is the pith and substance of s. 10(1) of the Act. If the pith and substance of that section does not intrude into shipping and navigation power of the federal government, it will not be necessary to consider the doctrine of interjurisdictional immunity. If there is no intrusion, then the provincial legislation is constitutionally valid. If there is some intrusion into the federal head of power over shipping and navigation, the next question is whether the impugned provision is nevertheless part of a valid provincial legislative scheme with the impugned provision sufficiently integrated within the scheme.

[70] With this jurisprudence in mind, I now turn to the particular facts of this case.

#### The Impugned Provisions

[71] Part 9 of the *Forest Act* is composed of five sections that deal with the following matters:

(a) Section 122 authorizes the Minister to establish an area as a log salvage district in British Columbia;

(b) Section 123 provides for the granting of a receiving station licence to a holder who will accept delivery of salvaged logs within a log salvage district. The holder of

*Eurosport*. Je suis convaincu que l’analyse proposée dans les arrêts *Ward*, *Kitkatla* et *Eurosport* est celle qui convient. Si l’objet essentiel d’une disposition n’empiète pas sur les pouvoirs d’un autre ordre de gouvernement, il n’est pas nécessaire de tenir compte du principe de l’exclusivité des compétences.

En ce qui concerne l’arrêt *Succession Ordon*, il importe de signaler que les arrêts *Ward* et *Kitkatla*, précités, ont été rendus après l’arrêt *Succession Ordon* et que, dans l’arrêt *Kitkatla*, le juge LeBel précise bien qu’il faut d’abord analyser le caractère véritable de la loi. Il convient par ailleurs de rappeler que : a) dans l’affaire *Succession Ordon*, les parties avaient reconnu que les pourvois portaient sur les « règles de droit maritime relatives à la négligence », une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral (à la p. 505); et b) la question formulée par la Cour était celle de savoir « si les dispositions d’une loi provinciale peuvent être appliquées pour trancher les questions juridiques se greffant accessoirement à une action pour négligence relevant par ailleurs intégralement du droit maritime fédéral, et de quelle façon » (à la p. 452).

En conséquence, la première question à laquelle il faut répondre est celle de l’objet essentiel ou caractère véritable du paragraphe 10(1) de la Loi. Si son objet essentiel n’empiète pas sur le pouvoir du gouvernement fédéral en matière de bâtiments et navires et de navigation, il ne sera pas nécessaire d’examiner le principe de l’exclusivité des compétences. S’il n’y a pas empiètement, la loi provinciale est constitutionnelle. S’il y a un certain empiètement sur les bâtiments ou navires et la navigation, la question suivante à se poser est celle de savoir si les dispositions contestées font quand même partie d’un régime législatif provincial valide et si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées à ce régime.

[70] Gardant cette jurisprudence présente à l’esprit, je passe maintenant aux faits particuliers de la présente affaire.

#### Les dispositions contestées

[71] La partie 9 de la *Forest Act* est composée de cinq articles qui portent sur les questions suivantes :

a) L’article 122 autorise le ministre à désigner une région de la Colombie-Britannique comme zone de récupération de billots;

b) L’article 123 prévoit la délivrance d’un permis de poste de réception à une personne qui accepte la livraison de billots récupérés dans une zone de

a receiving station licence must:

- (i) maintain facilities in the log salvage district for receiving, storing and sorting salvaged logs;
- (ii) dispose of salvaged logs in a prescribed manner;
- (iii) pay the Province the prescribed licence fees;
- (iv) account for, hold, disburse and use revenues received from the sale of salvaged logs in the prescribed manner; and
- (v) subject to the regulations, pay to holders of log salvage permits compensation in the prescribed amount for logs delivered to the receiving station or to a place specified by the holder;

(c) Section 124 provides for the granting of log salvage permits to qualified log salvors;

(d) Section 125 provides that the disposal and delivery of logs from a log salvage district must be in accordance with the regulations;

(e) Section 126 provides for the limited closing of areas to log salvaging if notification is received that logs have been lost in an area of coastal waters. While an area is closed, only the log owner or the owner's agent can salvage the logs in the closed area.

[72] Part 9 is clearly a framework for dealing with that part of the Province's forestry resource that has become drift timber, and so needs to be salvaged or recovered so that its value can be realized. Part 9 is part of the *Forest Act*, a statute that deals generally with multiple aspects of the management and harvesting of timber in British Columbia. Part 9 is necessary to the general scheme because the distinct geography of British

récupération de billots. Le titulaire d'un permis de poste de réception doit :

- i) aménager dans la zone de récupération de billots des installations de réception, d'entreposage et de tri des billots récupérés;
- ii) disposer des billots récupérés de la manière prescrite;
- iii) verser à la province les droits de permis prescrits;
- iv) comptabiliser, détenir, déboursier et affecter les recettes tirées de la vente de billots récupérés de la manière prescrite;
- v) sous réserve du règlement, verser aux titulaires de permis de récupération de billots une indemnité selon le montant prescrit pour les billots livrés au poste de réception ou au lieu précisé par le titulaire de permis;

c) L'article 124 prévoit la délivrance de permis de récupération de billots aux récupérateurs de billots possédant les aptitudes requises;

d) L'article 125 prévoit que la disposition et la livraison des billots provenant d'une zone de récupération de billots doivent se faire conformément au règlement;

e) L'article 126 prévoit une interdiction restreinte de procéder à de la récupération de billots dans certaines zones en cas de réception d'un avis portant que des billots ont été perdus dans une zone côtière. Pendant la période d'interdiction, seul le propriétaire des billots ou son mandataire peuvent récupérer les billots dans la région visée par l'interdiction.

[72] La partie 9 est manifestement un cadre régissant cette partie de la ressource forestière de la province qui est devenue du bois flottant et qu'il faut récupérer pour pouvoir en réaliser la valeur. La partie 9 se trouve dans la *Forest Act*, une loi qui porte de façon générale sur de multiples aspects de la gestion et de la récolte du bois en Colombie-Britannique. La partie 9 constitue un aspect essentiel de l'économie générale de la loi parce qu'en

Columbia makes it inevitable that, between harvesting and sale, some logs will get lost and become drift timber. If the Province's economic stake in those logs is to be realized, there has to be some way to manage, recover and sell cut logs that are adrift in the Fraser River.

[73] In my view, Part 9 of the *Forest Act* has nothing to do with navigation or shipping. During the course of the trial, the plaintiff suggested various ways to try and connect it with navigation and shipping, but any such connection is tenuous and does not, in my opinion, taint the clear purpose and effect of Part 9, or Part 9 read in the context of the *Forest Act* as a whole.

[74] It can be said, for instance, that navigation and shipping are connected to water, and Part 9 deals with the retrieval and sale of logs that have become adrift in water. But the fact that cut logs have somehow found their way into water does not mean that they have ceased to be part of the forestry resource, or that the Province should lose the right to continue managing that resource in the manner contemplated by Part 9. Just because the logs are recovered from navigable waters does not mean that the impugned provisions must be related to navigation and shipping.

[75] The plaintiff also made much of the fact that logs adrift in navigable waters pose a hazard to shipping. There is no doubt that drifting logs and deadheads can be a hazard to shipping and that the removal of those logs from the water removes that hazard. But the purpose and effect of Part 9 of the *Forest Act* is not to deal with hazards to shipping. Part 9 deals with the retrieval or recovery of logs from the water so that their economic value can be realized. The evidence was clear at trial that neither the plaintiff nor other salvors were in the business of recovering logs to prevent hazards to shipping. Their interest is economic. The fact that retrieving a log from the water and delivering it to a receiving station may also have the incidental effect of removing a hazard to shipping does not mean that the pith and substance of Part 9 of the *Forest Act* is related

raison des particularités de la topographie de la Colombie-Britannique, il est inévitable qu'entre la récolte et la vente, certains billots soient perdus et que d'autres deviennent du bois flottant. Si l'on veut tenir compte des intérêts économiques de la province à l'égard de ces billots, il faut trouver une façon de gérer, de récupérer et de vendre les billots qui sont à la dérive dans le fleuve Fraser.

[73] À mon avis, la partie 9 de la *Forest Act* n'a rien à voir avec la navigation ou les bâtiments ou navires. Au cours du procès, la demanderesse a suggéré diverses façons de la rattacher à la navigation et aux bâtiments et navires, mais ce lien est très ténu et il ne modifie pas, selon moi, l'objet et l'effet évidents de la partie 9 ou de la partie 9 lorsqu'on l'interprète en fonction du contexte de la *Forest Act* dans son ensemble.

[74] On peut dire, par exemple, que la navigation et les bâtiments ou navires se rattachent à l'eau et que la partie 9 porte sur la récupération et la vente de billots qui sont à la dérive dans l'eau. Mais le fait que des billots se retrouvent dans l'eau ne signifie pas pour autant qu'ils cessent de faire partie des ressources forestières ou que la province devrait perdre le droit de continuer à gérer ces ressources de la manière prévue à la partie 9. Le simple fait que des billots soient récupérés dans des eaux navigables ne signifie pas que les dispositions contestées doivent être rattachées à la navigation et aux bâtiments et navires.

[75] La demanderesse table aussi beaucoup sur le fait que les billots qui sont à la dérive dans les eaux navigables constituent un danger pour la navigation. Il n'y a aucun doute que les billots et les canards à la dérive constituent un danger pour la navigation et que le fait de les retirer de l'eau supprime ce danger. Mais la partie 9 de la *Forest Act* n'a pas pour objet ou pour effet de parer aux dangers pour la navigation. La partie 9 porte sur la récupération des billots qui se trouvent dans l'eau en vue de réaliser leur valeur économique. Il ressort à l'évidence de la preuve présentée au procès que ni la demanderesse ni d'autres récupérateurs n'exploitaient d'entreprise de récupération de billots pour empêcher des dangers pour la navigation. Leur intérêt est économique. Le fait que récupérer un billot qui se trouve dans l'eau et de le livrer à un poste de

to navigation or shipping. The impugned provisions have not interfered with the federal interest in navigation and shipping and the federal ability to deal with drift logs under the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22. The evidence was clear at the trial that there is in place a federal framework for dealing with safety of shipping and navigation issues which is carried out through the National Harbours Board (now Canada Ports Corporation) and other federal departments. Under the relevant federal provisions, logs that are a danger to navigation and shipping are removed. Those provisions do not deal with the property rights or the economic interests in logs or the forestry resource management aspects of drifting logs. The federal and provincial systems work side by side and the Court heard no evidence of any practical problems in this arrangement other than the economic concerns of the salvors and the debatable environmental impact.

[76] The plaintiff's central argument, however, is that Part 9 of the *Forest Act* deals with the salvage of logs from navigable waters, log salvage is marine salvage, and marine salvage is a matter for federal jurisdiction under navigation and shipping. But this is the argument that the Federal Court of Appeal, in dealing with the summary judgment issue warned against [at paragraph 6]: "the fact that the subject-matter of the legislation falls within the definition of salvage is not conclusive of constitutional competence." As the Federal Court of Appeal pointed out, the question is whether the impugned provisions have "a sufficient connection to shipping" and "log recovery is not an aspect of shipping (and subject to federal jurisdiction) simply because it falls within the definition of salvage." In other words, the expanded definition of "salvage" contained in the Convention should not be used as a tail to wag the constitutional dog.

réception peut également avoir accessoirement pour effet de supprimer un danger pour la navigation ne signifie pas que l'objet essentiel de la partie 9 de la *Forest Act* concerne la navigation ou les bâtiments ou navires. Les dispositions contestées ne portent pas atteinte à l'intérêt du gouvernement fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires ou à la capacité du gouvernement fédéral de s'occuper des billots flottants en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22. Il ressort de la preuve administrée au procès qu'il existe un cadre fédéral qui vise les questions de sécurité dans la navigation et qui relève du Conseil des ports nationaux [maintenant Société canadienne des ports] et d'autres ministères fédéraux. En vertu des dispositions fédérales applicables, les billots qui constituent un danger pour la navigation et les bâtiments ou navires sont enlevés. Ces dispositions ne portent pas sur les droits de propriété ou sur les intérêts économiques afférents aux billots ou sur les aspects touchant à la gestion des ressources forestières des billots flottants. Le régime fédéral et le système provincial sont appliqués parallèlement et, suivant la preuve, cette situation n'a suscité aucun problème pratique, hormis les préoccupations économiques des récupérateurs et les répercussions discutables sur l'environnement.

[76] L'argument principal de la demanderesse est toutefois que la partie 9 de la *Forest Act* vise la récupération de billots dans les eaux navigables, que la récupération de billots constitue du sauvetage maritime et que le sauvetage maritime est un sujet qui relève de la compétence fédérale en tant que matière intéressant la navigation et les bâtiments ou navires. Mais c'est l'argument au sujet duquel la Cour d'appel fédérale a formulé l'avertissement suivant lorsqu'elle s'est penchée sur la question du jugement sommaire [au paragraphe 6] : « le fait que l'objet de la législation soit visé par la définition de sauvetage n'est pas concluant quant à la compétence constitutionnelle ». Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a souligné, la question est de savoir si les dispositions contestées « sont suffisamment liées aux bâtiments ou navires ». Or, « la récupération de billots n'est pas un aspect des notions de bâtiments ou de navires (et soumise à la compétence du gouvernement fédéral) du seul fait qu'elle soit visée par la définition de sauvetage. En d'autres termes, la définition élargie du

[77] There is a technical aspect to the definition of “property” and “cargo” for the purpose of salvage that I will address later when considering the impact of the Shipping Act and the Convention, but for the purpose of a pith and substance analysis of Part 9 of the *Forest Act*, even the fact that drift logs might be considered as “property” as that term is now defined by the Convention, does not mean that the purpose or effect of Part 9 of the *Forest Act* is to deal with shipping or navigation. The purpose and effect of Part 9 is, in my view, to deal with the recovery and sale of drifting logs as part of the Province’s general scheme for managing its forestry resource and realizing its economic value. If those logs, at some stage in the process, can be said to fall within the expanded definition of “salvage,” this does not change the essential purpose or effect of Part 9 of the *Forest Act* or the provincial scheme of which it is a part.

[78] The Log Salvage Regulation fleshes out the scheme authorized by Part 9 of the *Forest Act*. It deals with the following:

- (a) Section 3 deals with the qualifications for a licence as a log salvage permittee;
- (b) Section 4 [as am. by B.C. Reg. 109/93 s. 2] deals with the qualifications for a log salvage permit;
- (c) Section 5 [as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 3; 109/93, s. 3] deals with delivery of, remuneration for, and rights of property in an “identifiable log”, which section 1 defines as being a salvaged log that “(a) bears a timber mark or a registered marine log brand, or (b) . . . [that] is salvaged in a boom, section, bundle or parcel that (i) has at least one log that bears a timber mark or a registered marine log brand, or (ii) that bears an ownership tag”;

mot « assistance » que l’on trouve dans la Convention ne saurait dicter l’interprétation constitutionnelle.

[77] S’agissant du sauvetage, la définition des termes « biens » et « cargaison » comporte un aspect technique sur lequel je reviendrai plus loin lorsque j’examinerai les incidences de la Loi sur la marine marchande et de la Convention, mais aux fins de l’analyse du caractère véritable de la partie 9 de la *Forest Act*, le fait que le bois flottant puisse être assimilé à un « bien » au sens de la Convention ne signifie pas pour autant que la partie 9 de la *Forest Act* a pour objet ou pour effet de viser les bâtiments et navires ou la navigation. La partie 9 a selon moi pour objet et pour effet de viser la récupération et la vente de bois flottant dans le cadre du régime général adopté par la province pour gérer ses ressources forestières et pour en réaliser la valeur économique. Si l’on peut dire qu’à une étape ou à l’autre du processus, ce bois répond à la définition élargie du « sauvetage », l’objet ou l’effet de la partie 9 de la *Forest Act* ou du régime provincial dont elle fait partie ne sont pas modifiés pour autant.

[78] Le Log Salvage Regulation complète le régime prévu à la partie 9 de la *Forest Act*. Il traite de ce qui suit :

- a) L’article 3 porte sur les conditions à remplir pour obtenir une licence de récupérateur de billots;
- b) L’article 4 [mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 2] porte sur les conditions à remplir pour avoir droit à un permis de récupération de billots;
- c) L’article 5 [mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 3; 109/93, art. 3] traite de la livraison de billots identifiables et de la rémunération et des droits de propriété y afférents. L’article 1 définit l’expression « billot identifiable » comme suit : [TRADUCTION] Billot récupéré qui, selon le cas : « a) porte une marque de bois ou un signe d’identification maritime ou b) [. . .] [est] récupéré d’une estacade, d’une section, d’un assemblage ou d’un regroupement qui remplit l’une ou l’autre des conditions suivantes : i) il comporte au moins un billot portant une marque de bois ou un signe d’identification maritime, ou ii) il porte une étiquette de propriétaire ».



- (d) Section 6 [as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 4] deals with how the “owner” of an identifiable log is to be determined;
- (e) Section 7 [as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 4] deals with who can dispose of and accept delivery of a salvaged log from a log salvage district;
- (f) Section 8 deals with the scaling of salvaged logs;
- (g) Section 9 [as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 5; 109/93, s. 5] deals with the duties of a licensee in maintaining a receiving station in Howe Sound and the recording and maintaining of records of logs delivered to a receiving station or an authorized mill;
- (h) Section 10 [as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 6; 109/93, ss. 6, 7] deals with the calculation of the payments to be made to permittees for merchantable logs;
- (i) Section 11 [as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 7] deals with how the proceeds of disposition of identifiable salvaged logs must be handled;
- (j) Section 12 deals with how permittees shall keep and produce their permits and provide proof of identity;
- (k) Section 13 [as am. *idem*, s. 8] deals with time restrictions on permittees for the delivery of merchantable logs to the receiving station or notification to the licensee concerning the salvaging of a log boom;
- (l) Section 14 deals with certain prohibitions concerning where logs can be salvaged;
- (m) Section 15 [as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 8] deals with restrictions on the numbers of salvage boats, tenders and land vehicles that a permittee can use when engaged in log salvage operations, as well as the way a permit number must be displayed and restrictions on the use of helpers;
- d) L’article 6 [mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 4] traite de la façon d’identifier le « propriétaire » d’un billot identifiable.
- e) L’article 7 [mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 4] précise qui peut disposer des billots récupérés et en accepter la livraison dans une zone de récupération de billots;
- f) L’article 8 porte sur le cubage des billots récupérés;
- g) L’article 9 [mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 5; 109/93, art. 5] traite des obligations imposées au titulaire de licence en ce qui concerne le maintien d’un poste de réception à Howe Sound et la tenue de registres au sujet des billots livrés au poste de réception ou à une usine autorisée;
- h) L’article 10 [mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 6; 109/93, art. 6, 7] porte sur le calcul des versements à effectuer aux titulaires de permis de billots marchands;
- i) L’article 11 [mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 7] porte sur la façon de disposer du produit de la vente des billots identifiables récupérés;
- j) L’article 12 traite de la façon dont les titulaires de permis doivent conserver et produire leurs permis et fournir une preuve d’identité;
- k) L’article 13 [mod., *idem*, art. 8] concerne les délais que doivent respecter les titulaires de permis en ce qui concerne la livraison du bois marchand au poste de réception ou l’envoi d’un avis au titulaire de licence en ce qui concerne la récupération d’une estacade;
- l) L’article 14 prévoit certaines interdictions en ce qui concerne les lieux de récupération des billots;
- m) L’article 15 [mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 8] prévoit des restrictions quant au nombre de bateaux de sauvetage, de ravitailleurs et de véhicules terrestres qu’un titulaire de permis peut utiliser lorsqu’il effectue des opérations de récupération de billots et il précise comment le numéro de permis

- doit être affiché et prévoit des restrictions quant à l'utilisation d'assistants;
- (n) Section 16 deals with the issuance and use of log salvage identification hammers; n) L'article 16 porte sur la remise et l'utilisation de marteaux d'identification pour la récupération de billots;
- (o) Section 17 [as am. *idem*, s. 9] deals with scaling prior to removal of a salvaged log from the water or delivery by land; o) L'article 17 [mod., *idem*, art. 9] traite du cubage avant le retrait de l'eau des billots récupérés ou leur livraison par voie terrestre;
- (p) Section 18 [as am. *idem*] restricts the times for carrying on log salvage operations; p) L'article 18 [mod., *idem*] précise les moments où les opérations de récupération de billots peuvent être effectuées;
- (q) Section 19 [as am. by B.C. Reg. 299/81, s. 11] deals with the seizure of logs by the regional manager, an authorized forest officer, or a peace officer in the event of certain contraventions of the regulations or the *Forest Act*; q) L'article 19 [mod. par B.C. Reg. 299/81, art. 11] porte sur la saisie de billots par le directeur régional, un agent forestier autorisé ou un agent de la paix en cas de certaines contraventions au règlement ou à la *Forest Act*;
- (r) Section 20 [as am. by B.C. Reg. 109/93, s. 10] fixes the amount of licence and permit fees; r) L'article 20 [mod. par B.C. Reg. 109/93, art. 10] fixe le montant des droits de licences et de permis;
- (s) Section 21 creates an offence for anyone who contravenes the Log Salvage Regulation. s) L'article 21 crée une infraction pour quiconque contrevient au Log Salvage Regulation.

[79] Once again, whether viewed severally or together, these provisions are not, in my view, in pith and substance related to navigation and shipping. They deal with the licensing, identification, ownership, permit requirements, sale and delivery, and compensation issues for those parties involved in log recovery under Part 9 of the *Forest Act*. The only sections that appear to have any connection to boat operation are those restrictions found in sections 15 and 18 that limit the number of boats to be used, the use of helpers and hours of operation. In my view, these restrictions are ancillary safety features associated with the forest resources management purpose of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation and do not trench in any meaningful way on the federal navigation and shipping power.

[79] Encore une fois, qu'on les considère isolément ou conjointement, ces dispositions ne visent pas essentiellement, selon moi, la navigation et les bâtiments et navires. Elles portent sur des questions de délivrance de licences, d'identification, de propriété, de conditions à remplir pour obtenir un permis, de vente et de livraison et de rémunération relativement aux personnes intéressées par la récupération de billots sous le régime de la partie 9 de la *Forest Act*. Les seules dispositions qui semblent avoir un lien quelconque avec des opérations nautiques sont les restrictions que l'on trouve aux articles 15 et 18, qui limitent le nombre de bateaux qui peuvent être employés, le recours à des assistants et les heures d'activité. À mon avis, ces restrictions sont des mesures de sécurité accessoires qui sont associées à l'objectif de gestion des ressources forestières visé par la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation et elles n'empiètent pas de manière significative sur le pouvoir du gouvernement fédéral sur la navigation et les bâtiments et navires.

[80] The plaintiff says that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation do intrude on the federal navigation and shipping power for two reasons:

(a) “They seek to regulate the return or recovery of property lost in the course of its transport by water”; and

(b) On their face, and as indicated in the title of Part 9 of the *Forest Act*, “these provisions apply to solely marine log salvage” and “anything that happens in the marine context is *prima facie* federal jurisdiction.”

[81] It is, of course, true that the impugned provisions do address certain aspects of log recovery that take place in navigable waters and are concerned with the return and recovery of property in the form of logs that are adrift in the Fraser River. But the impugned provisions are clearly intended to regulate the ways that log owners, licensees, salvor permittees and the Province should manage and participate in the economic realization of that portion of the forest resource that somehow ends up adrift in the Vancouver Log Salvage District. The purpose and effect of the provisions is not related to shipping or navigation, even when they are examined in isolation. But, in addition, Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are an integral part of a seamless provincial resource management scheme, and the fact that they deal with the recovery of property lost in the water, or that the logs in question might or might not fit within some expanded definition of “salvage” or “property,” does not, in my view, change the essential character and effect of the statute and the regulations that establish and direct the management of that scheme. Any connection with navigation and shipping is tenuous and incidental at best. Under the provincial scheme, cut logs and other timber are salvaged or recovered on land, from the banks of the Fraser River, from various structures and facilities along the river, as well as from the navigable channel. The plaintiff believes that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation can be isolated from the rest of the provincial scheme but, in my view, this is neither legally nor practically possible. The whole

[80] La demanderesse affirme que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation empiètent effectivement sur le pouvoir fédéral sur la navigation et les bâtiments et navires pour deux raisons :

a) Ils [TRADUCTION] « visent à réglementer la restitution ou la récupération de biens perdus au cours de leur transport par eau »;

b) À première vue, et comme l’indique le titre de la partie 9 de la *Forest Act*, [TRADUCTION] « ces dispositions s’appliquent uniquement au sauvetage maritime de billots » et « tout ce qui se produit dans un contexte maritime relève *prima facie* de la compétence fédérale ».

[81] Certes, il est vrai que les dispositions contestées abordent certains aspects de la récupération du bois dans les eaux navigables et qu’elles concernent la restitution et la récupération de biens, c’est-à-dire de billots à la dérive dans le fleuve Fraser. Mais les dispositions contestées visent manifestement à réglementer la façon dont les propriétaires de billots, les titulaires de licences ou de permis de récupération et la province devraient gérer cet aspect des ressources forestières et participer à la réalisation de leur valeur économique du bois qui, pour une raison ou pour une autre, se retrouve à la dérive dans la zone de récupération de Vancouver. L’objet et l’effet des dispositions en question ne se rapportent pas à la navigation ou aux bâtiments ou navires, même lorsqu’on les examine isolément. Il convient toutefois de signaler aussi que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation font partie intégrante d’un régime provincial intégré de gestion des ressources et le fait qu’ils portent sur la récupération de biens perdus dans l’eau ou que les billots en question peuvent répondre ou non à une définition élargie des mots « récupération » et « biens » ne change rien à mon avis au caractère essentiel et à l’effet de la loi et du règlement qui établissent et encadrent la gestion de ce régime. Tout lien qui pourrait exister avec la navigation et les bâtiments et navires est tout au plus ténue et accessoire. Sous le régime provincial, les billots et le bois en grume sont récupérés sur terre, sur les rives du fleuve Fraser et dans les diverses structures et installations longeant le fleuve, de même que dans le chenal navigable. Suivant la demanderesse, on peut

scheme deals with the recovery of cut logs and other timber from various locations so that the economic value of those logs can be realized. The impugned provisions are an integral part of the entire scheme. Their practical effect is to reduce waste and loss in the timber industry, to protect the provincial interest in Crown timber through the payment of stumpage, and to help protect the property rights of log owners.

[82] Even if it could be said that the impugned provisions in some way intrude on the federal navigation and shipping power (and in my view they do not), the provisions would still be part of a valid provincial legislative scheme and are sufficiently integrated with that scheme to render them *intra vires* the Province. Any impact on a federal matter is merely incidental. See *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, at paragraph 14. The evidence at trial was clear that the Attorney General of Canada is of the same view. On two occasions (January 12, 2001 and February 22, 2005) the federal Department of Justice has confirmed that it will not participate in this matter because it is a “private and provincial matter.” This position is understandable to me, bearing in mind that the federal interest in navigation and shipping as it relates to drift logs is adequately addressed under the *Navigable Waters Protection Act*.

[83] This conclusion is borne out by evidence given by various witnesses at the trial. For instance, Ms. Weishuhn, on behalf of the plaintiff, gave evidence that the Log Salvage Regulation did not impact upon the way she operated on the water when engaged in recovering logs.

[84] There was also evidence presented at trial to the effect that the recovery of logs from the Fraser River in accordance with the provincial scheme is an activity that is unique to the coastal region of British Columbia and

dissocier la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation du reste du régime provincial. J’estime toutefois que cela n’est possible ni sur le plan légal ni sur le plan pratique. Le régime traite dans son ensemble de la récupération, à divers endroits, de billots et de bois en grume en vue d’en réaliser la valeur économique. Les dispositions contestées font partie intégrante de tout le régime. Leur effet pratique est de diminuer le gaspillage et les pertes dans l’industrie forestière, de protéger les droits de la province sur le bois de la Couronne par le paiement de droits de coupe et de favoriser la protection des droits de propriété des propriétaires des billots.

[82] Même si l’on pouvait dire qu’elles empiètent d’une certaine façon sur le pouvoir du gouvernement fédéral sur la navigation et les bâtiments et navires—ce qui à mon avis n’est pas le cas—les dispositions contestées feraient quand même partie d’un régime législatif provincial valide et elles sont suffisamment intégrées à ce régime pour qu’on puisse conclure qu’elles relèvent de la compétence de la province. Tout effet sur des matières relevant de la compétence fédérale est purement accessoire (voir l’arrêt *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, au paragraphe 14). Il ressort de la preuve présentée au procès que le procureur général du Canada est du même avis. À deux reprises (le 12 janvier 2001 et le 22 février 2005), le ministère fédéral de la Justice a confirmé qu’il n’interviendrait pas dans le présent procès parce qu’il considère qu’il s’agit d’une question « privée et provinciale ». Je peux comprendre cette position, si l’on songe que la *Loi sur la protection des eaux navigables* traite adéquatement de la question de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments et navires pour ce qui est du bois flottant.

[83] Cette conclusion est étayée par le témoignage des divers témoins qui ont été entendus au procès. Ainsi, M<sup>me</sup> Weishuhn, qui a comparu pour le compte de la demanderesse, a affirmé que le Log Salvage Regulation n’avait aucune incidence sur la façon dont elle exerce ses activités de récupération de billots dans l’eau.

[84] Suivant la preuve présentée au procès, la récupération de billots dans le fleuve Fraser en conformité avec le régime provincial constitue une activité unique à la région côtière de la Colombie-

that the matter is one of a merely local or private nature within the meaning of subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*. Even Ms. Weishuhn, on behalf of the plaintiff, said she was not aware of anywhere else in Canada where the activity of log recovery is carried out in the way it is done in British Columbia.

[85] So my conclusion is that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are valid provincial legislation that is *intra vires* the Province, aspects of which can be allocated to property and civil rights (subsection 92(13)), management and sale of timber (subsection 92(5)), local works and undertakings (subsection 92(10)), or matters of a merely local or private nature in the province (subsection 92(16)).

[86] Some of the motives behind this litigation emerged at the trial and are perfectly understandable. There was evidence to suggest that log salvors on the Fraser River feel that the provincial system does not provide a sufficient economic incentive to encourage the recovery of logs that are adrift in the Vancouver Log Salvage District. This in turn has given rise to an environmental concern that marshes in the estuary are being adversely affected by logs (although the plaintiff's evidence on the environmental issue was inconclusive and somewhat ambiguous). However, such matters of concern are for the Province to deal with and do not provide a basis to invalidate the constitutional legitimacy of Part 9 of the *Forest Act* or the Log Salvage Regulation.

[87] In my view, these conclusions effectively deal with the issues raised by the plaintiff and with plaintiff's prayer for relief. However, there remains the issue of the validity and applicability of the Shipping Act and the Convention. The plaintiff has based much of its case on the expanded definitions of "property" and "salvage operation" in the Convention, and the Province has asked the Court to consider whether the Shipping Act and the Convention are *ultra vires* the Parliament of

Britannique et il s'agit d'un sujet de nature purement privée ou locale au sens du paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même M<sup>me</sup> Weishuhn, qui comparait pour le compte de la demanderesse, a affirmé qu'à sa connaissance, nulle part ailleurs au Canada les activités de récupération de billots ne sont effectuées comme en Colombie-Britannique.

[85] Je conclus donc que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation sont des textes législatifs provinciaux valides que la province avait la compétence d'adopter et que certains de leurs aspects peuvent être rattachés à la propriété et aux droits civils (paragraphe 92(13)), à l'administration et à la vente des bois (paragraphe 92(5)), aux travaux et entreprises d'une nature locale (paragraphe 92(10)) ou à des matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (paragraphe 92(16)).

[86] Certaines des raisons qui ont motivé le présent litige ont été révélées au procès et sont parfaitement compréhensibles. Ainsi, suivant la preuve, les récupérateurs de billots du fleuve Fraser estiment que le système provincial ne comporte pas de mesures incitatives économiques suffisantes pour encourager la récupération des billots qui sont à la dérive dans la zone de récupération de Vancouver. Cette situation a suscité à son tour des préoccupations d'ordre écologique. On craint en effet que les billots ne causent un préjudice aux marais de l'estuaire (bien que les éléments de preuve présentés par la demanderesse sur la question environnementale n'aient pas été concluants et aient été plutôt ambigus). C'est toutefois à la province qu'il appartient de répondre à ces préoccupations, qui ne permettent d'ailleurs pas de déclarer inconstitutionnels la partie 9 de la *Forest Act* ou le Log Salvage Regulation.

[87] À mon avis, ces conclusions répondent efficacement aux questions soulevées par la demanderesse ainsi qu'à sa demande de réparation. Il nous reste toutefois à examiner la question de la validité et de l'applicabilité de la Loi sur la marine marchande et de la Convention. La demanderesse fait reposer en grande partie sa thèse sur les définitions élargies des termes « bien » et « opération d'assistance » dans la Convention, et la province demande à la Cour

Canada in so far as they purport to regulate the recovery and sale of logs, and the distribution of the proceeds of sale, in British Columbia.

#### THE SHIPPING ACT AND THE CONVENTION

##### Remaining Issues

[88] Canada adopted the Convention in 1993. It is given the force of law in Canada by virtue of section 449.1 of the Shipping Act “from and after the day on which Canada deposits an instrument of ratification with the Secretary General of the International Maritime Organization.”

[89] There is no dispute between the parties about the ability of Canada to enter into the Convention or to implement it as part of domestic law through the Shipping Act. The dispute lies in whether the Shipping Act and the Convention purport to deal with the log recovery activities carried out by the plaintiff in this case and with the Province’s interest in managing and realizing the economic value of its timber resource.

[90] The Province and other defendants have taken the position that, apart from a superficial connection between log salvage and the salvage of cargo and ships pursuant to the Convention, the two activities are completely distinct and marine log salvage is not a matter related to navigation and shipping. They also assert that the activities of Ms. Weishuhn in recovering the 17 NMV logs in question in this case do not qualify as salvage under the Convention and do not give rise to a right for payment.

[91] When the Province made its application for summary judgment, Mr. Justice Hugessen firmly disagreed with the Province’s position on the non-applicability of the Shipping Act and the Convention to the facts of this case. Mr. Justice

d’examiner si la Loi sur la marine marchande et la Convention excèdent la compétence du législateur fédéral dans la mesure où elles visent à régler la récupération et la vente de billots en Colombie-Britannique et la distribution du produit de leur vente.

#### LA LOI SUR LA MARINE MARCHANDE ET LA CONVENTION

##### Questions restantes

[88] Le Canada a adopté la Convention en 1993. L’article 449.1 de la Loi sur la marine marchande dispose que la Convention « a force de loi au Canada à compter de la date du dépôt par le Canada d’un instrument de ratification auprès du Secrétaire général de l’Organisation maritime internationale. »

[89] Il n’y a pas de désaccord entre les parties au sujet de la capacité du Canada de signer la Convention ou de l’incorporer dans son droit interne par le biais de la Loi sur la marine marchande. Le différend réside dans la question de savoir si la Loi sur la marine marchande et la Convention visent ou non les activités de récupération de billots effectuées par la demanderesse en l’espèce et l’intérêt de la province en ce qui concerne la gestion de ses ressources forestières et la réalisation de leur valeur économique.

[90] La thèse de la province et des autres défendeurs est qu’abstraction faite du lien superficiel qui existe entre la récupération de billots et le sauvetage de cargaisons et de navires dont il est question dans la Convention, ces deux activités sont complètement distinctes et le sauvetage maritime de billots n’est pas une question liée à la navigation et aux bâtiments et navires. Ils affirment aussi que les activités exercées par M<sup>me</sup> Weishuhn lorsqu’elle a récupéré les 17 billots non marqués en litige en l’espèce ne répondent pas à la définition du sauvetage que l’on trouve dans la Convention et qu’elles ne lui donnent pas le droit d’être payée.

[91] Saisi de la requête en jugement sommaire de la province, le juge Hugessen s’est fermement dissocié de la thèse de la province sur l’inapplicabilité de la Loi sur la marine marchande et de la Convention aux faits de l’espèce. On trouve les raisons du désaccord du juge

Hugessen's reasons for disagreement are set out in paragraph 59 of these reasons.

[92] Mr. Justice Hugessen [at paragraph 5] was of the view that "Parliament has clearly legislated so as to extend the concept of marine salvage to include 'property' such as logs and booms of logs within the scope of the law of salvage." Mr. Justice Hugessen did not, of course, conclude that the plaintiff was entitled to any payment for the logs in accordance with the Convention: "I conclude accordingly, that the claim as asserted is apparently within the jurisdiction of this Court as relating to salvage. That does not, of course, mean that the claim is well founded or that it will succeed in due course" [at paragraph 7].

[93] The assertions of Mr. Justice Hugessen concerning the applicability of the Convention in this case were based upon his observation that the Province "has not in any way impugned the federal legislation so that a finding of the latter's applicability necessarily excludes the application of the provincial legislation" [at paragraph 7].

[94] Underlying these conclusions was Mr. Justice Hugessen's view of the record before him that this was a case about maritime salvage within the terms of the Convention, so that the provincial legislation did not come into play and the plaintiff need only establish entitlement to payment under the Convention.

[95] As pointed out in paragraph 61 of these reasons, the Federal Court of Appeal [at paragraph 6] directed otherwise: "The definition of salvage in the Convention cannot alter the division of powers under the Constitution. Consequently, the question is not whether the provincial log recovery scheme falls within the expanded definition of salvage but whether that scheme has a sufficient connection to shipping such that the expanded definition of salvage would apply to it. In other words, log recovery is not an aspect of shipping (and subject to federal jurisdiction) simply because it falls within the definition of salvage." The Federal Court of Appeal appears to have assumed, or found implicitly, that the log recovery carried out in this case had nothing

Hugessen au paragraphe 59 des présents motifs.

[92] Le juge Hugessen [au paragraphe 5] s'est dit d'avis que « le législateur a clairement légiféré de manière à ce que la notion de sauvetage maritime du droit du sauvetage vise les "biens" comme les billots et les estacades ». Le juge Hugessen n'a évidemment pas conclu que la demanderesse avait droit à quelque paiement que ce soit pour les billots sous le régime de la Convention : « Je conclus donc que, dans son état actuel, la demande de rémunération de sauvetage relève apparemment de la compétence de la Cour en matière de sauvetage. Cela ne signifie évidemment pas que la demande est bien fondée ou qu'elle sera accueillie en temps opportun » [au paragraphe 9].

[93] Les assertions du juge Hugessen au sujet de l'applicabilité de la Convention au cas qui nous occupe étaient fondées sur son observation que la province « n'a pas empiété de quelque façon que ce soit sur la législation fédérale de manière à ce que l'application de celle-ci écarte nécessairement l'application de la législation provinciale » [au paragraphe 7].

[94] Ces conclusions du juge Hugessen reposaient sur sa perception du dossier, qu'il considérait comme une affaire de sauvetage maritime au sens de la Convention, de sorte que la législation provinciale ne s'appliquait pas et qu'il suffisait pour la demanderesse de démontrer qu'elle avait le droit d'être payée en vertu de la Convention.

[95] Ainsi qu'il est souligné au paragraphe 61 des présents motifs, la Cour d'appel fédérale [au paragraphe 6] en a conclu autrement : « La définition d'assistance dans la Convention ne peut pas modifier la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution. Par conséquent, la question n'est pas de savoir si le régime provincial de récupération des billots est visé par la définition élargie de sauvetage, mais plutôt de savoir si ce régime est suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la définition élargie de sauvetage s'y applique. En d'autres mots, la récupération de billots n'est pas un aspect des notions de bâtiments ou de navires (et soumise à la compétence du gouvernement fédéral) du seul fait qu'elle soit visée par la définition de

to do with “navigation,” as opposed to “shipping,” and that the connection to shipping had yet to be established.

[96] In my reasons so far, I have attempted to follow the directions of the Federal Court of Appeal and I have come to the conclusion that the provincial scheme embodied in Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation is *intra vires* the Province and is thus applicable to the 17 NMV logs recovered by the plaintiff in this case.

[97] This does not involve a finding that the 17 NMV logs recovered by the plaintiff in this case do not fall with the expanded definition of “property” contained in the Convention. In my view, such a finding is not necessary to decide the principal issue in the case: namely, the constitutional validity of Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation.

[98] However, whether or not the 17 NMV logs in this case fall within the Convention definition of “property,” that can be the subject of a “salvage operation,” does raise the issue of the relationship between the federal salvage provisions and the provincial scheme, and whether the federal provisions need to be read down in some way because they intrude upon the valid exercise of the provincial jurisdiction that I have found in this case. The Province has directly raised this issue with the Court. If the 17 NMV logs do not fall within the Convention definitions of “property” and “salvage operation,” then it seems to me that there is no conflict on the facts of this case and that no reading down would be required. So, in order to determine whether any reading down is required, it is necessary to review the Convention definitions to some extent to see whether the logs at issue in this case could conceivably qualify as “property” under the Convention.

sauvetage. » Il semble donc que la Cour d’appel fédérale ait présumé ou qu’elle ait conclu implicitement que les activités de récupération de billots effectuées en l’espèce n’avaient rien à voir avec la « navigation », par opposition aux « bâtiments et navires » et qu’il fallait encore établir l’existence d’un lien avec les « bâtiments et navires ».

[96] Jusqu’ici, dans mes motifs, j’ai essayé de suivre les directives de la Cour d’appel fédérale, et j’en suis arrivé à la conclusion que la province avait compétence pour édicter le régime provincial contenu à la partie 9 de la *Forest Act* et au Log Salvage Regulation et que ce régime s’appliquait donc aux 17 billots non marqués récupérés par la demanderesse en l’espèce.

[97] Cela ne revient pas à conclure que les 17 billots non marqués que la demanderesse a récupérés en l’espèce ne répondent pas à la définition élargie de « biens » que l’on trouve dans la Convention. À mon avis, il n’est pas nécessaire de tirer cette conclusion pour trancher la principale question en litige en l’espèce, en l’occurrence la constitutionnalité de la partie 9 de la *Forest Act* et du Log Salvage Regulation.

[98] Toutefois, la question de savoir si les 17 billots non marqués en cause en l’espèce répondent ou non à la définition de « biens » pouvant faire l’objet d’une « opération d’assistance » au sens de la Convention soulève à son tour la question du rapport entre les dispositions fédérales sur le sauvetage et le régime provincial et celle de savoir si les dispositions fédérales doivent être interprétées de façon atténuée ou restrictive parce qu’elles empiètent sur l’exercice valide que la province a fait de sa compétence ainsi que je l’ai déjà conclu. La province a directement soulevé cette question devant la Cour. Si les 17 billots non marqués ne répondent pas aux définitions de « biens » et d’« opérations d’assistance » de la Convention, il me semble alors qu’il n’y a, au vu des faits de l’espèce, aucun conflit et qu’il n’est pas nécessaire de recourir à une interprétation restrictive. Ainsi, pour déterminer s’il y a lieu de recourir à une interprétation restrictive, il est nécessaire d’examiner jusqu’à un certain point les définitions contenues dans la Convention pour vérifier si les billots en litige dans le cas qui nous occupe peuvent logiquement être assimilés à des « biens » au sens de la Convention.



### The Convention Definitions

[99] Article 1 of Chapter 1 of the Convention contains the following key definitions:

(a) *Salvage operation* means any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters whatsoever.

(b) *Vessel* means any ship or craft, or any structure capable of navigation.

(c) *Property* means any property not permanently and intentionally attached to the shoreline and includes freight at risk.

[100] One of the arguments made by the plaintiff on the facts of this case is that logs escaping from booms in the Fraser River can be considered as the cargo of a vessel. If this were the case, of course, it could mean that the logs could be regarded as salvage in the traditional sense of that word.

[101] The plaintiff submits that a log boom is a vessel because it is designed for transport and containment in water, and is capable of navigation.

[102] Whether or not a log boom can be considered a vessel for the purpose of the Convention does not, in my view, assist the plaintiff in this case. Ms. Weishuhn was clearly unable to say where the 17 NMV logs in question had come from. They may have come from a boom, or from a vessel in the conventional sense, but they may have come from another source (e.g. a land source) that clearly would not qualify as a vessel under the Convention or otherwise.

[103] So there is no evidence before the Court to support the view that any of the 17 NMV logs came from a vessel, even if a log boom could be considered a vessel. That being the case, the issue is whether the logs can be considered as “property” under paragraph

### Les définitions de la Convention

[99] On trouve les définitions clés suivantes à l'article premier du chapitre premier de la Convention :

a) « *Opération d'assistance* » signifie tout acte ou activité entrepris pour assister un navire ou tout autre bien en danger dans des eaux navigables ou dans n'importe quelles autres eaux.

b) « *Navire* » signifie tout bâtiment de mer, bateau ou engin, ou toute structure capable de naviguer.

c) « *Bien* » signifie tout bien qui n'est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral et comprend le fret en risque.

[100] Un des arguments que la demanderesse tire des faits de l'espèce est le fait que les billots qui s'échappent des estacades formées sur le fleuve Fraser peuvent être considérés comme faisant partie de la cargaison d'un navire. Évidemment, si tel était le cas, il s'ensuivrait peut-être que les billots pourraient être considérés comme des biens sauvés au sens traditionnel du mot.

[101] La demanderesse soutient qu'une estacade est un navire parce qu'elle est conçue pour le transport et le confinement de biens sur l'eau et qu'elle est capable de naviguer.

[102] Qu'une estacade puisse ou non être considérée comme un navire au sens de la Convention n'aide pas, selon moi, la cause de la demanderesse. M<sup>me</sup> Weishuhn était de toute évidence incapable de préciser l'origine des 17 billots non marqués en question. Ils provenaient peut-être d'une estacade ou d'un navire, au sens traditionnel du terme, mais il se peut également qu'ils proviennent d'une autre source (par ex., d'une source terrestre) qui ne répondrait de toute évidence pas à la définition de navire au sens notamment de la Convention.

[103] La Cour ne dispose donc d'aucun élément de preuve qui appuie la thèse que l'un ou l'autre des 17 billots non marqués provenait d'un navire et ce, même en assimilant une estacade à un navire. Dans ces conditions, la question qui se pose est celle de savoir si

(c) of article 1 of the Convention.

[104] In the reasons he gave to deny the Province's application for summary judgment, Mr. Justice Hugessen was clearly of the view that the logs did qualify as "property" under the extended Convention definition. As in the trial before me, the Province took issue with an extended definition of salvage property that would include the logs in question, and cited traditional English case law to support its position. Mr. Justice Hugessen dealt with the Province's arguments in the following way, at paragraphs 5-6:

The defendant cited to me three eighteenth and nineteenth century decisions of the English courts: *Nicholson v. Chapman* (1793), 2 H. Bl. 254, at page 257; 126 E.R. 536, at page 537; *Raft of Timber* (1844), 2 W. Rob. 251; 166 E.R. 749 and *Gas Float Whitton No. 2 (The)*, [1896] P. 42 (C.A.), *affd sub nom. Wells v. Gas Float Whitton No. 2 (Owners of. The Gas Float Whitton No. 2*, [1897] A.C. 337 (H.L.). Those cases held that rafts and booms could not be the subject of a claim for salvage which was limited in the view of the English Admiralty Court to ships and their cargos. In my view, and whether or not those decisions were ever part of the law of Canada, they have now been decisively displaced by the Convention and Parliament has clearly legislated so as to extend the concept of marine salvage to include "property" such as logs and booms of logs within the scope of the law of salvage. It is not suggested that that legislation is incompetent.

The plaintiff says, and there is evidence to support that contention, that the logs salvaged by it were in danger. That is enough, at this stage of the case, to allow the matter to proceed in this Court. It may, of course, be that the logs here in question would even have been the subject of a claim for salvage in the traditional sense. They were apparently found floating in the navigation channel of the river and had no identifying marks upon them. Thus they might have been part of the cargo of a log barge which would have, of course, brought them within the traditional view of salvage although I must concede that as a practical matter, it is more probable that they had either escaped from a boom or had entered the river free floating. It is not necessary for me to make any finding upon that question (although I note that it underlines the artificial nature of the traditional

les billots peuvent être considérés comme des « biens » au sens de l'alinéa c) de l'article premier de la Convention.

[104] Dans les motifs qu'il a exposés pour rejeter la requête en jugement sommaire de la province, le juge Hugessen s'est clairement dit d'avis que les billots répondaient effectivement à la définition élargie du mot « bien » que l'on trouve dans la Convention. Tout comme dans le procès que j'ai présidé, la province s'est opposée devant le juge Hugessen à toute définition élargie des « biens récupérés » qui engloberait les billots en question, et elle a cité des décisions anglaises classiques à l'appui de sa thèse. Voici comment le juge Hugessen a tranché les arguments de la province, aux paragraphes 5 et 6 :

La défenderesse m'a cité trois arrêts anglais des dix-huitième et dix-neuvième siècles, soit *Nicholson v. Chapman* (1793), 2 H. Bl. 254, à la page 257; 126 E.R. 536, à la page 537; *Raft of Timber* (1844), 2 W. Rob. 251; 166 E.R. 749; et *Gas Float Whitton No. 2 (The)*, [1896] P. 42 (C.A.), *conf. par sub nom. Wells v. Gas Float Whitton No. 2 (Owners of. The Gas Float Whitton No. 2*, [1897] A.C. 337 (H.L.). Il a été conclu dans ces arrêts que les radeaux et les estacades ne pouvaient pas faire l'objet d'une demande de rémunération de sauvetage, laquelle visait uniquement les navires et leur cargaison selon la Cour de l'amirauté de l'Angleterre. Je suis d'avis que si ces arrêts ont déjà fait partie du droit canadien, ils en sont maintenant écartés sans équivoque par la Convention, et le législateur a clairement légiféré de manière à ce que la notion de sauvetage maritime du droit du sauvetage vise les « biens » comme les billots et les estacades. On n'a pas prétendu que cette législation constituait un excès de compétence.

La demanderesse a affirmé, avec preuves à l'appui, que les billots qu'elle a récupérés étaient en danger. À ce stade-ci, cette affirmation suffit pour permettre à l'affaire d'être jugée par la Cour. Il se peut évidemment que les billots en cause en l'espèce auraient pu faire l'objet d'une demande de rémunération de sauvetage au sens traditionnel du terme. Ces billots ont apparemment été trouvés en train de flotter dans le canal de navigation du fleuve et ne portaient aucun signe d'identification. Ils doivent donc avoir fait partie de la cargaison d'un chaland de billots, ce qui les auraient naturellement assujettis à la conception traditionnelle du sauvetage, bien qu'il me faille concéder qu'à toutes fins pratiques, il est plus probable qu'ils aient échappé à l'estacade ou qu'ils soient arrivés sur la rivière en flottant librement. Il n'y a pas lieu que je me prononce sur cette question (quoique

distinction between cargo and other salvaged property).

[105] Coast and Timber Marketing support the Province's contention that the recovery of logs has traditionally not been treated as salvage, and they point out that "[f]rom 1858 until 1993, it has never been argued in the UK or Canada that recovery of logs amounted to salvage as that term is used in maritime law."

[106] It was in 1993 that Canada adopted the Convention and its expanded definition of "property". Coast and Timber Marketing say, however, that if the "any property not permanently and intentionally attached to the shoreline" definition is applied literally, it would encompass such property as a car driven into a lake or river, or a watch that falls into a stream. This might not be an issue in a unitary state, but it is in a federal state where such an all-encompassing definition of "property" could conceivably take the Convention outside of legislative competence.

[107] Although Mr. Justice Hugessen rejected some of the caveats contained in Lord Justice Kerr's article on the Convention ["The International Convention on Salvage 1989—How it Came to Be" (1990), 39 *I.C.L.Q.* 530]: in favour of a broad approach to the definition of "property" that would include "logs and booms," as the full record of this case has shown, the difficulties do not end there,

[108] As noted by Lord Justice Kerr in his article, the negotiation of terms and definitions during the drafting of the Convention attracted a large number of proposed amendments from the parties, including contested notions of "property." The resulting ambiguities in the text of the Convention lend themselves readily to disputes over the meaning and application of the Convention such as those at issue in the present case.

je souligne que cela met en évidence la nature artificielle de la distinction traditionnelle entre la cargaison et les autres biens récupérés).

[105] Coast et Timber Marketing appuient l'argument de la province suivant lequel la récupération de billots n'était traditionnellement pas considérée comme du sauvetage et ils rappellent que [TRADUCTION] « entre 1858 et 1993, nul n'a jamais prétendu au Royaume-Uni ou au Canada que la récupération de billots constituait du sauvetage au sens où ce terme est employé en droit maritime ».

[106] C'est en 1993 que le Canada a adopté la Convention et sa définition élargie du mot « bien ». Coast et Timber Marketing affirment toutefois que, si on l'applique littéralement, la définition « tout bien qui n'est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral », engloberait par exemple une voiture qui se retrouve dans un lac ou une rivière ou encore une montre échappée dans un ruisseau. La question ne se poserait peut-être pas dans un État unitaire, mais elle se pose dans un régime fédéral où l'on pourrait concevoir qu'une définition générale du mot « bien » pourrait faire en sorte que la Convention soit soustraite à la compétence législative.

[107] Bien que le juge Hugessen ait écarté certaines des réserves exprimées par le lord juge Kerr dans son article sur la Convention [« The International Convention on Salvage 1989—How it Came to Be » (1990), 39 *I.C.L.Q.* 530] : pour adopter une conception large de la définition du mot « biens » qui comprendrait les « billots et les estacades », comme le dossier intégral de la présente affaire le démontre, le problème n'est pas réglé pour autant.

[108] Comme le lord juge Kerr l'a fait remarquer dans l'article susmentionné, les termes et les définitions de la Convention ont fait l'objet, pendant sa rédaction, de négociations dans le cadre desquelles les parties ont proposé de nombreuses modifications, dont certaines portaient sur des conceptions controversées de la notion de « biens ». La Convention comporte par conséquent des ambiguïtés qui se prêtent inévitablement à des différends — comme ceux dont je suis saisi en l'espèce — au sujet de sa portée et de son application.

[109] It is not the role of the Court in these proceedings to attempt to reach an exhaustive understanding of the scope of the Convention definition of “property.” The Court is dealing specifically with 17 NMV logs whose source and ownership cannot be determined.

[110] The issue for the Court is whether the 17 NMV logs found adrift in the Fraser River by Ms. Weishuhn from no identifiable source, and with no means of identifying the owner, can be considered “property” for the purpose of the Convention.

[111] Understandably, there is no evidence before me that the status of NMV logs was ever considered by the drafters of the Convention and/or the parties who have adopted it. Conditions must vary significantly from country to country. As Mr. Justice Hugessen points out, the “commerce in floating timber” has a particular importance for Canada. This is why he favoured a broad definition of “property” under the Convention.

[112] The traditional concept of salvage in U.K. and Canadian law is based upon the amount to be paid by the “owner” of a vessel or cargo for services rendered in recovering that vessel or cargo. This is why there is no conceptual difficulty in including logs and booms that come from a vessel within the traditional definition of salvage. But the problem in this case is whether it can include drifting logs from no identifiable source that have no identifiable owner.

[113] The plaintiff is very aware of this problem and has argued strenuously that the Province has an ownership interest in the 17 NMV logs in question in this case that can be used to ground recovery in traditional salvage law and provide a source for a salvage award. The legal characterization is not entirely clear, but the legislation and the evidence in this case suggest that the Province has some kind of lien interest against NMV logs recovered in waters inside and adjacent to British Columbia until the charges set out in

[109] Il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre de la présente action, de chercher à approfondir le sens et la portée du mot « bien » tel qu'il est défini dans la Convention. La Cour s'intéresse spécifiquement à 17 billots non marqués dont on ne peut déterminer la provenance ou le propriétaire.

[110] La question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si les 17 billots non marqués que M<sup>me</sup> Weishuhn a trouvés flottant à la dérive dans le fleuve Fraser et dont on ne peut identifier ni la provenance ni le propriétaire peuvent être considérés comme des « biens » au sens de la Convention.

[111] Comme on peut le comprendre, je ne dispose d'aucun élément de preuve tendant à démontrer que les rédacteurs de la Convention et/ou les parties qui y ont adhéré se sont interrogés sur le statut des billots non marqués. La situation doit varier considérablement d'un pays à l'autre. Ainsi que le juge Hugessen le souligne, le « commerce de billots flottants » revêt une importance particulière au Canada. C'est la raison pour laquelle il favorisait une définition large du mot « bien » dans la Convention.

[112] Au Royaume-Uni et au Canada, le concept traditionnel de sauvetage en droit repose sur le montant payé par le « propriétaire » du navire ou de la cargaison pour les services rendus pour récupérer ce navire ou cette cargaison. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas de difficulté conceptuelle à inclure dans la définition traditionnelle du sauvetage les billots et les estacades qui proviennent d'un navire. Mais le problème qui se pose en l'espèce est le fait qu'on ne sait pas si cette définition peut englober aussi les billots flottants dont on ne peut identifier ni la provenance ni la propriétaire.

[113] La demanderesse est très consciente de ce problème et elle affirme énergiquement que la province a un droit de propriété sur les 17 billots non marqués en question dans la présente affaire et qu'elle peut s'en servir pour justifier une demande de récupération en vertu des règles de droit traditionnelles du sauvetage et pour réclamer une rémunération de sauvetage. La qualification juridique n'est pas tout à fait claire, mais il ressort de la loi et la preuve présentée en l'espèce que la province est en mesure de faire valoir une sorte de

the regulations have been paid.

[114] The Convention itself is grounded in “ownership” but does not say what degree of ownership or interest will suffice. For instance, the duties owed by the salvor under article 8 are owed “to the owner of the vessel or other property in danger,” thus confirming the view that identifiable ownership is required, whether or not the property is cargo or other property. Paragraph 2 of article 8 establishes reciprocal duties towards the salvor on the part of “the owner and master of the vessel or the owner of the other property in danger.” Article 13, which establishes criteria to be taken into account when fixing a reward, stipulates in paragraph 2 that “Payment of a reward fixed according to paragraph 1 shall be made by all of the vessel and other property interests in proportion to their respective salvaged values,” thus suggesting that salvage under the Convention definition is linked to identifiable property interests. Article 19 also says that the “other property” aspect of the Convention is property that still requires an identifiable owner:

#### Article 19

##### *Prohibition of salvage operations*

Services rendered notwithstanding the express and reasonable prohibition of the owner or master of the vessel or the owner of any other property in danger which is not and has not been on board the vessel shall not give rise to payment under this Convention.

[115] This suggests to me that salvage under the Convention can take place in relation to property “which is not and has not been on board the vessel,” but that such property still requires the identification of an owner. But does the Province have a sufficient ownership interest? And, if the Province is fixed with an ownership interest sufficient for a salvage claim under the Convention, there would appear to be nothing to prevent the Province from issuing an express and reasonable prohibition in relation to drift logs in the

privège sur les billots non marqués récupérés dans les eaux intérieures et contiguës de la Colombie-Britannique jusqu’à ce que les frais prescrits par le règlement aient été acquittés.

[114] La Convention elle-même parle de « propriété » sans toutefois préciser quel degré de propriété est suffisant. Ainsi, l’article 8 énumère les obligations auxquelles l’assistant est tenu envers « le propriétaire du navire ou des autres biens en danger », ce qui confirme qu’il est nécessaire de pouvoir identifier le propriétaire, que les biens en cause soient ou non de la cargaison. Le paragraphe 2 de l’article 8 prévoit des obligations réciproques pour « [l]e capitaine et le propriétaire du navire ou le propriétaire des autres biens en danger ». L’article 13, qui énumère les critères d’évaluation de la rémunération, précise, à son paragraphe 2 que « [l]e paiement d’une rémunération fixée conformément au paragraphe 1 doit être effectué par toutes les parties intéressées au navire et aux autres biens sauvés en proportion de leur valeur respective », ce qui permet de penser que le sauvetage, selon la définition que la Convention en donne, se rattache à des droits de propriété identifiables. Il ressort également de l’article 19 que les « autres biens » visés par la Convention sont des biens dont il faut aussi pouvoir identifier le propriétaire.

#### Article 19

##### *Défense d’effectuer des opérations d’assistance*

Des services rendus malgré la défense expresse et raisonnable du propriétaire ou du capitaine du navire ou du propriétaire de tout autre bien en danger qui n’est pas et n’a pas été à bord du navire ne donne pas droit à paiement en vertu de la présente Convention.

[115] J’en conclus que le sauvetage prévu par la Convention vise notamment tout bien « qui n’est pas et n’a pas été à bord du navire », mais que ce bien doit quand même être identifié par son propriétaire. Mais la province possède-t-elle un titre de propriété suffisant? Et, si la province se voit attribuer un titre de propriété suffisant pour donner ouverture à une réclamation pour sauvetage en vertu de la Convention, il semble que rien n’empêcherait la province de formuler une défense expresse et raisonnable en ce qui concerne les billots

Vancouver Log Salvage District. It may even be, of course, that the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are themselves an express and reasonable prohibition.

[116] When Mr. Justice Hugessen considered this matter, he took the view that there was no implied intention to exclude such things as logs and booms from the definition of property in the Convention. This would seem to accord with the view of the authors of *Kennedy and Rose, The Law of Salvage*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, at paragraph 164 that the definition of “property” under the Convention is intended to be inclusive and that “it is sufficient that a potential subject of salvage falls within the broad principle . . . , and not necessary that it fits neatly into previously recognised classifications.” When considering the reasons of Mr. Justice Hugessen, the Federal Court of Appeal did not take issue with his conclusion that the drafters of the Convention did not intend any restriction on the nature of the property. They merely pointed out that the constitutional question related to “shipping” and not an expanded concept of salvage that Parliament had enacted by adopting the Convention definition of “property” into Canadian domestic law. I see no reason, then, to conclude that the 17 NMV logs that are the subject-matter of this dispute cannot constitute “property” for the purposes of the expanded Convention definition. There may well be problems with attributing “ownership” for purposes of payment but, conceptually at least, they fall within the Convention definition of “property.”

#### Entitlement to Payment

[117] For reasons related to the ownership issue, it is unclear on the facts before me whether the plaintiff could establish an entitlement to payment under the terms of the Convention for any of the 17 NMV logs in question.

[118] The plaintiff’s claim to entitlement is based upon articles 12 and 13 of Chapter III of the Convention which read as follows:

flottants dans la zone de récupération de billots de Vancouver. Il se peut même, évidemment, que la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation soient eux-mêmes une défense expresse et raisonnable.

[116] Sur cette question, le juge Hugessen a estimé qu’il ne pouvait y avoir eu d’intention implicite de soustraire les objets comme les billots et les estacades de la définition du mot « bien » dans la Convention. Cette conclusion semblerait s’accorder avec l’opinion des auteurs de *Kennedy and Rose, The Law of Salvage*, 6<sup>e</sup> éd. Londres, Sweet & Maxwell, 2002, qui expliquent, au paragraphe 164 de leur ouvrage, que la définition du mot « bien » dans la Convention se veut exhaustive et que [TRADUCTION] « il suffit qu’un sujet pouvant se rattacher au sauvetage relève du principe général [. . .] et il n’est pas nécessaire qu’il corresponde parfaitement à une catégorie déjà définie ». La Cour d’appel fédérale n’a rien trouvé à redire à la conclusion du juge Hugessen suivant laquelle les rédacteurs de la Convention n’avaient pas l’intention d’imposer de restriction quant à la nature des biens. La Cour s’est contentée de souligner que la question constitutionnelle était liée aux « bâtiments et navires » et non à un concept élargi du sauvetage que le législateur fédéral aurait retenu en incorporant dans le droit interne canadien la définition que la Convention donne du mot « bien ». Je ne vois donc aucune raison de conclure que les 17 billots non marqués qui font l’objet du présent différend ne peuvent constituer des « biens » au sens de la définition élargie de la Convention. Il peut certes être difficile d’identifier leur « propriétaire » en vue du paiement mais, en théorie du moins, ils répondent à la définition du mot « bien » que l’on trouve dans la Convention.

#### Droit à une rémunération

[117] Pour des motifs se rapportant à la question du droit de propriété, les faits dont je dispose ne permettent pas de savoir avec certitude si la demanderesse peut établir son droit à une rémunération en vertu de la Convention relativement à l’un quelconque des 17 billots non marqués en question.

[118] La demanderesse fonde son droit à une rémunération sur les articles 12 et 13 du chapitre III de la Convention, dont voici le libellé :

**Article 12***Conditions for reward*

1 Salvage operations which have had a useful result give right to a reward.

2 Except as otherwise provided, no payment is due under this Convention if the salvage operations have had no useful result.

3 This chapter shall apply, notwithstanding that the salvaged vessel and the vessel undertaking the salvage operations belong to the same owner.

**Article 13***Criteria for fixing the reward*

1 The reward shall be fixed with a view to encouraging salvage operations, taking into account the following criteria without regard to the order in which they are presented below:

- (a) the salvaged value of the vessel and other property;
- (b) the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing damage to the environment;
- (c) the measure of success obtained by the salvor;
- (d) the nature and degree of the danger;
- (e) the skill and efforts of the salvors in salvaging the vessel, other property and life;
- (f) the time used and expenses and losses incurred by the salvors;
- (g) the risk of liability and other risks run by the salvors or their equipment;
- (h) the promptness of the services rendered;
- (i) the availability and use of vessels or other equipment intended for salvage operations;
- (j) the state of readiness and efficiency of the salvor's equipment and the value thereof.

2 Payment of a reward fixed according to paragraph 1 shall be made by all of the vessel and other property interests in proportion to their respective salvaged values. However, a State Party may in its national law provide that the payment of a reward has to be made by one of these interests, subject to a right of recourse of this interest against the other interests for their respective shares. Nothing in this article shall prevent any right of defence.

**Article 12***Conditions ouvrant droit à une rémunération*

1 Les opérations d'assistance qui ont eu un résultat utile donnent droit à une rémunération.

2 Sauf disposition contraire, aucun paiement n'est dû en vertu de la présente Convention si les opérations d'assistance n'ont pas eu de résultat utile.

3 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent même si le navire assisté et le navire assistant appartiennent au même propriétaire.

**Article 13***Critères d'évaluation de la rémunération*

1 La rémunération est fixée en vue d'encourager les opérations d'assistance compte tenu des critères suivants, sans égard à l'ordre dans lequel ils sont présentés ci-dessous :

- a) la valeur du navire et des autres biens sauvés;
- b) l'habileté et les efforts des assistants pour prévenir ou limiter les dommages à l'environnement;
- c) l'étendue du succès obtenu par l'assistant;
- d) la nature et l'importance du danger;
- e) l'habileté et les efforts des assistants pour sauver le navire, les autres biens et les vies humaines;
- f) le temps passé, les dépenses effectuées et les pertes subies par les assistants;
- g) le risque de responsabilité et les autres risques courus par les assistants ou leur matériel;
- h) la promptitude des services rendus;
- i) la disponibilité et l'usage de navires ou d'autres matériels destinés aux opérations d'assistance;
- j) l'état de préparation ainsi que l'efficacité et la valeur du matériel de l'assistant.

2 Le paiement d'une rémunération fixée conformément au paragraphe 1 doit être effectué par toutes les parties intéressées au navire et aux autres biens sauvés en proportion de leur valeur respective. Toutefois, un État Partie peut prévoir, dans sa législation nationale, que le paiement d'une rémunération doit être effectué par l'une des parties intéressées, étant entendu que cette partie a un droit de recours contre les autres parties pour leur part respective. Aucune

3 The rewards, exclusive of any interest and recoverable legal costs that may be payable thereon, shall not exceed the salved value of the vessel and other property.

[119] In seeking a declaration that it is entitled to receive compensation under article 13, paragraph 1 of the Convention, the plaintiff sought to fix the Province with the ownership of the logs, and thus the responsibility for making that payment.

[120] The obligation to pay a reward under the Convention to a salvor is established under article 13, paragraph 2 which says that "Payment of a reward fixed according to paragraph 1 shall be made by all of the vessel and other property interests in proportion to their respective salved values."

[121] In the present case, there is no vessel so that, before a payment can be made, it is necessary to identify the "other property interests" in the logs in question. The evidence before the Court is inconclusive on the property interests involved in this case. There is a suggestion that ownership in the logs, for instance, is vested in one or more members of Coast and/or Timber Marketing, but the logs were recovered by Ms. Weishuhn individually and it is not possible to ascribe ownership or other property interests in any particular log to any particular member of Coast or Timber Marketing.

[122] To overcome this problem, the plaintiff alleges that the Province has a sufficient property interest in the logs in question to make the Province responsible to pay a reward under article 13, paragraph 1 of the Convention. But article 13, paragraph 2 does suggest some kind of proportional payment commensurate with the separate ownership interests involved.

[123] A somewhat telling factor in this dispute is that, on behalf of the plaintiff, Ms. Weishuhn recovered 65 floating logs in total from the Fraser River between January 13 and 19, 1999. From the 65 logs, 17 were selected which bore no visible timber marks. Some of

disposition du présent article ne porte préjudice à l'exercice de tout droit de défense.

3 Les rémunérations, à l'exclusion de tous intérêts et frais juridiques récupérables qui peuvent être dus à cet égard, ne dépassent pas la valeur du navire et des autres biens sauvés.

[119] Au soutien de sa demande de jugement déclaratoire lui reconnaissant le droit à une rémunération en vertu du paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention, la demanderesse affirme que la province est propriétaire des billots et que c'est donc elle qui est responsable de ce paiement.

[120] L'obligation de verser une rémunération à un assistant conformément à la Convention est définie au paragraphe 2 de l'article 13 qui dispose : « Le paiement d'une rémunération fixée conformément au paragraphe 1 doit être effectué par toutes les parties intéressées au navire et aux autres biens sauvés en proportion de leur valeur respective. »

[121] En l'espèce, il n'y a pas de navire, de sorte qu'avant qu'un paiement puisse être fait, il faut identifier « les parties intéressées » aux billots en question. La preuve soumise à la Cour n'est pas concluante en ce qui a trait aux parties intéressées en l'espèce. Ainsi, on a laissé entendre que la propriété des billots est dévolue à un ou à plusieurs membres de Coast et/ou de Timber Marketing, mais que les billots ont été récupérés par M<sup>me</sup> Weishuhn individuellement et qu'il n'est pas possible d'attribuer la propriété ou un titre de propriété d'un billot déterminé à un membre précis de Coast ou de Timber Marketing.

[122] Pour surmonter ce problème, la demanderesse affirme que la province possède un titre de propriété suffisant sur les billots en question pour la rendre responsable du paiement de la rémunération prévue au paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention. Mais le paragraphe 2 de l'article 13 suggère une sorte de paiement proportionnel calculé en fonction des titres de propriété en cause.

[123] Un facteur quelque peu révélateur dans le présent litige est le fait que M<sup>me</sup> Weishuhn a récupéré en tout, pour le compte de la demanderesse, 65 billots flottants dans le fleuve Fraser entre le 13 et le 19 janvier 1999. Sur ces 65 billots, 17 qui ne portaient aucune



the remaining 48 logs bore identifiable timber marks so that their owner could be traced. Yet all of those 48 logs were taken and delivered by the plaintiff to Gulf Log, which runs the receiving station under the provincial system, and the plaintiff accepted payment from Gulf Log under the provincial system. So why should there be a separate federal system for logs that are NMV?

[124] The plaintiff says that it claims salvage from the Province for the 17 NMV logs “on the grounds that the Crown claims to own unmarked cut timber below the high tide line within the bounds of the Vancouver Log Salvage District.” The plaintiff also says:

Shirley Weishuhn salvaged valuable property at risk of damage or loss. That property was lost in navigable waters in the course of its transport or storage on the river before or after transport. Ms. Weishuhn offered to return that property to the party with the best claim to ownership in those logs. In so doing she provided a benefit through the return of valuable property, the elimination of a navigation hazard and the elimination of a risk to the important and already compromised marshes of the Fraser River estuary [Emphasis added.]

[125] The plaintiff invokes the case of *Five Steel Barges* (1890), 15 P.D. 142 in support of its position in the Province’s ownership interest in the 17 logs, but I can find little that is helpful or analogous between that case (where the defendants appear to have had possession of the barges and a total equitable interest in them) and the present case where the Province’s interest, under the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157 appears to be no more than a lien for the payment of stumpage fees [s. 130 (as am. by S.B.C. 1999, c. 34, s. 12; 2003, c. 56, s. 12)]:

- 130 (1)** Money that is required to be paid to the government under the circumstances set out in subsection (1.1)
- (a) is due and payable by the date specified for payment in a statement to, or notice served on, the person who is required to pay it,

marque de bois visible ont été retenus. Certains des 48 autres billots portaient des marques de bois identifiées, de sorte qu’on pouvait en retracer le propriétaire. Pourtant, la demanderesse a livré la totalité de ces 48 billots à Gulf Log, qui dirige le poste de réception prévu par le système provincial, et la demanderesse a accepté le paiement que Gulf Log lui a fait conformément au système provincial. Pourquoi devrait-il donc exister un système fédéral distinct pour les billots non marqués?

[124] La demanderesse affirme qu’elle a réclamé une rémunération de sauvetage à la province pour les 17 billots non marqués [TRADUCTION] « au motif que la Couronne se prétend propriétaire des billots non marqués sous la laisse des hautes eaux dans les limites de la zone de récupération de billots de Vancouver ». La demanderesse ajoute :

[TRADUCTION] Shirley Weishuhn a sauvé des biens de valeur qui risquaient d’être endommagés ou perdus. Ces biens avaient été perdus dans les eaux navigables au cours de leur transport sur le fleuve ou de leur entreposage avant ou après leur transport. M<sup>me</sup> Weishuhn a offert de rendre ces biens à la personne qui ferait valoir le meilleur titre de propriété sur les billots en question. Ce faisant, elle a fourni un avantage en restituant des biens valables, en supprimant un danger pour la navigation et en éliminant un risque environnemental pour d’importants marais déjà menacés de l’estuaire du fleuve Fraser. [Non souligné dans l’original.]

[125] La demanderesse invoque l’arrêt *Five Steel Barges* (1890), 15 P.D. 142 à l’appui de son argument au sujet du titre de propriété de la province sur les 17 billots, mais je trouve peu d’éléments utiles ou analogues entre cette affaire (dans laquelle il semble que les défendeurs avaient eu la possession des chalands et un intérêt en *equity* total sur les chalands en question) et la présente espèce, dans laquelle le droit que possède la province en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, semble n’être rien de plus qu’un privilège sur le paiement des droits de coupe [art. 130 (mod. par S.B.C. 1999, ch. 34, art. 12; 2003, ch. 56, art. 12)] :

[TRADUCTION]

- 130 (1)** L’argent qui doit être payé au gouvernement dans les circonstances énumérées au paragraphe (1.1)
- a) est dû et exigible à la date précisée dans le relevé ou l’avis signifié à la personne tenue de le payer;

- |   |   |
|---|---|
| <p>(b) bears interest as prescribed, and in the case of an amount due under section 108, the interest runs from the date determined by the regional manager to be the date stumpage or royalty would have been due if the timber referred to in section 108 had been scaled correctly under Part 6,</p> <p>(c) may be recovered in a court as a debt due to the government, and</p> <p>(d) constitutes, in favour of the government,</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) a lien on timber, lumber, veneer, plywood, pulp, newsprint, special forest products and wood residue owned by the person who owes the money, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) a lien on chattels or an interest in them, other than chattels referred to in subparagraph (i), owned by the person who owes the money.</p> <p>(1.1) The circumstances referred to in subsection (1) are that money is required to be paid</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) under this Act, the former Act, the <i>Range Act</i>, the <i>Forest and Range Practices Act</i>, or a regulation made under any of them,</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) under an agreement entered into under this Act, the former Act or the <i>Range Act</i>,</p> <p style="padding-left: 20px;">(c) under a permit issued under the <i>Forest and Range Practices Act</i> or the regulations made under that Act, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(d) for goods, services or both provided by the ministry.</p> <p>(2) A lien under subsection (1)(d)(i) has priority over all other claims, and a lien under subsection (1)(d)(ii) has priority over all other claims other than claims secured by liens, charges and encumbrances registered against the chattels before the money is due and payable.</p> <p>(3) A lien constituted under subsection (1) is not lost or impaired only because</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) proceedings to recover the money are taken or not,</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) partial payment of the money is tendered or accepted, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(c) the lien is not registered.</p> | <p>b) porte intérêt au taux prescrit et, dans le cas de l'argent dû en vertu de l'article 108, cet intérêt court à compter de la date fixée par le directeur régional comme date à laquelle les droits de coupe ou les redevances auraient été exigibles si le bois visé à l'article 108 avait été cubé correctement en conformité avec la partie 6;</p> <p>c) peut être recouvré en justice en tant que créance du gouvernement;</p> <p>d) constitue, en faveur du gouvernement :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) un privilège sur du bois d'œuvre, du bois de sciage, du bois de placage, du contreplaqué, de la pâte, du papier journal, des produits forestiers spéciaux et des déchets de bois appartenant au débiteur de l'argent;</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) un privilège sur les biens personnels ou sur les intérêts sur ceux-ci, autres que les biens personnels énumérés à l'alinéa (i) et qui appartiennent au débiteur de l'argent.</p> <p>(1.1) Les circonstances mentionnées au paragraphe (1) sont celles dans lesquelles de l'argent doit être payé :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) aux termes de la présente loi, de l'ancienne loi, de la <i>Range Act</i>, de la <i>Forest and Range Practices Act</i> et de tout règlement pris en application de ces lois;</p> <p style="padding-left: 20px;">b) aux termes d'un accord conclu en vertu de la présente loi, de l'ancienne loi ou de la <i>Range Act</i>;</p> <p style="padding-left: 20px;">c) aux termes d'un permis délivré en application de la <i>Forest and Range Practices Act</i> ou de tout règlement pris en application de cette loi;</p> <p style="padding-left: 20px;">d) pour des biens, des services ou les deux fournis par le Ministère.</p> <p>(2) Le privilège prévu au sous-alinéa (1)d)(i) a priorité sur toute autre créance et le privilège prévu au sous-alinéa (1)d)(ii) a priorité sur toutes les créances autres que celles qui sont garanties par des privilèges, charges et sûretés enregistrés sur les biens personnels avant que l'argent ne devienne dû et exigible.</p> <p>(3) Le privilège constitué conformément au paragraphe (1) n'est pas perdu ou compromis du seul fait que :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) des procédures en vue de recouvrer l'argent sont entamées ou non;</p> <p style="padding-left: 20px;">b) un paiement partiel de l'argent dû est offert ou est accepté;</p> <p style="padding-left: 20px;">c) le privilège n'est pas enregistré.</p> |
|---|---|

- (4) If default is made in the payment of all or part of the money due and payable, the minister may issue, and file with a court having jurisdiction, a certificate stating
- (a) the amount that remains unpaid, including interest, and
- (b) the name of the person who is required to pay it.
- (5) A certificate filed under subsection (4) has the same effect as an order of the court for the recovery of a debt in the amount stated in the certificate against the person named in it, and all proceedings may be taken as if it were an order of the court.
- (4) En cas de défaut de paiement de la totalité ou d'une partie de l'argent dû et exigible, le ministre peut établir et déposer auprès du tribunal compétent un certificat indiquant :
- a) le solde impayé, y compris les intérêts;
- b) le nom du débiteur.
- (5) Le certificat déposé conformément au paragraphe (4) a la même valeur qu'une ordonnance du tribunal pour le recouvrement d'une créance d'un montant correspondant à celui qui est précisé dans le certificat contre la personne qui y est nommée et toute procédure peut être engagée comme s'il s'agissait d'une ordonnance du tribunal.

[126] The plaintiff has placed no conclusive authority before the Court to establish that such a lien interest was intended under the Convention to render the Province responsible for paying salvage in accordance with the Convention. And, of course, there is a conceptual problem with using that lien as a basis for "ownership" under the Convention because, from the plaintiff's perspective, the lien will not arise, at least as regards payments under the Log Salvage Regulation, unless Part 9 of the *Forest Act* is valid provincial legislation. And this is why the plaintiff has sought to fix the Province with an ownership interest that does not derive from the impugned statutory and regulatory provisions.

[126] La demanderesse n'a soumis à la Cour aucune décision concluante qui montrerait l'intention des rédacteurs de la Convention d'inclure un privilège de ce genre qui rendrait la province responsable du paiement de l'indemnité de sauvetage conformément à la Convention. Et, évidemment, le fait d'invoquer ce privilège pour fonder un droit de propriété en vertu de la Convention pose un problème sur le plan théorique car, du point de vue de la demanderesse, ce privilège n'existe, pour ce qui est du moins des paiements prévus par le Log Salvage Regulation, que si la partie 9 de la *Forest Act* est considérée comme une loi provinciale valide. Et c'est la raison pour laquelle la demanderesse tente d'attribuer à la province un titre de propriété qui ne provient pas des dispositions contestées de la loi ou de son règlement d'application.

[127] Throughout its written representations, the plaintiff makes various assertions to try and ascribe to the Province an ownership interest in unmarked logs:

[127] Partout dans ses observations écrites, la demanderesse avance diverses assertions pour tenter d'attribuer à la province un titre de propriété sur les billots non marqués :

[TRADUCTION]

- a. 72. The regulations do not determine ownership in unmarked logs. This is done through the Crown's assertion of *prima facie* ownership of all unmarked cut timber. The authority for this assertion comes from the Crown's underlying title in standing timber, not from part 9 of the *Forest Act* or the *Regulation*.
- b. 144. The Province, in its opening statement, claimed ownership of unmarked logs in the Fraser River.
- a. 72. Le règlement ne précise pas qui est propriétaire des billots non marqués. Ce droit de propriété provient de la revendication, par la Couronne, d'un droit de propriété *prima facie* sur tous les billots non marqués. Cette assertion se justifie par le titre sous-jacent de la Couronne sur le bois sur pied et non par la partie 9 de la *Forest Act* ou son règlement d'application.
- b. 144. Dans son exposé introductif, la province revendique la propriété des billots non marqués du fleuve Fraser.

## c. Article 13(2) - the Province's property interest

179. The Plaintiff submits that what is required for the equitable rules of salvage to apply is that a benefit has been received for the return of property. The Plaintiff submits that the Province claims ownership of, has an interest in, and claims a benefit from "freely floating logs" in the Fraser River that are "unidentifiable."
180. In its opening statement the Crown concedes that it asserts ownership for all unmarked cut timber found in the water. Mr. Walders testified that property rights in uncut standing timber of Crown land vest in the Crown. Ownership passes from the Crown once stumpage is paid. The Crown asserts ownership on the grounds that it is unclear if stumpage has been paid in the case of unidentifiable salvaged wood. The Crown's assertion of ownership does not depend on the Provincial Marine Log Salvage Provisions.
181. While the Defendants CFPA and ITMA suggest that the Crown's interest is limited to .70 per cubic meter, the Plaintiff respectfully disagrees. As Mr. Walders explained the Crown could charge any amount of stumpage it wished on a log, but chooses to charge .70 per cubic meter as a matter of policy.
182. The Plaintiff submits that the Province's assertion of an ownership interest is sufficient to satisfy the ownership requirements of the *Convention*.

[128] The Province, on the other hand, submits that "there is insufficient evidence for the Court to conclude that the Defendant Province is the owner of the 17 NMV unmarked logs."

[129] In its statement of defence, at paragraph 5, the Province takes the position that ownership and property rights in respect of cut timber, such as the logs at issue in this case, is determined in accordance with the provisions of the Log Salvage Regulation.

[130] This position is difficult for the Court to accept. My reading of the Log Salvage Regulation—sections 5

## c. Paragraphe 13(2) - Titre de propriété de la province

179. La demanderesse affirme que la condition à remplir pour que s'appliquent les règles d'*equity* régissant le sauvetage est la réception d'un avantage en contrepartie de la restitution des biens. La demanderesse affirme que la province revendique un droit de propriété et un avantage pour des « billots flottants » qui sont à la dérive sur le fleuve Fraser et qui « ne sont pas identifiables » et qu'elle a un titre de propriété sur ces billots.
180. Dans son exposé introductif, la Couronne admet qu'elle revendique la propriété de tous les billots non marqués trouvés dans l'eau. Selon M. Walders, les droits de propriété sur le bois sur pied se trouvant sur des terres domaniales sont dévolus à la Couronne. La Couronne transmet son droit de propriété une fois que les droits de coupe ont été acquittés. La Couronne revendique la propriété au motif qu'on ne sait pas avec certitude si des droits de coupe ont été payés en ce qui concerne le bois récupéré qui n'est pas identifiable. La revendication de propriété de la Couronne ne dépend pas des dispositions provinciales sur le sauvetage maritime du bois.
181. La demanderesse n'est pas d'accord avec les défenderesses CFPA et ITMA pour dire que l'intérêt de la Couronne se limite à 0,70 le mètre cube. Ainsi que M. Walders l'a expliqué, la Couronne pourrait réclamer tout montant de droits de coupe qu'elle désire pour un billot, mais elle a choisi en principe de demander 0,7 le mètre cube.
182. La demanderesse affirme que la revendication de propriété de la province est suffisante pour répondre aux conditions de propriété de la *Convention*.

[128] En revanche, la province affirme que [TRADUCTION] « il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que la province défenderesse est propriétaire des 17 billots non marqués ».

[129] Au paragraphe 5 de sa défense, la province affirme que le droit de propriété sur le bois de coupe comme les billots en litige en l'espèce est déterminé en conformité avec les dispositions du Log Salvage Regulation.

[130] La Cour a du mal à accepter cette affirmation. Suivant mon interprétation du Log Salvage Regulation

and 6 in particular—suggests to me that the Regulation only deals with rights of property and ownership in an “identifiable log” which is defined by the Log Salvage Regulation [subsection 1(1)] as a log that:

- (a) bears a timber mark or a registered marine log brand, or
- (b) does not bear a timber mark or a registered marine log brand but is salvaged in a boom, section, bundle or parcel that
  - (i) has at least one log that bears a timber mark or a registered marine log brand, or
  - (ii) bears an ownership tag.

[131] The logs in this case, in other words, are not “identifiable logs” within the meaning of the Log Salvage Regulation because the *indicia* of ownership are completely absent. As the Province says elsewhere in its argument, there is no clear evidence as to where these logs came from and “[t]he logs are unidentifiable.”

[132] The Log Salvage Regulation, however, does provide a system for the recovery and sale of unidentifiable logs. The crucial provisions occur in section 11, which deals with the proceeds from disposition of both identifiable and unidentifiable logs.

[133] The proceeds of disposition are dealt with differently depending upon whether a log is identifiable or not:

11(1) The licensee shall hold money that it receives from a disposition of identifiable salvaged logs during an accounting period, after deduction of

- (a) money paid or payable during the accounting period by the licensee to permittees in respect of the salvaged logs,
- (b) costs incurred during the accounting period by the licensee for scaling and for Crown charges in respect of the salvaged logs, and

...

—et notamment de ses articles 5 et 6—, ce règlement porte uniquement sur les droits de propriété sur les « billots identifiables », que le Log Salvage Regulation définit [au paragraphe 1(1)] comme suit :

[TRADUCTION]

Billot récupéré qui, selon le cas :

- a) porte une marque de bois ou un signe d’identification maritime;
- b) est récupéré d’une estacade, d’une section, d’un assemblage ou d’un regroupement qui remplit l’une ou l’autre des conditions suivantes :
  - i) il compte au moins un billot portant une marque de bois ou un signe d’identification maritime
  - ii) il porte une étiquette de propriétaire.

[131] Autrement dit, en l’espèce, les billots ne sont pas des « billots identifiables » au sens du Log Salvage Regulation parce les indices de la propriété sont totalement absents. Comme la province le signale ailleurs dans sa plaidoirie, il n’y a aucun élément de preuve clair sur la provenance de ces billots et [TRADUCTION] « [I]es billots ne sont pas identifiables ».

[132] Le Log Salvage Regulation prévoit toutefois un système de récupération et de vente des billots non identifiables. Les dispositions clés se trouvent à l’article 11, qui porte sur le produit de la disposition des billots identifiables et des billots non identifiables.

[133] Le sort du produit de la disposition est différent selon que le billot est identifiable ou non :

[TRADUCTION]

11(1) Le titulaire de la licence conserve l’argent qu’il reçoit de la disposition de billots identifiables récupérés au cours d’une période comptable, après déduction des sommes suivantes :

- a) l’argent payé ou payable au cours de la période comptable par le titulaire de la licence au titulaire de permis relativement aux billots récupérés,
- b) les frais engagés au cours de la période comptable par le titulaire de la licence pour le cubage et pour les droits versés à la Couronne pour les billots récupérés, et

[. . .]

In trust for the benefit of the former owners of the identifiable salvaged logs disposed of by the licensee during the accounting period.

(2) Within 120 days after an accounting period the licensee shall pay, from the money held in trust in respect of the accounting period to each former owner of identifiable salvaged logs disposed of by the licensee during the accounting period, an amount equal to the amount of money required to be held in trust by the licensee in respect of the accounting period, multiplied by the quotient that is obtained when

- (a) the volume of identifiable salvaged logs of the former owner that was disposed of by the licensee during the accounting period is divided by
- (b) the total volume of identifiable salvaged logs disposed of by the licensee during the accounting period.

(3) The licensee shall hold in reserve money it receives during an accounting period from the disposition of unidentifiable salvaged logs after deduction of

- (a) money paid or payable by the licensee to permittees in respect of the salvaged logs,
- (b) costs incurred by the licensee for scaling and Crown charges in respect of the salvaged logs, and
- (c) reasonable costs for overhead and other current operating expenses of the licensee in respect of the salvaged logs,

to be used

- (d) to provide working capital for operation of its facilities, and capital for expansion of its facilities,
- (e) to replace fixed assets, and
- (f) under the general direction of the Deputy Minister of Forests, to finance or assist in financing programs for recovery and disposal of deadheads and unmerchantable timber, and for debris control,

but if any of the money so held by the licensee is surplus to those requirements, the licensee shall hold that surplus in trust, to be paid in the same manner and in the same proportions to the same persons as the money the licensee received during that accounting period in respect of the disposition of identifiable salvaged logs.

en fiducie au profit des anciens propriétaires des billots identifiants récupérés dont le titulaire de la licence a disposé au cours de la période comptable.

(2) Dans les 120 jours suivant toute période comptable, le titulaire de la licence paie, sur l'argent détenu en fiducie pour la période comptable de chacun des anciens propriétaires des billots identifiants récupérés dont le titulaire de la licence a disposé au cours de la période comptable, une somme égale au montant d'argent que le titulaire de la licence est tenu de conserver en fiducie relativement à la période comptable multipliée par le quotient obtenu en divisant :

- a) le volume de billots identifiants récupérés de l'ancien propriétaire dont le titulaire de la licence a disposé au cours de la période comptable
- b) par la quantité totale de billots récupérés identifiants dont le titulaire de la licence a disposé au cours de la période comptable.

(3) Le titulaire de la licence garde en réserve l'argent qu'il reçoit au cours d'une période comptable de la disposition des billots non identifiants récupérés, après déduction des sommes suivantes :

- a) l'argent payé ou payable au cours de la période comptable par le titulaire de la licence au titulaire de permis relativement aux billots récupérés;
- b) les frais engagés par le titulaire de la licence pour le cubage et les droits versés à la Couronne pour les billots récupérés;
- c) des frais raisonnables pour les coûts généraux et les autres dépenses d'exploitation courantes engagées par le titulaire de la licence pour les billots récupérés,

devant servir

- d) à lui procurer un fonds de roulement pour le fonctionnement de ses installations et des capitaux pour l'expansion de ses installations;
- e) au remplacement de ses immobilisations;
- f) sous la direction générale du sous-ministre des Forêts, au financement ou à l'aide au financement de programmes de récupération et de disposition de canards et de bois non marchand et pour l'élimination des débris de bois,

toutefois, si l'argent ainsi détenu par le titulaire de la licence excède celui qui est prévu par les présentes dispositions, le titulaire de la licence conserve cet argent en fiducie et le verse selon les mêmes modalités et dans les mêmes proportions aux mêmes personnes que l'argent qu'il a reçu au cours de cette période comptable relativement à la disposition des billots identifiants récupérés.

[134] What is telling, for me, about subsection 11(3) is that the surplus monies are not paid to the Province, but are held in trust for, and paid in the prescribed manner, to the owners of identifiable salvaged logs. This suggests at least some recognition in the Log Salvage Regulation of a residual interest in parties other than the Province. Subsection 11(3), through the creation of a trust of the proceeds for identifiable log owners, recognizes that any surplus equity in unidentifiable logs does not lie with the Province.

[135] I think the only conclusions that can be drawn on this issue are that the ownership interests in unidentifiable cut timber in the Fraser River are far from clear, and there is no clear authority before the Court that, under the terms of the Convention, the Province has an ownership interest in the 17 NMV logs that would be sufficient to fix it with the responsibility of paying or compensating the plaintiff under article 13 of the Convention if the Convention was applicable in this case.

[136] In a letter of August 12, 1996 from Mr. Bill Howard, Director of Revenue Branch for the Ministry of Forests in British Columbia, in response to a letter from Mr. Ben Parfitt who had requested clarification of ownership of salvaged logs, Mr. Howard had the following to say:

I am writing in response to your recent letter which requested clarification on the ownership of salvaged logs.

In consideration of the legal advice I received, and my interpretation of the Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District (VLSA), I advise as follows:

For floating logs inside or outside of the VLSA that are marked with a timber mark or a marine brand, in general the owner of the logs is presumed to be the holder of the registered marine log brand, or, if there is no brand, the holder of the timber mark on the logs. If a different person can prove ownership by, for example, showing that he/she purchased the logs, then they own the logs.

[134] Ce qui est révélateur, à mes yeux, pour ce qui est du paragraphe 11(3), c'est le fait que l'excédent ne sera pas versé à la province, mais qu'il est conservé en fiducie pour les propriétaires de billots identifiables récupérés et qu'il leur est versé de la manière prescrite. On peut en conclure que le Log Salvage Regulation reconnaît à tout le moins un droit résiduel à d'autres personnes que la province. En constituant en faveur des propriétaires de billots identifiables une fiducie portant sur le produit de la vente, le paragraphe 11(3) reconnaît que tout excédent provenant de la disposition de billots non identifiables n'est pas dévolu à la province.

[135] Je crois que les seules conclusions qu'on puisse tirer sur cette question sont que les droits de propriété sur les billots non identifiables récupérés dans le fleuve Fraser sont loin d'être clairs et que la Cour ne dispose d'aucun précédent déclarant carrément qu'aux termes de la Convention, la province possède sur les 17 billots non marqués un droit de propriété qui serait suffisant pour se voir attribuer la responsabilité de payer ou d'indemniser la demanderesse conformément à l'article 13 de la Convention en supposant que la Convention s'applique en l'espèce.

[136] Dans une lettre datée du 12 août 1996 écrite par M. Bill Howard, directeur du Revenu au ministère des Forêts de la Colombie-Britannique, en réponse à une lettre de M. Ben Parfitt, qui avait demandé des éclaircissements au sujet de la propriété des billots récupérés, M. Howard dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je vous écris en réponse à votre lettre récente dans laquelle vous demandiez des éclaircissements au sujet de la propriété des billots récupérés.

Compte tenu des avis juridiques que j'ai reçus et de mon interprétation du Log Salvage Regulation pour la zone de récupération des billots de Vancouver, je vous informe de ce qui suit :

En ce qui concerne les billots flottants se trouvant à l'intérieur ou à l'extérieur de la zone et qui portent une marque de bois ou un signe d'identification maritime, en principe, le titulaire d'un signe d'identification maritime ou, s'il n'y a pas de signe, le titulaire de la marque de bois sur les billots est présumé être propriétaire des billots. Si une autre personne peut démontrer son droit de propriété en prouvant, par exemple, qu'elle a acheté les billots, elle est propriétaire des billots.

You should note that in the VLSD, an identifiable log can include a log that does not bear a timber mark or a registered marine log brand, if the log was salvaged from a boom, section, bundle or parcel that has at least one log that bears a timber mark, marine log brand or an ownership tag.

For unidentifiable floating, or beached logs on Crown land, inside the VLSD, the ownership of the logs is deemed to vest in the Crown. Log salvors have no ownership rights. The regulation provides a 30 day period during which the log salvors are in legal possession of the logs until they are delivered to a receiving station.

[137] This letter was put to Mr. Bruce Walders by plaintiff's counsel during the course of the trial. Mr. Walders is the Inspector of Marine Log Salvage and Export for the Province. The following exchange occurred on the ownership issue:

Q. And this is a letter [referring to Tab 77, Exhibit 2(c)] in which, as I understand it, Bill Howard is responding to a question by Mr. Parfitt about the ownership of the logs, floating logs inside the Vancouver Log Salvage District. Is it your understanding that this is the current position of the Provincial Government, that the Crown is the ownership of free-floating logs in the Fraser River?

A. My understanding of the position is that for logs that have no mark visible and are unidentifiable as to ownership, since the Crown has an equity in that timber in the form of stumpage, they consider the timber to be owned by the Crown unless someone can prove a higher level of ownership, until such time as the timber has been scaled and any monies payable to the Crown have been made.

[138] In written submissions, the Province's position on this matter was stated as follows:

234. There is no doubt that the Crown has an equitable interest in cut logs where stumpage has not been paid. Tracking of logs and marking logs to ensure that stumpage is paid are essential elements of the regime

Sachez que, dans la zone, on peut considérer comme un billot identifiable un billot qui ne porte pas une marque de bois ou un signe d'identification maritime, si le billot est récupéré d'une estacade, d'une section, d'un assemblage ou d'un regroupement qui compte au moins un billot portant une marque de bois, un signe d'identification maritime ou une étiquette de propriétaire.

Pour les billots flottants ou échoués non identifiables se trouvant sur des terres domaniales dans la zone de Vancouver, la propriété des billots est réputée être dévolue à la Couronne. Les récupérateurs de billots n'ont aucun droit de propriété. Le règlement prévoit un délai de 30 jours durant lequel les récupérateurs de billots ont la possession légale des billots jusqu'à leur livraison à un poste de réception.

[137] Cette lettre a été soumise au procès à M. Bruce Walders par l'avocat de la demanderesse. M. Walders est l'inspecteur du sauvetage maritime et de l'exportation des billots pour la province. L'échange suivant a eu lieu au sujet de la question du droit de propriété :

[TRADUCTION]

Q. Voici une lettre [parlant de l'onglet 77, pièce 2c)] dans laquelle, si j'ai bien compris, Bill Howard répond à une question de M. Parfitt au sujet de la propriété des billots, des billots flottants se trouvant dans la zone de récupération de billots de Vancouver. Êtes-vous d'accord pour dire qu'il s'agit là de la position actuelle du gouvernement provincial, en l'occurrence que la Couronne est propriétaire des billots flottants librement dans le fleuve Fraser?

R. Ce que je crois comprendre de cette position, c'est que dans le cas des billots qui ne portent aucune marque visible et dont on ne peut identifier le propriétaire, comme la Couronne a des droits sur ce bois sous forme de droit de coupe, elle estime que le bois appartient à la Couronne, à moins que quelqu'un arrive à démontrer un degré de propriété supérieur, jusqu'à ce que le bois ait été cubé et que les sommes payables à la Couronne aient été payées.

[138] Dans ses observations écrites, la province expose ainsi sa thèse sur la question :

[TRADUCTION]

234. Il est indubitable que la Couronne a un intérêt en *equity* sur les billots en cas de non-paiement des droits de coupe. Le repérage et le marquage des billots en vue de s'assurer du paiement des droits de coupe constituent



under the *Forestry Act* [sic] to provide the revenue to the Crown for its timber resources.

235. The fact that the Crown claims that equitable interest when there is no mark visible on logs, does not determine the question as to whether or not the Crown is an owner for the purpose of the *1989 Convention*.

[139] I think the plaintiff is correct that, in the past, the Province has taken the position that, to quote Mr. Howard, “For unidentifiable floating, or beached logs on Crown land, inside the VLSD, the ownership of the logs is deemed to vest in the Crown.” But his assertion is not necessarily authoritative and appears to have been made in a context where the Province wanted to make it clear that “Log Salvors have no ownership rights.” Mr. Walters characterized the Province’s right as “an equity in that timber in the form of stumpage,” so that the Province considers “the timber to be owned by the Crown unless someone can prove a higher level of ownership.” This does not speak to the issue of whether the Province’s interest in the 17 NMV logs in this case is sufficient to give rise to a right to receive compensation from the Crown under the terms of the Convention.

[140] Coast and Timber Marketing take the position that the Province “has a claim against unmarked, or NMV logs recovered in waters inside and adjacent to British Columbia, until the charges set under Regulation section 11 are paid”:

Our clients possess and own almost all logs in storage in, and moved through, the Fraser River. . . . The effect of the Regulation is that although the ownership of any individual NMV log cannot be proven, the residual equity in that log belongs to (members of) CFPA and ITMA in accordance with section 11 of the Regulation.

[141] From the evidence presented to the Court on this issue, I come to the following conclusions:

des éléments essentiels du régime prévu par la *Forestry Act* [sic] pour assurer des revenus à la Couronne pour ses ressources forestières.

235. Le fait que la Couronne revendique un intérêt en *equity* alors que les billots ne comportent aucune marque visible ne permet pas de trancher la question de savoir si la Couronne est ou non propriétaire pour l’application de la *Convention de 1989*.

[139] Je crois que la demanderesse a raison de dire que, dans le passé, la province a adopté le point de vue, pour citer M. Howard, que [TRADUCTION] « [p]our les billots flottants ou échoués non identifiables se trouvant sur des terres domaniales dans la zone de Vancouver, la propriété des billots est réputée être dévolue à la Couronne ». Mais cette assertion ne fait pas nécessairement autorité et il semble qu’elle a été faite dans un contexte dans lequel la province voulait bien faire comprendre que les « récupérateurs de billots n’ont aucun droit de propriété ». M. Walters explique que la province [TRADUCTION] « a des droits sur ce bois sous forme de droit de coupe » de sorte que la province estime que « le bois appartient à la Couronne, à moins que quelqu’un arrive à démontrer un degré de propriété supérieur ». Il ne dit rien de la question de savoir si les droits que possède en l’espèce la province sur les 17 billots non marqués suffisent pour lui donner le droit de toucher une indemnité de la Couronne en vertu de la Convention.

[140] Coast et Timber Marketing affirment que la province [TRADUCTION] « peut faire valoir des droits sur les billots non marqués récupérés dans les eaux intérieures et contiguës de la Colombie-Britannique jusqu’à ce que les frais prescrits par l’article 11 du Règlement aient été acquittés » :

[TRADUCTION] Nos clients sont propriétaires de la presque totalité des billots entreposés qui proviennent du fleuve Fraser [. . .] Il résulte du Règlement que, bien que le droit de propriété sur un quelconque billot non marqué ne puisse être démontré, la propriété résiduelle de ce billot appartient aux (membres de) la CFPA et de la ITMA conformément à l’article 11 du Règlement.

[141] Compte tenu des éléments de preuve présentés à la Cour sur cette question, j’en arrive aux conclusions suivantes :

(a) The Province has a lien interest in unidentifiable logs to ensure that stumpage has been paid, and exerts its lien interest until such time as the logs have been scaled and any monies payable to the Crown have been made;

(b) The Log Salvage Regulation appears to recognize some residual equity in NMV logs as belonging to parties other than the Province;

(c) It is unclear on the basis of the evidence and jurisprudence placed before the Court by the plaintiffs whether the Province has a sufficient ownership interest in the 17 NMV logs to form the basis for a claim under article 13 of the Convention.

[142] I am prepared to assume that the 17 NMV logs in question constitute valuable property at risk in navigable waters.

#### Reading Down

[143] The Province does not dispute the ability of Canada to enter into the Convention and to implement it into domestic law through the Shipping Act. However, to the extent that the Province alleges the Convention to be unconstitutional on the basis that it is beyond the legislative competence of Parliament, the burden of establishing such validity rests with the Province.

[144] The Province takes the position that, beyond a superficial connection between log salvage and salvage of cargo and ships pursuant to the Convention, the two fields are completely distinct and that marine log salvage in the Vancouver Log Salvage District is not a matter in relation to navigation and shipping.

[145] So the Province acknowledges that the Convention, as adopted into Canadian domestic law by the Shipping Act is, in pith and substance, related to navigation and shipping, in so far as general marine salvage is concerned. The issue is whether, if the Convention is interpreted as including marine log salvage in the Vancouver Log Salvage District, the

a) La province a un privilège sur les billots non identifiables pour garantir le paiement des droits de coupe, et elle exerce ce privilège tant que le cubage des billots n'a pas eu lieu et que les sommes payables à la Couronne n'ont pas été payées;

b) Le Log Salvage Regulation semble reconnaître à d'autres personnes que la province une certaine propriété résiduelle dans les billots non marqués;

c) La preuve et la jurisprudence soumises à la Cour par la demanderesse ne permettent pas de savoir avec certitude si la province a un droit de propriété suffisant sur les 17 billots non marqués pour ouvrir droit à une réclamation fondée sur l'article 13 de la Convention.

[142] Je suis disposé à présumer que les 17 billots non marqués en question constituent des biens valables qui étaient en danger dans des eaux navigables.

#### Interprétation atténuée

[143] La province ne conteste pas la capacité du Canada de signer la Convention et de l'incorporer dans son droit interne par le biais de la Loi sur la marine marchande. Toutefois, dans la mesure où elle affirme que la Convention est inconstitutionnelle parce qu'elle excède la compétence législative du Parlement, c'est à la province qu'il incombe de faire la preuve de la constitutionnalité.

[144] La province explique qu'au-delà d'un lien superficiel entre la récupération de billots et le sauvetage de cargaison et de navires prévu par la Convention, ces deux domaines sont totalement distincts et que le sauvetage maritime de billots dans la zone de récupération de billots de Vancouver n'est pas une question qui a trait à la navigation et aux bâtiments et navires.

[145] La province reconnaît donc que la Convention, qui a été incorporée au droit interne canadien par la Loi sur la marine marchande, se rapporte essentiellement à la navigation et aux bâtiments et navires, du moins en ce qui concerne le sauvetage maritime général. La question qui se pose est celle de savoir, en supposant que l'on interprète la Convention comme englobant le sauvetage

provisions relating to log salvage infringe the unassailable core of the Province's legislative jurisdiction.

[146] It has to be borne in mind that the conclusions reached by the Court in this case are related to the specific facts that the logs in question are NMV logs and that the recovery operations in question are situated entirely within the Vancouver Log Salvage District. There is no evidence that the logs are traditional cargo, and ownership interests cannot be clearly identified. However, like Mr. Justice Hugessen, I see no reason why logs (even NMV logs) and booms do not fall within the expanded "property" definition of the Convention, even though entitlement to payment in accordance with the Convention is not clearly established in this case.

[147] The Province has asked that the Court read down the Convention and interpret it in such a way that it only applies to "marine salvage" as described in the evidence given by Captain Rose and not to the recovery of logs. For the reasons given, the Court cannot say that the Convention definition of "property" does not apply to logs, or even NMV logs. This suggests that, in order to remain consistent with the conclusion that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are *intra vires* for the Province, the Court must conclude that to the extent that the Shipping Act and the Convention purport to regulate the recovery, sale and distribution of the proceeds of sale of recovered NMV logs adrift in the Vancouver Log Salvage District, they are not valid legislation in relation to navigation and shipping and are, thus, *ultra vires* the Parliament of Canada because they infringe the unassailable core of the Province's legislative jurisdiction under subsections 92(5), 92(10), 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*.

maritime de billots dans la zone de récupération de billots de Vancouver, si les dispositions relatives à la récupération de billots empiètent sur le contenu essentiel irréductible de la compétence législative de la province.

[146] Il ne faut pas perdre de vue que les conclusions tirées par la Cour en l'espèce se rapportaient aux faits précis suivant lesquels les billots en question sont des billots non marqués et que les opérations de récupération en question sont effectuées exclusivement dans la zone de récupération de billots de Vancouver. Rien ne permet de penser que les billots constituent une cargaison au sens traditionnel, et les droits de propriété ne peuvent être déterminés avec précision. Toutefois, à l'instar du juge Hugessen, je ne vois aucune raison pour laquelle les billots (et même les billots non marqués) et les estacades ne répondraient pas à la définition élargie que la Convention donne du mot « bien » et ce, même si on ne sait pas avec certitude en l'espèce qui a le droit d'être payé en vertu de la Convention.

[147] La province demande à la Cour de donner une interprétation atténuée de la Convention de manière à ce que celle-ci ne s'applique qu'au « sauvetage maritime » au sens où l'a expliqué le capitaine Rose dans son témoignage, et non à la récupération de billots. Pour les motifs qu'elle a exposés, il est impossible à la Cour de dire que la définition que la Convention donne du mot « bien » ne s'applique pas aux billots ou même aux billots non marqués. Il s'ensuit que, pour rester cohérente avec sa conclusion que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation relèvent de la compétence de la province, la Cour doit conclure que, dans la mesure où elles ont pour objet de réglementer la récupération, la vente et la distribution du produit de la vente de billots flottants non marqués récupérés dans la zone de récupération de billots de Vancouver, la Loi sur la marine marchande et la Convention ne constituent pas des textes de loi valides portant sur la navigation et les bâtiments et navires et que le législateur fédéral n'avait donc pas compétence pour les adopter, puisqu'elles empiètent sur le contenu essentiel irréductible de la compétence législative que les paragraphes 92(5), 92(10), 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confèrent à la province.

## CONCLUSIONS

[148] For the reasons set out above, I am of the view that the plaintiff's prayer for declaratory relief should be refused on the basis that Part 9 of the *Forest Act* and the Log Salvage Regulation are *intra vires* the Province of British Columbia as being valid provincial legislation, aspects of which can be allocated to property and civil rights (subsection 92(13)), management and sale of timber ((subsection 92(5)), local works and undertakings (subsection 92(10)), and matters of a merely local or private nature within the province (subsection 92(16)).

[149] The Court is also of the view that to the extent that the Shipping Act and the Convention purport to regulate the recovery, sale and distribution of the proceeds of sale of recovered NMV logs adrift in the Vancouver Log Salvage District, they are not valid legislation in relation to navigation and shipping and are *ultra vires* the Parliament of Canada.

[150] The defendants (other than the Province) and the plaintiff are at liberty to address the Court on the issue of costs in the event that they have not come to their own understanding on this matter.

[151] I would like to thank and complement all counsel involved for the way this matter was organized and presented at trial.

## DISPOSITIF

[148] Pour les motifs que j'ai exposés, je suis d'avis qu'il y a lieu de refuser de prononcer le jugement déclaratoire sollicité par la demanderesse au motif que la partie 9 de la *Forest Act* et le Log Salvage Regulation sont des textes législatifs provinciaux valides qui relèvent de la compétence de la province de la Colombie-Britannique et que certains de leurs aspects peuvent être rattachés à la propriété et aux droits civils (paragraphe 92(13)), à l'administration et à la vente du bois (paragraphe 92(5)), aux travaux et entreprises d'une nature locale (paragraphe 92(10)) et à des matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (paragraphe 92(16)).

[149] La Cour estime par ailleurs que, dans la mesure où elles ont pour objet de réglementer la récupération, la vente et la distribution du produit de la vente de billots flottants non marqués récupérés dans la zone de récupération de billots de Vancouver, la Loi sur la marine marchande et la Convention ne constituent pas des textes de loi valides portant sur la navigation et les bâtiments et navires et que le législateur fédéral n'avait donc pas compétence pour les adopter.

[150] Les défendeurs (autres que la province) et la demanderesse sont libres de s'adresser à la Cour au sujet des dépens pour le cas où ils n'arriveraient pas à s'entendre sur cette question.

[151] Je tiens à remercier et à féliciter tous les avocats pour la façon dont ils ont organisé et présenté le présent litige au procès.

A-284-03  
2004 FCA 414

A-284-03  
2004 CAF 414

**Scott Irwin Simser** (*Appellant*)

**Scott Irwin Simser** (*appelant*)

v.

c.

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

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

and

et

**Canadian Hearing Society** (*Intervener*)

**Société canadienne de l'ouïe** (*intervenante*)

*INDEXED AS: SIMSER v. CANADA (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : SIMSER c. CANADA (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Stone, Nadon and Sharlow  
J.J.A.—Toronto, May 13; Ottawa, December 7, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Stone, Nadon et Sharlow,  
J.C.A.—Toronto, 13 mai; Ottawa, 7 décembre 2004.

*Income Tax — Income Calculation — Appeal from T.C.C. decision funds received by appellant under Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) bursary within meaning of Income Tax Act, s. 56(1)(n) — Appellant deaf student in bar admission course — Request for accommodation denied by Law Society of Upper Canada — Employer (Department of Justice) agreed to fund needed services on condition appellant first apply for SOGD — Word “bursary” as defined in dictionaries grant given to students in need of financial help to allow them to continue studies — Wording of s. 56(1)(n) must receive liberal interpretation — SOGD not available to all disabled students, but only to those meeting financial, educational criteria — Appellant not receiving SOGD by reason only of disability — SOGD granted to appellant falling within ambit of Act, s. 56(1)(n)—Appeal dismissed.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel d'une décision de la C.C.I. qui a conclu que les sommes reçues par l'appelant au titre des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent (SEH) constituaient une bourse d'études au sens de l'art. 56(1)n de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'appelant est un étudiant atteint de surdité inscrit au cours de formation professionnelle du Barreau — La demande d'aménagements spéciaux avait été rejetée par le Barreau du Haut-Canada — L'employeur, le ministère de la Justice, avait accepté de financer les services requis à la condition que l'appelant demande d'abord une SEH — Dans les dictionnaires, le mot « bourse » est défini comme une subvention accordée aux étudiants qui ont besoin d'une aide financière pour continuer leurs études — Le texte de l'art. 56(1)n doit recevoir une interprétation libérale — La SEH n'est pas offerte à tous les étudiants handicapés, mais seulement à ceux qui répondent aux critères touchant les études et la situation financière — L'appelant n'a pas reçu la SEH en raison simplement de son handicap — La SEH accordée à l'appelant entre dans le champ de l'art. 56(1)n de la Loi—Appel rejeté.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether inclusion of Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) in appellant's income violating Charter, s. 15 rights as being discriminatory — Test enunciated by S.C.C. in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) applied — SOGD not awarded to appellant in fulfilment of duty of accommodation, not given exclusively on basis of disability — Right to be accommodated not generic right enforceable against institution of choice — Fact that appellant had no discretion with respect to use of SOGD funds not sufficient to conclude treated differently — Inclusion of SOGD in appellant's income not resulting in unequal impact upon*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'inclusion des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent (SEH) dans le revenu de l'appelant portait-elle atteinte aux droits que lui garantissait l'art. 15 de la Charte parce qu'elle est discriminatoire? — Application du critère énoncé par la C.S.C. dans l'arrêt Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) — La SEH n'a pas été accordée à l'appelant dans l'accomplissement d'une obligation d'accommodation et elle ne lui a pas été versée uniquement en raison de son handicap — Son droit d'obtenir des services spéciaux n'est pas un droit générique exécutoire à l'encontre de l'établissement de son choix — L'appelant n'était pas*

*persons with disabilities.*

*Human Rights — Law Society denying deaf bar admission student's request for accommodation pursuant to Ontario Human Rights Code — Right to receive requested services apparently unconditional, not depending on financial situation, merits of application — Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) awarded by Ministry of Education, HRDC not fulfillment of duty to accommodate because reserved for students attaining satisfactory scholastic standard, in need of financial assistance — Appellant's right to accommodation against Law Society — Neither HRDC nor Ministry of Education owed him duty of accommodation — Inclusion of SOGD in appellant's income not discriminatory.*

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada ruling that funds received by the appellant pursuant to the Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (SOGD) constituted a bursary within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the *Income Tax Act* and that the inclusion thereof by the Minister of National Revenue in the appellant's income for the 1997 taxation year was valid. The appellant, who was born deaf, attended Law School at Osgoode Hall from September 1994 to April 1997. Upon completion of his law studies and obtaining a law degree, he enrolled in the Bar Admission Course administered by the Law Society of Upper Canada. Upon enrolling in Phase I of the Bar Admission Course in May of 1997, the appellant requested the Law Society to pay for accommodation inside the classroom, notably for sign language interpretation services and real-time captioning services. The Law Society denied the applicant's request for accommodation. However, the federal Department of Justice, where he had obtained employment as an articling student, agreed to pay for those services, but on condition that the appellant first apply for an SOGD. The SOGD is a program funded jointly by the Ministry of Education and Training for Ontario (40%) and the Department of Human Resources Development Canada (HRDC) (60%). Although the appellant was found to qualify for the program, he was advised by the Ministry of Education that the maximum amount available to him was \$2,000, which he used to pay for sign language expenses totalling \$1,978.50. The Minister included the SOGD in the appellant's 1997 income, pursuant to paragraph 56(1)(n) of the Act, on the ground that the SOGD was a bursary. As a result, the appellant was obliged to pay an additional sum of \$588.90 in taxes for

*libre de disposer comme il l'entendait de la SEH obtenue, mais cela ne permet pas de dire qu'il a été traité différemment — L'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appellant n'entraîne pas une inégalité pour les personnes handicapées.*

*Droits de la personne — Le Barreau a rejeté la demande d'aménagements spéciaux présentée par un étudiant atteint de surdité inscrit au cours de formation professionnelle conformément au Code des droits de la personne de l'Ontario — Le droit d'une personne de recevoir les services demandés semble être un droit inconditionnel, qui ne dépend pas de sa situation financière ni du bien-fondé de sa requête — Les Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent (SEH) accordées par le ministère de l'Éducation et DRHC n'équivalent pas à une obligation de fournir des aménagements spéciaux, parce qu'elles sont réservées aux étudiants qui atteignent un niveau et des résultats satisfaisants et qui ont besoin d'une aide financière — L'appellant devait exercer ses droits à des aménagements spéciaux contre le Barreau — Ni DRHC ni le ministère de l'Éducation n'avait envers lui une obligation d'accommodation — L'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appellant n'est pas discriminatoire.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a conclu que les sommes reçues par l'appellant au titre des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent (SEH) constituaient une bourse d'études au sens de l'alinéa 56(1)n) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que l'inclusion de cette bourse par le ministre du Revenu national dans le revenu de l'appellant pour l'année d'imposition 1997 était valide. L'appellant, qui est né avec une surdité, a fréquenté l'école de droit Osgoode Hall de septembre 1994 à avril 1997. Après avoir terminé ses études de droit et obtenu un diplôme de droit, il s'est inscrit au cours de formation professionnelle du Barreau, donné par le Barreau du Haut-Canada. Lorsqu'il s'est inscrit à la phase I du cours de formation professionnelle du Barreau en mai 1997, l'appellant a demandé au Barreau d'assumer les frais des aménagements spéciaux qui lui seraient destinés dans la salle de cours, plus précisément les services d'interprétation du langage gestuel et les services de sous-titrage en temps réel. Le Barreau avait refusé au candidat sa demande de prise en charge. Toutefois, le ministère fédéral de la Justice, où il avait obtenu un emploi comme étudiant stagiaire a accepté de payer les services susdits, mais à la condition que l'appellant demande d'abord une SEH. La SEH est un programme financé conjointement par le ministère de l'Éducation et de la Formation de l'Ontario (le ministère de l'Éducation) à un niveau de 40 p. 100 et par le ministère du Développement des ressources humaines Canada (DRHC) à un niveau de 60 p. 100. On a estimé que l'appellant répondait aux conditions du programme, mais il fut informé par le ministère de l'Éducation que la somme maximale qu'il pouvait obtenir était de 2 000 \$, qu'il a affectée à

that year. He appealed the Minister's reassessment to the Tax Court and argued that the SOGD was not a "bursary" within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the Act. He also submitted that, if the grant was a bursary, the inclusion thereof in his income constituted a violation of his rights under section 15 of the Charter. The Tax Court Judge rejected both arguments. Two main issues were raised on appeal: (1) whether the SOGD is a bursary within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the Act; (2) if so, whether Revenue Canada's decision to include the SOGD in the appellant's income contravenes subsection 15(1) of the Charter.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) The SOGD received by the appellant is a grant financed jointly by the provincial and federal governments and destined for disabled students who met the conditions of eligibility. It is designed to help disabled students enrolled in an educational program. In order to qualify for an SOGD under the *Canada Student Financial Assistance Act* (CSFAA) and the *Canada Student Financial Assistance Regulations*, an applicant must be enrolled in an educational institution as a student and intend to attend that institution (CSFAA, subsection 2(1)); have attained a satisfactory scholastic standing (CSFAA, paragraph 12(1)(a)); be in need of financial assistance (CSFAA, paragraph 12(1)(b)); and be in need of exceptional education-related equipment or services (paragraph 34(1)(d) of the Regulations). As a deaf student, the appellant may have been entitled to be accommodated by the learning institution which he attended, namely the Law Society, pursuant to the Ontario *Human Rights Code*. A person's right to receive the requested services is apparently unconditional and does not depend on his financial situation or the merits of the application. Therefore, in most situations, a learning institution will have to bear the cost of providing the services which a disabled person requires to pursue his education. However, the SOGD does not constitute the fulfilment by the Ministry of Education and HRDC of their duty to accommodate the appellant. It is reserved for students who attain a satisfactory scholastic standard and who are in need of financial assistance. Thus characteristics of the SOGD are such as to take it out of the realm of accommodation. The SOGD was not created to "kick-in" whenever a learning institution fails or omits to fulfill its duty to accommodate a disabled person. Its purpose is to enable certain students with costs relating to a disability to continue their education. If the appellant was seeking accommodation, he should have

l'achat de services d'interprétation du langage gestuel, soit un total de 1 978,50 \$. Le ministre a inclus la SEH dans le revenu de l'appelant pour 1997, en application de l'alinéa 56(1)n) de la Loi, au motif que la SEH était une bourse. L'appelant a donc dû payer pour cette année-là des impôts additionnels de 588,90 \$. Il a fait appel devant la Cour canadienne de l'impôt de la nouvelle cotisation émise par le ministre, en faisant valoir que la SEH n'était pas une « bourse d'études » au sens de l'alinéa 56(1)n) de la Loi. Il a aussi fait valoir que, si la subvention était une bourse d'études, alors l'inclusion de cette subvention dans son revenu portait atteinte aux droits que lui garantissait l'article 15 de la Charte. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a rejeté les deux arguments. Les deux principales questions en litige soulevées en appel sont : 1) la SEH est-elle une « bourse d'études » au sens de l'alinéa 56(1)n) de la Loi?; 2) le cas échéant, la décision de Revenu Canada d'inclure la SEH dans le revenu de l'appelant contrevient-elle au paragraphe 15(1) de la Charte?

*Arrêt* : l'appel est rejeté.

1) La SEH reçue par l'appelant est une subvention financée conjointement par le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral qui s'adresse aux étudiants handicapés qui répondent aux conditions d'admissibilité. Elle est conçue pour venir en aide aux étudiants handicapés qui sont inscrits dans un programme d'études. Pour être admissible à une SEH en vertu de la *Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants* (LFAFE) et du *Règlement fédéral sur l'aide financière aux étudiants*, un candidat doit être inscrit à un établissement d'enseignement, en qualité d'étudiant, et avoir l'intention de fréquenter cet établissement (paragraphe 2(1) de la LFAFE); avoir atteint un niveau et des résultats satisfaisants (alinéa 12(1)a) de la LFAFE); avoir besoin d'aide financière (alinéa 12(1)b) de la LFAFE); avoir besoin d'un service ou d'un équipement exceptionnel lié aux études (alinéa 34(1)d) du Règlement). En tant qu'étudiant atteint de surdité, l'appelant pouvait avoir droit à des aménagements spéciaux de la part de l'établissement d'enseignement qu'il fréquentait, c'est-à-dire le Barreau, en conformité avec le *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Le droit d'une personne de recevoir les services demandés semble être un droit inconditionnel, qui ne dépend pas de la situation financière de l'intéressé ni du bien-fondé de sa requête. Par conséquent, dans la plupart des cas, un établissement d'enseignement devra supporter le coût des services dont un étudiant handicapé a besoin pour continuer ses études. Toutefois, la SEH n'équivaut pas pour le ministère de l'Éducation et pour DRHC à s'acquitter de leur obligation d'accommodation envers l'appelant. Elle est réservée aux étudiants qui atteignent un niveau et des résultats satisfaisants et qui ont besoin d'une aide financière. Par conséquent, les caractéristiques de la SEH sont telles qu'une subvention de ce genre ne peut être assimilée à des aménagements spéciaux. La SEH n'a pas été établie en tant que gratification lorsqu'un

exercised his rights against the Law Society.

The appellant argued that the SOGD was an accommodation grant and not a bursary on the basis of the lack of discretion with respect to the spending of the funds. The fact that the appellant did not have control of the SOGD funds, in that he was obliged to spend the funds on specific services, does not alter the nature of the grant. There is no authority for, nor does the plain meaning of the words “bursary” and “*bourse d'études*” support his contention that a grant cannot be characterized as a bursary unless the recipient has discretionary use of the funds.

As to whether the SOGD is a bursary, the dictionary definitions of the word “bursary” highlight the fact that bursaries are grants given to students in need of financial help so as to allow them to continue their studies. The appellant argued that he did not “receive” the funds since he was just an intermediary between the law school and the Ministry of Education and HRDC. There is no doubt that the appellant did receive an amount of \$2,000, the purpose of which was to defray the costs of services which he required to attend the bar admission course. The fact that the SOGD was given to the appellant by a government institution is also not relevant to the determination of whether the SOGD is a bursary. Whether the grants are paid by public or private funds does not change their nature. The purpose of subsection 56(1) of the Act is more in line with the traditional purpose of taxing legislation, that is, to raise funds to cover government expenditures: its stated purpose is to include in a taxpayer's income specified sources of income, save those which have been expressly exempted by the provision. Paragraph 56(1)(n) follows this objective. Its wording led to the conclusion that it must receive a liberal interpretation. The word “bursary” is not qualified in any way. The words “*bourse d'études*”, used in the French version of paragraph 56(1)(n), make it clear that a “*bourse*” is linked to the status of student. The dictionary definitions cited evoke the notion of financial assistance for needy students. A disabled student applying for an SOGD must initially complete an application for a full-time or part-time Canada Student Loan in order to establish his financial needs. Needs related to the disability are assessed separately. If the true purpose of a bursary is to provide financial assistance to students, then it makes no sense to exclude from the definition thereof funds awarded on condition that financial needs be assessed. The core purpose of a bursary is to provide help to a student, not in a generic

établissement d'enseignement néglige pour quelque raison de s'acquitter de son devoir de consentir des aménagements spéciaux à une personne handicapée. Son objet est de permettre à certains étudiants ayant des coûts liés à leur handicap de poursuivre leurs études. Si l'appelant était en quête d'aménagements spéciaux, il aurait dû exercer ses droits contre le Barreau.

L'appelant a fait valoir que la SEH était une subvention d'accommodation et non une bourse d'études au motif qu'il n'était pas libre de dépenser les fonds comme il l'entendait. Le fait que l'appelant n'avait pas la libre disposition des fonds de la SEH, en ce sens qu'il était obligé de les affecter à des services précis, ne modifie pas la nature de la subvention. Son affirmation selon laquelle une subvention ne peut être qualifiée de « bourse d'études » à moins que le bénéficiaire n'ait la libre disposition des fonds ne repose sur aucune autorité, et le sens ordinaire des mots « bourse d'études » et « *bursary* » n'appuie pas non plus cette affirmation.

Quant à la question de savoir si la SEH est une bourse d'études, les définitions des dictionnaires du mot « bourse » montrent que les bourses d'études sont des subventions accordées aux étudiants qui ont besoin d'une aide financière pour continuer leurs études. L'appelant a fait valoir qu'il n'avait pas en réalité « reçu » les sommes, puisqu'il n'avait été qu'un intermédiaire entre l'école de droit et le ministère de l'Éducation et DRHC. Il n'y a aucun doute que l'appelant a bien reçu une somme de 2 000 \$ dont l'objet était de payer les services dont il avait besoin pour assister au cours de formation professionnelle du Barreau. La SEH a été remise à l'appelant par une institution gouvernementale, mais cela aussi est sans rapport avec le point de savoir si elle constitue une bourse. Qu'une subvention soit versée par un organisme public ou privé ne change pas sa nature. L'esprit du paragraphe 56(1) de la Loi s'accorde davantage avec l'objet traditionnel des lois fiscales, c'est-à-dire la collecte de fonds pour faire face aux dépenses publiques : son objet déclaré est d'inclure dans le revenu d'un contribuable certaines sources de revenus, sauf celles qui ont été expressément exemptées par la disposition. L'alinéa 56(1)(n) suit cet objectif. Son texte conduit à conclure que ce mot doit recevoir une interprétation libérale. Le mot « *bursary* », dans la version anglaise, n'est aucunement nuancé. L'expression « bourse d'études », à l'alinéa 56(1)(n), montre clairement qu'une « bourse » est liée à la qualité d'étudiant. Les définitions du dictionnaire citées évoquent l'idée d'une aide financière apportée aux étudiants dans le besoin. Un étudiant handicapé qui demande une SEH doit d'abord remplir une demande de prêt canadien pour étudiant à temps partiel ou à temps plein, afin d'établir ses besoins financiers. Les besoins rattachés à l'invalidité sont évalués séparément. Si l'objet véritable d'une bourse d'études est d'apporter une aide financière aux étudiants, alors il n'est pas logique d'exclure de la définition de ce mot les sommes



way, but specifically to enable him to pursue his education. The SOGD is not available to all disabled students, but only to those who meet the financial and educational criteria. The SOGD granted to the appellant falls within the ambit of paragraph 56(1)(n) of the Act and, in so concluding, the Tax Court Judge made no error.

(2) The Tax Court Judge concluded that the inclusion of the SOGD in the appellant's income did not violate his Charter section 15 rights. The appellant's right to be accommodated is not relevant to the analysis of paragraph 56(1)(n) of the Act which must be made in the context of section 15. The right to be accommodated pertains to access to a specific service and must be exercised against the institution whose duty it is to accommodate. In the present matter, the right to be accommodated invoked by the appellant is the right to be accommodated in the classroom while attending the bar admission course. The corresponding duty of accommodating the appellant is apparently that of the Law Society, by reason of the relevant provisions of the Ontario *Human Rights Code*. If a duty to provide accommodation in the classroom can be enforced upon a government entity through section 15 of the Charter, it must necessarily be so in cases where a public entity is charged with the duty of providing the educational service in question. The specific question raised herein was whether the inclusion of the SOGD in the appellant's income under paragraph 56(1)(n) of the Act is discriminatory. Under the first branch of the test to establish whether discrimination had occurred as set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the issue was whether that provision either distinguishes between the appellant and others on the grounds of one or more personal characteristics, or results in substantively different treatment on the basis of such characteristics by failing to take into account the appellant's already disadvantaged position. Paragraph 56(1)(n) does not make any distinction between recipients of an SOGD and recipients of other SOGs. Therefore it had to be assessed whether the provision failed to take into account the SOGD recipient's disadvantaged position in Canadian society i.e. the potential adverse effect of the provision. The appellant's right to be accommodated is not a generic right that can be enforced against the institution of his choice. The SOGD was not given to him exclusively on the basis of his disability. He received the grant by reason of his disability, his financial needs in the pursuit of his education and by reason of his attainment of a satisfactory scholastic standing. The appellant's right to accommodation is not relevant because neither HRDC nor the Ministry of Education owed him a duty. The inclusion of the bursary in the

accordées sous condition d'évaluation des besoins financiers. L'objet fondamental d'une bourse d'études est d'apporter une aide à un étudiant, non d'une manière générique, mais expressément pour l'aider à poursuivre ses études. La SEH n'est pas offerte à tous les étudiants handicapés, mais seulement à ceux qui répondent aux critères touchant les études et la situation financière. La SEH accordée à l'appelant entre dans le champ de l'alinéa 56(1)n) de la Loi et, en concluant de la sorte, le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a commis aucune erreur.

2) Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant ne portait pas atteinte aux droits que lui confère l'article 15 de la Charte. Le droit de l'appelant à des aménagements spéciaux n'est pas visé par l'analyse de l'alinéa 56(1)n) de la Loi, analyse qui doit être faite dans le contexte de l'article 15. Le droit d'obtenir des aménagements spéciaux concerne l'accès à un service particulier et il doit être exercé contre l'institution à qui il incombe de fournir les aménagements en question. Dans la présente affaire, le droit invoqué par l'appelant est le droit de bénéficier d'aménagements spéciaux dans la salle de classe tant qu'il suit le cours de formation professionnelle du Barreau. L'obligation correspondante de consentir des aménagements spéciaux à l'appelant semble être celle du Barreau, en raison des dispositions applicables du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Si l'obligation de consentir des aménagements spéciaux dans la salle de classe est exécutoire à l'encontre d'un organe gouvernemental par l'effet de l'article 15 de la Charte, ce doit nécessairement être dans les cas où il incombe à un organe public d'offrir l'enseignement en question. La question précise soulevée en l'espèce était celle de savoir si l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant en application de l'alinéa 56(1)n) de la Loi est discriminatoire. Selon le premier volet du critère établi par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, pour savoir s'il y a eu discrimination, il s'agissait de se demander si cette disposition fait, entre l'appelant et les autres étudiants, une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles ou si elle entraîne entre eux une différence réelle de traitement fondée sur de telles caractéristiques parce qu'elle ne tient pas compte de la position déjà défavorisée de l'appelant. L'alinéa 56(1)n) ne fait aucune distinction entre les bénéficiaires d'une SEH et les bénéficiaires d'autres SEH. Il fallait donc apprécier si la disposition négligeait de tenir compte de la position défavorisée du bénéficiaire de la SEH au sein de la société canadienne, c'est-à-dire évaluer l'effet préjudiciable possible de la disposition. Le droit de l'appelant d'obtenir des services spéciaux n'est pas un droit générique exécutoire à l'encontre de l'établissement de son choix. La SEH ne lui a pas été versée uniquement en raison de son handicap. Il a reçu la subvention parce qu'il avait un handicap, parce qu'il manquait

appellant's income, compared with the inclusion of other bursaries in a taxpayer's income, had no discriminatory effect. The fact that the appellant had no discretion with respect to the use of the SOGD funds, by reason of the exigencies of the program, is not sufficient to conclude that he was treated differently. The appellant failed to appreciate the similarity between his circumstances and those of other groups. The inclusion of the SOGD in the appellant's income did not result in a "substantively differential treatment" based on his personal characteristics, or in an unequal impact upon persons with disabilities.

de ressources pour continuer ses études et parce qu'il avait atteint un niveau et des résultats satisfaisants. Le droit de l'appellant à des aménagements spéciaux est hors de propos, puisque ni DRHC ni le ministère de l'Éducation n'avaient envers lui une obligation. L'inclusion de la bourse d'études dans le revenu de l'appellant, par rapport à l'inclusion d'autres bourses d'études dans le revenu d'un contribuable, n'avait pas d'effet discriminatoire. L'appellant n'était pas libre de disposer comme il l'entendait de la SEH, en raison des exigences du programme, mais cela ne permet pas de dire qu'il a été traité différemment. L'appellant n'a pas saisi la similitude entre sa situation et celle d'autres groupes. L'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appellant n'a pas entraîné une « différence réelle de traitement » fondée sur ses caractéristiques personnelles, ou une inégalité pour les personnes handicapées.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Student Financial Assistance Act*, S.C. 1994, c. 28, ss. 2(1) "qualifying student" (as am. by S.C. 2003, c. 15, s. 9), 12.
- Canada Student Financial Assistance Regulations*, SOR/95-329, s. 34 (as am. by SOR/96-368, ss. 21, 22; 2002-219, ss. 1, 6).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 204.
- Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 1 (as am. by S.O. 1999, c. 6, s. 28; 2001, c. 32, s. 27(E)), 8, 17(1) (as am. *idem*), (2) (as am. by S.O. 2002, c. 18, Sch. C, s. 3), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. by S.O. 1994, c. 27, s. 65; 2002, c. 18, Sch. C, s. 1), 24(1) (as am. by S.O. 1999, c. 6, s. 28; 2001, c. 32, s. 27(E)), (2) (as am. by S.O. 2002, c. 18, Sch. C, s. 4), (3) (as am. *idem*).
- Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 56(1)(n) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 32), (u) (as am. *idem*; 1998, c. 19, s. 97; 2000, c. 12, Sch. 2, ss. 1, 7(E), 12), 110(1)(f) (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 49; c. 7, Sch. II, s. 78; Sch. VIII, s. 45).
- Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Law*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
- Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 1 (mod. par L.O. 1999, ch. 6, art. 28; 2001, ch. 32, art. 27(A)), 8, 17(1) (mod., *idem*), (2) (mod. par L.O. 2002, ch. 18, ann. C, art. 3), (3) (mod., *idem*), (4) (mod. par L.O. 1994, ch. 27, art. 65; 2002, ch. 18, ann. C, art. 1), 24(1) (mod. par L.O. 1999, ch. 6, art. 28; 2001, ch. 32, art. 27(A)), (2) (mod. par L.O. 2002, ch. 18, ann. C, art. 4), (3) (mod., *idem*).
- Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 204.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 56(1)(n) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 32), (u) (mod., *idem*; 1998, ch. 19, art. 97; 2000, ch. 12, ann. 2, art. 1, 7(A), 12), 110(1)(f) (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 49; ch. 7, ann. II, art. 78; ann. VIII, art. 45).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
- Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants*, L.C. 1994, ch. 28, art. 2(1) « étudiant admissible » (mod. par L.C. 2003, ch. 15, art. 9), 12.
- Règlement fédéral sur l'aide financière aux étudiants*, DORS/95-329, art. 34 (mod. par DORS/96-368, art. 21, 22; 2002-219, art. 1, 6).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Law*

*v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1.

## DISTINGUISHED:

*Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329; 2000 SCC 28; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54.

## CONSIDERED:

*Jones v. R.*, [2002] 3 C.T.C. 2483 (T.C.C.); *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; [1983] CTC 393; (1983), 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171.

## REFERRED TO:

*Morin, J-P v. The Queen*, [1975] CTC 106; (1974), 75 DTC 5061 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Grand Robert de la langue française: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1992, "bourse".  
*ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language*. Toronto: ITP Nelson, 1997, "bursary".  
*New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, "bursary".  
*Policy and Guidelines on Disability and the Duty to Accommodate*, Section 3.4 "Duties and Responsibilities in the Accommodation Process", online: Ontario Human Rights Commission. <<http://www.ohrc.on.ca/english/publications/disability-policy.shtml>>.  
*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "bursary".  
*The Opportunity to Succeed: Achieving Barrier-free Education for Students with Disabilities (Consultation Report)*, online: Ontario Human Rights Commission <<http://www.ohrc.on.ca/english/consultations/ed-consultation-report.pdf>>.

*c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329; 2000 CSC 28; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 CSC 54.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jones c. R.*, [2002] 3 C.T.C. 2483 (C.C.I.); *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; [1983] CTC 393; (1983), 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171.

## DÉCISION CITÉE :

*Morin, J-P c. La Reine*, [1975] CTC 106; (1974), 75 DTC 5061 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE CITÉE

*Grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1992, « bourse ».  
*ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language*. Toronto : ITP Nelson, 1997, « bursary ».  
*New Oxford Dictionary of English*. Oxford : Clarendon Press, 1998, « bursary ».  
*Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, section 3.4 « Obligations et responsabilités dans le processus d'adaptation », en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca/french/publications/disability-policy.shtml>>.  
*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford : Oxford University Press, 2002, « bursary ».  
*Une chance de réussir : Éliminer les obstacles à l'éducation pour les personnes handicapées (Rapport de consultation)*, en ligne : <<http://www.ohrc.on.ca/french/consultations/ed-consultation-report.pdf>>.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ((2003), 106 C.R.R. (2d) 189; [2003] 4 C.T.C. 2378; 2003 DTC 617; 2003 TCC 366) that funds received by the appellant pursuant to the Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities constituted a bursary within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the *Income Tax Act* and, hence, that the inclusion thereof by the Minister of National Revenue in the appellant's income for the 1997 taxation year was valid. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Scott Simser* and *Matthew G. Williams* for appellant.  
*Tracey M. Telford* for respondent.  
*Dianne Wintermute* and *William Holder* for intervenor.

SOLICITORS FOR RECORD:

*Scott Simser*, Ottawa, on his own behalf.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*ARCH: A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities*, Toronto, for intervenor.

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

[1] NADON J.C.A.: This is an appeal from a decision of Deputy Judge Rowe of the Tax Court of Canada dated May 22, 2003 [(2003), 106 C.R.R. (2d) 189], who concluded that funds received by the appellant pursuant to the Special Opportunities Grant for Disabled Students with Permanent Disabilities (the SOGD) constituted a bursary within the meaning of paragraph 56(1)(n) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 32] of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] (the Act) and, hence, that the inclusion thereof by the Minister of National Revenue (the Minister) in the appellant's income for the 1997 taxation year was valid.

[2] The learned Tax Court Judge also concluded that the inclusion of the SOGD in the appellant's income did

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ((2003), 106 C.R.R. (2d) 189; [2003] 4 C.T.C. 2378; 2003 DTC 617; 2003 CCI 366) selon laquelle les sommes reçues par l'appelant au titre des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent constituaient une bourse d'études au sens de l'alinéa 56(1)n) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et donc que l'inclusion de cette bourse par le ministre du Revenu national dans le revenu de l'appelant pour l'année d'imposition 1997 était valide. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

*Scott Simser* et *Matthew G. Williams* pour l'appelant.  
*Tracey M. Telford* pour l'intimée.  
*Dianne Wintermute* et *William Holder* pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Scott Simser*, Ottawa, pour son propre compte.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.  
*ARCH : un centre de ressources juridiques pour les personnes handicapées*, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : Il s'agit d'un appel d'une décision du juge suppléant Rowe, de la Cour canadienne de l'impôt, en date du 22 mai 2003 [(2003), 106 C.R.R. (2d) 189], qui a conclu que les sommes reçues par l'appelant au titre des Subventions pour initiatives spéciales en faveur des étudiants atteints d'un handicap permanent (la subvention pour étudiants handicapés, ou SEH) constituaient une bourse d'études au sens de l'alinéa 56(1)n) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 32] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] (la Loi) et donc que l'inclusion de cette bourse par le ministre du Revenu national (le ministre) dans le revenu de l'appelant pour l'année d'imposition 1997 était valide.

[2] Le juge de la Cour de l'impôt a aussi conclu que l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant ne

not violate his rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

### Facts

[3] The appellant was born profoundly deaf. From September 1994 to April 1997, he attended Law School at Osgoode Hall and upon completion of his law studies and obtaining a law degree, he enrolled in the Bar Admission Course administered by the Law Society of Upper Canada (the Law Society).

[4] Prior to his enrolment in the Bar Admission Course, the appellant had been provided at no cost with services to accommodate his disability. Upon enrolling in Phase I of the Bar Admission Course in May of 1997, the appellant requested the Law Society to pay for accommodation inside the classroom. Specifically, the appellant requested the Law Society to pay for sign language interpretation services and real-time captioning services, which consist in the simultaneous written retranscription of speech.

[5] The Law Society denied the applicant's request for accommodation. As a result, he made a similar request to the federal Department of Justice, where he had obtained employment as an articling student. The Department of Justice agreed to pay for the aforesaid services, but made it a condition that the appellant apply for an SOGD before granting the funding.

[6] I should point out that the SOGD was a program funded jointly by the Ministry of Education and Training for Ontario (the Ministry of Education) (40%) and the Department of Human Resources Development Canada (HRDC) (60%). The funding was originally conceived by the Government of Canada as a Special Opportunity Grant (SOG) (and later, Canada Study Grant) for students with permanent disabilities. The Government of Ontario designated it as a Bursary for Students with Disabilities (BSWD) in the province of Ontario. It was a condition of the grant that the recipient

portait pas atteinte aux droits que lui garantit l'article 15 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]] (la Charte).

### Les faits

[3] L'appelant est né avec une surdité profonde. De septembre 1994 à avril 1997, il a fréquenté l'école de droit Osgoode Hall et, après avoir terminé ses études de droit et obtenu un diplôme de droit, il s'est inscrit au cours de formation professionnelle du Barreau, donné par le Barreau du Haut-Canada (le Barreau).

[4] Avant son inscription au cours de formation professionnelle du Barreau, l'appelant avait bénéficié gratuitement de services qui tenaient compte de son handicap. Lorsqu'il s'est inscrit à la phase I du cours de formation professionnelle du Barreau en mai 1997, l'appelant a demandé au Barreau d'assumer les frais des aménagements spéciaux qui lui seraient destinés dans la salle de cours. Plus précisément, l'appelant avait demandé au Barreau de payer les services d'interprétation du langage gestuel et les services de sous-titrage en temps réel, qui consistent dans la retranscription écrite simultanée du discours.

[5] Le Barreau avait refusé au candidat sa demande de prise en charge. Celui-ci a donc présenté une demande semblable au ministère fédéral de la Justice, où il avait obtenu un emploi comme étudiant stagiaire. Le ministère de la Justice avait accepté de payer les services susdits, mais à la condition que l'appelant demande d'abord une SEH.

[6] Je ferais remarquer que la SEH était un programme financé conjointement par le ministère de l'Éducation et de la Formation de l'Ontario (le ministère de l'Éducation) à un niveau de 40 p. 100 et par le ministère du Développement des ressources humaines Canada (DRHC) à un niveau de 60 p. 100. L'aide financière avait été à l'origine conçue par le gouvernement du Canada en tant que subvention pour initiatives spéciales (SIS) (plus tard une subvention canadienne pour études) à l'intention des étudiants atteints d'un handicap permanent. Le gouvernement de l'Ontario la

qualify as a student in need of financial assistance and that the funds be spent on certain categories of disability-related expenditures. It was also a requirement that receipts be produced within 30 days of the expenditure.

[7] Consequently, the appellant applied for financial assistance in the sum of \$3,625 under the SOGD program. Although he was found to qualify for the program, he was advised by the Ministry of Education that the maximum amount available for him was \$2,000. In due course, the Ministry of Education issued a T-4A form for 1997 (Statement of Pension, Retirement, Annuity and Other Income) to the appellant in respect of the grant.

[8] The appellant incurred \$4,341.65 in total expenses for accommodation during the Phase 1 component of the Bar Admission Course. He used the SOGD of \$2,000 to pay for sign language expenses totalling \$1,978.50. With respect to the balance of his expenses, i.e. \$2,363.15, these were paid by the Department of Justice. Approximately 35% of the appellant's total expenses went to real-time captioning and 75% thereof went to sign language interpretation.

[9] In the event, the Minister included the SOGD in the appellant's 1997 income, pursuant to paragraph 56(1)(n) of the Act, on the ground that the SOGD was a bursary. As a result, the appellant was obliged to pay an additional sum of \$588.90 in taxes for that year.

[10] The applicable regulations for the 1997 taxation year provided that the first \$500 of a bursary, award or scholarship was exempt from taxation. Hence, with respect to the appellant's \$2,000 grant, only \$1,500 thereof was subject to taxation. Also, under the 1997 tax regime, sign language interpretation expenses fell into the category of allowable medical expenses for the purpose of the medical expense tax credit, but real-time captioning services did not fall within that category.

désignait dans la province de l'Ontario comme une bourse d'études pour personnes handicapées (BEPH). Les conditions de la subvention étaient que le bénéficiaire soit considéré comme un étudiant ayant besoin d'une aide financière et que les fonds soient affectés à certaines catégories de dépenses liées au handicap. Il fallait aussi que des reçus soient produits dans les 30 jours suivant la dépense.

[7] L'appelant a donc présenté une demande d'aide financière de 3 625 \$ en vertu du programme des SEH. On a estimé qu'il répondait aux conditions du programme, mais il fut informé par le ministère de l'Éducation que la somme maximale qu'il pouvait obtenir était de 2 000 \$. Le ministère de l'Éducation a finalement délivré à l'appelant, pour la subvention, un formulaire T-4A pour 1997 (État des pensions de retraite, des rentes et autres revenus).

[8] Durant la première phase du cours de formation professionnelle du Barreau, l'appelant a consacré une somme totale de 4 341,65 \$ à l'achat de mesures d'adaptation. Il a affecté la SEH de 2 000 \$ à l'achat de services d'interprétation du langage gestuel, soit un total de 1 978,50 \$. Pour le reste de ses frais, c'est-à-dire 2 363,15 \$, ils ont été payés par le ministère de la Justice. Environ 35 p. 100 des dépenses totales de l'appelant concernaient le sous-titrage en temps réel, dont les trois quarts pour l'interprétation du langage gestuel.

[9] Le ministre a donc inclus la SEH dans le revenu de l'appelant pour 1997, en application de l'alinéa 56(1)n) de la Loi, au motif que la SEH était une bourse. L'appelant a donc dû payer pour cette année-là des impôts additionnels de 588,90 \$.

[10] La réglementation applicable à l'année d'imposition 1997 prévoyait que les premiers 500 \$ d'une bourse ou d'une indemnité étaient exonérés d'impôt. Ainsi, s'agissant de la subvention de 2 000 \$ reçue par l'appelant, seule une somme de 1 500 \$ était imposable. Également, en application du régime fiscal applicable à l'année 1997, les frais d'interprétation du langage gestuel entraient dans la catégorie des frais médicaux admissibles aux fins du crédit d'impôt pour frais médicaux, mais les services de sous-titrage en temps réel n'entraient pas dans cette catégorie.

[11] At the time of filing his tax return for the 1997 year, the appellant intentionally did not include the \$2,000 grant in his income on the premise that it would be discriminatory to subject the sums received to taxation. He also did not include the sign language expenses as medical expenses on his tax return.

[12] The appellant appealed the Minister's reassessment to the Tax Court and argued that the SOGD was not a "bursary" within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the Act. He also argued, in the alternative, that if the grant was a bursary, the inclusion thereof in his income constituted a violation of his rights under section 15 of the Charter. The Tax Court Judge rejected both of the appellant's arguments. The decision is [also] reported at 2003 TCC 366.

[13] I should mention that by order dated April 8, 2004, Stone J.A. granted intervenor status to the Canadian Hearing Society.

#### Issues

1. Is the SOGD a "bursary" within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the Act?
2. If the answer to the first question is yes, does Revenue Canada's decision to include the SOGD in the appellant's income contravene subsection 15(1) of the Charter?
3. If the answer to the second question is yes, does the infringement constitute a reasonable limit under section 1 of the Charter?

#### Legislation

[14] The legislation relevant to this appeal is the following:

*Income Tax Act* [s. 56(1)(u) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 32; 1998, c. 19, s. 97(5); 2000, c. 12, Sch. 2, ss. 1, 7(E), 12)]

56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

[11] Au moment de produire sa déclaration de revenus pour l'année 1997, l'appelant s'est délibérément abstenu d'inclure la subvention de 2 000 \$ dans son revenu, estimant qu'il serait discriminatoire de soumettre à l'impôt les sommes reçues. Il n'a pas non plus inclus comme frais médicaux, dans sa déclaration de revenus, les frais d'interprétation du langage gestuel.

[12] L'appelant a fait appel devant la Cour de l'impôt de la nouvelle cotisation émise par le ministre, en faisant valoir que la SEH n'était pas une « bourse d'études » au sens de l'alinéa 56(1)n) de la Loi. Il a aussi fait valoir, à titre subsidiaire, que, si la subvention était une bourse d'études, alors l'inclusion de cette subvention dans son revenu portait atteinte aux droits que lui garantissait l'article 15 de la Charte. Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté les deux arguments de l'appelant. La décision est [aussi] publiée à 2003 CCI 366.

[13] J'ajouterais que, par une ordonnance datée du 8 avril 2004, le juge Stone, J.C.A. a accordé le statut d'intervenant à la Société canadienne de l'ouïe.

#### Points litigieux

1. La SEH est-elle une « bourse d'études » au sens de l'alinéa 56(1)n) de la Loi?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, la décision de Revenu Canada d'inclure la SEH dans le revenu de l'appelant contrevient-elle au paragraphe 15(1) de la Charte?
3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, la contravention constitue-t-elle une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte?

#### Dispositions applicables

[14] Les dispositions législatives applicables au présent appel sont les suivantes :

*Loi de l'impôt sur le revenu* [art. 56(1)u) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 32; 1998, ch. 19, art. 97(5); 2000, ch. 12, ann. 2, art. 1, 7(A), 12)]

56. (1) Sans préjudice de la portée générale de l'article 3, sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition :

...

(n) the amount, if any, by which

(i) the total of all amounts (other than amounts described in paragraph (g), amounts received in the course of business, and amounts received in respect of, in the course of or by virtue of an office or employment) received by the taxpayer in the year, each of which is an amount received by the taxpayer as or on account of a scholarship, fellowship or bursary, or a prize for achievement in a field of endeavour ordinarily carried out by the taxpayer other than a prescribed prize

exceeds the greater of \$500 and the total of all amounts each of which is the lesser of

(ii) the amount included under subparagraph (i) for the year in respect of a scholarship, fellowship, bursary or prize that is to be used by the taxpayer in the reproduction of a literary, dramatic, musical or artistic work, and

(iii) the total of all amounts each of which is an expense incurred by the taxpayer in the year for the purpose of fulfilling the conditions under which the amount described in subparagraph (iii) was received, other than

(A) personal or living expenses of the taxpayer (except expenses in respect of travel, meals and lodging incurred by the taxpayer in the course of fulfilling those conditions and while absent from the taxpayer's usual place of residence for the period to which the scholarship, fellowship, bursary or prize, as the case may be, relates),

(B) expenses for which the taxpayer was reimbursed, and

(C) expenses that are otherwise deductible in computing the taxpayer's income.

...

(u) a social assistance payment made on the basis of a means, needs or income test and received in the year by

(i) the taxpayer, other than a married taxpayer or a taxpayer who is in a common-law partnership who resided with the taxpayer's spouse or common-law partner at the time the payment was received and whose income for the year is less than the spouse's or common-law partner's income for the year, or

[. . .]

n) l'excédent éventuel :

(i) du total des sommes (à l'exclusion des sommes visées à l'alinéa g), des sommes reçues dans le cours des activités d'une entreprise et des sommes reçues au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi) reçues au cours de l'année par le contribuable à titre de bourse d'études, de bourse de perfectionnement (fellowship) ou de récompense couronnant une œuvre remarquable réalisée dans son domaine d'activité habituel, à l'exclusion d'une récompense visée par règlement,

sur le plus élevé de 500 \$ et du total des montants dont chacun représente le moins élevé des montants suivants :

(ii) le montant visé au sous-alinéa (i) pour l'année au titre d'une bourse d'études, d'une bourse de perfectionnement (*fellowship*) ou d'une récompense dont le contribuable doit se servir dans la production d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique,

(iii) le total des montants dont chacune représente une dépense que le contribuable a engagée au cours de l'année en vue de remplir les conditions aux termes desquelles le montant visé au sous-alinéa (ii) a été reçu, à l'exception :

(A) de ses frais personnels ou de subsistance sauf ses frais de déplacement, de repas et de logement engagés en vue de remplir ces conditions, pendant qu'il était absent de son lieu de résidence habituel pour la période visée par la bourse d'études, de perfectionnement (*fellowship*) ou la récompense,

(B) des dépenses qui lui ont été remboursées;

(C) des dépenses déductibles par ailleurs dans le calcul de son revenu;

[. . .]

u) la prestation d'assistance sociale payée après examen des ressources, des besoins et du revenu et reçue au cours de l'année par une des personnes suivantes, sauf dans la mesure où elle est à inclure par ailleurs dans le calcul du revenu de ces personnes pour une année d'imposition :

(i) le contribuable, à l'exclusion d'un contribuable marié ou vivant en union de fait qui habite avec son époux ou conjoint de fait au moment de la réception du paiement et dont le revenu pour l'année est inférieur à celui de son époux ou conjoint de fait pour l'année,



(ii) the taxpayer's spouse or common-law partner, if the taxpayer resided with the spouse or common-law partner at the time the payment was received and if the spouse's or common-law partner's income for the year is less than the taxpayer's income for the year.

except to the extent that the payment is otherwise required to be included in computing the income for a taxation year of the taxpayer or the taxpayer's spouse or common-law partner. [Emphasis added.]

*Canada Student Financial Assistance Act*, S.C. 1994, c. 28 [s. 2(1) (as am. by S.C. 2003, c. 15, s. 9)]

2. (1) . . .

“qualifying student” means a person

(a) who is a Canadian citizen, a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or a protected person within the meaning of subsection 95(2) of that Act,

(b) who is qualified for enrolment or is enrolled at a designated educational institution as a full-time student or part-time student for a period of studies at a post-secondary school level, and

(c) who intends to attend a designated educational institution as a full-time student or part-time student for a period of studies described in paragraph (b) if it is financially possible for that person to do so.

. . .

12. (1) Subject to the regulations, the appropriate authority for a province designated under paragraph 3(1)(a) may, on application, issue or cause to be issued a certificate of eligibility in the prescribed form, for a period of studies at a designated educational institution in Canada or outside Canada, to a qualifying student whom that authority considers

(a) to have attained a satisfactory scholastic standard; and

(b) to be in need of financial assistance.

(2) Where the appropriate authority considers that a qualifying student meets the criteria set out in paragraphs (1)(a) and (b), it shall determine the amount the student needs, taking into consideration

(a) the program of studies in which the qualifying student is registered;

(ii) l'époux ou conjoint de fait du contribuable avec qui celui-ci habite au moment de la réception du paiement, si le revenu de l'époux ou conjoint de fait pour l'année est inférieur à celui du contribuable pour l'année; [Le souligné est le mien.]

*Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants*, L.C. 1994, ch. 28 [art. 2(1) (mod. par L.C. 2003, ch. 15, art. 9)]

2. (1) [. . .]

« étudiant admissible ». S'entend de quiconque, à la fois :

a) est un citoyen canadien, un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou une personne protégée au sens du paragraphe 95(2) de cette loi;

b) est inscrit ou remplit les conditions d'inscription à un établissement agréé, en qualité d'étudiant à temps plein ou d'étudiant à temps partiel, pour une période d'études au niveau postsecondaire;

c) a l'intention de suivre, à temps plein ou partiel, les cours d'un tel établissement, pour cette période d'études, s'il a les moyens financiers pour le faire.

[. . .]

12. (1) Sous réserve des règlements, l'autorité compétente visée à l'alinéa 3(1)a) peut, sur demande de l'étudiant admissible, lui délivrer ou faire délivrer, en la forme déterminée par le ministre, un certificat d'admissibilité pour une période d'études donnée dans un établissement agréé situé au Canada ou à l'extérieur du pays, si elle estime que :

a) d'une part, il a atteint un niveau et des résultats satisfaisants;

b) d'autre part, il a besoin d'aide financière.

(2) Si tel est le cas, l'autorité compétente détermine le montant nécessaire à l'étudiant; ce montant prend notamment en compte le programme d'études auquel l'étudiant admissible est inscrit, les frais de fournitures scolaires, ainsi que le fait que l'étudiant admissible fréquente un établissement agréé situé à l'extérieur de sa province de résidence.

(b) the cost of books and other course-related supplies; and

(c) whether the qualifying student is enrolled in an institution outside the province of residence of the student.

(3) A certificate of eligibility must set out the social insurance number of the qualifying student and the maximum amount of the financial assistance that may be given to the student.

(4) In the case of a full-time student, the maximum amount, for a province, of a student loan prescribed by regulations made under paragraph 15(j), and in respect of which a certificate of eligibility is issued, is the lesser of

(a) the amount prescribed for that province, and

(b) the product obtained by multiplying

(i) the amount determined under subsection (2) for the student

by

(ii) the percentage prescribed for that province.

(5) The amount referred to in paragraph (4)(a) may be adjusted annually by an escalator determined in accordance with the prescribed formula.

(6) In the case of a part-time student, the maximum amount, for a province, of a student loan in respect of which a certificate of eligibility is issued is the prescribed amount.

(7) The maximum amount of financial assistance in respect of which a certificate of eligibility is issued, other than a loan to which subsection (4) or (6) applies, is the prescribed amount, or the amount calculated in accordance with the prescribed formulas.

(8) The maximum amount of financial assistance in respect of which a certificate of eligibility is not required is the prescribed amount, or the amount calculated in accordance with the prescribed formulas.

*Canada Student Financial Assistance Regulations*, SOR/95-329 [s. 34 (as am. by SOR/96-368, ss. 21, 22; 2002-219, ss. 1, 6)]

*Grants for Students With Permanent Disabilities*

34. (1) An appropriate authority, or a body authorized by the Minister for a province, may make a Canada study grant to a qualifying student if that student

(3) Le certificat d'admissibilité doit préciser le numéro d'assurance sociale de l'étudiant admissible et le plafond de l'aide financière qui peut lui être octroyée.

(4) Dans le cas d'un étudiant à temps plein, le plafond pour la province du prêt d'études visé par les règlements pris en vertu de l'alinéa 15j) est le moindre des éléments suivants :

a) le montant qui représente le plafond réglementaire pour la province;

b) le produit des éléments suivants :

(i) le montant visé au paragraphe (2),

(ii) le pourcentage réglementaire pour la province.

(5) Le plafond visé à l'alinéa 4a) peut être rajusté annuellement par application du facteur de progression déterminé selon la formule réglementaire.

(6) Dans le cas d'un étudiant à temps partiel, le plafond du prêt d'études pour la province est celui déterminé par règlement.

(7) Le montant maximal de toute autre aide financière est fixé par règlement ou calculé conformément aux formules réglementaires.

(8) Le montant maximal de l'aide financière, quand un certificat d'admissibilité n'est pas requis, est fixé par règlement ou calculé conformément aux formules réglementaires.

*Règlement fédéral sur l'aide financière aux étudiants*, DORS/95-329 [art. 34 (mod. par DORS/96-368, art. 21, 22; 2002-219, art. 1, 6)]

*Subventions pour étudiants ayant une invalidité permanente*

34. (1) L'autorité compétente ou l'entité autorisée par le ministre à agir pour une province peut octroyer une subvention canadienne aux fins d'études à un étudiant admissible, si celui-ci :

- (a) has a permanent disability;
- (b) meets the criteria set out in subsection 12(1) of the Act;
- (c) is not denied further student loans in accordance with section 15;
- (d) is in need of exceptional education-related services or equipment that are required for the student to perform the daily activities necessary to participate in studies at a post-secondary school level and that are indicated in the *List of Eligible Exceptional Education-related Services and Equipment*, as amended from time to time, published in the *Canada Gazette Part I*; and
- (e) has used the proceeds of all previous grants made to the student under this section for the purpose for which they were intended.
- (2) In order to receive a grant under this section, a qualifying student shall
- (a) submit a duly completed application for a grant in the prescribed form to the appropriate authority or other body;
- (b) provide, with that application, proof of the student's permanent disability in the form of
- (i) a medical certificate,
- (ii) a psycho-educational assessment, or
- (iii) documentation proving receipt of federal or provincial disability assistance; and
- (c) provide, with that application, written confirmation that the student is in need of exceptional education-related services or equipment from a person qualified to determine such need.
- (3) The amount of all grants made under this section to a qualifying student in a loan year shall not exceed \$8,000.

Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 [ss. 1 (as am. by S.O. 1999, c. 6, s. 28; 2001, c. 32, s. 27(1)(E)), 8, 17(1) (as am. *idem*), s. 27(5)(E)), (2) (as am. by S.O. 2002, c. 18, Sch. C, s. 3), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. by S.O. 1994, c. 27, s. 65; 2002, c. 18, Sch. C, s. 1), 24(1) (as am. by S.O. 1999, c. 6, s. 28; 2001, c. 32, s. 27(5)(E)), (2) (as am. by S.O. 2002, c. 18, Sch. C, s. 4), (3) (as am. *idem*)]

- a) a une invalidité permanente;
- b) répond aux critères énoncés au paragraphe 12(1) de la Loi;
- c) ne fait pas l'objet d'un refus de prêt d'études en vertu de l'article 15;
- d) a besoin, afin d'exercer les activités quotidiennes nécessaires à la poursuite d'études de niveau postsecondaire, d'un service ou d'un équipement exceptionnel mentionné dans la *Liste des services et des équipements exceptionnels admissibles*, compte tenu de ses modifications successives, publiée dans la *Gazette du Canada Partie I*;
- e) a utilisé les subventions qui lui ont été préalablement octroyées aux termes du présent article aux fins prévues.
- (2) L'étudiant admissible doit, pour obtenir une subvention en vertu du présent article :
- a) remettre à l'autorité compétente ou à l'entité autorisée une demande de subvention dûment remplie, sur le formulaire établi par le ministre;
- b) joindre à sa demande de subvention une preuve de son invalidité permanente, sous l'une des formes suivantes :
- (i) un certificat médical,
- (ii) une évaluation psychopédagogique,
- (iii) un document attestant qu'il reçoit une allocation d'invalidité fédérale ou provinciale;
- c) joindre à sa demande de subvention une attestation portant qu'il a besoin, pour suivre des études, d'un service ou d'un équipement exceptionnel, signée par une personne qualifiée pour déterminer ce besoin.
- (3) Le montant total maximal des subventions octroyées à un étudiant admissible en vertu du présent article est, pour chaque année de prêt, de 8 000 \$.

*Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. H.19 [art. 1 (mod. par L.O. 1999, ch. 6, art. 28, 2001, ch. 32, art. 27(1)(A)), 8, 17(1) (mod. *idem*, art. 27(5)(A)), (2) (mod. par L.O. 2002, ch. 18, ann. C, art. 3), (3) (mod., *idem*), (4) (mod. par L.O. 1994, ch. 27, art. 65; 2002, ch. 18, ann. C, art. 1), 24(1) (mod. par L.O. 1999, ch. 6, art. 28; 2001, ch. 32, art. 27(5)(A)), (2) (mod. par L.O. 2002, ch. 18, ann. C, art. 4), (3) (mod., *idem*)]

1. Every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, marital status, same-sex partnership status, family status or disability.

...

8. Every person has a right to claim and enforce his or her rights under this Act, to institute and participate in proceedings under this Act and to refuse to infringe a right of another person under this Act, without reprisal or threat of reprisal for so doing.

...

17.—(1) A right of a person under this Act is not infringed for the reason only that the person is incapable of performing or fulfilling the essential duties or requirements attending the exercise of the right because of disability.

(2) The Commission, the Tribunal or a court shall not find a person incapable unless it is satisfied that the needs of the person cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those needs, considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any. 1990, c. H.19, s. 17 (2); 1994, c. 27, s. 65 (2); 2002, c. 18, Sched. C, s. 3 (1).

(3) The Commission, the Tribunal or a court shall consider any standards prescribed by the regulations for assessing what is undue hardship.

(4) Where, after the investigation of a complaint, the Commission determines that the evidence does not warrant the subject-matter of the complaint being referred to the Tribunal because of the application of subsection (1), the Commission may nevertheless use its best endeavours to effect a settlement as to the duties or requirements.

...

24.—(1) The right under section 5 to equal treatment with respect to employment is not infringed where,

- (a) a religious, philanthropic, educational, fraternal or social institution or organization that is primarily engaged in serving the interests of persons identified by their race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, creed, sex, age, marital status, same-sex

1 Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'état matrimonial, le partenariat avec une personne de même sexe, l'état familial ou un handicap.

[...]

8 Toute personne a le droit de revendiquer et de faire respecter les droits que lui reconnaît la présente loi, d'introduire des instances aux termes de la présente loi et d'y participer, et de refuser de porter atteinte à un droit reconnu à une autre personne par la présente loi, sans représailles ni menaces de représailles.

[...]

17 (1) Ne constitue pas une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la présente loi le fait que cette personne est incapable, à cause d'un handicap, de s'acquitter des obligations ou de satisfaire aux exigences essentielles inhérentes à l'exercice de ce droit.

(2) La Commission, le Tribunal ou un tribunal judiciaire ne doit pas conclure qu'une personne est incapable, à moins d'être convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte des besoins de cette personne ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et de sécurité, le cas échéant.

(3) La Commission, le Tribunal ou un tribunal judiciaire tient compte des normes prescrites par les règlements pour évaluer ce qui constitue un préjudice injustifié.

(4) Si, après avoir enquêté sur une plainte, la Commission décide que les preuves ne justifient pas que la question faisant l'objet de la plainte soit renvoyée au Tribunal en raison de l'application du paragraphe (1), elle peut néanmoins tenter d'amener les parties à accepter un règlement relativement aux obligations ou exigences.

[...]

24— (1) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 5, à un traitement égal en matière d'emploi le fait :

- a) qu'un organisme ou un groupement religieux, philanthropique, éducatif, de secours mutuel ou social dont le principal objectif est de servir les intérêts de personnes identifiées par la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine

partnership status or disability employs only, or gives preference in employment to, persons similarly identified if the qualification is a reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment;

- (b) the discrimination in employment is for reasons of age, sex, record of offences, marital status or same-sex partnership status if the age, sex, record of offences, marital status or same-sex partnership status of the applicant is a reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment;
- (c) an individual person refuses to employ another for reasons of any prohibited ground of discrimination in section 5, where the primary duty of the employment is attending to the medical or personal needs of the person or of an ill child or an aged, infirm or ill spouse, same-sex partner or relative of the person; or
- (d) an employer grants or withholds employment or advancement in employment to a person who is the spouse, same-sex partner, child or parent of the employer or an employee.
- (2) The Commission, the Tribunal or a court shall not find that a qualification under clause (1) (b) is reasonable and *bona fide* unless it is satisfied that the circumstances of the person cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those circumstances considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any.
- (3) The Commission, the Tribunal or a court shall consider any standards prescribed by the regulations for assessing what is undue hardship.
- ethnique, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, le partenariat avec une personne de même sexe ou un handicap n'emploie que des personnes ainsi identifiées ou leur accorde la préférence si cette qualité requise est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;
- b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge, le sexe, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial ou le partenariat avec une personne de même sexe, si l'âge, le sexe, le casier judiciaire, l'état matrimonial ou le partenariat avec une personne de même sexe du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi
- c) qu'un particulier refuse d'employer une personne pour des raisons fondées sur un motif illicite de discrimination précisé à l'article 5 si les principales fonctions reliées à l'emploi consistent à dispenser des soins médicaux ou personnels au particulier ou à un de ses enfants malade ou à son conjoint, partenaire de même sexe ou parent âgé, infirme ou malade;
- d) qu'un employeur accorde ou refuse un emploi ou une promotion à une personne qui est son conjoint, son partenaire de même sexe, son enfant ou son père ou sa mère ou à une personne qui est le conjoint, le partenaire de même sexe, l'enfant ou le père ou la mère d'un employé.
- (2) La Commission, le Tribunal ou un tribunal judiciaire ne doit pas conclure qu'une qualité requise aux termes de l'alinéa (1) b) est exigée de façon raisonnable et de bonne foi, à moins d'être convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte de la situation de la personne ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et de sécurité, le cas échéant.
- (3) La Commission, le Tribunal ou un tribunal judiciaire tient compte des normes prescrites par les règlements pour évaluer ce qui constitue un préjudice injustifié.

#### Analysis

[15] I now turn to the first issue: is the SOGD a bursary within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the Act?

#### Analyse

[15] J'examinerai maintenant le premier point : la SEH est-elle une bourse d'études au sens de l'alinéa 56(1)n) de la Loi?

[16] The appellant makes three submissions in support of his position that the SOGD is not a bursary. Firstly, he argues that the funding was wrongly labelled a bursary, rather than an accommodation grant, by the Ministry of Education. He also argues that the lack of discretion in the spending of the funds, due to the strict categories of expenses and the requirement of proof of receipts, takes the SOGD out of the realm of a bursary. Lastly, the appellant invites us to conclude that the funding results from a duty of accommodation owed to him and that it is not linked to the pursuit of academic studies. The respondent disagrees with the appellant's position and submits that the Tax Court Judge made no error in concluding that the SOGD was a bursary.

[17] Before addressing the appellant's submissions, it is important to keep in mind the characteristics of the SOGD received by the appellant. It is a grant financed jointly by the provincial and federal governments and is destined for disabled students who meet the conditions of eligibility. A reading of the relevant provisions of the *Canada Student Financial Assistance Act*, S.C. 1994, c. 28 (the CSFAA) and of the *Canada Student Financial Assistance Regulations*, SOR/95-329 (the Regulations), makes it clear that the SOGD is designed to help disabled students enrolled in an educational program. In order to qualify for a SOGD, an applicant must:

- (a) be qualified for enrolment and enrolled in an educational institution as a student and intend to attend that institution (CSFAA, subsection 2(1));
- (b) have attained a satisfactory scholastic standing (CSFAA, paragraph 12(1)(a));
- (c) be in need of financial assistance (CSFAA, paragraph 12(1)(b));
- (d) be in need of exceptional education-related equipment or services (paragraph 34(1)(d) of the Regulations).

[18] The appellant's first and third contentions are to the effect that the SOGD is an accommodation grant, not

[16] L'appellant invoque trois arguments pour dire que la SEH n'est pas une bourse d'études. D'abord, il fait valoir que le ministère de l'Éducation l'a à tort qualifiée de bourse d'études plutôt que de subvention d'accommodation. Il soutient aussi que la SEH ne saurait participer d'une bourse d'études puisqu'il n'était pas libre de la dépenser comme bon lui semblait, à cause des strictes catégories de dépenses auxquelles il était astreint et à cause de l'obligation pour lui de produire des reçus. Finalement, l'appellant nous invite à conclure que la SEH résulte d'une obligation d'accommodation dont il est créancier et qu'elle ne dépend pas de l'inscription à un programme d'études. L'intimée ne partage pas l'avis de l'appellant et affirme que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a dit que la SEH était une bourse d'études.

[17] Avant d'examiner les conclusions de l'appellant, il importe de garder à l'esprit les caractéristiques de la SEH reçue par l'appellant. Il s'agit d'une subvention financée conjointement par le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral. Cette subvention s'adresse aux étudiants handicapés qui répondent aux conditions d'admissibilité. Il ressort clairement des dispositions applicables de la *Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants*, L.C. 1994, ch. 28 (la LFAFE), et du *Règlement fédéral sur l'aide financière aux étudiants* DORS/95-329 (le Règlement), que la SEH est conçue pour venir en aide aux étudiants handicapés qui sont inscrits dans un programme d'études. Pour être admissible à une SEH, un candidat doit :

- a) être inscrit et remplir les conditions d'inscription à un établissement d'enseignement, en qualité d'étudiant, et avoir l'intention de fréquenter cet établissement (paragraphe 2(1) de la LFAFE);
- b) avoir atteint un niveau et des résultats satisfaisants (alinéa 12(1)a de la LFAFE);
- c) avoir besoin d'aide financière (alinéa 12(1)b de la LFAFE);
- d) avoir besoin d'un service ou d'un équipement exceptionnel lié aux études (alinéa 34(1)d du Règlement).

[18] Dans ses première et troisième prétentions, l'appellant dit que la SEH est une subvention

a bursary. His second contention, for all intents and purposes, is also to the same effect. He argues that his lack of discretion with respect to the spending of the funds is a clear indication that the SOGD is not linked to post-secondary education, but rather results from a duty of accommodation owed to him by the Ministry of Education and HRDC.

[19] Although prepared to acknowledge that that duty rested primarily with the Law Society, the appellant submits that it was also the duty of the Ministry of Education and HRDC to accommodate him. For that proposition, he relies, in part, on the Ontario Human Rights Commission's *Policy and Guidelines on Disability and the Duty to Accommodate*. Section 3.4 thereof states, in part:

The accommodation process is a shared responsibility. Everyone involved should co-operatively engage in the process, share information, and avail themselves of potential accommodation solutions.

[20] In the appellant's view, the SOGD constitutes a "funding boost" provided by government to universities and colleges to enable them to meet their duty to accommodate disabled students. This leads him to say that the link between the purpose of the accommodation funding and the constitutionally protected ground under section 15 of the Charter, was of such importance that it is not possible to consider the SOGD as a bursary. Finally, the appellant argues that on the plain meaning of the word "bursary," the grant must have as its purpose to enable a student to further his or her academic studies. Consequently, it cannot be said that the SOGD was designed to achieve that purpose.

[21] The Tax Court Judge rejected the appellant's submissions, as he was of the opinion that there was a clear nexus between the SOGD and an applicant's pursuit of academic studies. In my view, the Tax Court Judge's conclusion is correct. The appellant's submissions fail to recognize that an applicant cannot obtain a SOGD unless he or she is a student who has

d'accommodation, non une bourse d'études. Sa deuxième prétention va pratiquement dans le même sens. Il fait valoir qu'il n'est pas libre de dépenser les sommes comme il l'entend et, à son avis, cela montre clairement que la SEH n'est pas rattachée à un programme d'études postsecondaires, mais résulte plutôt d'une obligation d'accommodation que le ministère de l'Éducation et DRHC ont envers lui.

[19] Bien qu'il soit disposé à reconnaître que cette obligation incombait surtout au Barreau, l'appelant dit que le ministère de l'Éducation et DRHC avaient eux aussi l'obligation de veiller à ce qu'il bénéficie d'aménagements spéciaux. Il invoque notamment à l'appui de cette prétention la *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodation* de la Commission ontarienne des droits de la personne. Cette politique prévoit ce qui suit, dans sa section 3.4 :

Le processus d'adaptation est une responsabilité partagée. Toutes les parties en cause devraient s'y engager dans un esprit de collaboration, partager l'information disponible et se prévaloir des solutions possibles.

[20] De l'avis de l'appelant, la SEH constitue un [TRADUCTION] « coup de pouce financier » donné par le gouvernement aux universités et aux collèges pour qu'ils puissent remplir leur obligation de venir en aide aux étudiants handicapés. Cela le conduit à dire que le lien entre l'objet du financement des aménagements spéciaux et le motif de discrimination proscrit par l'article 15 de la Charte était d'une importance telle qu'il n'est pas possible de considérer la SEH comme une bourse d'études. Finalement, l'appelant fait valoir que, si l'on s'en tient au sens ordinaire de l'expression « bourse d'études », la subvention doit avoir pour objet de permettre à un étudiant de poursuivre ses études. Par conséquent, on ne saurait dire que la SEH a été conçue pour atteindre cet objet.

[21] Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté les conclusions de l'appelant. Selon lui, il existait un lien évident entre la SEH et les études poursuivies par celui qui la reçoit. À mon avis, la conclusion du juge de la Cour de l'impôt est correcte. Les arguments de l'appelant oublient qu'un candidat ne peut pas obtenir une SEH à moins qu'il ne soit un étudiant qui a atteint

attained a satisfactory scholastic standing and is in need of financial assistance. Thus, a disabled student who cannot qualify will have to purchase the required services with his or her own funds or find another source of funding.

[22] As a deaf student, the appellant may well have been entitled to be accommodated by the learning institution which he attended, namely the Law Society. His argument for accommodation would be that, pursuant to the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 (the Ontario Code), the Law Society, like any other learning institution, is charged with the duty of providing the appellant with those services which, by reason of his disability, are required to enable him to pursue his studies (see sections 1, 8 and 17 of the Ontario Code).

[23] Save those cases where a learning institution has demonstrated that undue hardship would result from providing the services required by an applicant, it would appear that a person's right to receive the requested services is unconditional and does not depend on his or her financial situation or the merits of the application. Consequently, in most situations, a learning institution will have to bear the cost of providing the services which a disabled person requires to pursue his or her education (see subsections 17(2) and 24(2) of the Ontario Code). This duty is explained by the Ontario Human Rights Commission in a document entitled *The Opportunity to Succeed: Achieving Barrier-free Education for Students with Disabilities (Consultation Report)*, approved by the Commission on July 30, 2003, in the following terms (at page 48):

Private career colleges, private universities, and professional licensing bodies, like all other post-secondary institutions, are bound by the *Code*. They are required to provide equal treatment with respect to their services, without discrimination because of disability. This means that they must provide accommodation to students with disabilities, up to the point of undue hardship. The cost of accommodation will only amount to an undue hardship where it is so substantial that it would alter the essential nature of the enterprise, or so significant that it would substantially affect its viability.

un niveau d'études satisfaisant et qui a besoin d'une aide financière. Ainsi, un étudiant handicapé qui ne répond pas aux conditions fixées devra acheter les services nécessaires à même ses propres ressources, ou trouver une autre source de financement.

[22] En tant qu'étudiant atteint de surdité, l'appelant pouvait fort bien avoir droit à des aménagements spéciaux de la part de l'établissement d'enseignement qu'il fréquentait, c'est-à-dire le Barreau. Son argument en faveur de son droit à tels aménagements serait que, en conformité avec le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (le Code de l'Ontario), le Barreau, comme tout autre établissement d'enseignement, a l'obligation de procurer à l'appelant les services qui, en raison de son handicap, sont nécessaires pour lui permettre de poursuivre ses études (voir les articles 1, 8 et 17 du Code de l'Ontario).

[23] Sauf les cas où un établissement d'enseignement prouve qu'il subirait une contrainte excessive s'il devait fournir les services dont a besoin un étudiant, il semblerait que le droit d'une personne de recevoir les services demandés est un droit inconditionnel, qui ne dépend pas de la situation financière de l'intéressé ni du bien-fondé de sa requête. Par conséquent, dans la plupart des cas, un établissement d'enseignement devra supporter le coût des services dont a besoin un étudiant handicapé pour continuer ses études (voir les paragraphes 17(2) et 24(2) du Code de l'Ontario). Cette obligation est expliquée par la Commission ontarienne des droits de la personne dans un document intitulé *Une chance de réussir : Éliminer les obstacles à l'éducation pour les personnes handicapées (Rapport de consultation)*, approuvé par la Commission le 30 juillet 2003. La Commission s'exprime ainsi, à la page 53 :

Ces collèges [privés d'enseignement professionnel], les universités privées et les organismes de réglementation professionnelle, comme tous les autres établissements postsecondaires, sont assujettis au Code. Ils sont tenus de fournir un traitement égal en matière de services, sans discrimination fondée sur un handicap. Cela signifie qu'ils doivent fournir des adaptations aux étudiants handicapés, dans la mesure où ils ne subissent pas de préjudice injustifié. Le coût des mesures d'adaptation ne peut être considéré comme entraînant un tel préjudice que s'il est assez élevé pour modifier profondément la nature de l'entreprise ou affecter sa viabilité.



[24] In my view, however, it cannot be said that the SOGD constitutes the fulfilment by the Ministry of Education and HRDC of their duty to accommodate the appellant. While it is true that the SOGD will be given to those handicapped students who are “in need of exceptional education-related services or equipment that are required for the student to perform the daily activities necessary to participate in studies at a post-secondary school level” (SOR/95-329, paragraph 34(1)(d) (as am. by SOR/96-368, s. 22)), the grant is reserved for students who attain a satisfactory scholastic standard and who are in need of financial assistance (see paragraphs 12(1)(a) and (b), *Canada Student Financial Assistance Act*). Further, such students must provide documentary proof that they are in receipt of federal or provincial disability assistance. Consequently, I am satisfied that the characteristics of the SOGD are such as to take it out of the realm of accommodation. The SOGD was not created to “kick-in” whenever a learning institution fails or omits to fulfill its duty to accommodate a disabled person. Otherwise, it would mean that the beneficiary of a duty to accommodate would have the option of, in effect, transferring the duty owed to him to another person or institution.

[25] I am of the opinion that the SOGD results from the Government’s decision to provide financial help for certain students with respect to costs relating to their disability, the purpose of which is to enable these students to continue their education, and this, notwithstanding the fact that learning institutions may have a duty to accommodate such students.

[26] It is my view that if the appellant is seeking accommodation, he must exercise his rights against the Law Society. At paragraph 18 of his memorandum, the appellant asserts that the Law Society owed him a duty of accommodation, but given its refusal to accommodate him and given the choice between proceeding against the Law Society and “choosing the accommodation funding under the Special Opportunities Grant, . . . it was inevitable that [the appellant] had little choice but to accept the Special Opportunities Grant.” I wish to make it clear that I am not concluding, nor suggesting, that the appellant would be successful against the Law

[24] À mon avis cependant, on ne saurait dire que la SEH équivaut pour le ministère de l’Éducation et pour DRHC à s’acquitter de leur obligation d’accommodation envers l’appellant. Il est vrai que la SEH sera versée aux étudiants handicapés qui ont « besoin, afin d’exercer les activités quotidiennes nécessaires à la poursuite d’études de niveau postsecondaire, d’un service ou d’un équipement exceptionnel (DORS/95-329, alinéa 34(1)d) (mod. par DORS/96-368, art. 22)), mais la subvention est réservée aux étudiants qui atteignent un niveau et des résultats satisfaisants et qui ont besoin d’une aide financière (voir les alinéas 12(1)a) et b) de la *Loi fédérale sur l’aide financière aux étudiants*. Par ailleurs, un tel étudiant doit apporter une preuve documentaire attestant qu’il reçoit une allocation d’invalidité fédérale ou provinciale. Par conséquent, je suis persuadé que les caractéristiques de la SEH sont telles qu’une subvention de ce genre ne peut être assimilée à des aménagements spéciaux. La SEH n’a pas été établie en tant que gratification lorsqu’un établissement d’enseignement néglige pour quelque raison de s’acquitter de son devoir de consentir des aménagements spéciaux à une personne handicapée. Autrement, cela voudrait dire que le créancier d’une telle obligation pourrait dans les faits céder sa qualité de créancier de l’obligation à une autre personne ou institution.

[25] Je suis d’avis que la SEH procède de la décision du gouvernement d’apporter une aide financière à certains étudiants pour les coûts liés à leur handicap, aide financière dont l’objet est de leur permettre de poursuivre leurs études, et cela bien que les établissements d’enseignement puissent être tenus de consentir des aménagements spéciaux à ces étudiants.

[26] Je suis d’avis que, si l’appellant est en quête d’aménagements spéciaux, il doit exercer ses droits contre le Barreau. Au paragraphe 18 de son mémoire, l’appellant dit que le Barreau avait envers lui une obligation d’accommodation, mais que, vu le refus du Barreau de s’en acquitter et vu le choix qu’avait l’appellant d’engager des poursuites contre le Barreau ou bien [TRADUCTION] « d’accepter l’aide représentée par la subvention pour initiatives spéciales, il était inévitable que [l’appellant] décide d’opter pour la subvention ». Je voudrais souligner qu’ici je ne dis pas, ni ne veux donner à entendre, que l’appellant aurait gain de cause

Society. As that issue is not before us and, hence, the Law Society is not a party to these proceedings, it is not open to us to reach any conclusion on that issue.

[27] The appellant's second contention as to why the SOGD is not a bursary is that the lack of discretion with respect to the spending of the funds distinguishes it from scholarships, bursaries and cash prizes. He argues that while other scholarships award cash prizes "without strings" or allow for offsets in tuition or books, the SOGD contains strict categories of expenses and requires proof of receipts.

[28] The appellant puts much emphasis on the fact that he was obliged to spend the funds received under the SOGD program to purchase sign language interpretation services and real-time captioning, all of which were required by reason of his disability. It is in that sense that the appellant argues that the SOGD was an accommodation grant and not a bursary.

[29] The respondent points to the existence of other bursaries reserved for disabled persons and to the fact that they are all included in the taxpayer's income. However, the funds paid out pursuant to these bursaries are not limited to the payment of specified expenses. The only exception to this appears to be that of the Ontario Students Assistance Program (OSAP) Childcare Bursary Plan, the stated purpose of which is to "assist students who have childcare costs for three or more children." Under the plan, a childcare provider must charge the student for childcare, claim the charged fees on his or her income tax form and provide completed standard OSAP childcare receipts for the fees received. In other words, the terms of the grant require that the student demonstrate that he or she has spent the funds on specified services.

[30] The Judge concluded, and I agree entirely with him, that "[t]he degree of discretionary use of the funds does not change the nature of the payment" (2003 TCC

contre le Barreau. Comme nous ne sommes pas saisis de la question et que par conséquent le Barreau n'est pas partie à la présente instance, il ne nous appartient pas de nous prononcer sur cet aspect.

[27] Le deuxième argument avancé par l'appelant pour dire que la SEH n'est pas une bourse d'études est le fait qu'il n'est pas libre de dépenser les fonds comme il l'entend, comme ce serait le cas pour une bourse d'excellence, une bourse d'études ou un prix en espèces. Selon lui, alors que les bourses d'études et autres sont des prix en espèces, « sans attaches » ou consistent en une réduction des frais de scolarité ou du prix d'achat de livres, la SEH contient de strictes catégories de dépenses et requiert la production de reçus.

[28] L'appelant accorde beaucoup d'importance au fait qu'il était tenu de dépenser les sommes reçues au titre de la SEH pour acheter des services d'interprétation du langage gestuel et des services de sous-titrage en temps réel, services dont il avait besoin en raison de son handicap. C'est pour cette raison que, selon l'appelant, la SEH était une subvention d'accommodation et non une bourse d'études.

[29] L'intimée signale l'existence d'autres bourses d'études réservées aux personnes handicapées, et le fait que ces bourses d'études sont toutes incluses dans le revenu du contribuable. Cependant, les sommes payées au titre de ces bourses d'études ne sont pas réservées à des dépenses précises. La seule exception à cela semble être la bourse pour frais de garde d'enfants du Régime d'aide financière aux étudiants de l'Ontario (RAFEO). L'objectif déclaré de la bourse pour frais de garde d'enfants est d'« aider les étudiantes et étudiants à assumer les frais entraînés par la garde de trois enfants ou plus ». Selon le régime, le fournisseur de soins aux enfants doit facturer les soins à l'étudiant, inscrire dans sa déclaration de revenus les frais perçus et remettre à l'étudiant des reçus RAFEO dûment remplis de frais de garde d'enfants, pour les frais perçus. Autrement dit, les conditions de la subvention obligent l'étudiant à prouver qu'il a affecté les sommes reçues à des services précis.

[30] Le juge a conclu, et je partage entièrement son avis, que « [l]'étendue du pouvoir discrétionnaire concernant l'utilisation des fonds n'a aucun effet en ce

366, paragraph 46 of his reasons). In my view, the fact that the appellant did not have control of the SOGD funds, in that he was obliged to spend the funds on specific services, does not alter the nature of the grant. In any event, there is no authority for, nor does the plain meaning of the words “bursary” and “*bourse d'études*” support his contention that a grant cannot be characterized as a bursary unless the recipient has discretionary use of the funds.

[31] Having concluded that the SOGD is not an accommodation grant, I must still decide whether it is a “bursary” within the meaning of paragraph 56(1)(n) of the Act. The Judge concluded, in no uncertain terms, that the grant was a bursary.

[32] At paragraphs 38-42 of his reasons, the Judge turned to the dictionaries for definitions of the words “bursary” and “*bourse*”, which he reproduced:

The *Concise Oxford English Dictionary*—Tenth Edition, Revised, Oxford University Press—defines bursary as:

1. a grant, especially one awarded to a student.

The *New Collegiate Dictionary*—Thomas Allen & Son Limited, Toronto—defines: bursary as:

2. a monetary grant to a needy student.

The *Canadian Oxford Paperback Dictionary* - Oxford University Press - contains the following definition of bursary:

a financial award to a university student made primarily on the basis of financial need or some other criterion in addition to academic merit.

The same dictionary defines “grant” in this manner:

- 2a: a sum of money given by the state for any of various purposes, e.g. to finance education.

The French version of the paragraph in question uses the term, “*bourse d'études*” and “*bourse*”, although having other definitions, is also defined by *Larousse - Dictionnaire Général* - 1994 - as follows:

qui concerne la nature du paiement » (2003 CCI 366, paragraphe 46 de ses motifs). À mon avis, le fait que l'appelant n'avait pas la libre disposition des fonds de la SEH, en ce sens qu'il était obligé de les affecter à des services précis, ne modifie pas la nature de la subvention. Au demeurant, l'affirmation de l'appelant selon laquelle une subvention ne peut être qualifiée de « *bourse d'études* » à moins que le bénéficiaire n'ait la libre disposition des fonds ne repose sur aucune autorité, et le sens ordinaire des mots « *bourse d'études* » et « *bursary* » n'appuie pas non plus cette affirmation.

[31] Ayant conclu que la SEH n'est pas une subvention d'accommodation, je dois néanmoins me demander s'il s'agit d'une « *bourse d'études* » au sens de l'alinéa 56(1)n) de la Loi. Le juge a conclu, sans ambiguïté, que la subvention était une *bourse d'études*.

[32] Aux paragraphes 38 à 42 de ses motifs, le juge se réfère aux dictionnaires pour les définitions des mots « *bourse* » et « *bursary* » définitions qu'il cite :

Le *Concise Oxford English Dictionary*, 10<sup>e</sup> édition révisée, Oxford University Press, définit une *bourse* de la façon suivante :

1. a grant, especially one awarded to a student.

Quant au *New Collegiate Dictionary*, Thomas Allen & Son Limited, Toronto, il définit le terme « *bourse* » ainsi :

2. a monetary grant to a needy student.

Le *Canadian Oxford Paperback Dictionary*, Oxford University Press, pour sa part, contient la définition suivante du terme « *bourse* » :

a financial award to a university student made primarily on the basis of financial need or some other criterion in addition to academic merit.

Ce même dictionnaire définit le terme « *subvention* » de la façon suivante :

- 2a : a sum of money given by the state for any of various purposes, e.g. to finance education.

La version française de l'alinéa en question emploie l'expression « *bourse d'études* » et le mot « *bourse* » susceptible par ailleurs d'autres définitions, est défini comme suit dans le *Larousse - Dictionnaire Général* édition de 1994 :

3. *Pension accordée par l'État ou par une institution à un élève, à un étudiant ou à un chercheur pour l'aider à poursuivre ses études.*

[33] To these definitions can be added the following:

*Le grand Robert de la langue française: dictionnaire alphabétique et analogique*, 2nd ed. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1992, at page 132:

**1. BOURSE . . .**

3. *Bourse d'études, et, absolt, bourse : pension accordée à un élève, un étudiant, pour subvenir à ses besoins pendant le temps de ses études.*

*The New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, at page 246:

**bursary . . . 1.** a grant, especially one awarded to someone to enable them to study at university or college.

*ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language*. Toronto: ITP Nelson, 1997, at page 188:

**bursary . . . 1.** a university scholarship based primarily on need.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, at page 311:

**bursary . . . 3.** An endowment given to a student.

[34] These definitions of the word "bursary" highlight the fact that bursaries are grants given to students in need of financial help so as to allow them to continue their studies.

[35] At paragraphs 45 and 46 of his reasons, the Judge sets forth his rationale for concluding that the SOGD is a bursary:

In the context of the provision of funds - under that particular program - for the specific purpose of affording the appellant the means by which he could participate in the mandatory Bar Admission Course, it is difficult to regard the questioned payment as other than the sort of receipt that ordinarily - and readily - falls within the definition of "bursary" in the context in which that word is used in

3. *Pension accordée par l'État ou par une institution à un élève, à un étudiant ou à un chercheur pour l'aider à poursuivre ses études.*

[33] À ces définitions, peuvent s'ajouter les suivantes :

*Le grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, à la page 132 : *Dictionnaires Le Robert*; 1992 :

**1. BOURSE**

3. *Bourse d'études, et, absolt, bourse : pension accordée à un élève, un étudiant, pour subvenir à ses besoins pendant le temps de ses études.*

*The New Oxford Dictionary of English*. Oxford : Clarendon Press, 1998, à la page 246 :

**bursary [ . . . ] 1.** a grant, especially one awarded to someone to enable them to study at university or college.

*ITP Nelson Canadian Dictionary of the English Language*. Toronto : ITP Nelson, 1997, à la page 188 :

**bursary : 1.** a university scholarship based primarily on need.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5<sup>e</sup> éd. Oxford : Oxford University Press, 2002, à la page 311 :

**bursary [ . . . ] 3.** An endowment given to a student.

[34] Ces définitions du mot « bourse » montrent que les bourses d'études sont des subventions accordées aux étudiants qui ont besoin d'une aide financière pour continuer leurs études.

[35] Aux paragraphes 45 et 46 de ses motifs, le juge expose le raisonnement qui l'amène à conclure que la SEH est une bourse d'études :

Dans le contexte de la prestation de fonds accordée dans le cadre de ce programme particulier précisément dans le but de fournir à l'appellant les moyens de suivre le cours obligatoire de formation professionnelle du Barreau, il est difficile d'envisager le paiement en question autrement que comme une rentrée de fonds visée, ordinairement et facilement, par la définition de « bourse » selon le libellé de l'alinéa 56(1)n) de

paragraph 56(1)(n) of the *Act*. I do not see any inherent ambiguity to be resolved in favour of the taxpayer. Utilizing the term “accommodation services”, although an apt description of the true purpose of the funding from a social science perspective, does not change the nature of the payment that was described as a bursary and paid to the appellant pursuant to a program designed to provide financial assistance to students with disabilities. There was no definition of “grant” contained in the umbrella federal student funding legislation. Perhaps, if a definition had existed and was at odds with dictionary definitions of “bursary” - which include a grant of financial assistance to a needy student - that discrepancy might have provided some significant leverage to the appellant, considering the specific paragraph of the *Act* did not define “bursary” nor did it mention a “grant” other than in the context of a research grant in subsequent paragraphs within subsection 56(1).

The fact that the grant paid to the appellant contained more restrictions than those provided to other students within the SOG program does not disqualify this payment from inclusion into his income in accordance with the definition of bursary. It would not be unusual for a bursary or scholarship to be provided in a manner whereby the recipient was merely given credit for a reduction in tuition and/or associated educational costs under circumstances where the granting party paid a certain sum directly to the educational institution. Or, if the bursary or scholarship was provided by the institution itself, accounting entries could record a notional payment and offsetting receipt. Any payment of a bursary or scholarship is made within the context of an educational pursuit or achievement. Indeed, funds are provided by a grantor for that specific overall purpose. Depending on the precise nature of the payment, there may be more or less strings attached in accordance with the wishes of the payor. The degree of discretionary use of the funds does not change the nature of the payment. In my view, all relevant definitions contain the linkage of payment of money to a recipient who is engaged in some sort of educational pursuit. As an example, a level of government or an educational institution might confer a sum of money on a qualified recipient for the express purpose of defraying exceptional transportation costs to and from that individual's ordinary residence in order that personal funds can be otherwise expended directly on those goods and/or services normally associated with pursuing a course of study involving classroom attendance. The end result - from the perspective of the recipient - is an enhancement of that person's global financial position even if every cent of the transportation bursary or grant is expended merely in travelling to and from the educational facility. In that situation and - in the within appeal - the receipt of money has the effect of assisting both recipients within the context of a pursuit of

la *Loi*. Je ne constate aucune ambiguïté inhérente qui doit être résolue en faveur du contribuable. L'usage de l'expression « services d'adaptation » bien qu'il s'agisse d'une description appropriée de l'objet réel du financement selon le point de vue des sciences sociales, ne change en rien la nature du paiement qualifié de bourse et versé à l'appelant dans le cadre d'un programme destiné à aider financièrement les étudiants handicapés. La législation habilitante fédérale de portée générale sur l'aide financière aux étudiants ne comporte aucune définition du mot « subvention ». Si une définition avait existé et qu'elle avait été en contradiction avec celle du mot « bourse » que fournissent les dictionnaires, qui comprend l'octroi d'une aide financière à un étudiant dans le besoin, il est possible que cet écart aurait pu fournir à l'appelant un argument convaincant, étant donné que l'alinéa pertinent de la *Loi* ne définissait pas le mot « bourse » et ne faisait pas davantage mention d'une « subvention » sinon dans le contexte d'une subvention de recherche, dans les alinéas suivants du paragraphe 56(1).

La présence, dans la subvention versée à l'appelant, d'un nombre de conditions supérieur à celui qu'on trouve dans les subventions accordées aux autres étudiants dans le cadre du programme de SCE, n'a pas pour effet d'exclure ce paiement du revenu de l'appelant, conformément à la définition d'une « bourse ». Il ne serait pas inhabituel d'accorder une bourse ou une bourse d'études de manière à donner simplement au bénéficiaire un crédit en vue de réduire ses frais de scolarité ou les coûts liés à ses études, ou bien les deux, sous la forme d'un paiement direct de la partie subventionnaire à l'établissement d'enseignement. Par ailleurs, si la bourse ou la bourse d'études avait été allouée par l'établissement lui-même, les écritures comptables pourraient consigner un paiement et une rentrée de fonds compensatoire fictifs. Tout paiement d'une bourse ou d'une bourse d'études a lieu dans le cadre de la poursuite ou de l'achèvement d'études. En fait, ces fonds sont alloués par un subventionneur, pour cet objectif général. Le nombre de conditions attachées au paiement peut varier au gré du payeur. L'étendue du pouvoir discrétionnaire concernant l'utilisation des fonds n'a aucun effet en ce qui concerne la nature du paiement. À mon avis, toutes les définitions pertinentes établissent un rapport entre le versement de fonds et un bénéficiaire qui poursuit un objectif éducatif quelconque. À titre d'exemple, un ordre du gouvernement ou un établissement d'enseignement peut accorder une somme à un bénéficiaire admissible dans le but précis de lui permettre de défrayer son transport entre l'établissement d'enseignement et son domicile habituel de manière à libérer ses fonds personnels pour l'achat de biens ou de services associés normalement à la poursuite d'un programme d'études qui nécessite la présence de l'étudiant en classe. Ainsi, du point de vue du bénéficiaire, le résultat final est une amélioration de sa situation financière générale, même si chaque sou de la bourse ou de la subvention est dépensé

study. In the example used, the financial assistance enabled the student to arrive at the door of the classroom. In the appellant's case, it permitted him to purchase services in order to comprehend the content of the study material and to participate fully in the Bar Admission Course within the usual classroom setting. [Emphasis added.]

[36] At paragraph 45 of his reasons, after pointing out that the applicant's application for the SOGD was undertaken using a form provided by the Ministry of Education, which contained several references to "bursary funds," a "bursary cheque," and a "bursary plan," and that correspondence in regard thereto between the appellant and the Ministry of Education refer to the funds as "bursary assistance," the Judge concludes that the purpose of the SOGD was to provide financial assistance to students with disabilities. At paragraph 46, the Judge finds that the SOGD was made "within the context of an educational pursuit or achievement". He then states that the fact that the appellant had no discretion with respect to the spending of the funds does not change the nature of the SOGD.

[37] In criticizing the Judge's decision, the appellant argues, *inter alia*, that he relied too heavily on the fact that the funding had been designated as a "bursary" by the Ministry of Education. I cannot agree. The Judge, following consideration of the dictionary definitions of the terms "bursary" and "bourse," applied those definitions to the SOGD received by the appellant and concluded that there was no reason why the grant should not have been labelled as a "bursary."

[38] I have already set out at paragraph 17 of these reasons those conditions which an applicant must meet in order to qualify for an SOGD. Can it be said that Parliament, in including in a taxpayer's income those "amounts received . . . in the year . . . by the taxpayer as or on account of a scholarship, fellowship or bursary, or a prize for achievement in a field of endeavour ordinarily carried out by the taxpayer" (paragraph

pour se rendre à l'établissement d'enseignement et pour en revenir. Dans une telle situation, tout comme en l'instance, la rentrée de fonds aide les bénéficiaires à poursuivre des études. Dans l'exemple fourni, l'aide financière permettait à l'étudiant d'arriver jusqu'à la porte de la classe. Dans le cas de l'appellant, cette aide lui a permis d'acquiescer des services pour comprendre la documentation des cours et pour participer pleinement au cours de formation professionnelle du barreau dans le cadre normal de salles de classe. [Non souligné dans l'original.]

[36] Au paragraphe 45 de ses motifs, après avoir fait observer que la demande de SEH de l'étudiant était présentée sur un formulaire fourni par le ministère de l'Éducation, formulaire qui renfermait plusieurs mentions telles que « fonds provenant d'une bourse » « chèque de bourse » et « programme de bourse » et que la correspondance échangée entre l'appellant et le ministère de l'Éducation à propos de la demande emploie l'expression « aide boursière » pour désigner les sommes reçues, le juge arrive à la conclusion que l'objet de la SEH était d'apporter une aide financière aux étudiants handicapés. Au paragraphe 46, le juge dit que la SEH était versée « dans le cadre de la poursuite ou de l'achèvement d'études ». Il dit ensuite que, si l'appellant n'avait pas le pouvoir de disposer des fonds comme il l'entendait, cela ne modifie pas la nature de la SEH.

[37] Prenant le contre-pied de la décision du juge, l'appellant fait valoir, entre autres, qu'il a trop insisté sur le fait que l'aide financière avait été appelée « bourse d'études » par le ministère de l'Éducation. Il m'est impossible de partager ici l'avis de l'appellant. Après examen des définitions données par les dictionnaires pour les mots « bourse » et « *bursary* » le juge a appliqué ces définitions à la SEH reçue par l'appellant et a conclu qu'il n'y avait aucune raison de ne pas appeler la subvention une « bourse ».

[38] J'ai déjà exposé au paragraphe 17 des présents motifs les conditions qu'un candidat doit remplir pour être admissible à une SEH. Peut-on dire que le législateur, lorsqu'il a prescrit l'inclusion, dans le revenu d'un contribuable, des « sommes reçues [. . .] au cours de l'année par le contribuable à titre de bourse d'études, de bourse de perfectionnement (*fellowship*) ou de récompense couronnant une œuvre remarquable réalisée

56(1)(n) of the Act (emphasis added)), intended to include funds, the purpose of which was to defray the costs of services required by reason of a person's disability, so as to enable that person to pursue his or her education?

[39] Perhaps, before going further, a few words regarding the word "received" found in subparagraph 56(1)(n)(i) of the Act are warranted, to the extent that the appellant argues that he did not, in effect, "receive" the funds, since he was only an intermediary between the law school and the Ministry of Education and HRDC. In *Jones v. R.*, [2002] 3 C.T.C. 2483 (T.C.C.), at paragraph 58, Margeson J.T.C.C. cites with approval the meaning given to the word "receive" in *Morin, J-P v The Queen*, [1975] CTC 106 (F.C.T.D.), at page 110:

. . . the word "receive" obviously means to get or derive benefit from something, to enjoy its advantages without necessarily having it in one's hand.

And then, at paragraph 60 of his reasons, Margeson J.T.C.C. expands on the meaning of the word "receive" as follows:

The Court has no doubt that what was received by the Appellant here is certainly included in the definition of "scholarship" in subsection 56(1)(n). There can be no doubt that in the case at bar the money represented by the scholarship went into the Appellant's account at the College. The evidence makes it clear that the book entry made in his account sets out the amount of money in issue and this account was debited periodically to reflect the balance of credits given to the Appellant after these amounts were charged to his account. Consequently, the Court is satisfied that whatever the scholarship represented was actually received by the Appellant even though he did not have it in his own hands and at no time did he actually receive cash in that amount nor at no time was he able to control the amount in any way except that charges in his account would be offset by the amount of the scholarship.

[40] I cannot find any fault with the above reasoning. There cannot be any doubt, in my view, that the appellant did receive an amount of \$2,000, the purpose of which was to defray the costs of services which he

dans son domaine d'activité habituel » (alinéa 56(1)n) de la Loi (non souligné dans le texte)), entendait que soient incluses les sommes dont l'objet était d'amortir le coût des services nécessités par le handicap d'une personne, pour permettre à cette personne de poursuivre ses études?

[39] Peut-être conviendrait-il, avant d'aller plus loin, de faire quelques observations sur le mot « reçues » qui se trouve au sous-alinéa 56(1)n(i) de la Loi, puisque l'appelant fait valoir qu'il n'a pas en réalité « reçu » les sommes, puisqu'il n'était qu'un intermédiaire entre l'école de droit et le ministère de l'Éducation et DRHC. Dans la décision *Jones c. R.*, [2002] 3 C.T.C. 2483 (C.C.I.), au paragraphe 58, le juge Margeson, juge de la Cour canadienne de l'impôt, cite en l'approuvant le sens donné au mot « recevoir » dans la décision *Morin, J-P c La Reine*, [1975] CTC 106 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 110 :

[TRADUCTION] [. . .] le mot recevoir ou toucher veut évidemment dire en bénéficier ou en profiter. En recevoir les avantages sans être obligé de l'avoir dans ses mains.

Puis, au paragraphe 60 de ses motifs, le juge Margeson s'expliquait ainsi sur le sens du mot « recevoir » :

La Cour n'a aucun doute quant au fait qu'en l'espèce, ce que l'appelant a reçu entre dans le cadre de la définition de « Bourses d'études » figurant à l'alinéa 56(1)n). Il est indubitable que, dans la présente espèce, l'argent correspondant à la bourse d'études est allé dans le compte de l'appelant au collège. La preuve établit clairement que l'écriture passée dans le compte de l'appelant fait état de la somme d'argent en cause et que l'on débitait périodiquement ce compte pour indiquer ce qu'il restait à l'appelant comme crédit après que des frais étaient imputés sur ce compte. La Cour est donc convaincue que, quoi que ce soit qu'elle représente, la bourse d'études a en fait été reçue par l'appelant, malgré le fait que ce dernier ne l'a pas eue entre les mains, qu'il n'a en fait jamais reçu le montant en argent et qu'il n'a jamais pu le contrôler, sauf qu'il savait que le montant de la bourse compensait les frais imputés sur son compte.

[40] Je ne puis trouver aucune faille dans le raisonnement ci-dessus. Il ne saurait faire aucun doute, à mon avis, que l'appelant a bien reçu une somme de 2 000 \$ dont l'objet était de payer les services dont il avait

required to attend the bar admission course.

[41] The fact that the SOGD was given to the appellant by a government institution is also of no relevance to the determination of whether the SOGD is a bursary. Whether grants are paid by public or private funds does not change their nature. Paragraph 56(1)(n) does not, in my view, allow such an argument to be made. In *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428, at page 443, in discussing the expression “prize for achievement” found in paragraph 56(1)(n) [S.C. 1970-71-72, c. 63], Dickson J. (as he then was) made the following remarks:

First, s. 56(1)(n) is not concerned with the identity of the payer or the relationship, if any, between donor and donee. There is nothing in the section which renders the scholarship, fellowship, bursary or prize taxable on the ground that the donor or payer is the employer of the taxpayer. Second, the words “scholarship, fellowship or bursary”, with which the word prize is associated, are normally employed in speaking of educational attainments, usually in the sphere of advanced studies, and “polite” learning. [Emphasis added.]

[42] In *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, Mr. Justice Gonthier, for a unanimous Supreme Court of Canada, sets out the rules for the proper interpretation of tax legislation at page 20 of his reasons:

The rules formulated in the preceding pages, some of which were relied on recently in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, may be summarized as follows:

- The interpretation of tax legislation should follow the ordinary rules of interpretation;
- A legislative provision should be given a strict or liberal interpretation depending on the purpose underlying it, and that purpose must be identified in light of the context of the statute, its objective and the legislative intent: this is the teleological approach;
- The teleological approach will favour the taxpayer or the tax department depending solely on the legislative provision in question, and not on the existence of predetermined presumptions;

besoin pour assister au cours de formation professionnelle du Barreau.

[41] La SEH a été remise à l'appelant par une institution gouvernementale, mais cela aussi est sans rapport avec le point de savoir si elle constitue une bourse. Qu'une subvention soit versée par un organisme public ou privé, ne change pas sa nature. L'alinéa 56(1)n ne permet pas à mon avis d'avancer un tel argument. Dans l'arrêt *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428, à la page 443, le juge Dickson (son titre à l'époque), examinant l'expression « récompense couronnant une œuvre remarquable » que l'on trouve dans l'alinéa 56(1)n [S.C. 1970-71-72, ch. 63], faisait les observations suivantes :

Premièrement, l'al. 56(1)n n'a rien à voir avec l'identité de celui qui paie ni avec le rapport qui peut exister entre le donateur et le donataire. Rien dans cet alinéa ne rend une bourse d'études ou de perfectionnement (fellowship) ou une récompense imposable pour le motif que le donateur ou celui qui paie est l'employeur du contribuable. Deuxièmement, les mots « bourse d'études, [. . .] bourse de perfectionnement (fellowship) » auxquels est lié le mot « récompense » s'emploient normalement à l'égard de réussites intellectuelles, habituellement dans le domaine des études supérieures, et à l'égard des belles-lettres. [Non souligné dans l'original.]

[42] Dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, le juge Gonthier, rédigeant l'opinion unanime de la Cour suprême du Canada, exposait, à la page 20 de ses motifs, les règles devant s'appliquer à l'interprétation des lois fiscales :

Les principes dégagés dans les pages précédentes, dont certains, d'ailleurs, ont été récemment invoqués dans l'affaire *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, peuvent se résumer ainsi :

- L'interprétation des lois fiscales devrait obéir aux règles ordinaires d'interprétation;
- Qu'une disposition législative reçoive une interprétation stricte ou libérale sera déterminé par le but qui la sous-tend, qu'on aura identifié à la lumière du contexte de la loi, de l'objet de celle-ci et de l'intention du législateur; c'est l'approche téléologique;
- Que l'approche téléologique favorise le contribuable ou le fisc dépendra uniquement de la disposition législative en cause et non de l'existence de présomptions préétablies;



- Substance should be given precedence over form to the extent that this is consistent with the wording and objective of the statute;

- Only a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer.

[43] In the course of his reasons, Gonthier J., at pages 15 and 16, identified the two purposes of tax legislation in Canada, namely, the raising of funds by the government to cover its expenditures and for the attainment of social and economic purposes.

[44] Turning to subsection 56(1) of the Act, it appears to me that the purpose of the provision is more in line with the traditional purpose of taxing legislation, i.e. to raise funds to cover government expenditures: the stated purpose of the subsection is to include in a taxpayer's income specified sources of income, save those which have been expressly exempted by the provision. Paragraph 56(1)(n) follows this objective: for example, prizes for achievement in a field of endeavour ordinarily carried out by the taxpayer are included, but not those prescribed by regulation and those which are not ordinarily carried out by a taxpayer.

[45] The word "bursary" is not qualified in any way. The wording of paragraph 56(1)(n) leads me to the conclusion that it must receive a liberal interpretation. The words "*bourse d'études*," used in the French version of paragraph 56(1)(n), makes it clear that a "*bourse*" is linked to the status of student. Further, the dictionary definitions which the Judge cited and those that I have added to his list evoke the notion of financial assistance for needy students. This criteria is found in the SOGD, which makes the grant available to needy students who have achieved a minimum standard of success in their studies.

[46] Before concluding on this point, I must address an argument put forward by the appellant on an alternate basis: the SOGD is a social assistance payment, pursuant to paragraph 56(1)(u) of the Act. From the appellant's point of view, this categorization is more favourable, since the income, when included under paragraph

- Primauté devrait être accordée au fond sur la forme dans la mesure où cela est compatible avec le texte et l'objet de la loi;

- Seul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable.

[43] Dans l'exposé de ses motifs, aux pages 15 et 16, le juge Gonthier énonçait les deux objets des lois fiscales au Canada, à savoir la collecte de fonds par le gouvernement pour faire face à ses dépenses, et la réalisation d'objets sociaux et économiques.

[44] Quant au paragraphe 56(1) de la Loi, il me semble que l'esprit de cette disposition s'accorde davantage avec l'objet traditionnel des lois fiscales, c'est-à-dire la collecte de fonds pour faire face aux dépenses publiques: l'objet déclaré du paragraphe 56(1) est d'inclure dans le revenu d'un contribuable certaines sources de revenus, sauf celles qui ont été expressément exemptées par la disposition. L'alinéa 56(1)n) suit cet objectif: par exemple, sont incluses dans le revenu les récompenses couronnant des œuvres remarquables réalisées par le contribuable dans son domaine d'activité habituel, mais non celles qui sont prévues par règlement et celles qui ne sont pas réalisées par le contribuable dans son domaine d'activité habituel.

[45] Le mot « *bursary* » dans la version anglaise, n'est aucunement nuancé. Le texte de l'alinéa 56(1)n) me conduit à conclure que ce mot doit recevoir une interprétation libérale. L'expression « *bourse d'études* » dans l'alinéa 56(1)n), montre clairement qu'une « *bourse* » est liée à la qualité d'étudiant. Quant aux définitions du dictionnaire citées par le juge, et à celles que j'ai ajoutées à sa liste, elles évoquent l'idée d'une aide financière apportée aux étudiants dans le besoin. Ce critère est présent dans la SEH: la subvention est accordée aux étudiants nécessiteux qui justifient d'un certain niveau de réussite dans leurs études.

[46] Avant de conclure sur ce point, je dois examiner un argument subsidiaire avancé par l'appelant: la SEH est une prestation d'assistance sociale, qui relève de l'alinéa 56(1)u) de la Loi. De l'avis de l'appelant, cette catégorisation est plus favorable, puisque le revenu, une fois inclus selon l'alinéa 56(1)u), est déductible selon

56(1)(u), is deductible under paragraph 110(1)(f) [as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 49; c. 7, Sch. II, s. 78; Sch. VIII, s. 45] of the Act.

[47] The appellant's submission is premised on the wording of paragraph 56(1)(u), which defines a "social assistance payment" as a payment made on the basis of a "means, needs or income test". The appellant submits that the SOGD falls within that definition, since it is awarded on a needs test, i.e. that an applicant, when applying in Ontario, must first qualify for financial need under OSAP. At first glance, the appellant's argument is not without merit, but, in the end, it must fail.

[48] A review of the material in the record, which pertains to student grants and loans in general and assistance to disabled students in particular, highlights the fact that a disabled student applying for an SOGD must initially complete an application for a full-time or part-time Canada Student Loan in order to establish his or her financial needs. Needs related to the disability are assessed separately. The question then is: should we conclude that because receipt of an SOGD depends, in part, upon the assessment of an applicant's financial needs, that such a grant is more akin to a social assistance payment under paragraph 56(1)(u) than to a bursary under paragraph 56(1)(n)?

[49] Many of the dictionary definitions of the word "bursary" refer to the notion of financial need when delineating a bursary or grant. This is also what differentiates scholarships from bursaries. The former is often awarded to recognize excellence in the academic field, while the latter is usually awarded to provide financial assistance to a student. Both words are used in paragraph 56(1)(n).

[50] If the true purpose of a bursary is to provide financial assistance to students, then it makes no sense

l'alinéa 110(1)f) [mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 49; ch. 7, ann. II, art. 78; ann. VIII, art. 45] de la Loi.

[47] L'argument de l'appelant repose sur le texte de l'alinéa 56(1)u), qui définit une « prestation d'assistance sociale » comme une prestation payée après examen des « ressources, des besoins et du revenu ». L'appelant dit que la SEH entre dans cette définition, puisqu'elle est accordée après examen des besoins, c'est-à-dire qu'un candidat qui présente sa demande en Ontario doit d'abord faire reconnaître son besoin d'aide financière selon le RAFFEO. À première vue, l'argument de l'appelant n'est pas sans fondement, mais, finalement, il ne peut être admis.

[48] Après examen des documents versés dans le dossier, documents qui concernent les prêts et bourses versés aux étudiants en général et l'aide apportée aux étudiants handicapés en particulier, on constate qu'un étudiant handicapé qui demande une SEH doit d'abord remplir une demande de prêt canadien pour étudiant à temps partiel ou à temps plein, afin d'établir ses besoins financiers. Les besoins rattachés à l'invalidité sont évalués séparément. La question est alors la suivante : devrions-nous conclure que, parce que le bénéfice d'une SEH dépend en partie de l'évaluation des besoins financiers d'un candidat, une telle subvention ressemble davantage à une prestation d'assistance sociale au sens de l'alinéa 56(1)u) qu'à une bourse d'études au sens de l'alinéa 56(1)n)?

[49] Nombre des définitions données par les dictionnaires pour le mot « bourse » se réfèrent à la notion de besoin financier pour circonscrire une bourse ou une subvention. C'est également ce qui distingue en anglais les *scholarships* (bourses d'excellence) des *bursaries* (bourses d'études). Une bourse d'excellence est souvent accordée à un étudiant en reconnaissance de l'excellence de ses résultats, alors qu'une bourse d'études est en général accordée à titre d'aide financière à un étudiant. Les deux mots (*scholarships* et *bursaries*) sont employés dans la version anglaise de l'alinéa 56(1)n).

[50] Si l'objet véritable d'une « bursary » (bourse d'études) est d'apporter une aide financière aux

to exclude from the definition thereof funds awarded on condition that financial needs be assessed. Such a conclusion would have the effect of excluding from the definition of bursary all grants attributed pursuant to the CSFAA. Another common feature of the definition of bursary is the fact that a bursary is granted to students to enable them to pursue their studies. In my view, this is the core purpose of a bursary: to provide help to a student, not in a generic way, but specifically to enable him or her to pursue his or her education. Consequently, in order to determine whether an income-tested grant falls under the category of “bursary” or of “social assistance payment,” its core purpose must be determined. At paragraph 46 of his reasons, the Tax Court Judge addressed this issue in the following terms:

... there is no justification for regarding the SOG payment to the appellant as other than a bursary as contemplated by that provision. It does not meet the criteria associated with a social assistance payment in the ordinary sense in which that term is employed within various pieces of legislation. It would require one to ignore the context of the SOG payment and its purpose which is inextricably linked to a facet of post-secondary education and - instead - to prefer a definition that is generally applicable to a program of broad-based, generic government funding more appropriately associated with ameliorating the effects of lower income levels on individuals and families over a longer term. [Emphasis added.]

[51] As I have already indicated, the SOGD is not available to all disabled students, but only to those who meet the financial and educational criteria. This criteria, as the Tax Court Judge points out, correctly in my view, makes clear the link between the SOGD and the applicant’s pursuit of post-secondary education.

[52] Consequently, I am satisfied that the SOGD granted to the appellant falls within the ambit of paragraph 56(1)(n) of the Act and that, in so concluding, the Tax Court Judge made no error. I therefore turn to the Charter issue.

étudiants, alors il n’est pas logique d’exclure de la définition de ce mot les sommes accordées sous condition d’évaluation des besoins financiers. Cela équivaudrait en effet à exclure de la définition de « *bursary* » toutes les subventions accordées en application de la LFAFE. Une autre caractéristique commune de la définition de « *bursary* » est le fait qu’une telle bourse est accordée aux étudiants pour leur permettre de continuer leurs études. À mon avis, c’est là l’objet fondamental d’une « *bursary* » : apporter une aide à un étudiant, non d’une manière générique, mais expressément pour l’aider à avancer dans ses études. Par conséquent, pour savoir si une subvention versée sous condition de vérification du revenu entre dans la catégorie des « bourses d’études » ou des « prestations d’assistance sociale » il faut déterminer son objet premier. Au paragraphe 46 de ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt disposait de cet aspect dans les termes suivants :

À mon avis, il n’y a aucune raison de qualifier le paiement de la SCE à l’appelant autrement que comme une bourse visée par cette disposition. Ce paiement ne répond pas aux critères associés à une prestation d’assistance sociale selon la signification ordinaire de cette expression dans diverses dispositions législatives. Pour que cela soit le cas, il faudrait ignorer le contexte dans lequel le paiement de la SCE a été versé ainsi que le but visé par ce paiement, qui est inextricablement lié à un aspect de l’enseignement postsecondaire, et préférer plutôt une définition qui s’applique généralement à un programme gouvernemental de financement à grande échelle et généralisé associé plus justement à l’allègement des effets des bas revenus sur les particuliers et sur les familles dans le long terme. [Non souligné dans l’original.]

[51] Comme je l’ai déjà dit, la SEH n’est pas offerte à tous les étudiants handicapés, mais seulement à ceux qui répondent aux critères touchant les études et la situation financière. Ces critères, ainsi que le fait observer le juge de la Cour de l’impôt, et à juste titre à mon avis, font ressortir le lien entre la SEH et la poursuite d’études postsecondaires par le candidat.

[52] Je suis donc d’avis que la SEH accordée à l’appelant entre dans le champ de l’alinéa 56(1)n) de la Loi et que, en concluant de la sorte, le juge de la Cour de l’impôt n’a commis aucune erreur. Je passe donc à la question qui concerne la Charte.

[53] The constitutional validity of the inclusion of the SOGD in his income was challenged by the appellant before the Tax Court and the Tax Court Judge concluded that its inclusion did not violate his section 15 rights.

[54] Before reaching his conclusion, the Tax Court Judge properly laid out the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 at paragraph 76, to establish whether discrimination had occurred: (1) Does paragraph 56(1)(n) of the Act impose differential treatment between the appellant and other students, in purpose or effect?; (2) Is the enumerated ground of disability the basis for the differential treatment?; (3) Does paragraph 56(1)(n) of the Act have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee?

[55] After accepting the comparator group chosen by the appellant, i.e. the group of non-disabled students receiving bursaries, grants, fellowships or scholarships, who are not required to incur expenses for accommodation services merely to access the classroom from a physical standpoint or to comprehend course material, the Judge dealt with the first branch of the *Law* test, differential treatment. He concluded that taxation of the SOGD resulted from the nature of the funding without reference to any personal characteristics of the appellant. As a result, he concluded that paragraph 56(1)(n) did not draw any formal distinction between the appellant and those to whom he was compared. The essence of the Judge's reasoning is found at paragraphs 84 and 86 of his reasons:

Turning to the facts relevant to the within appeal, the SOG was made available to the appellant only after he had demonstrated financial need, the overarching component within the particular structure designed in accordance with the overall program concerned with financing students through loans and grants. All students receiving financial aid in a form satisfying the ordinary definitions of the words used within paragraph 56(1)(n) of the *Act*, were required to include the taxable portion thereof into income. This requirement applied whether the grant was for the specific purpose of enabling a

[53] La validité constitutionnelle de l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appellant a été contestée par l'appellant devant la Cour de l'impôt, et le juge de la Cour de l'impôt a estimé que cette inclusion ne portait pas atteinte aux droits de l'appellant protégés par l'article 15.

[54] Avant d'arriver à sa conclusion, le juge de la Cour de l'impôt a exposé correctement, au paragraphe 76, le critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, pour savoir s'il y avait eu discrimination : 1) L'alinéa 56(1)n) de la Loi impose-t-il une différence de traitement entre l'appellant et les autres étudiants, dans son objet ou dans son effet? 2) La différence de traitement est-elle fondée sur le motif énuméré qu'est la déficience? 3) L'alinéa 56(1)n) de la Loi impose-t-il un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité?

[55] Après avoir accepté le groupe de référence choisi par l'appellant, c'est-à-dire le groupe des étudiants non handicapés bénéficiant de bourses d'études, de subventions, de bourses de perfectionnement ou de bourses d'excellence, lesquels ne sont pas astreints à payer des services d'accommodation simplement pour accéder à la salle de classe sur un plan physique ou pour comprendre le matériel d'enseignement, le juge a examiné le premier volet du critère de l'arrêt *Law*, à savoir la différence de traitement. Il est arrivé à la conclusion que l'assujettissement de la SEH à l'impôt résultait de la nature du soutien financier, sans qu'interviennent les caractéristiques personnelles de l'appellant. Selon lui, par conséquent, l'alinéa 56(1)n) n'établissait aucune distinction de fond entre l'appellant et ceux auxquels il était comparé. L'essentiel du raisonnement du juge se trouve aux paragraphes 84 et 86 de ses motifs :

Si l'on revient aux faits pertinents au présent appel, la SCE n'a été allouée à l'appellant qu'après que ce dernier ait prouvé ses besoins financiers, c'est-à-dire la clef de voûte de cette structure particulière conçue conformément au programme d'ensemble qui vise à financer des étudiants au moyen de prêts et de subventions. Tous les étudiants qui reçoivent une aide financière sous une forme qui correspond aux définitions générales des termes employés dans l'alinéa 56(1)n) de la *Loi* sont tenus d'inclure dans leur revenu la fraction imposable de cette aide. Cette obligation s'applique peu importe que la

student to receive funds to cover the cost of transportation to and from the educational institution or to pay tuition and related fees, purchase books and supplies, compensate tutors or acquire specialized equipment and services. In terms of specific expenditures, there will, of course, be differences depending on the nature and intent of the financial aid and the needs of the recipient as recognized by the awarding of a particular bursary, fellowship or scholarship. The specificity of the purpose of the bursary does not amount to differential treatment nor does verification of the amounts expended. The other groups eligible for SOGs were female doctoral students and students with dependent children. There is no cogent evidence concerning the nature of restrictions imposed upon the recipients but it is safe to assume the terms under which their grants were provided were substantially broader in nature than those applicable to Simser. He applied for funding in order to obtain certain services - real-time captioning and sign language interpretation - and the bursary was awarded - albeit in a lesser amount than he had sought - in order that those necessary services could be obtained for the purpose of permitting him to attend the Bar Admission Course. However, all three categories required potential recipients to demonstrate financial need and to submit the appropriate documentation to support the claim of eligibility on that ground as well as to demonstrate conformity with several other terms and conditions. In the case of an SOG paid to a student with dependents, the recipient probably did not have to account for specific purchases of baby food, diapers, and other ordinary items acquired for the benefit of the children but it is reasonable to assume there were certain conditions - applicable both before and after the awarding of the grant - which were binding upon that student in a general sense. Obviously, the purpose of aiding students with their education - by making funds available to alleviate burdens created by financial need - is not to provide funds to purchase items considered as recreational in nature or to enable a student to participate in activities not having a reasonable and demonstrable link with the particular educational pursuit.

...

In the within appeal, the taxable nature of the SOG received by the appellant is due to the nature of the funding without reference to any personal characteristics. The specific provision of the Act - paragraph 56(1)(n) - does not draw any formal distinction between Simser and other students - whether they were disabled, recipients of another category of SOG or non-disabled students obtaining financial aid by way of a bursary, scholarship or fellowship. The legislation seeks

subvention vise précisément à permettre à un étudiant d'obtenir des fonds afin de défrayer son transport pour se rendre à l'établissement d'enseignement et en revenir, ou bien qu'elle vise à défrayer les frais de scolarité et autres frais connexes, à acheter des livres et des fournitures, à indemniser des tuteurs, ou à acquérir de l'équipement ou des services spécialisés. Sur le plan des dépenses particulières, il y aura bien sûr des différences selon la nature et le but de l'aide financière, et selon les besoins du bénéficiaire, selon les modalités d'attribution d'une bourse, d'une bourse de perfectionnement ou d'une bourse d'études en particulier. La spécificité de l'objet visé par la bourse ne constitue pas une différence de traitement, non plus que l'attestation des sommes dépensées. Les autres groupes admissibles à des SCE étaient les femmes qui poursuivent des études de doctorat et les étudiants ayant des enfants à charge. Il n'existe aucun élément de preuve convaincant concernant la nature des obligations imposées aux bénéficiaires, mais on peut présumer sans risque que les conditions auxquelles les subventions leur étaient accordées étaient plus générales que celles applicables à M. Simser. Ce dernier a déposé une demande d'aide financière en vue d'obtenir certains services, notamment de sous-titrage en temps réel et d'interprétation du langage gestuel, et une bourse lui a été accordée, bien que moindre que ce à quoi il s'attendait, afin qu'il puisse obtenir ces services nécessaires pour suivre le cours de formation professionnelle du Barreau. Cependant, ces trois catégories d'aide financière assujettissaient leurs éventuels bénéficiaires aux obligations de prouver leurs besoins financiers, de documenter leur admissibilité pour ce motif, et de se conformer à plusieurs autres conditions. Le bénéficiaire d'une SCE versée à un étudiant ayant des personnes à charge n'avait probablement pas à justifier l'achat d'articles précis, tels que des aliments pour bébé, des couches et autres articles ordinaires nécessaires aux enfants, mais on peut raisonnablement présumer que certaines conditions, applicables tant avant qu'après l'octroi de la subvention, liaient en général l'étudiant. De toute évidence, l'objet consistant à aider les étudiants à poursuivre leurs études en leur allouant des fonds pour alléger les contraintes imposées par les besoins financiers, ne vise pas à financer l'achat d'articles considérés comme récréatifs, ou à permettre à un étudiant de participer à des activités à l'égard desquelles il est impossible de prouver une relation raisonnable avec la poursuite d'études particulières.

[...]

Dans le présent appel, l'impossibilité [sic] de la SCE reçue par l'appellant découle de la nature de cette source de financement, sans aucun égard aux caractéristiques personnelles. La disposition précise de la Loi, soit l'alinéa 56(1)n, n'établit aucune distinction formelle entre M. Simser et les autres étudiants, peu importe qu'ils aient été handicapés, qu'ils aient bénéficié d'une autre catégorie de SCE ou qu'ils aient été des étudiants non handicapés qui ont obtenu une aide

to tax money provided through various sources to persons who - by ordinary definition of those terms - are engaged in the pursuit of education. The paragraph draws a distinction between the aforementioned categories in that an amount received as a prize is only taxable if awarded for achievement in a field of endeavour ordinarily carried on by the taxpayer. [Emphasis added.]

[56] The Judge then considered whether paragraph 56(1)(n) failed to take into account the appellant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively different treatment between him and others on the basis of his disability. After carefully reviewing the relevant evidence, the Judge concluded that paragraph 56(1)(n) of the Act did not fail to take into account the appellant's disadvantaged position. At paragraphs 92-94 of his reasons, the Judge explains his conclusion as follows:

The appellant faced a communication barrier due to his profound deafness and required financial assistance to overcome that hurdle. Other students whether disabled or not and whether eligible for SOGs or a myriad of other forms of financial assistance - based on a multitude of criteria - also required funding to overcome some circumstance that created an otherwise seemingly insurmountable barrier to that important pursuit. Some students might belong to a disadvantaged group within Canadian society as in the case of an aboriginal student living in an area of extremely high unemployment affected by a devastatingly low per capita annual income. As discussed earlier in another context, the requirement that the receipt of need-based funding must be included into income is based on the premise that all students will be treated equally rather than attempting to create specialized categories within that broad group even though the downstream effect will vary from person to person - at tax time - depending on a multitude of other factors including the amount of other taxable income received during that taxation year. Even in 1997, there was recognition that recipients of amounts included within paragraph 56(1)(n) of the Act were entitled to a \$500 exemption from taxation. That amount - appropriately so - has since been increased to \$3,000. The position of the appellant is that the Minister should have looked beyond the mere form of the payment issued pursuant to the BSWD portion of the SOG program which - in turn - was part of the overall student financing framework of the Canada Student Loans Program. By delving deeper into the true nature of the bursary, the appellant argues the Minister could have ascertained that it was expended - as required - for the sole purpose of purchasing those accommodation services

financière sous forme de bourse, de bourse d'études ou de bourse de perfectionnement. Cette disposition législative vise à imposer les sommes d'argent distribuées par divers moyens aux personnes qui, selon la définition ordinaire de cette expression, poursuivent des études. L'alinéa établit une distinction entre les catégories susmentionnées en n'imposant un prix en argent que si ce prix récompense une œuvre remarquable réalisée dans un domaine d'activité habituel du contribuable. [Non souligné dans l'original.]

[56] Puis le juge s'est demandé si l'alinéa 56(1)n) négligeait de prendre en compte la position déjà défavorisée de l'appelant au sein de la société canadienne, une position entraînant une différence réelle de traitement entre lui et les autres en raison de son handicap. Après un examen attentif de la preuve, le juge a conclu que l'alinéa 56(1)n) de la Loi n'oubliait pas de prendre en compte la position défavorisée de l'appelant. Aux paragraphes 92 à 94 de ses motifs, le juge explique ainsi sa conclusion :

Ce dernier [l'appelant] devait faire face à une barrière à la communication en raison de sa surdité profonde et il avait besoin d'une aide financière pour surmonter cet obstacle. Les autres étudiants, qu'ils aient ou non été handicapés et admissibles à une SCE ou à une myriade d'autres formes d'aide financière en fonction de nombreux critères, avaient également besoin d'une aide financière pour composer avec certaines circonstances qui avaient érigé une barrière par ailleurs tout aussi insurmontable apparemment à la poursuite de leurs études. Certains étudiants peuvent faire partie d'un groupe défavorisé de la société canadienne, comme c'est le cas, par exemple, pour un étudiant autochtone qui vit dans une région où le taux de chômage est extrêmement élevé et qui est touchée par un revenu annuel par habitant terriblement faible. Comme il a été mentionné précédemment dans un autre contexte, l'obligation d'ajouter au revenu les fonds accordés en fonction des besoins repose sur le principe de l'égalité de traitement de tous les étudiants au lieu de la tentative de créer des catégories spéciales au sein du regroupement plus large, même si l'effet en aval varie d'une personne à l'autre, au moment de l'imposition, selon de nombreux autres facteurs dont le montant des autres revenus imposables perçus pendant cette année d'imposition-là. Même en 1997, on reconnaissait que les bénéficiaires de sommes incluses aux termes de l'alinéa 56(1)n) de la Loi avaient droit à une exonération d'impôt de 500 \$. À juste titre, cette exonération a été augmentée depuis lors à 3 000 \$. Selon l'appelant, le ministre n'aurait pas dû s'arrêter à la forme du paiement qui lui a été versé à titre de BEPH octroyée dans le cadre du programme de SCE, lequel représentait un élément du cadre général d'aide financière aux étudiants constitué par le Programme canadien

enabling him to access the classroom on an equal basis. The appellant submitted the omission of that second step fails to take into account his lifelong disadvantaged position - as a deaf person - and that the refusal to refine the meaning of a bursary so as to exclude accommodation funding - as defined by experts - results in substantively differential treatment between himself and other students at the Bar Admission Course based solely on his personal characteristic, namely, deafness.

Taking all of the relevant evidence into account, I cannot find that the Minister was required to interpret paragraph 56(1)(n) of the Act in such a manner as to create a difference between the appellant and other recipients of bursaries, fellowships, scholarships and taxable prizes, in order that the payment to the appellant could be exempted from taxation. . . .

In my view, the appellant has failed to demonstrate that paragraph 56(1)(n) of the *Act* failed to take into account his position within the category of already disadvantaged persons in a manner that resulted in substantively differential treatment between himself and other bursary recipients on the basis that he was deaf and required certain specialized services in order to pursue his education. [Emphasis added.]

[57] In concluding as he did, the Tax Court Judge considered that many non-disabled students required funding to assist them in overcoming circumstances that present otherwise “seemingly unsurmountable” barriers to education and that, as a result, there was no basis for the Minister to interpret paragraph 56(1)(n) of the *Act* in a way which would differentiate between the appellant and other recipients of bursaries so as to exempt the SOGD from the appellant’s income.

[58] The appellant argues that paragraph 56(1)(n) treats him in a different manner by reason of the fact that non-disabled students who receive grants or bursaries may use them for various purposes, whereas his use of the SOGD is restricted to the purchase of those services

de prêts aux étudiants. L’appelant soutient qu’en examinant d’un peu plus près la nature véritable de cette bourse, le ministre aurait pu établir que les fonds avaient été dépensés réglementairement dans le seul but d’acquérir les services d’adaptation qui lui permettaient de suivre ses cours en classe sur le même pied d’égalité que les autres étudiants. L’appelant a soutenu que l’omission de la deuxième démarche fait défaut de tenir compte du caractère viager de sa situation défavorisée, en tant que personne atteinte de surdité, et que le refus de cerner la portée d’une bourse de manière à exclure l’aide financière pour l’obtention de services d’adaptation, comme les experts les définissent, donne lieu à une différence de traitement importante entre lui et les autres étudiants inscrits au cours de formation professionnelle du Barreau, en raison uniquement de sa caractéristique personnelle, c’est-à-dire, la surdité.

Compte tenu de la totalité des éléments de preuve pertinents, il m’est impossible de conclure que le ministre était tenu d’interpréter l’alinéa 56(1)n) de la Loi de manière à établir entre l’appelant et les autres bénéficiaires d’une bourse, d’une bourse de perfectionnement, d’une bourse d’études ou d’une récompense imposable, une distinction permettant l’exonération fiscale du paiement versé à l’appelant [ . . . ]

  mon avis, l’appelant ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de prouver que l’alinéa 56(1)n) de la *Loi* avait omis de tenir compte de sa situation dans la catégorie des individus déjà défavorisés, d’une manière qui créait une différence de traitement important entre lui et d’autres bénéficiaires de bourse parce qu’il était sourd et avait besoin de certains services spécialisés pour poursuivre ses études. [Non souligné dans l’original.]

[57] Pour conclure comme il l’a fait, le juge de la Cour de l’impôt a estimé que nombre d’étudiants non handicapés avaient besoin d’une aide financière pour composer avec des circonstances qui avaient érigé une barrière par ailleurs « tout aussi insurmontable apparemment » à la poursuite de leurs études et que, en conséquence, le ministre n’avait aucune raison d’interpréter l’alinéa 56(1)n) de la *Loi* d’une manière qui établirait une différence entre l’appelant et les autres bénéficiaires de bourses d’études et qui permettrait de soustraire à l’impôt la SEH reçue par l’appelant.

[58] L’appelant fait valoir que l’alinéa 56(1)n) le traite d’une manière différente parce que les étudiants non handicapés qui reçoivent des subventions ou des bourses peuvent les utiliser à diverses fins, alors que lui doit affecter la SEH à l’achat des services dont il a

which he requires in order to access the classroom. The appellant further says that the group of non-disabled students does not have a need to be accommodated in the classroom.

[59] Before dealing with the first branch of the *Law* test, a few comments are in order. The appellant and the interveners place great emphasis on the fact that the Supreme Court of Canada has held that section 15 of the Charter comprises a duty to provide accommodation (see for example: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504 [hereinafter *Martin*]). Their arguments share a common premise, i.e. that the SOGD was granted to the appellant by reason of his right to accommodation. I have already explained why I am of the view that that submission is incorrect and I now propose to show that the appellant's right to be accommodated is not relevant to the analysis of paragraph 56(1)(n) of the Act which must be made in the context of section 15 of the Charter.

[60] My view of the matter is based upon a strict understanding of the right to accommodation as opposed to the broad view advocated by both the appellant and the interveners. The right to be accommodated is one which pertains to access to a specific service and must be exercised against the institution whose duty it is to accommodate. In the present matter, the right to be accommodated which the appellant invokes is the right to be accommodated in the classroom while attending the bar admission course. The corresponding duty of accommodating the appellant appears to have been that of the Law Society, by reason of the relevant provisions of the Ontario *Human Rights Code*.

[61] If a duty to provide accommodation in the classroom can be enforced upon a government entity through section 15 of the Charter, it must necessarily be

besoin dans la salle de cours. L'appellant dit aussi que le groupe des étudiants non handicapés ne requiert pas d'aménagements spéciaux dans la salle de cours.

[59] Avant d'aborder le premier volet du critère de l'arrêt *Law*, quelques commentaires s'imposent. L'appellant et l'intervenante accordent beaucoup d'importance au fait que la Cour suprême du Canada a jugé que l'article 15 de la Charte englobe une obligation de consentir des aménagements spéciaux (voir par exemple l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; et l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504 [ci-après *Martin*]). Leurs arguments reposent sur un postulat commun, c'est-à-dire que la SEH a été accordée à l'appellant en raison de son droit d'obtenir des aménagements spéciaux. J'ai déjà expliqué pourquoi je suis d'avis que cet argument est fautif, et je me propose maintenant de montrer que le droit de l'appellant à des aménagements spéciaux n'intéresse pas l'analyse de l'alinéa 56(1)n) de la Loi, analyse qui doit être faite dans le contexte de l'article 15 de la Charte.

[60] La manière dont je vois la question repose sur une interprétation stricte du droit à des aménagements spéciaux, par opposition à la perspective générale préconisée par l'appellant et par l'intervenante. Le droit d'obtenir des aménagements spéciaux est un droit qui concerne l'accès à un service particulier, et il doit être exercé contre l'institution à qui il incombe de fournir les aménagements en question. Dans la présente affaire, le droit auquel prétend l'appellant est le droit de bénéficier d'aménagements spéciaux dans la salle de classe tant qu'il suit le cours de formation professionnelle du Barreau. L'obligation correspondante de consentir des aménagements spéciaux à l'appellant semble avoir été celle du Barreau, en raison des dispositions applicables du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

[61] Si l'obligation de consentir des aménagements spéciaux dans la salle de classe est exécutoire à l'encontre d'un organe gouvernemental par l'effet de



so in cases where a public entity is charged with the duty of providing the educational service in question, as in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, where the provision of special education clearly fell under the authority of the Ontario Ministry of Education and the Board of Education by delegation.

[62] In a similar way, in *Eldridge*, the issue was accommodation of deaf patients' needs in the context of the provision of medical services by public hospitals, pursuant to the British Columbia *Hospital Insurance Act* [R.S.B.C. 1996, c. 204]. Again, the question at issue was access to public services.

[63] In *Martin*, the issue was not one of access to services, but rather of eligibility to disability benefits. What triggered a section 15 analysis in that case was the differential treatment imposed upon injured workers suffering chronic pain by reason of the exclusion of chronic pain from the application of the workers' compensation system in the province of Nova Scotia, as a result of which the appellant was denied a permanent partial disability award. This differential treatment was found to be discriminatory and could not be seen as "reasonable limits prescribed by law."

[64] It is in the context of deciding whether the differential treatment was discriminatory that Gonthier J., in *Martin*, concluded that the regime in place for chronic pain under the relevant statute did not respond to the specific needs of workers suffering from chronic pain. In this context, Gonthier J. emphasized the duty to accommodate state action to the specific circumstances of disabled individuals. At paragraph 93 of his reasons, he makes the following remarks:

... [the rationale underlying the prohibition against discrimination] is to allow for the recognition of the special needs and actual capacities of persons affected by a broad variety of different disabilities in many different social contexts. In accordance with this rationale, s. 15(1) requires a considerable

l'article 15 de la Charte, ce doit nécessairement être dans les cas où il incombe à un organe public d'offrir l'enseignement en question, comme c'était le cas dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, une affaire où la responsabilité des classes pour élèves en difficulté incombait clairement au ministère de l'Éducation de l'Ontario et, par délégation, au conseil scolaire.

[62] De même, dans l'arrêt *Eldridge*, la question portait sur les dispositions à prendre pour répondre aux besoins des patients atteints de surdité, dans le contexte des services médicaux fournis par les hôpitaux publics, en application du *Hospital Insurance Act* de la Colombie-Britannique [R.S.B.C. 1996, ch. 204]. Il s'agissait là encore de l'accès à des services publics.

[63] Dans l'arrêt *Martin*, il ne s'agissait pas de l'accès à des services, mais plutôt de l'admissibilité à des prestations d'invalidité. Ce qui avait déclenché dans cette affaire une analyse fondée sur l'article 15, c'était la différence de traitement que subissaient les accidentés du travail souffrant de douleur chronique, et cela parce que la douleur chronique était exclue de l'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail dans la province de la Nouvelle-Écosse, la conséquence étant que l'appelant s'était vu refuser une indemnité pour incapacité partielle permanente. Cette différence de traitement a été jugée discriminatoire, sans qu'elle puisse être légitimée par une règle de droit « dans des limites qui soient raisonnables »

[64] Appelé à dire si la différence de traitement était discriminatoire, le juge Gonthier a conclu, dans l'arrêt *Martin*, que le régime institué pour la douleur chronique dans la loi de la Nouvelle-Écosse ne répondait pas aux besoins spécifiques des travailleurs souffrant de douleur chronique. Le juge Gonthier a souligné dans ce contexte l'obligation d'adapter l'action de l'État aux circonstances particulières des personnes handicapées. Au paragraphe 93 de ses motifs, il fait les observations suivantes :

[...] [la raison d'être de l'interdiction de la discrimination] est de permettre la reconnaissance des besoins particuliers et des capacités véritables de personnes qui, dans des contextes sociaux très variés, sont atteintes de déficiences très différentes les unes des autres. Conformément à cette raison

degree of reasonable accommodation and adaptation of state action to the circumstances of particular individuals with disabilities.

[65] In the present matter, neither the Ministry of Education nor HRDC had a duty of providing educational services to the appellant. The SOGD was not granted to the appellant in response to a duty to accommodate him in the classroom, but rather, was part of a program of financial assistance for students who qualified under the CSFAA and its Regulations. The duty to accommodate the appellant in the classroom, as I have now indicated on a number of occasions, was likely that of the Law Society.

[66] The appellant applied for and was granted an SOGD. No argument was made before the Tax Court Judge nor before us that HRDC or the Ministry of Education did not adapt their grant policy to the specific needs, capabilities and circumstances of the appellant. Since the appellant was found to meet the requirements for the issuance of an SOGD, he received a positive answer and, to the extent that the Ministry of Education and HRDC owed him, in this context, a duty to accommodate his needs, that duty has been met. Consequently, this is not a case similar to *Martin* or *Granovsky*, where eligibility to benefits was at issue.

[67] The specific question raised by this appeal is whether the inclusion of the SOGD in the appellant's income under paragraph 56(1)(n) of the Act is discriminatory. That question can be answered by following the steps outlined in *Law*, keeping in mind the conclusion which I have reached that the SOGD was not awarded to the appellant in fulfilment of a duty of accommodation.

[68] As I indicated earlier, the Tax Court Judge accepted the comparator group chosen by the appellant and there is no disagreement between the parties on this issue.

[69] I begin with the first branch of the *Law* test: does paragraph 56(1)(n) of the Act either actually distinguish

d'être, le par. 15(1) oblige l'État à agir, dans une large mesure, d'une manière qui tienne compte raisonnablement de la situation particulière de certaines personnes atteintes d'une déficience.

[65] En l'espèce, ni le ministère de l'Éducation ni DRHC n'avaient l'obligation de donner un enseignement à l'appelant. La SEH n'a pas été accordée à l'appelant en exécution d'une obligation de lui venir en aide dans la salle de classe, mais elle s'inscrivait plutôt dans un programme d'aide financière qui s'adressait aux étudiants répondant aux conditions de la LFAFE et de son Règlement. L'obligation de venir en aide à l'appelant dans la salle de classe, comme je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, incombait probablement au Barreau.

[66] L'appelant a demandé une SEH et il l'a obtenue. Nul n'a prétendu devant le juge de la Cour de l'impôt, ni devant nous, que DRHC ou le ministère de l'Éducation n'a pas adapté sa politique de subventions aux nécessités, capacités et circonstances particulières de l'appelant. Comme l'appelant répondait aux conditions imposées pour l'attribution d'une SEH, il a reçu une réponse favorable et, dans la mesure où le ministère de l'Éducation et DRHC avaient envers lui l'obligation de répondre à ses besoins, cette obligation a été remplie. Par conséquent, la présente affaire n'est pas assimilable aux circonstances de l'affaire *Martin* ou à celles de l'affaire *Granovsky*, qui toutes deux concernaient l'admissibilité à des prestations.

[67] La question précise soulevée par le présent appel est celle de savoir si l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant en application de l'alinéa 56(1)n) de la Loi est discriminatoire. On peut répondre à cette question en suivant les étapes décrites dans l'arrêt *Law*, gardant à l'esprit la conclusion à laquelle je suis arrivé : la SEH n'a pas été accordée à l'appelant pour remplir une obligation d'accommodation.

[68] Comme je l'ai dit précédemment, le juge de la Cour de l'impôt a accepté le groupe de référence choisi par l'appelant, et il n'y a pas de désaccord entre les parties sur cet aspect.

[69] Je commencerai par le premier volet du critère de l'arrêt *Law* : l'alinéa 56(1)n) de la Loi fait-il véritable-

between the appellant and others on the grounds of one or more personal characteristics, or result in substantively different treatment on the basis of such characteristics by failing to take into account the appellant's already disadvantaged position.

[70] Paragraph 56(1)(n) does not make any distinction between recipients of an SOGD and recipients of other SOGs. The inclusion of such grants in a taxpayer's income applies to all special opportunity grants under the CSFAA and its Regulations, and more generally to all bursaries. Thus, in the eyes of Revenue Canada, the SOGD does not enjoy a special status. It is treated like all other grants, bursaries and scholarships which are given to students on account of various considerations, such as financial need, scholastic achievement, membership in a particular group, gender, race, etc. Whether or not these grants were given by reason of the personal characteristics of a recipient, they must be declared and included in a taxpayer's income.

[71] The analysis under the first part of the test must therefore assess whether the provision fails to take into account the SOGD recipient's disadvantaged position within Canadian society or, to put it differently, to assess a potential adverse effect of the provision. In *Eldridge*, La Forest J. emphasized the importance of being sensitive to the issue of adverse effects discrimination when disabled individuals are involved (at paragraph 64):

Adverse effects discrimination is especially relevant in the case of disability. The government will rarely single out disabled persons for discriminatory treatment. More common are laws of general application that have a disparate impact on the disabled. This was recognized by the Chief Justice in his dissenting opinion in *Rodriguez, supra*, where he held that the law criminalizing assisted suicide violated s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on the basis of physical disability. There, a majority of the Court determined, *inter alia*, that the law was saved by s. 1 of the *Charter*, assuming without deciding that it infringed s. 15(1). While I refrain from commenting on the correctness of the Chief Justice's conclusion on the application of s. 15(1) in that case, I endorse

ment, entre l'appelant et les autres étudiants, une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles, ou entraîne-t-il entre eux une différence réelle de traitement fondée sur de telles caractéristiques parce qu'il ne tient pas compte de la position déjà défavorisée de l'appelant?

[70] L'alinéa 56(1)n ne fait aucune distinction entre les bénéficiaires d'une SEH et les bénéficiaires de subventions d'autres types. L'inclusion de ces subventions dans le revenu d'un contribuable s'applique à toutes les subventions pour initiatives spéciales prévues par la LFAFE et son Règlement, et plus généralement à toutes les bourses d'études. Ainsi, aux yeux de Revenu Canada, la SEH ne jouit pas d'un statut particulier. Elle est considérée comme toutes les autres subventions, bourses d'études et bourses d'excellence qui sont accordées aux étudiants à divers titres, par exemple le manque de ressources, les résultats scolaires, l'appartenance à un groupe donné, le sexe, la race, etc. Que telles subventions aient été ou non accordées en raison des caractéristiques personnelles du bénéficiaire, elles doivent être déclarées et incluses dans le revenu du contribuable.

[71] L'analyse du premier volet du critère doit donc permettre de dire si la disposition néglige de tenir compte de la position défavorisée du bénéficiaire de la SEH au sein de la société canadienne ou, en d'autres termes, elle doit permettre d'évaluer l'effet préjudiciable possible de la disposition. Dans l'arrêt *Eldridge*, le juge La Forest soulignait l'importance d'être attentif à la question de la discrimination découlant d'effets préjudiciables, lorsqu'on a affaire à des personnes handicapées (au paragraphe 64) :

La discrimination découlant d'effets préjudiciables est particulièrement pertinente dans le cas des déficiences. Le gouvernement va rarement prendre des mesures discriminatoires à l'endroit des personnes handicapées. Il est plus fréquent que des lois d'application générale aient un effet différent sur ces personnes. Ce fait a été reconnu par le Juge en chef dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, où il a conclu que la règle de droit créant l'infraction d'aide au suicide portait atteinte au par. 15(1) de la *Charte* en établissant une distinction fondée sur la déficience physique. Dans cette affaire, notre Cour à la majorité a décidé, notamment, que la validité de la règle de droit était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, à supposer,

his general approach to the scope of that provision, which he set out as follows, at p. 549:

Not only does s. 15(1) require the government to exercise greater caution in making express or direct distinctions based on personal characteristics, but legislation equally applicable to everyone is also capable of infringing the right to equality enshrined in that provision, and so of having to be justified in terms of s. 1. Even in imposing generally applicable provisions, the government must take into account differences which in fact exist between individuals and so far as possible ensure that the provisions adopted will not have a greater impact on certain classes of persons due to irrelevant personal characteristics than on the public as a whole. In other words, to promote the objective of the more equal society, s. 15(1) acts as a bar to the executive enacting provisions without taking into account their possible impact on already disadvantaged classes of persons. [Emphasis added.]

[72] With respect to this branch of the test, the Tax Court Judge found that taxation resulted from the nature of the funding without reference to any personal characteristics. As a result, he concluded that paragraph 56(1)(n) did not draw, in purpose or effect, any distinction between the appellant and those with whom he was compared. The appellant submits that the Tax Court Judge, while taking into account the purpose of treating everyone equally, failed to consider the effect on disabled students. He makes two submissions as to why taxation of the SOGD results in an unequal impact upon persons with disabilities:

1. The disabled student has a right to accommodation. None of the other categories of students, who are a not disabled, have a *prima facie* need to be accommodated in the classroom. Hence, disabled students are singled out because they are paying tax while being accommodated on their Charter rights, unlike the other categories of Charter-protected groups and unlike students who do not come from traditionally

sans trancher la question, qu'elle portait atteinte au par. 15(1). Bien que je m'abstienne de me prononcer sur le bien-fondé de la conclusion du Juge en chef quant à l'application du par. 15(1) dans cette affaire, je souscris à son analyse générale de la portée de cette disposition, qu'il a énoncée ainsi, à la page 549 :

Non seulement le par. 15(1) impose-t-il au gouvernement une vigilance accrue dans l'établissement de distinctions expresses ou directes sur le fondement de caractéristiques personnelles, mais il fait aussi que des lois également applicables à tous peuvent porter atteinte au droit à l'égalité consacré dans cette disposition, et peuvent donc devoir être justifiées aux termes de l'article premier. Même en imposant des mesures universelles, le gouvernement doit tenir compte de différences qui existent en fait entre les individus et s'assurer, dans la mesure du possible, que les mesures adoptées n'auront pas, en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, des répercussions plus lourdes sur certaines catégories de personnes que sur l'ensemble de la population. En d'autres termes, pour favoriser l'objectif d'une société plus égale, le par. 15(1) s'oppose à ce que les autorités politiques édictent des mesures sans tenir compte de leur effet possible sur des catégories de personnes déjà défavorisées. [Non souligné dans l'original.]

[72] S'agissant de ce volet du critère, le juge de la Cour de l'impôt a estimé que l'assujettissement de la subvention à l'impôt résultait de la nature de l'aide financière, sans qu'intervienne une quelconque caractéristique personnelle. Il a donc conclu que l'alinéa 56(1)n) n'avait pas pour objet ou pour effet d'établir une distinction entre l'appelant et ceux auxquels il était comparé. L'appelant dit que le juge de la Cour de l'impôt a pris en compte la nécessité d'une égalité de traitement, mais qu'il n'a pas tenu compte de l'effet de la disposition sur les étudiants handicapés. Il avance deux arguments pour dire que l'assujettissement de la SEH à l'impôt n'a pas les mêmes effets sur les personnes atteintes d'un handicap :

1. L'étudiant handicapé a droit à des aménagements spéciaux. Aucune des autres catégories d'étudiants, ceux qui ne sont pas handicapés, n'a à première vue besoin d'aménagements dans la salle de classe. Les étudiants handicapés sont donc singularisés parce qu'ils sont assujettis à l'impôt alors qu'ils bénéficient d'aménagements au titre de leurs droits fondamentaux, contrairement aux autres groupes protégés par la Charte, et

disadvantaged communities.

2. Disabled students used to be accommodated by government funding institutions which serve persons who need accommodation. These institutional grants largely escaped any tax because the grants were given to institutions that did not pay tax, such as other levels of government, universities or colleges. Nowadays, disabled students are being taxed as an additional layer in between a transfer of funding from one level of government to another, although the institutions providing the education are responsible for accommodation. This is a logical absurdity which results in unequal treatment of disabled students. Such disabled students are being transformed from recipients of accommodation under a Charter right into recipients of what Revenue Canada artificially calls "income." Revenue Canada has, in essence, artificially created another transaction in the flow of income.

[73] The appellant's first submission is, in my view, without merit. His right to be accommodated is not, as I have already indicated, a generic right that he can enforce against the institution of his choice. The Law Society refused to accommodate him and, rather than pursuing the Law Society, the appellant chose to accept financial assistance from his employer, the Department of Justice, to cover the costs of services that, in all likelihood, should have been provided by the Law Society. The SOGD was not given to him by reason of a duty on the part of HRDC and the Ministry of Education to accommodate him, nor was it given to him exclusively on the basis of his disability. He received the grant by reason of his disability, his financial needs in the pursuit of his education and by reason of his attainment of a satisfactory scholastic standing.

[74] I note, in passing, that the material pertaining to the BSWD, the complement to the SOGD funded by the Ontario government, acknowledges the fact that the

contrairement aux étudiants qui ne viennent pas de milieux traditionnellement défavorisés.

2. Les étudiants handicapés étaient autrefois pris en charge par le gouvernement, qui finançait les établissements se consacrant aux personnes qui avaient besoin de services spéciaux. Ces subventions institutionnelles échappaient le plus souvent à l'impôt parce que les subventions étaient versées à des institutions qui ne payaient pas d'impôt, par exemple les autres niveaux de gouvernement, les universités ou les collèges. De nos jours, les étudiants handicapés sont imposés en tant que strate additionnelle intercalée dans un transfert de fonds d'un niveau de gouvernement à un autre, bien que les services dont ils ont besoin incombent aux établissements chargés de donner l'enseignement. C'est là une absurdité logique, qui entraîne une inégalité de traitement pour les étudiants handicapés. Ces étudiants handicapés passent du statut de bénéficiaires d'aménagements spéciaux en vertu d'un droit prévu par la Charte, à celui de bénéficiaires de ce que Revenue Canada appelle artificiellement un « revenu » Revenue Canada a en réalité établi artificiellement une autre opération dans le flux du revenu.

[73] Le premier argument de l'appelant est à mon avis dépourvu de fondement. Son droit d'obtenir des services spéciaux n'est pas, comme je l'ai déjà dit, un droit générique dont il serait créancier à l'encontre de l'établissement de son choix. Le Barreau a refusé de répondre à ses besoins spéciaux et, plutôt que de poursuivre le Barreau, l'appelant a choisi d'accepter l'aide financière de son employeur, le ministère de la Justice, pour payer le coût de services qui, tout probablement, auraient dû être fournis par le Barreau. La SEH ne lui a pas été versée en raison d'une obligation de DRHC et du ministère de l'Éducation de répondre à ses besoins particuliers, et elle ne lui a pas non plus été versée uniquement en raison de son handicap. Il a reçu la subvention parce qu'il avait un handicap, parce qu'il manquait de ressources pour continuer ses études et parce qu'il avait atteint un niveau et des résultats satisfaisants.

[74] Je relève en passant que le document se rapportant à la BEPH, qui complète la SEH financée par le gouvernement de l'Ontario, reconnaît que la

grant under that program is not linked to the duty of accommodation which might be owed to an applicant. The relevant material provides as follows (see Appeal Book, Vol. 2, Tab F-4, at page 216):

Expenses *not eligible* for funding under the BSWD include:

- Expenses for services and/or accommodations that are provided by the institution as part of the institutional obligation to accommodate persons with disabilities under the Ontario Human Rights Code”. [Emphasis in the original.]

[75] It therefore follows, in my view, that the appellant’s right to accommodation is of no relevance because neither HRDC nor the Ministry of Education owed him a duty.

[76] With respect to the appellant’s second argument on this issue, it must also fail. The appellant contends that although educational institutions are responsible for accommodation, disabled students are taxed as an additional layer when passing accommodation funds on from one level of government to another, thus creating an artificial flow of income. Although I am sympathetic to the appellant’s argument, it does not address what actually took place in the present matter: the Law Society (which is not a “level of government”) did not ask the appellant to apply for an SOGD as a condition of providing him with accommodation, but rather, it simply refused to accommodate him. The appellant was able to overcome the effect of this refusal when his employer agreed to fund him on the condition that he apply for the SOGD. The appellant does not argue that the Department of Justice owed him a duty of accommodation, nor that he should not have been compelled by his employer to apply for the SOGD.

[77] I fail to see the discriminatory effect of the inclusion of the bursary in the appellant’s income, compared with the inclusion of other bursaries in a taxpayer’s income. A number of bursaries are meant to help students overcome various barriers that would

subvention versée en vertu de ce programme n’est pas liée aux aménagements spéciaux auxquels pourrait avoir droit un candidat. Le document concerné renferme ce qui suit (voir dossier d’appel, vol. 2, onglet F-4, à la page 216) :

[TRADUCTION]

Les dépenses *non admissibles* à un financement au titre de la BEPH comprennent :

- les dépenses attribuables aux services ou aménagements qui sont fournis par l’établissement dans le cadre de son obligation de fournir des services spéciaux aux personnes handicapées, selon le Code des droits de la personne de l’Ontario. [Italique dans l’original.]

[75] Il s’ensuit donc, à mon avis, que le droit de l’appelant à des aménagements spéciaux est hors de propos, puisque ni DRHC ni le ministère de l’Éducation n’avaient une obligation envers lui.

[76] Quant au deuxième argument de l’appelant sur cet aspect, il n’est pas non plus recevable. L’appelant dit que, bien que les établissements d’enseignement doivent fournir les aménagements requis, les étudiants handicapés sont imposés en tant que strate additionnelle intercalée dans un transfert des fonds destinés à cette fin, d’un niveau de gouvernement à un autre, entraînant ainsi un flux artificiel de revenu. Je suis sensible à l’argument de l’appelant, mais cet argument passe à côté de ce qui s’est véritablement produit dans la présente affaire : le Barreau (qui n’est pas un « niveau de gouvernement ») n’a pas demandé à l’appelant de solliciter une SEH comme condition préalable de services spéciaux qu’il lui fournirait. Le Barreau a tout simplement refusé de lui fournir des services spéciaux. L’appelant a pu surmonter l’effet de ce refus lorsque son employeur a accepté de le soutenir financièrement, à la condition qu’il sollicite la SEH. L’appelant ne prétend pas que le ministère de la Justice était tenu de lui fournir des services spéciaux, et il ne dit pas non plus que le ministère de la Justice n’aurait pas dû l’obliger à solliciter la SEH.

[77] J’ai du mal à voir l’effet discriminatoire de l’inclusion de la bourse dans le revenu de l’appelant, par rapport à l’inclusion d’autres bourses d’études dans le revenu d’un contribuable. Plusieurs bourses d’études ont pour objet d’aider les étudiants à venir à bout de divers

otherwise preclude their access to education. It is, no doubt, intended that these bursaries will be used by the recipients for the purpose of overcoming these barriers, and I have no reason to doubt that they generally are used for this purpose. The fact that the appellant had no discretion whatsoever with respect to the use of the SOGD funds, by reason of the exigencies of the program, is not sufficient, in my view, to conclude that he was treated differently.

[78] As the respondent points out, the comparator group of non-disabled students receiving funding encompasses many persons who fall within groups that are afforded section 15 protection. While the barriers to education faced by these groups may be difficult to empirically quantify, costs that might at first glance appear to be personal or living expenses can prove, on closer scrutiny, to be barriers to equal participation in education.

[79] In my view, the appellant has failed to appreciate the similarity between his circumstances and those of other groups. His argument, that he differs from other non-disabled grant recipients because the nature of his expenditures simply puts him in the same position as other students, ignores the reality that many students require funding to be put in the same position as "other" students as well. The Tax Court Judge deals with this point at paragraph 84 of his reasons and he gives, *inter alia*, the example of students with dependent children:

In the case of an SOG paid to a student with dependents, the recipient probably did not have to account for specific purchases of baby food, diapers, and other ordinary items acquired for the benefit of the children but it is reasonable to assume there were certain conditions - applicable both before and after the awarding of the grant - which were binding upon that student in a general sense. Obviously, the purpose of aiding students with their education - by making funds available to alleviate burdens created by financial need - is not to provide funds to purchase items considered as recreational in nature or to enable a student to participate in activities not having a reasonable and demonstrable link with the particular educational pursuit.

obstacles qui autrement les empêcheraient de faire des études. L'idée est sans aucun doute de faire en sorte que ces bourses d'études soient utilisées par les bénéficiaires pour surmonter les obstacles en question, et je n'ai aucune raison de douter qu'elles sont généralement employées à cette fin. L'appellant n'était pas libre de disposer comme il l'entendait de la SEH, en raison des exigences du programme, mais cela ne permet pas selon moi de dire qu'il a été traité différemment.

[78] Comme le fait observer l'intimée, le groupe de référence, c'est-à-dire les étudiants non handicapés qui reçoivent un soutien financier, englobe de nombreuses personnes qui font partie de groupes bénéficiant de la protection de l'article 15. Il est sans doute difficile de mesurer empiriquement les obstacles que connaissent ces groupes en matière d'accès aux études, mais les coûts qui, à première vue, sembleront constituer des frais personnels ou des frais de subsistance peuvent se révéler, après examen plus attentif, des obstacles à l'égalité d'accès aux études.

[79] À mon avis, l'appellant n'a pas saisi la similitude entre sa situation et celle d'autres groupes. Son argument selon lequel il se distingue des autres bénéficiaires non handicapés parce que la nature de ses dépenses le place tout simplement dans la même position que les autres étudiants ne tient pas compte du fait que de nombreux étudiants ont besoin d'une aide financière pour être placés eux aussi dans la même position que d'« autres » étudiants. Le juge de la Cour de l'impôt aborde ce point au paragraphe 84 de ses motifs, et il donne notamment l'exemple des étudiants ayant des enfants à charge :

Le bénéficiaire d'une SCE versée à un étudiant ayant des personnes à charge n'aurait probablement pas à justifier l'achat d'articles précis, tels que des aliments pour bébé, des couches et autres articles ordinaires nécessaires aux enfants, mais on peut raisonnablement présumer que certaines conditions, applicables tant avant qu'après l'octroi de la subvention, liaient en général l'étudiant. De toute évidence, l'objet consistant à aider les étudiants à poursuivre leurs études en leur allouant des fonds pour alléger les contraintes imposées par les besoins financiers, ne vise pas à financer l'achat d'articles considérés comme récréatifs, ou à permettre à un étudiant de participer à des activités à l'égard desquelles il est impossible de prouver une relation raisonnable avec la poursuite d'études particulières.

[80] There can be no doubt that the purpose of a grant to students with dependent children is to provide access to education to these parents. Without the funding, the parents might well be unable to continue their education. Consequently, the effect of the funding is to place such parents in the same position as non-parents in terms of access to education. It goes without saying that these students still have to pay for their tuition, books and all other costs directly attributable to the course of studies.

[81] Before concluding, I wish to reiterate that the appellant did not receive the SOGD by reason only of his disability. It was his disability combined with his status of student in need of financial assistance which qualified him for the grant. Consequently, I fail to see how it can be said that the inclusion of the SOGD in the appellant's income results in a "substantively differential treatment" based on his personal characteristics.

[82] I have therefore not been persuaded that the inclusion of the SOGD in the appellant's income results in an unequal impact upon persons with disabilities. By reason of this conclusion, I need not address the second and third branches of the *Law* test.

[83] For these reasons, I would dismiss the appeal.

STONE J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

[80] Il ne fait aucun doute que l'objet d'une subvention versée à des étudiants ayant des enfants à charge est de permettre aux étudiants en question de faire des études. Sans ce soutien financier, ils pourraient bien ne pas être en mesure de faire des études. Par conséquent, l'effet du soutien financier est de mettre sur un pied d'égalité, pour l'accès aux études, les étudiants ayant des enfants à charge et les étudiants sans enfant à charge. Il va sans dire que les étudiants ayant des enfants à charge devront quand même payer leurs frais de scolarité, leurs livres et tous les autres frais directement rattachés à leurs études.

[81] Avant de conclure, je voudrais réaffirmer que l'appelant n'a pas reçu la SEH en raison simplement de son handicap. C'est son handicap, combiné à son statut d'étudiant manquant de ressources, qui lui a donné droit à la subvention. Par conséquent, je ne vois pas comment on peut dire que l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant entraîne pour lui une « différence réelle de traitement » fondée sur ses caractéristiques personnelles.

[82] Je n'ai donc pas été persuadé que l'inclusion de la SEH dans le revenu de l'appelant entraîne une inégalité pour les personnes handicapées. Vu cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *Law*.

[83] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel.

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

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.



2005 FCA 189  
A-536-04

2005 CAF 189  
A-536-04

**AstraZeneca Canada Inc. (Appellant)**

**AstraZeneca Canada Inc. (appelante)**

v.

c.

**The Minister of Health, The Attorney General of  
Canada and Apotex Inc. (Respondents)**

**Le ministre de la Santé, le procureur général du  
Canada et Apotex Inc. (intimés)**

A-535-04

A-535-04

**AstraZeneca Canada Inc. (Appellant)**

**AstraZeneca Canada Inc. (appelante)**

v.

c.

**The Minister of Health and The Attorney General of  
Canada (Respondents)**

**Le ministre de la Santé et le procureur général du  
Canada (intimés)**

and

et

**Apotex Inc. (Intervener)**

**Apotex Inc. (intervenante)**

**INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. v. CANADA  
(MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : ASTRAZENECA CANADA INC. c. CANADA  
(MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Noël, Sharlow and Malone  
J.J.A.—Ottawa, February 8 and May 18, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sharlow et Malone,  
J.C.A.—Ottawa, 8 février et 18 mai 2005.

*Patents — Practice — Appeal from F.C. order dismissing applications for judicial review of Minister of Health's decision to issue notice of compliance (NOC) to Apotex — NOC issued without Apotex addressing AstraZeneca's 2284470 ('470), 2186037 ('037) patents listed in respect of "Losec" 20 mg omeprazole capsules ("Losec" capsules) — "Losec" capsules marketed in Canada from 1989 to 1996 — NOC issued June 4, 1999 for '470, '037 patents, which claim new therapeutic use for omeprazole, and patents added to Patent Register in 2002, 2003 — Because "Losec" capsules not marketed pursuant to specific NOC in respect of which patents listed, Minister issuing NOC to Apotex without requiring that it, or anyone, address '470, '037 patents — Applications Judge holding not possible for generic drug to be compared to drug not available on Canadian market — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations), s. 5(1), which refers to other drug marketed in Canada pursuant to NOC issued to first person, not referring to particular notice of compliance — Apotex required to address '470, '037 patents — "Losec" capsules marketed in Canada from 1989 to 1996, not becoming new drug for purposes of NOC Regulations when approved for*

*Brevets — Pratique — Appel d'une ordonnance par laquelle la C.F. a rejeté les demandes de contrôle judiciaire visant la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex — L'AC a été délivré sans qu'Apotex ait eu à traiter des brevets n<sup>os</sup> 2284470 ('470) et 2186037 ('037) d'AstraZeneca inscrits à l'égard des gélules d'oméprazole « Losec » en doses de 20 mg (gélules « Losec ») — Les gélules « Losec » ont été commercialisées au Canada de 1989 à 1996 — Le 4 juin 1999, un AC a été délivré à l'égard des brevets '470 et '037, qui revendiquent une nouvelle utilisation thérapeutique pour l'oméprazole, et les brevets ont été ajoutés au registre des brevets en 2002 et en 2003 — Parce que les gélules « Losec » n'avaient pas été commercialisées aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel les brevets avaient été inscrits, le ministre a délivré un AC à Apotex sans exiger que celle-ci ou quiconque traite des brevets '470 et '037 — Le juge saisi des demandes a conclu qu'un médicament générique ne peut être comparé à un médicament qui n'est pas offert en vente sur le marché canadien — L'art. 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement relatif aux AC), qui vise une autre drogue ayant été commercialisée au Canada*

*new use — Food and Drug Regulations not requiring new use, once approved, be followed by immediate marketing — Appeal allowed — Per Sharlow J.A. (dissenting): Marketing question in NOC Regulations, s. 5(1) intended to refer to marketing pursuant to specific NOC in respect of which '470, '037 patents listed — As 'Losec" capsules never marketed pursuant to that NOC, Apotex not required to address those patents.*

*Construction of Statutes — Interpretation of "that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted" in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1) — Marketing requirement linked to "other drug", not to "notice of compliance" — French text, unlike English text, not gender neutral, necessarily referring to "other drug" — Language chosen by drafters indicating without any possible ambiguity that link is to drug.*

This was an appeal from an order of the Federal Court dismissing the applications for judicial review of the Minister of Health's January 27, 2004 decision to issue a notice of compliance (NOC) to Apotex Inc. without requiring that it, or second persons generally, address AstraZeneca's Canadian Patents Nos. 2284470 ('470) and 2186037 ('037) listed in respect of "Losec" 20 mg omeprazole capsules (the "Losec" capsules).

The "Losec" capsules were marketed in Canada pursuant to one or more NOCs from 1989 to September 1996. The '470 and '037 patents, which claim a new formulation and a new therapeutic use for omeprazole, were added to the Patent Register on March 8, 2002 and February 27, 2003 respectively (a supplementary new drug submission (SNDS) had been filed on January 22, 1999 and an NOC issued on June 4, 1999 authorizing the sale of the "Losec" capsules for this new therapeutic use). On January 27, 2004, the Minister issued Apotex its NOC for Apo-Omeprazole capsules, despite the fact that the '470 and '037 patents had not been addressed by Apotex, on the basis that although the appellant's "Losec" capsules had been marketed in Canada pursuant to one or more NOCs, no drug had been marketed pursuant to the

*aux termes d'un AC délivré à la première personne, ne fait aucunement mention d'un avis de conformité particulier — Apotex devait traiter des brevets '470 et '037 — Les gélules « Losec » commercialisées au Canada de 1989 à 1996, lorsqu'elles sont approuvées en vue d'une nouvelle utilisation, ne deviennent pas une drogue nouvelle pour les besoins du Règlement relatif aux AC — Le Règlement sur les aliments et drogues n'exige pas qu'une nouvelle utilisation, une fois approuvée, soit suivie d'une commercialisation immédiate — Appel accueilli — La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente) : La commercialisation dont il est question à l'art. 5(1) du Règlement relatif aux AC vise les activités de commercialisation réalisées aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits — Comme les gélules « Losec » n'ont jamais été commercialisées aux termes de cet AC, Apotex n'était pas tenue de traiter de ces brevets.*

*Interprétation des lois — Interprétation de la phrase « cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise » contenue dans l'art. 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — La condition de commercialisation est liée à l'« autre drogue », et non à l'« avis de conformité » — La version française, contrairement à la version anglaise, n'est pas présentée sous une forme neutre, et renvoie nécessairement à l'« autre drogue » — Le langage choisi par les rédacteurs indique sans aucune ambiguïté possible que le lien est fait avec le médicament.*

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire visant la décision du ministre de la Santé de délivrer, en date du 27 janvier 2004, un avis de conformité (AC) à Apotex Inc. sans exiger que celle-ci ou une seconde personne, de façon générale, traite des brevets canadiens n<sup>os</sup> 2284470 ('470) et 2186'037 ('037) d'AstraZeneca inscrits à l'égard des gélules d'oméprazole « Losec » en doses de 20 mg (gélules « Losec »).

Les gélules « Losec » ont été commercialisées au Canada aux termes d'un ou de plusieurs AC entre l'année 1989 et le mois de septembre 1996. Les brevets '470 et '037, qui revendiquent une nouvelle formulation ainsi qu'une nouvelle utilisation thérapeutique pour l'oméprazole, ont été ajoutés au registre des brevets le 8 mars 2002 et le 27 février 2003, respectivement (une présentation supplémentaire de drogue nouvelle (PSDN) avait été déposée le 22 janvier 1999, et un AC autorisant la vente des gélules « Losec » en vue de cette nouvelle utilisation thérapeutique avait été délivré le 4 juin 1999). Le 27 janvier 2004, en dépit du fait qu'Apotex n'avait pas traité des brevets '470 et '037, le ministre a délivré à Apotex son AC concernant les gélules d'Apo-Oméprazole au motif que, même si les gélules « Losec » de 20 mg de

specific NOC in respect of which these patents had been listed (i.e. the June 4, 1999 NOC).

The applications Judge recognized that, on a plain and ordinary reading of the words in subsection 5(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, there was only a requirement that a drug be marketed in Canada pursuant to an NOC and in respect of which a patent list had been submitted. However, relying on a holistic approach to statutory interpretation, he held that a generic drug cannot be compared to a drug which is not available on the Canadian market, and the “Losec” capsules were not on the market at the time in question.

At issue was the correct interpretation of the opening words of subsection 5(1).

*Held* (Sharlow J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Noël J.A. (Malone J.A. concurring): Subsection 5(1) refers to an “other drug [that] has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person.” It does not refer to a particular notice of compliance issued to the first person (e.g. the specific NOC in respect of which the '470 and '037 patents have been listed). Reading subsection 5(1) in accordance with the ordinary and grammatical use of the words, all the conditions requiring Apotex to address the '470 and '037 patents were met.

The applications Judge erred when he read subsection 5(1) as requiring both that a patent list be submitted in respect of an NOC (rather than a drug) and that the appellant’s “other drug” must be a drug that has been “marketed” pursuant to the specific NOC in respect of which the '470 and '037 patents have been listed. According to the French text, which, unlike the English text, is not gender neutral, the word “*laquelle*” (in respect of which a patent list has been submitted) necessarily refers to the “*autre drogue*” (the other drug) and not to “*un avis de conformité*” (a notice of compliance issued to a first person). This shows that the drafters had to put their mind to the question of whether the link is to the “other drug [that] has been marketed in Canada” or to the notice of compliance, and the language chosen indicates without any possible ambiguity that the link is to the drug.

Here, the “Losec” capsules were marketed in Canada from 1989 to 1996, thus meeting the marketing requirement found

l’appelante avaient été commercialisées au Canada aux termes d’un ou de plusieurs AC, aucun médicament n’avait été commercialisé aux termes de l’AC particulier à l’égard duquel ces brevets avaient été inscrits (c.-à-d. l’AC du 4 juin 1999).

Le juge saisi des demandes a reconnu que, d’après le sens ordinaire des mots employés dans le paragraphe 5(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, la seule condition était qu’un médicament devait être commercialisé au Canada aux termes d’un AC à l’égard duquel une liste de brevets avait été soumise. Toutefois, se fondant sur un concept global de l’interprétation des lois, il a conclu qu’un médicament générique ne peut être comparé à un médicament qui n’est pas offert en vente sur le marché canadien, et que les gélules « Losec » n’étaient pas en vente à l’époque en question.

Le point en litige concernait la juste interprétation de l’introduction du paragraphe 5(1).

*Arrêt* (la juge Sharlow, J.C.A., dissidente) : l’appel doit être accueilli.

Le juge Noël, J.C.A. (le juge Malone, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : Il est question au paragraphe 5(1) d’une « autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne ». Il n’y est pas question d’un avis de conformité particulier délivré à la première personne (c.-à-d. l’AC particulier à l’égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits). Si l’on interprète le paragraphe 5(1) d’une manière conforme au sens ordinaire et grammatical des mots qui s’y trouvent, toutes les conditions obligeant Apotex à traiter des brevets '470 et '037 ont été remplies.

Le juge saisi des demandes a eu tort d’interpréter le paragraphe 5(1) comme exigeant, d’une part, qu’une liste de brevets soit soumise à l’égard d’un AC (plutôt que d’un médicament) et, d’autre part, que l’« autre médicament » de l’appelante soit un médicament qui a été « commercialisé » aux termes de l’AC particulier à l’égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits. Selon la version française, qui, contrairement à la version anglaise, n’est pas présentée sous une forme neutre, le mot « laquelle » (*in respect of which a patent list has been submitted*) renvoie nécessairement à l’« autre drogue » (*the other drug*) et non à « un avis de conformité » (*a notice of compliance issued to a first person*). Cela montre que les rédacteurs se sont demandés si le lien devait être fait avec l’« autre drogue ayant été commercialisée au Canada » ou avec l’avis de conformité, et le langage choisi indique sans aucune ambiguïté possible que le lien est fait avec le médicament.

En l’espèce, les gélules « Losec » ont été commercialisées au Canada de 1989 à 1996, conformément à la condition de la

in subsection 5(1). They did not become a “new drug” for purposes of the NOC Regulations when they were approved for a new use. As for the criticism that the appellant had not, as of the time the Minister’s decision was made, marketed its “Losec” capsules in conformity with the June 4, 1999 NOC, there is no requirement in the *Food and Drug Regulations* that a new drug, or a new use for a drug, once approved, be followed by its immediate marketing. An NOC, when issued, remains valid whether or not the approved drug is marketed and the manufacturer is free to market the drug at the time of its choice.

For these reasons, the Minister was bound to require Apotex to address the ‘470 and ‘037 patents.

*Per* Sharlow J.A. (dissenting): The narrower interpretation of subsection 5(1) proposed by the Minister and Apotex should have been adopted. The marketing question (whether the “Losec” capsules have been marketed pursuant to an NOC issued to the appellant in respect of which a patent list has been submitted) is intended to refer to marketing pursuant to the NOC that corresponds to the only SNDS that could possibly support the listing of the ‘470 and ‘037 patents, i.e. the SNDS filed on January 22, 1999. As the “Losec” capsules have never been marketed pursuant to the corresponding NOC (i.e. the June 4, 1999 NOC), the answer to the marketing question is “no”, and Apotex therefore did not have to address the ‘470 and ‘037 patents. While the ultimate objective of the NOC Regulations is to prevent patent infringement, they were enacted as a counterbalance to other statutory provisions that are intended, among other things, to encourage the development of generic drug products in a manner that ensures that they will be available on the market on a reasonably timely basis. Thus while patent holders gain significant advantages from the Regulations, that advantage comes only if the preconditions are met: they must adhere to certain procedural restrictions in relation to the filing and amendment of patent lists, and they must actually market their products.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss.  
C.01.014.3 (as am. by SOR/81-248, s. 2; 98-423, s. 5),  
C.01.014.7 (as am. by SOR/81-248, s. 2), C.08.001,  
C.08.001.1 “Canadian reference product” (as enacted by

commercialisation contenue dans le paragraphe 5(1). Elles ne sont pas devenues une « drogue nouvelle » pour les besoins du Règlement relatif aux AC lorsqu’elles ont été approuvées en vue d’une nouvelle utilisation. Quant à la critique selon laquelle l’appelante n’avait pas, au moment où la décision du ministre a été rendue, commercialisé ses gélules « Losec » conformément à l’AC du 4 juin 1999, le *Règlement sur les aliments et drogues* n’exige pas qu’un nouveau médicament, ou une nouvelle utilisation pour un médicament, après avoir été approuvé, soit suivi de sa commercialisation immédiate. Un AC, lorsqu’il est délivré, demeure valide, que le médicament approuvé soit commercialisé ou non, et il est loisible au fabricant de commercialiser quand bon lui semble le médicament en question.

Pour ces motifs, le ministre était tenu d’exiger qu’Apotex traite des brevets ‘470 et ‘037.

La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente): L’interprétation plus restrictive du paragraphe 5(1) préconisée par le ministre et Apotex aurait dû être adoptée. La question de la commercialisation (qui consiste à savoir si les gélules « Losec » ont été commercialisées aux termes d’un AC délivré à l’appelante et à l’égard duquel une liste de brevets a été soumise) vise les activités de commercialisation réalisées aux termes de l’AC correspondant à la seule PSDN qui serait susceptible d’étayer l’inscription des brevets ‘470 et ‘037, c.-à-d. la PSDN déposée le 22 janvier 1999. Comme les gélules « Losec » n’ont jamais été commercialisées aux termes de l’AC correspondant (c.-à-d. l’AC du 4 juin 1999), la réponse à la question de la commercialisation est « non », et Apotex n’était donc pas tenue de traiter des brevets ‘470 et ‘037. Quoique l’objectif ultime du Règlement relatif aux AC soit d’éviter la contrefaçon de brevets, ce texte a été édicté pour contrebalancer d’autres dispositions législatives qui visent, notamment, à encourager la mise au point de médicaments génériques d’une manière qui garantit que ces derniers seront disponibles sur le marché dans un délai raisonnablement bref. C’est donc dire que bien que les titulaires de brevet tirent d’importants avantages du Règlement, à ces avantages se rattachent des conditions préalables qui doivent être remplies : les titulaires de brevet doivent observer certaines restrictions de nature procédurale au sujet de la soumission et de la modification des listes de brevets, et ils doivent réellement commercialiser leurs produits.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art.  
C.01.014.3 (mod. par DORS/81-248, art. 2; 98-423, art.  
5), C.01.014.7 (mod. par DORS/81-248, art. 2),  
C.08.001, C.08.001.1 « produit de référence canadien »

SOR/95-411, s. 3), C.08.002.1 (as enacted *idem*, s. 5).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 “first person”, 4(1) (as am. by SOR/98-166, s. 3), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), (6) (as am. *idem*), 5(1) (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2), (2) (as am. *idem*), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3), 7 (as am. by SOR/98-166, s. 6).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505; (2003), 226 D.L.R. (4th) 138; 24 C.P.R. (4th) 417; 303 N.R. 63; 2003 FCA 180; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 34 C.P.R. (4th) 29; 252 F.T.R. 8; 2004 FC 650; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 141; 2005 FCA 140; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 39 C.P.R. (4th) 366; 335 N.R. 6; 2005 FCA 175; *Merck & Co. v. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 237 F.T.R. 160; 300 N.R. 76; 2003 FCA 24; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318; 199 F.T.R. 142 (F.C.T.D.); *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155; 242 F.T.R. 160; 310 N.R. 186; 2003 FCA 274; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232; 227 F.T.R. 261; 2002 FCT 927; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627; 31 C.P.R. (4th) 321; 320 N.R. 37; 2004 FCA 154; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; 165 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *affd* (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2004.I.3724.

APPEAL from an order of the Federal Court ((2004), 36 C.P.R. (4th) 519; 263 F.T.R. 161; 2004 FC 1277)

(édicte par DORS/95-411, art. 3), C.08.002.1 (édicte, *idem*, art. 5).

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 « première personne », 4(1) (mod. par DORS/98-166, art. 3), (3) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*), (6) (mod., *idem*), 5(1) (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2), (2) (mod., *idem*), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3), 7 (mod. par DORS/98-166, art. 6).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Biolyse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505; (2003), 226 D.L.R. (4th) 138; 24 C.P.R. (4th) 417; 303 N.R. 63; 2003 CAF 180; *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 34 C.P.R. (4th) 29; 252 F.T.R. 8; 2004 CF 650; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 141; 2005 CAF 140; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2005), 39 C.P.R. (4th) 366; 335 N.R. 6; 2005 CAF 175; *Merck & Co. c. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68; [2000] A.C.F. n° 380 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 CSC 33; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 237 F.T.R. 160; 300 N.R. 76; 2003 CAF 24; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318; 199 F.T.R. 142 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155; 242 F.T.R. 160; 310 N.R. 186; 2003 CAF 274; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232; 227 F.T.R. 261; 2002 CFPI 927; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627; 31 C.P.R. (4th) 321; 320 N.R. 37; 2004 CAF 154; *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; 165 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (C.A.F.).

## DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2004.I.3724.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale ((2004), 36 C.P.R. (4th) 519; 263 F.T.R. 161; 2004 CF

dismissing the appellant's applications for judicial review of a decision of the Minister of Health to issue a notice of compliance to Apotex. Appeal allowed, Sharlow J.A. dissenting.

1277) rejetant les demandes de contrôle judiciaire de l'appelante visant la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex. Appel accueilli; la juge Sharlow, J.C.A., dissidente.

APPEARANCES:

*Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton and Nancy P. Pei* for appellant.  
*F. B. Woyiwada* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.  
*Harry B. Radomski and Andrew R. Brodtkin* for respondent Apotex Inc.

ONT COMPARU :

*Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton et Nancy P. Pei* pour l'appelante.  
*F. B. Woyiwada* pour les intimés, le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.  
*Harry B. Radomski et Andrew R. Brodtkin* pour l'intimée, Apotex Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.  
*Goodmans LLP*, Toronto, for respondent in A-536-04 and intervener in A-535-04, Apotex Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Smart & Biggar*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés, le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.  
*Goodmans LLP*, Toronto, pour l'intimée dans le dossier A-536-04 et l'intervenante dans le dossier A-535-04, Apotex Inc.

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

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

[1] NOËL J.A.: AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) appeals from an order of the Federal Court [(2004), 36 C.P.R. (4th) 519] dismissing its applications for judicial review of a decision of the Minister of Health (the Minister) to issue a notice of compliance (NOC) to Apotex Inc. (Apotex) for omeprazole 20 mg and 40 mg capsules without requiring Apotex to address Canadian Patents Nos. 2284470 ('470) and 2186037 ('037) under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (NOC Regulations) (Docket No. A-536-04); and not to require second persons generally to address the '470 and '037 patents listed in respect of "Losec" 20 mg capsules (Docket No. A-535-04).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) interjette appel d'une ordonnance [(2004), 36 C.P.R. (4th) 519] par laquelle la Cour fédérale a rejeté ses demandes de contrôle judiciaire visant la décision du ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex Inc. (Apotex) pour des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg et de 40 mg sans exiger qu'Apotex traite des brevets canadiens n<sup>os</sup> 2284470 ('470) et 2186037 ('037) en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (Règlement relatif aux AC) (dossier n<sup>o</sup> A-536-04), ni exiger qu'une seconde personne, de façon générale, traite des brevets '470 et '037 inscrits à l'égard des gélules de « Losec » en doses de 20 mg (dossier n<sup>o</sup> A-535-04).

[2] The Minister advised at the beginning of the hearing that no issue remained with respect to the 40 mg capsules as the related NOC had been issued to Apotex in error. Nothing further will be said with respect to this NOC.

[2] Au début de l'audience, le ministre a indiqué qu'il ne subsistait aucun point en litige à l'égard des gélules de 40 mg car l'AC connexe avait été délivré à Apotex par erreur. Rien d'autre ne sera dit au sujet de cet AC.

### Background and Facts

[3] The facts are set out in the decision under appeal (*AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 519 (F.C.)) and need not be repeated. It is sufficient for present purposes to provide the following summary.

[4] Sometime prior to September 1996, Apotex filed a submission for an NOC comparing its proposed drug (Apo-Omeprazole 20 mg capsules), to AstraZeneca's drug ("Losec" 20 mg capsules). Losec 20 mg capsules had been marketed in Canada pursuant to one or more NOCs from 1989 to September of 1996, when it was taken off the market and replaced by omeprazole magnesium tablets.

[5] By the time Apotex had satisfied all the safety and efficacy requirements contemplated by the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 (FD Regulations) and the Minister was ready to issue Apotex its NOC, the '470 and '037 patents had been added to the Patent Register (on March 8, 2002 and February 27, 2003 respectively). The '470 and '037 patents claim a new formulation and a new therapeutic use for omeprazole (the treatment of gastrointestinal disorders).

[6] NOCs had been sought and obtained pursuant to supplementary new drug submissions (SNDS) filed in January of 1999 and October of 2000. For present purposes, we are only concerned with the SNDS filed January 22, 1999 and the corresponding NOC issued June 4, 1999 which authorizes the sale of "Losec" 20 mg capsules for a new therapeutic use.

[7] On January 27, 2004, the Minister issued Apotex its NOC for Apo-Omeprazole capsules despite the fact that the '470 and '037 patents had been properly listed and had not been addressed. Up to then, it had been the position of the Minister that where a second person files a submission for an NOC in respect of a drug and compares that drug to another drug belonging to a first person which has been marketed in Canada, the NOC

### Le contexte et les faits

[3] Les faits sont exposés dans la décision portée en appel (*AstraZeneca Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 519 (C.F.)) et il n'est pas nécessaire de les répéter. Pour les besoins de l'espèce, le résumé suivant suffira.

[4] Quelque temps avant le mois de septembre 1996, Apotex a présenté une demande en vue d'obtenir un AC comparant le médicament qu'elle se proposait de commercialiser (des gélules d'Apo-Oméprazole en doses de 20 mg) au médicament d'AstraZeneca (des gélules de « Losec » en doses de 20 mg). Les gélules de « Losec » de 20 mg avaient été commercialisées au Canada aux termes d'un ou plusieurs AC entre l'année 1989 et le mois de septembre 1996, date à laquelle ce médicament avait été retiré du marché et remplacé par des comprimés contenant de l'oméprazole magnésien.

[5] Le temps qu'Apotex satisfasse à toutes les exigences en matière d'innocuité et d'efficacité que prévoyait le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 et que le ministre soit prêt à lui délivrer son AC, les brevets '470 et '037 avaient été ajoutés au registre des brevets (le 8 mars 2002 et le 27 février 2003, respectivement). Ces deux brevets revendiquent une nouvelle formulation ainsi qu'un nouvel usage thérapeutique pour l'oméprazole (le traitement des troubles gastro-intestinaux).

[6] Des AC avaient été demandés et obtenus à la suite de présentations supplémentaires de drogue nouvelle (PSDN) déposées en juin 1999 et en octobre 2000. En l'espèce, nous ne nous occupons que de la PSDN déposée le 22 janvier 1999, de même que de l'AC correspondant, délivré le 4 juin 1999, qui autorise la vente des gélules de « Losec » de 20 mg en vue d'un nouvel usage thérapeutique.

[7] Le 27 janvier 2004, le ministre a délivré à Apotex son AC concernant les gélules d'Apo-Oméprazole, et ce, en dépit du fait que les brevets '470 et '037 avaient été inscrits convenablement et que personne n'en avait traité. Jusque-là, le ministre était d'avis que lorsqu'une seconde personne présentait une demande d'AC concernant un médicament et qu'elle comparait ce dernier à un autre médicament qui appartenait à une

Regulations require the second person to address all the patents listed on the Patent Register in respect of that other drug.

[8] In this instance, the Minister decided, and the applications Judge agreed, that Apotex did not have to address the '470 and '037 patents because, although AstraZeneca's "Losec" 20 mg capsules had been marketed in Canada pursuant to one or more NOCs, no drug had been marketed pursuant to the specific NOC in respect of which these patents had been listed.

[9] The Minister also refused to accept that AstraZeneca marketed "Losec" 20 mg capsules pursuant to this particular NOC by reference to four individual sales transactions which took place between May 14, 2002 and January 15, 2004.

[10] AstraZeneca brought two judicial review applications alleging that the Minister erred in issuing Apotex its NOC without requiring that the '470 and '037 patents be addressed by Apotex (T-261-04) or by anyone (T-262-04).

[11] AstraZeneca contended in support of these applications that the marketing of "Losec" 20 mg capsules in Canada pursuant to one or more NOCs between 1989 and 1996 was sufficient to trigger the application of the NOC Regulations with respect to the '470 and the '037 patents. The requirement that the drug be marketed pursuant to the particular NOC with respect to which these patents were listed was said to be extraneous to the NOC Regulations.

[12] In the alternative, AstraZeneca argued that "Losec" 20 mg capsules were marketed pursuant to this particular NOC when regard is had to the four sales transactions which took place after May 14, 2002. AstraZeneca further argued that it was not provided with an adequate opportunity to know and respond to the case against it with respect to the legal characterization of these four sales.

première personne et était commercialisé au Canada, le Règlement relatif aux avis de conformité exigeait que la seconde personne traite de tous les brevets inscrits au Registre des brevets à l'égard de cet autre médicament.

[8] En l'espèce, le ministre a décidé—et le juge saisi des demandes a souscrit à cette décision—qu'Apotex n'avait pas à traiter des brevets '470 et '037 car, même si les gélules de « Losec » de 20 mg d'AstraZeneca avaient été commercialisées au Canada aux termes d'un ou plusieurs AC, aucun médicament n'avait été commercialisé aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel ces brevets avaient été inscrits.

[9] Le ministre a refusé aussi d'accepter qu'AstraZeneca avait commercialisé des gélules de « Losec » de 20 mg aux termes de cet AC particulier en faisant valoir qu'elle avait réalisé quatre ventes distinctes entre le 14 mai 2002 et le 15 janvier 2004.

[10] AstraZeneca a déposé deux demandes de contrôle judiciaire alléguant que le ministre avait commis une erreur en délivrant à Apotex son AC sans exiger qu'Apotex (T-261-04) ou quiconque (T-262-04) traite des brevets '470 et '037.

[11] AstraZeneca a soutenu, à l'appui de ces demandes, que la commercialisation des gélules de « Losec » de 20 mg au Canada aux termes d'un ou plusieurs AC entre 1989 et 1996 était suffisante pour déclencher l'application du Règlement relatif aux avis de conformité en rapport avec les brevets '470 et '037. La condition selon laquelle il fallait que le médicament soit commercialisé aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel ces brevets étaient inscrits n'avait, a-t-il été dit, aucun rapport avec ce règlement.

[12] AstraZeneca a fait valoir, subsidiairement, que les gélules de « Losec » de 20 mg ont bel et bien été commercialisées aux termes de cet AC particulier si l'on tient compte des quatre ventes réalisées après le 14 mai 2002. De plus, on ne lui a pas donné l'occasion appropriée de prendre connaissance des allégations formulées contre elle et d'y répondre, relativement à la qualification juridique de ces quatre ventes.



### Decision under Review

[13] Leaving aside “for the moment” the post-May 14, 2002 sales of “Losec” 20 mg capsules (paragraph 42), the applications Judge first addressed the meaning of subsection 5(1) [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the NOC Regulations and in particular the interpretation of the marketing requirement set out therein. This provision, with emphasis on the relevant words, provides:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed. [Emphasis added.]

[14] The applications Judge recognized that, on a plain and ordinary reading of the words, there was only a requirement that a drug be marketed in Canada pursuant to an NOC and in respect of which a patent list had been submitted (paragraph 43). It is common ground that “Losec” 20 mg capsules were so marketed. However, relying on the holistic approach to statutory interpretation proposed in *Biolysse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505 (C.A.)

### La décision contestée

[13] Disant qu’il aborderait « plus loin » la question des gélules de « Losec » de 20 mg vendues après le 14 mai 2002 (paragraphe 37), le juge saisi des demandes a d’abord traité du sens du paragraphe 5(1) [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du Règlement relatif aux avis de conformité et, en particulier, de la manière d’interpréter la condition de commercialisation qui y est énoncée. Cette disposition, dont le passage pertinent est souligné, est la suivante :

5. (1) Lorsqu’une personne dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d’après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l’égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

a) soit une déclaration portant qu’elle accepte que l’avis de conformité ne sera pas délivré avant l’expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l’alinéa 4(2)c) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n’est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l’objet de la demande d’avis de conformité. [Non souligné dans l’original.]

[14] Le juge saisi des demandes a reconnu que, d’après le sens ordinaire des mots employés, la seule condition était qu’un médicament devait être commercialisé au Canada aux termes d’un AC à l’égard duquel une liste de brevets avait été soumise (paragraphe 43). Il est bien établi que les gélules de « Losec » de 20 mg ont été commercialisées. Toutefois, se fondant sur le concept global de l’interprétation des lois proposé dans l’arrêt *Biolysse Pharma Corp. c.*

(rev'd by [2005] 1 S.C.R. 533), he held (paragraph 45):

Reading s. 5(1) in its entire context and its words in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament, I have concluded that:

(1) the patented drug with which the generic drug compares itself for the purpose of demonstrating bioequivalence, must be a drug which is on the market and available for comparative purposes. In the case at bar, that patented drug could not be a drug manufactured and sold pursuant to patents listed on the Patent Register after the applicant stopped marketing "Losec" omeprazole 20 mg capsules in 1996; and,

(2) the words in s. 5(1):

... and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and [in] respect of which a patent list has been submitted ...

can only refer to a drug marketed in Canada pursuant to a Notice of Compliance in respect of which the patent in question has been listed. Since the marketing ceased in 1996, since the patents were added to the Register on March 8, 2002 and February 27, 2003, and since the NOCs for these patents were issued on June 4, 1999 and October 24, 2000, the applicant's LOSEC 20 mg omeprazole capsules could not have been "marketed" in Canada since the NOCs were issued after 1996 and since the patents were added after 1996.

[15] He reiterated in the next paragraph that a generic drug cannot be compared to a drug which is not available on the Canadian market as the generic drug manufacturer cannot obtain such a drug (paragraph 46).

[16] The applications Judge concluded this aspect of his reasons by saying (paragraph 47):

... a patent drug company should not be able to use the Regulations to delay a generic drug by listing new patents for a drug no longer sold in Canada. That would be an abuse of the Regulations, and contrary to the object and intent of the Regulations.

*Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505 (C.A.) (infirmé par [2005] 1 R.C.S. 533), le juge a déclaré ceci ([2004 CF 1277] au paragraphe 45) :

Ayant examiné le paragraphe 5(1) dans son contexte global et les mots qu'il comporte en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la législation, et ayant également examiné l'objet de ce paragraphe ainsi que l'intention du législateur, j'ai tiré les conclusions suivantes :

(1) les médicaments brevetés faisant l'objet d'une comparaison avec le médicament générique pour en démontrer la bioéquivalence doivent être un médicament offert sur le marché et disponible pour comparaison. En l'espèce, le médicament breveté ne pouvait être un médicament fabriqué et vendu en vertu de brevets inscrits sur la liste de brevets après 1996, date à laquelle la demanderesse a cessé de commercialiser les gélules d'oméprazole en doses de 20 mg sous la marque nominative « Losec »;

(2) les termes du paragraphe 5(1) :

... cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise [ . . . ]

ne peuvent que se rapporter à un médicament commercialisé au Canada en vertu d'un AC à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise. Étant donné que la commercialisation du « Losec » a pris fin en 1996, que les brevets ont été ajoutés au registre le 8 mars 2002 et le 27 février 2003, donc après 1996, et que les AC relatifs à ces brevets ont été délivrés le 4 juin 1999 et le 24 octobre 2000, également après 1996, les gélules d'oméprazole de 20 mg portant la marque nominative « Losec » n'ont pu être « commercialisées » au Canada.

[15] Au paragraphe suivant, le juge a réitéré qu'un médicament générique ne peut être comparé à un médicament qui n'est pas offert en vente sur le marché canadien car le fabricant de médicaments génériques ne peut se procurer un tel médicament (paragraphe 46).

[16] Le juge saisi des demandes a conclu comme suit cet aspect de ses motifs (paragraphe 47) :

[ . . . ] le fabricant de médicaments brevetés ne devrait pas pouvoir se servir du Règlement pour retarder la mise sur le marché d'un médicament générique en inscrivant de nouveaux brevets sur la liste de brevets concernant un médicament qui n'est plus vendu au Canada. Une telle pratique serait abusive, contraire à l'objet du Règlement et à l'intention du législateur.

[17] The applications Judge proceeded to dismiss AstraZeneca's alternative contention that in any event, its drug had been marketed pursuant to the NOC issued on June 4, 1999 (paragraphs 50-56). He held that it was open to the Minister to hold that the four isolated sales of "Losec" 20 mg capsules after May 14, 2002, did not support a finding that the drug was "marketed" within the meaning of subsection 5(1) of the NOC Regulations. He further held that the Minister had provided AstraZeneca with a full opportunity to be heard on this issue.

#### Position of the Parties

[18] AstraZeneca argues that, under the guise of a contextual interpretation, the applications Judge effectively rewrote subsection 5(1), and inserted a requirement which the drafter did not intend nor contemplate (*Biolyse*, at paragraphs 32-35).

[19] With respect to the post-May 14, 2002 sales, AstraZeneca submits that the applications Judge applied the wrong standard of review and erred in holding that these sales did not meet the marketing requirement embodied in subsection 5(1). It maintains that the Minister did not provide it with an adequate opportunity to be heard and that the applications Judge erred in holding otherwise.

[20] In response, Apotex argues that the applications Judge gave subsection 5(1) the correct interpretation. It submits that subsection 5(1) should be read in context, with particular regard to subsections 4(3) [as am. by SOR/98-166, s. 3], (4) [as am. *idem*] and (5) [as am. *idem*], which deal with patent lists. In this respect, Apotex argues that timing is an important element under subsection 4(4) (when read with subsection 4(6) [as am. *idem*]), as a patent list must be submitted within the stated timeframe.

[21] It adds that under subsection 4(5), the opportunity given to a first person to add a patent to a patent list is linked to a particular submission. Hence, Apotex submits that the marketing requirement in

[17] Le juge saisi des demandes a entrepris de rejeter la prétention subsidiaire d'AstraZeneca, à savoir qu'en tout état de cause, son médicament avait été commercialisé aux termes de l'AC délivré le 4 juin 1999 (paragraphes 50 à 56). Il a décrété qu'il était loisible au ministre de déclarer que les quatre ventes isolées de gélules de « Losec » de 20 mg qui avaient eu lieu après le 14 mai 2002 n'étaient pas la conclusion selon laquelle le médicament en question était « commercialisé » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement. Il a ajouté que le ministre avait donné à AstraZeneca une réelle possibilité d'être entendue sur cette question.

#### La position des parties

[18] AstraZeneca fait valoir que, sous le couvert d'une interprétation contextuelle, le juge saisi des demandes a en fait reformulé le paragraphe 5(1) et y a intégré une condition que le législateur n'envisageait pas (arrêt *Biolyse*, aux paragraphes 32 à 35).

[19] En ce qui concerne les ventes réalisées après le 14 mai 2002, AstraZeneca a fait valoir que le juge saisi des demandes a appliqué la mauvaise norme de contrôle et qu'il a commis une erreur en décrétant que ces ventes ne répondaient pas à la condition de la commercialisation dont il est question au paragraphe 5(1). Elle soutient que le ministre ne lui a pas donné une occasion appropriée d'être entendue et que le juge saisi des demandes a commis une erreur en déclarant le contraire.

[20] En réponse, Apotex fait valoir que le juge saisi des demandes a interprété comme il faut le paragraphe 5(1). Elle soutient que cette disposition devrait être lue dans son juste contexte, en tenant particulièrement compte des paragraphes 4(3) [mod. par DORS/98-166, art. 3], (4) [mod., *idem*] et (5) [mod., *idem*], qui traitent des listes de brevets. À cet égard, Apotex ajoute que la question du moment est un aspect important au paragraphe 4(4) (lorsqu'il est rapproché du paragraphe 4(6) [mod., *idem*]), car une liste de brevets doit être soumise dans le délai prescrit.

[21] Apotex ajoute qu'aux termes du paragraphe 4(5), l'occasion qui est donnée à une première personne d'ajouter un brevet à une liste de brevets est liée à une présentation particulière. Elle fait donc valoir que la

subsection 5(1) must be read as applying to the specific NOC with respect to which the '470 and '037 patents were listed. Otherwise, the linkage contemplated by subsection 4(5) would become meaningless.

[22] As to the post-May 14, 2002 sales, Apotex argues that the applications Judge correctly held that the four sales in question did not meet the marketing requirement embodied in subsection 5(1) of the NOC Regulations. It adds that no breach of the duty of fairness has been shown in the Minister's handling of this issue.

[23] The Minister takes the position that AstraZeneca is attempting to keep generic competitors out of a market that it is not itself occupying. Although he has advocated the contrary position in the past, the Minister argues that this unique and unusual case requires that subsection 5(1) be construed as applying only if AstraZeneca's drug was marketed pursuant to the specific NOC with respect to which the '470 and the '037 patents were listed.

[24] As the record reveals that AstraZeneca's "Losec" 20 mg capsules were never marketed pursuant to this NOC, the Minister contends that Apotex has no obligation to address these patents.

#### Analysis and Decision

[25] The applications Judge, in addressing the standard applicable to his review held, properly in my view, that the interpretation of the "critical words" in subsection 5(1) of the NOC Regulations "and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted" gave rise to a question of law to be assessed against a standard of correctness. In contrast, the alternative question whether the four isolated sales which took place after May 14, 2002 were sufficient to support a conclusion that "Losec" 20 mg capsules were "marketed", was one of

condition de la commercialisation dont il est question au paragraphe 5(1) doit être interprétée comme s'appliquant à l'AC particulier à l'égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits. Sans cela, le lien qu'envisage le paragraphe 4(5) n'aurait aucun sens.

[22] Quant aux ventes réalisées après le 14 mai 2002, Apotex soutient que le juge saisi des demandes a déclaré avec raison que les quatre ventes en question ne répondaient pas à la condition de la commercialisation qui fait partie intégrante du paragraphe 5(1) du Règlement. Elle ajoute qu'il n'a pas été montré que la manière dont le ministre a traité de cette question comporte un manquement au devoir d'agir équitablement.

[23] Le ministre est d'avis qu'AstraZeneca tente d'écarter les fabricants de médicaments génériques qui lui font concurrence d'un marché qu'elle-même n'occupe pas. Bien qu'il ait soutenu le contraire dans le passé, le ministre fait valoir que cette situation singulière et inusitée exige que l'on interprète le paragraphe 5(1) comme s'il s'appliquait uniquement si le médicament d'AstraZeneca était commercialisé aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits.

[24] Le ministre prétend qu'étant donné qu'il ressort du dossier que les gélules de « Losec » de 20 mg d'AstraZeneca n'ont jamais été commercialisées aux termes de cet AC, Apotex n'est nullement tenue de traiter de ces brevets.

#### Analyse et décision

[25] En traitant de la norme applicable à son contrôle, le juge saisi des demandes a décrété, à juste titre selon moi, que l'interprétation de « la phrase suivante [. . .] cruciale » du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité : « cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise » donne lieu à une question de droit qu'il convient d'évaluer par rapport à la norme de la décision correcte. Par contraste, la question subsidiaire de savoir si les quatre ventes isolées ayant eu lieu après le 14 mai 2002 suffisaient

fact which called for a standard of “patent unreasonableness” (paragraph 38).

[26] Considering the matter from this Court’s perspective, questions of law, such as the issue of statutory construction identified by the applications Judge, invite an appellate court to form its own opinion and to provide for the correct answer, if it has not been given, and findings of fact belong to the decision maker at first instance in the absence of a palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235). I now turn to the issue of statutory construction.

[27] Subsection 5(1) refers to an “other drug [that] has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person.” It does not refer to a drug that has been marketed in Canada pursuant to a particular notice of compliance issued to the first person. The difference is significant and, in my opinion, is crucial to the outcome of the appeal.

[28] The link that is made under subsection 4(5) between the addition of a patent list, and the particular submission to which it relates, is not reflected in subsection 5(1). This is not an oversight, but is consistent with the notion that once a second person compares its proposed drug to a first person’s drug, every patent on the Patent Register with respect to that drug is given the protection afforded by subsection 5(1).

[29] Reading subsection 5(1) in accordance with the ordinary and grammatical use of the words, all the conditions requiring Apotex to address the ‘470 and ‘037 patents have been met, i.e.: Apotex filed a submission for its Apo-Omeprazole 20 mg capsules; Apotex compared its proposed drug to AstraZeneca’s “ Losec ” 20 mg capsules; “ Losec ” 20 mg capsules had been marketed in Canada from 1989 until 1996 pursuant to one or more NOCs issued to AstraZeneca and the ‘470 and ‘037 patents had been properly added to the Register in respect of “ Losec ” 20 mg capsules.

pour étayer la conclusion que les gélules de « Losec » de 20 mg étaient « commercialisées » était une question de fait assujettie à la norme de la « décision manifestement déraisonnable » (paragraphe 38).

[26] Si l’on considère l’affaire du point de vue de la présente Cour, les questions de droit, comme celle de l’interprétation des lois qu’a relevée le juge saisi des demandes, engagent une cour d’appel à former sa propre opinion et à fournir la réponse appropriée, si celle-ci n’a pas été donnée, et, à moins d’une erreur manifeste et dominante, la cour ne changera pas les conclusions de fait du décideur en première instance (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235). Examinons maintenant la question de l’interprétation des lois.

[27] Il est question au paragraphe 5(1) d’une « autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne ». Il n’y est pas question d’un médicament qui a été commercialisé au Canada aux termes d’un avis de conformité particulier délivré à la première personne. La différence est importante et, à mon avis, cruciale pour l’issue de l’appel.

[28] Le lien fait au paragraphe 4(5) entre l’ajout d’une liste de brevets, et la demande particulière à laquelle il se rapporte, ne se reflète pas au paragraphe 5(1). Il ne s’agit pas d’un oubli, mais cela cadre avec l’idée qu’une fois qu’une seconde personne compare son médicament proposé à celui d’une première personne, chaque brevet inscrit au registre des brevets au sujet de ce médicament-là bénéficie de la protection qu’accorde le paragraphe 5(1).

[29] Si l’on interprète le paragraphe 5(1) d’une manière conforme au sens ordinaire et grammatical des mots qui s’y trouvent, toutes les conditions obligeant Apotex à traiter des brevets ‘470 et ‘037 ont été remplies : Apotex a déposé une demande pour ses gélules d’Apo-Oméprazole de 20 mg; Apotex a comparé son médicament proposé aux gélules de « Losec » de 20 mg d’AstraZeneca; les gélules de « Losec » de 20 mg ont été commercialisées au Canada entre 1989 et 1996 aux termes d’un ou plusieurs AC délivrés à AstraZeneca, et les brevets ‘470 et ‘037 ont été ajoutés

[30] Since the '470 and '037 patents had been added to the Register in respect of "Losec" 20 mg capsules after Apotex filed its submission, but before the NOC was issued, Apotex was required to address these patents pursuant to subsection 5(2) [as am. by SOR/99-379, s. 2]:

5. . . .

(2) Where, after a second person files a submission for a notice of compliance but before the notice of compliance is issued, a patent list or an amendment to a patent list is submitted in respect of a patent pursuant to subsection 4(4), the second person shall amend the submission to include, in respect of that patent, the statement or allegation that is required by subsection (1) or (1.1), as the case may be. [Emphasis added.]

[31] This construction, which gives effect to the ordinary and grammatical meaning of the words, should prevail unless it can be shown that the words can reasonably bear a different meaning that better accords with the purpose of the NOC Regulations (*Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140 (C.A.), at paragraph 29).

[32] The applications Judge read subsection 5(1) as requiring both that a patent list be submitted in respect of an NOC (rather than a drug) and that AstraZeneca's "other drug" must be a drug that has been "marketed" pursuant to the specific NOC in respect of which the '470 and the '037 patents have been listed.

[33] In my respectful view, the first part of this reading contradicts the wording of the provision and the second requires significant legislative redrafting.

[34] Dealing with the first, while the English text of subsection 5(1) is gender neutral (as the English language does not ascribe gender to things inanimate), the French language is not. According to the French text, the word "*laquelle*" ("in respect of which a patent list has been submitted") necessarily refers to the "*autre*

comme il se devait au registre en rapport avec les gélules de « Losec » de 20 mg.

[30] Comme les brevets '470 et '037 avaient été ajoutés au registre à l'égard des gélules de « Losec » de 20 mg après qu'Apotex eut déposé sa demande, mais avant que l'AC soit délivré, Apotex était tenue de traiter de ces brevets en vertu du paragraphe 5(2) [mod. par DORS/99-379, art. 2] :

5. [. . .]

(2) Lorsque, après le dépôt par la seconde personne d'une demande d'avis de conformité mais avant la délivrance de cet avis, une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets est soumise à l'égard d'un brevet aux termes du paragraphe 4(4), la seconde personne doit modifier la demande pour y inclure, à l'égard de ce brevet, la déclaration ou l'allégation exigées par les paragraphes (1) ou (1.1), selon le cas. [Non souligné dans l'original.]

[31] Cette interprétation, qui donne effet au sens ordinaire et grammatical des mots, devrait primer à moins qu'il puisse être montré que l'on peut prêter aux mots une signification différente qui s'accorderait mieux avec l'objet du Règlement relatif aux avis de conformité (*Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140 (C.A.), au paragraphe 29).

[32] Selon l'interprétation du juge saisi des demandes, le paragraphe 5(1) requiert, d'une part, qu'une liste de brevets soit soumise à l'égard d'un AC (plutôt que d'un médicament) et, d'autre part, que l'« autre médicament » d'AstraZeneca soit un médicament qui a été « commercialisé » aux termes de l'AC particulier à l'égard duquel les brevets '470 et '037 ont été inscrits.

[33] À mon humble avis, la première partie de cette interprétation contredit le libellé de la disposition, et la seconde nécessite une reformulation législative considérable.

[34] Pour ce qui est de la première partie, la version anglaise du paragraphe 5(1) est présentée sous une forme neutre (l'anglais n'accorde aucun genre aux objets inanimés), mais pas sa version française. Selon cette dernière, le mot « laquelle » (« *in respect of which a patent list has been submitted* ») renvoie nécessairement

*drogue*” (“the other drug”) and not the masculine “*un avis de conformité*” (“a notice of compliance issued to a first person”).

[35] This shows that the drafters had to put their mind to the question whether the link is to the “other drug [that] has been marketed in Canada” or to the notice of compliance, and the language chosen indicates without any possible ambiguity that the link is to the drug. Reading this provision in accordance with the gender of the words goes to the essence of the French language, which provides for a meaning that is unescapable. This is not a matter of words that are capable of bearing a broad or narrow meaning as the only possible link is to the drug, a result embraced by both linguistic texts.

[36] The second part of the applications Judge’s reading requires that this “other drug” must not only have been marketed in Canada pursuant to an NOC, but pursuant to the specific NOC in respect of which the ‘470 and ‘037 patents have been listed.

[37] The NOC Regulations do not bear this requirement. What is required is that the “other drug” (which forms the subject-matter of the comparison) “has been marketed in Canada pursuant to an NOC issued to a first person.”

[38] In this case, AstraZeneca’s “Losec” 20 mg capsules were marketed in Canada from 1989 to 1996, and Apotex compared its proposed drug to samples of “Losec” 20 mg capsules obtained during that period (memorandum of fact and law of the Minister, paragraph 56).

[39] Under the FD Regulations, a second person may only compare its drug to a “Canadian reference product” (section C.08.002.1 [as enacted by SOR/95-411, s. 5]). The definition of “Canadian reference product” provides in part (section C.08.001.1 [as enacted *idem*, s. 3]):

**C.08.001.1 . . .**

“Canadian reference product” means

(a) a drug in respect of which a notice of compliance is issued pursuant to section C.08.004 and which is marketed in Canada by the innovator of the drug,

à l’« autre drogue » (« *the other drug* ») et non au masculin « un avis de conformité » (« *a notice of compliance issued to a first person* »).

[35] Cela montre que les rédacteurs se sont demandés si le lien devait être fait avec l’« autre drogue ayant été commercialisée au Canada » ou avec l’avis de conformité, et le langage choisi indique sans aucune ambiguïté possible que le lien est fait avec le médicament. L’interprétation de cette disposition en fonction du genre des mots utilisés en français mène à un sens des plus évidents. Il n’est pas question de mots susceptibles d’avoir un sens large ou restreint, car le seul lien possible est avec le médicament, un résultat qu’englobent les deux versions du texte.

[36] La seconde partie de l’interprétation du juge saisi des demandes requiert que cette « autre drogue » ait été non seulement commercialisée au Canada aux termes d’un AC, mais aussi aux termes de l’AC particulier à l’égard duquel les brevets ‘470 et ‘037 ont été inscrits.

[37] Le Règlement relatif aux avis de conformité ne comporte pas cette condition. Il est exigé que l’« autre drogue » (qui constitue l’objet de la comparaison) « a[il] été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne ».

[38] En l’espèce, les gélules de 20 mg de « Losec » d’AstraZeneca ont été commercialisées au Canada de 1989 à 1996, et Apotex a comparé son médicament proposé à des échantillons de gélules de « Losec » de 20 mg obtenus au cours de cette période (mémoire des faits et du droit du ministre, paragraphe 56).

[39] Aux termes du *Règlement sur les aliments et drogues*, une seconde personne ne peut comparer son médicament qu’à un « produit de référence canadien » (article C.08.002.1 [édicte par DORS/95-411, art. 5]), lequel est défini en partie comme suit (article C.08.001.1 [édicte, *idem*, art. 3]) :

**C.08.001.1 [ . . . ]**

« produit de référence canadien » Selon le cas :

a) une drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré aux termes de l’article C.08.004 et qui est commercialisée au Canada par son innovateur;

(b) a drug, acceptable to the Minister, that can be used for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics, where a drug in respect of which a notice of compliance has been issued pursuant to section C.08.004 cannot be used for that purpose because it is no longer marketed in Canada, . . . [Emphasis added.]

[40] What is required in order for a second person to be able to rely on a first person's pre-approved drug is that a first person's drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance. Those are the words of subsection 5(1) of the NOC Regulations, and this is the basis on which the comparison took place in this instance. Once a first person's drug has been marketed in Canada, it qualifies as a "Canadian reference product" and becomes available to a second person for comparative purposes. This is why subsection 5(1) of the NOC Regulations refers to a first person's drug that "has been marketed in Canada."

[41] In a related proceeding involving the same parties, the same drug, but a different patent (*Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 34 C.P.R. (4th) 29 (F.C.), Apotex attempted to overcome this obstacle by arguing that a first person's drug when approved for a new use, is a "new drug" for purposes of the NOC Regulations.

[42] In so stating, Apotex was relying on section C.08.001 of the FD Regulations which provides *inter alia*:

**C.08.001.** For the purposes of the Act and this Division, "new drug" means

. . .

(c) a drug, with respect to which the manufacturer prescribes, recommends, proposes or claims a use as a drug, or a condition of use as a drug, including dosage, route of administration, or duration of action and that has not been sold for that use or condition of use in Canada,

b) une drogue jugée acceptable par le ministre qui peut être utilisée pour la détermination de la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, lorsqu'une drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré aux termes de l'article C.08.004 ne peut être utilisée à cette fin parce qu'elle n'est plus commercialisée au Canada; [Non souligné dans l'original.]

[40] Pour qu'une seconde personne puisse se fier au médicament préapprouvé d'une première personne, il faut que ce médicament ait été commercialisé au Canada aux termes d'un avis de conformité. Il s'agit là du libellé du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité, et c'est sur cette base que la comparaison a été effectuée dans le cas présent. Une fois que le médicament d'une première personne a été commercialisé au Canada, il est admissible en tant que « produit de référence canadien » et peut être mis à la disposition d'une seconde personne à des fins de comparaison. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité fait référence à la « drogue » d'une première personne qui « a été commercialisée au Canada ».

[41] Dans une instance connexe mettant en cause les mêmes parties, le même médicament, mais un brevet différent (*Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 34 C.P.R. (4th) 29 (C.F.), Apotex a tenté de surmonter cet obstacle en faisant valoir que la « drogue » d'une première personne, lorsque cette drogue est approuvée en vue d'un nouvel usage, constitue une « drogue nouvelle » pour les besoins du Règlement relatif aux avis de conformité.

[42] En déclarant cela, Apotex se fondait sur l'article C.08.001 du *Règlement sur les aliments et drogues*, qui dispose, notamment, ce qui suit :

**C.08.001.** Pour l'application de la Loi et du présent titre, « drogue nouvelle » désigne :

[. . .]

c) une drogue pour laquelle le fabricant prescrit, recommande, propose ou déclare un usage comme drogue ou un mode d'emploi comme drogue, y compris la posologie, la voie d'administration et la durée d'action, et qui n'a pas été vendue pour cet usage ou selon ce mode



for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that use or condition of use of that drug.

[43] Apotex there argued that this definition of “new drug” should be imported into the NOC Regulations. As according to this definition, AstraZeneca’s “new drug” had never been marketed for its newly authorized use, Apotex contended that subsection 5(1) was not triggered.

[44] O’Keefe J. disposed of this argument as follows [at paragraphs 71-72]:

Based on the definition of a new drug in the *Food and Drug Regulations*, *supra*, Apotex claims that because the patent issued for a new use of the drug, it became a new drug. As I read subsection 5(1) of the NOC Regulations, it simply refers to “drug” and does not deal with uses of the drug. I agree with AstraZeneca’s submission that subsection 5(1) refers to a physical product, not the uses or new uses of a product.

I am of the view that the drug in question is Losec 20 mg capsules which is the drug to which Apotex compared its 20 mg Apo-Omeprazole capsules. Accordingly, subsection 5(1) applies to Apotex. [Emphasis added.]

[45] An appeal was brought against this decision, but Apotex withdrew it before it could be heard on its merit (*Apotex Inc. v. AB Hassle et al.*, A-291-04 (January 31, 2005)).

[46] In my respectful view, O’Keefe J. reached the correct conclusion when he held that the “new drug” definition in the FD Regulations is incompatible with the meaning of the word “drug” in subsection 5(1) of the NOC Regulations. As is apparent from the applications Judge’s reasons in this instance, it is the actual drug, from which samples can be taken and used for comparative purposes, that is relevant to the application of subsection 5(1) of the NOC Regulations.

d’emploi au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l’innocuité et l’efficacité de cet usage ou de ce mode d’emploi pour ladite drogue.

[43] Apotex a fait valoir qu’il fallait importer cette définition d’une « drogue nouvelle » dans le Règlement relatif aux avis de conformité. Elle a soutenu que le paragraphe 5(1) ne s’appliquait pas parce que, d’après cette définition, la « drogue nouvelle » d’AstraZeneca n’avait jamais été commercialisée en vue de son usage nouvellement autorisé.

[44] Le juge O’Keefe a tranché cet argument comme suit [2004 CF 650, aux paragraphes 71 et 72] :

En se fondant sur la définition de « drogue nouvelle » contenue dans le *Règlement sur les aliments et drogues*, précité, Apotex dit qu’il s’agit ici d’une drogue nouvelle puisque le brevet a été délivré pour une nouvelle utilisation. À mon sens, le paragraphe 5(1) du Règlement sur les AC ne renvoie qu’à la « drogue » et ne traite aucunement des utilisations qui en sont faites. Je suis d’accord avec AstraZeneca pour dire que le paragraphe 5(1) renvoie au produit physique plutôt qu’à ses utilisations ou à ses nouvelles utilisations.

Je suis d’avis que la drogue en cause consiste en les gélules de Losec en doses de 20 mg, soit la drogue à laquelle Apotex a comparé ses gélules d’Apo-Oméprazole en doses de 20 mg. Le paragraphe 5(1) s’applique donc à Apotex. [Non souligné dans l’original.]

[45] Cette décision a été portée en appel, mais Apotex a retiré l’appel avant qu’il puisse être entendu sur le fond (*Apotex Inc. c. AB Hassle et al.*, A-291-04 (31 janvier 2005)).

[46] À mon humble avis, le juge O’Keefe est arrivé à la conclusion exacte lorsqu’il a décidé que la définition d’une « drogue nouvelle » que donne le *Règlement sur les aliments et drogues* est incompatible avec le sens du mot « drogue » que l’on trouve au paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité. Il ressort clairement des motifs donnés dans la présente espèce par le juge saisi des demandes que c’est le médicament proprement dit, à partir duquel des échantillons peuvent être prélevés et utilisés à des fins comparatives, qui est pertinent pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité.

[47] I would add that in my view, the extended meaning of “drug” by reference to a “new use” in the FD Regulations (as quoted in paragraph 42 above) is no more than a deeming provision intended to insure that no drug can be sold for a new use without being tested and approved for that particular use. Aside from the limited purpose of controlling the safety and efficacy of new uses, the “drug” remains the physical substance in the form in which it is authorized to be sold.

[48] The Minister further argued that mere “technical compliance” with the NOC Regulations is not sufficient to provide first persons with the benefit which they provide (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.); *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155 (F.C.A.); *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232 (F.C.T.D.)).

[49] Ignoring the post-May 14, 2002 sales for the moment, I can identify no step or action taken by AstraZeneca which can be labelled as “technically compliant” within the meaning ascribed by the case law. It is common ground that the marketing of “Losec” 20 mg capsules took place in the normal course of business; the '470 and '037 patents protect a novel formulation and a novel therapeutic use which required approval under the FD Regulations and the NOC with which we are concerned was issued in relation to this particular use (see *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627 (F.C.A.), at paragraphs 27, 28-29).

[50] In two related decisions released May 12 and 13, 2005 respectively (*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 141 (F.C.A.); *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 39 C.P.R. (4th) 366, this Court has held that while a SNDS relating to so-called “administrative changes” (i.e., a change in the name of a drug or of a

[47] J'ajouterais qu'à mon avis, le sens élargi du mot « drogue » par voie de référence a une « nouvelle utilisation » dans le *Règlement sur les aliments et drogues* (extrait cité au paragraphe 42 qui précède) n'est rien de plus qu'une disposition déterminative qui vise à garantir qu'aucun médicament ne pourra être vendu en vue d'une nouvelle utilisation sans avoir été mis à l'essai et approuvé pour cette utilisation particulière. À part l'objet restreint consistant à contrôler l'efficacité et l'innocuité de nouvelles utilisations, la « drogue » demeure la substance physique dont la forme est celle qu'il est permis de vendre.

[48] Le ministre a fait valoir de plus qu'une simple « conformité de pure forme » au Règlement relatif aux avis de conformité n'est pas suffisante pour procurer aux premières personnes l'avantage qu'accorde ce règlement (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155 (C.A.F.); *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

[49] En mettant de côté pour le moment les ventes réalisées après le 14 mai 2002, je ne puis relever aucune mesure prise par AstraZeneca que l'on puisse qualifier de « conforme sur le plan de la forme » au sens où l'entend la jurisprudence. Il est bien établi que la commercialisation des gélules de « Losec » de 20 mg a eu lieu dans le cours normal des affaires; les brevets '470 et '037 protègent une formulation nouvelle et une utilisation thérapeutique nouvelle qui devaient être approuvées en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, et l'avis de conformité qui nous occupe ici a été délivré en rapport avec cette utilisation particulière (voir *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627 (C.A.F.), aux paragraphes 27, 28 et 29).

[50] Dans deux décisions connexes, rendues publiques les 12 et 13 mai 2005, respectivement (*Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 141 (C.A.F.); et *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2005), 39 C.P.R. (4th) 366, la Cour d'appel a déclaré que, bien qu'une PSDN concernant de présumés « changements

drug manufacturer, or a change in a manufacturing site) can procure no benefit to a first person under the NOC Regulations, an SNDS pertaining to the formulation of the drug or its use do procure such benefits, because these changes are rationally connected to the purpose of the NOC Regulations (i.e., the prevention of patent infringement).

[51] The only possible criticism which the Minister can level against AstraZeneca is that it had not, as of the time the decision in issue was made (January 27, 2004), marketed its "Losec" 20 mg capsules in conformity with the June 4, 1999 NOC. According to the Minister:

In the situation to which the provisions most clearly apply, a drug would be marketed at and after the time that its related patent was listed on the Register. (Minister's memorandum of fact and law, at paragraph 55.) [Emphasis added.]

[52] This may be so, but there is no requirement under the FD Regulations that a new drug, or a new use for a drug, once approved, be followed by its immediate marketing. An NOC, when issued, remains valid whether or not the approved drug is marketed and the manufacturer is free to market the drug at the time of its choice. The only requirement is that notification be given when a decision is made to market the drug or to withdraw it from the market (see sections C.01.014.3 [as am. by SOR/81-248, s. 2; 98-423, s. 5] and C.01.014.7 [as am. by SOR/81-248, s. 2] respectively).

[53] When regard is had to the FD Regulations, a first person cannot be faulted for obtaining an NOC for a new drug, or a new use, even if it has no immediate plans to market the drug.

[54] Finally, I see no merit in the Minister's submission that the NOC Regulations were not intended

administratifs » (c'est-à-dire, un changement dans le nom d'un médicament ou d'un fabricant de médicaments, ou un changement de lieu de fabrication) ne puisse procurer aucun avantage à une première personne en vertu du Règlement relatif aux avis de conformité, une PSDN portant sur la formulation du médicament ou sur son utilisation procure bel et bien de tels avantages, car ces changements sont logiquement liés à l'objet du Règlement relatif aux avis de conformité (c'est-à-dire, la prévention d'une contrefaçon de brevet).

[51] La seule critique possible que le ministre puisse formuler contre AstraZeneca est que, au moment où la décision en litige a été rendue (le 27 janvier 2004), AstraZeneca n'avait pas commercialisé ses gélules de « Losec » en doses de 20 mg, conformément à l'avis de conformité du 4 juin 1999. Au dire du ministre :

[TRADUCTION] Dans la situation à laquelle les dispositions s'appliquent manifestement, un médicament serait commercialisé après le moment où le brevet connexe a été inscrit dans le registre (mémoire des faits et du droit du ministre, paragraphe 55). [Non souligné dans l'original.]

[52] Cela est peut-être vrai, mais le *Règlement sur les aliments et drogues* n'exige pas qu'un nouveau médicament, ou une nouvelle utilisation pour un médicament, après avoir été approuvé, soit suivi de sa commercialisation immédiate. Un avis de conformité, lorsqu'il est délivré, demeure valide, que le médicament approuvé soit commercialisé ou non, et il est loisible au fabricant de commercialiser quand bon lui semble le médicament en question. La seule exigence est de signifier un avis lorsqu'il est décidé de commercialiser le médicament ou de retirer ce dernier du marché (voir les articles C.01.014.3 [mod. par DORS/81-248, art. 2; 98-423, art. 5] et C.01.014.7 [mod. par DORS/81-248, art. 2], respectivement).

[53] Lorsque l'on considère le *Règlement sur les aliments et drogues*, on ne peut reprocher à une première personne d'avoir obtenu un avis de conformité pour un nouveau médicament, ou pour une nouvelle utilisation, même si cette personne n'a pas de plan immédiat pour ce qui est de la commercialisation du médicament en question.

[54] Enfin, je ne vois aucun mérite à l'argument du ministre selon lequel le Règlement relatif aux avis de

to prevent a second person from entering a market which the first person does not occupy. The fact that a first person does not presently occupy the market has no bearing on the question whether a second person's proposed drug will infringe. It would be a simple matter to provide for a requirement that the drug be currently marketed if, indeed, it was intended to apply (see for example the Regulatory Impact Analysis Statement published December 11, 2004 in the *C. Gaz.* 2004.I.3724, which proposes a so-called "anti-avoidance" provision which limits the application of subsection 5(1) to drugs with respect to which a drug identification number remains in force under the FD Regulations). However, as the NOC Regulations read, the current occupation of the market by the first person's drug is not a relevant consideration.

[55] I therefore conclude that subsection 5(1) of the NOC Regulations applies where a second person compares its proposed drug to a first person's drug that "has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance." As in this case, it is common ground that AstraZeneca's drug was so marketed between 1989 and 1996, and as the other requirements for the application of subsection 5(1) have also been met, the Minister was bound to require Apotex to address the '470 and '037 patents.

[56] Having so concluded, it is not necessary to deal with AstraZeneca's alternative contention that its drug was marketed pursuant to the relevant NOC after May 14, 2002.

[57] For these reasons, I would allow the appeals, set aside the decision of the applications Judge and giving the order which ought to have been given, I would quash the NOC issued January 27, 2004 with respect to Apo-omeprazole and compel the Minister to require a second person to address the '470 and '037 patents where the second person files a submission for an NOC in respect of a drug and compares the drug with "Losec" 20 mg

conformité n'est pas destiné à empêcher une seconde personne de s'implanter sur un marché que la première personne n'occupe pas. Le fait qu'une première personne n'occupe pas à ce moment le marché n'a aucune incidence sur la question de savoir si le médicament proposé de la seconde personne créera une contrefaçon. Il ne serait pas difficile d'exiger que le médicament soit commercialisé à ce moment-là si, en fait, c'était le but visé (voir, par exemple, le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation publié le 11 décembre 2004, *Gaz. C.* 2004.I.3724, où l'on propose une présumée disposition « anti-évitement » qui restreint l'application du paragraphe 5(1) aux médicaments à l'égard desquels une identification numérique de drogue demeure en vigueur en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*). Cependant, selon la version actuelle du Règlement relatif aux avis de conformité, l'occupation du marché par le médicament de la première personne n'est pas un aspect pertinent.

[55] Je conclus donc que le paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité s'applique lorsqu'une seconde personne compare son médicament proposé à celui d'une première personne qui a été « commercialisé au Canada aux termes d'un avis de conformité ». Comme c'est le cas en l'espèce, il est établi que le médicament d'AstraZeneca a été commercialisé entre 1989 et 1996, et, étant donné que les autres exigences relatives à l'application du paragraphe 5(1) ont elles aussi été remplies, le ministre était tenu d'exiger qu'Apotex traite des brevets '470 et '037.

[56] Cette conclusion étant tirée, il est inutile de traiter de l'argument subsidiaire d'AstraZeneca, à savoir que son médicament a été commercialisé aux termes de l'avis de conformité pertinent après le 14 mai 2002.

[57] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les appels, d'infirmier la décision du juge saisi des demandes et, en rendant l'ordonnance qu'il aurait fallu rendre, d'annuler l'avis de conformité délivré le 27 janvier 2004 à l'égard de l'Apo-Oméprazole et de contraindre le ministre à exiger qu'une seconde personne traite des brevets '470 et '037 lorsque cette seconde personne présente une demande d'avis de conformité à l'égard d'un médicament et compare ce

capsules, with costs in favour of the appellant here and below.

MALONE J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[58] SHARLOW J.A. (dissenting): I have read in draft the reasons of Noël J.A. I must respectfully disagree with him. I would dismiss this appeal, for the reasons that follow.

[59] From 1989 to September of 1996, AstraZeneca marketed “Losec” 20 mg capsules in Canada pursuant to an NOC issued in 1989. In September of 1996, that product was taken off the market in Canada and replaced with omeprazole magnesium tablets, which were marketed pursuant to a different NOC. AstraZeneca retains the right to market “Losec” 20 mg capsules in Canada pursuant to the 1989 NOC.

[60] The ‘470 and ‘037 patents both relate to new formulations for omeprazole. The filing date of the ‘470 patent is November 10, 1998, and it was issued on February 26, 2002. The filing date of the ‘037 patent is February 9, 1996, and it was issued on April 16, 2002.

[61] It is to AstraZeneca’s advantage to have the ‘470 patent and the ‘037 patent included on a patent list in relation to “Losec” 20 mg capsules, whether that product is being marketed or not. If they are so listed, and thus are on the Patent Register, a drug manufacturer who seeks approval for a similar drug based on specified comparisons to “Losec” 20 mg capsules must give AstraZeneca notice of the comparison in the form of a “notice of allegation” (NOA) pursuant to subsection 5(1) of the NOC Regulations, addressing the listed

médicament avec les gélules de « Losec » de 20 mg, le tout avec dépens en faveur de l’appelante en appel et en première instance.

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

\* \* \*

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

[58] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. (motifs dissidents) : J’ai lu l’ébauche des motifs du juge Noël, et je dois malheureusement exprimer mon désaccord avec ce dernier. Je suis d’avis de rejeter l’appel pour les motifs suivants.

[59] Entre l’année 1989 et le mois de septembre 1996, AstraZeneca a commercialisé au Canada des gélules de « Losec » en doses de 20 mg aux termes d’un avis de conformité délivré en 1989. En septembre 1996, ce produit a été retiré du marché canadien et remplacé par des comprimés d’oméprazole magnésien, commercialisés aux termes d’un avis de conformité différent. AstraZeneca conserve le droit de commercialiser au Canada les gélules de « Losec » de 20 mg aux termes de l’avis de conformité de 1989.

[60] Les brevets ‘470 et ‘037 ont tous deux trait à de nouvelles formulations concernant l’oméprazole. La date de dépôt du brevet ‘470 est le 10 novembre 1998, et il a été délivré le 26 février 2002. La date de dépôt du brevet ‘037 est le 9 février 1996, et il a été délivré le 16 avril 2002.

[61] Il est avantageux pour AstraZeneca que le brevet ‘470 et le brevet ‘037 soient inclus dans une liste de brevets en rapport avec les gélules de « Losec » de 20 mg, que ce produit soit commercialisé ou pas. S’ils sont inscrits, et s’ils figurent donc au registre des brevets, un fabricant de médicaments désireux de faire approuver un médicament similaire, fondé sur des comparaisons spécifiées avec les gélules de « Losec » de 20 mg, est tenu d’aviser AstraZeneca de la comparaison sous la forme d’un « avis d’allégation » (AC) visé au

patents. AstraZeneca then has the right to apply to the Federal Court for an order under section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3] of the NOC Regulations prohibiting the Minister from issuing an NOC to Apotex until after the expiration of the relevant patents. The filing of such an application automatically precludes the Minister from issuing the NOC to the generic manufacturer for up to 24 months. That is because of the automatic “stay” provided in section 7 [as am. by SOR/98-166, s. 6] of the NOC Regulations. Thus, advance notice may result in a further advantage, in the form of a delay in the issuance of an NOC to a potential competitor.

[62] By virtue of subsection 4(3) of the NOC Regulations, a patent list must be submitted at the same time as a submission for an NOC (a new drug submission, or NDS). Subsection 4(4) permits a patent list to be submitted after the related NDS to include newly issued patents. It also permits an existing patent list to be amended to include patents issued after the date of the NDS. In either case, however, the filing date of the new patent must precede the date of the NDS to which the patent list relates (subsection 4(4) of the NOC Regulations).

[63] It has long been established that a supplementary NDS (SNDS) for a drug is a “submission” that may support the filing of a new patent list for that drug; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.), per Justice McGillis; affirmed (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.). Relying on that interpretation AstraZeneca could, by filing a SNDS for “Losec” 20 mg capsules after the filing date of the ‘470 and ‘037 patents, have an opportunity to have the ‘470 and ‘037 patents included on a patent list in relation to “Losec” 20 mg capsules, once those patents were issued.

paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité et portant sur les brevets inscrits. AstraZeneca est ensuite en droit de demander à la Cour fédérale de rendre, aux termes de l’article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3] du Règlement relatif aux avis de conformité, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un AC au fabricant (Apotex, en l’occurrence) jusqu’après l’expiration des brevets applicables. Le dépôt d’une telle demande empêche automatiquement le ministre de délivrer l’AC au fabricant de médicaments génériques pendant une durée maximale de 24 mois, en raison de la « suspension » automatique prévue à l’article 7 [mod. par DORS/98-166, art. 6] du Règlement relatif aux avis de conformité. C’est donc dire qu’un avis anticipé peut donner lieu à un avantage supplémentaire, c’est-à-dire retarder la délivrance d’un AC à un concurrent potentiel.

[62] Aux termes du paragraphe 4(3) du Règlement relatif aux avis de conformité, une liste de brevets doit être soumise en même temps qu’une demande d’AC (une présentation de drogue nouvelle, ou PDN). Le paragraphe 4(4) autorise à soumettre une liste de brevets après la PDN connexe si cette liste inclut des brevets nouvellement délivrés. Il permet aussi de modifier une liste de brevets existante en vue d’y inclure des brevets délivrés après la date de dépôt de la PDN. Cependant, dans l’un ou l’autre cas, la date de dépôt du nouveau brevet doit être antérieure à celle du dépôt de la PDN à laquelle se rapporte la liste de brevets (paragraphe 4(4) du Règlement relatif aux avis de conformité).

[63] Il est depuis longtemps établi qu’une présentation supplémentaire de drogue nouvelle (PSDN) concernant un médicament est une « demande » qui peut justifier le dépôt d’une nouvelle liste de brevets pour ce médicament-là : *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la juge McGillis, décision confirmée par (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (C.A.F.). Si l’on se fie à cette interprétation, AstraZeneca pourrait, en produisant une PSDN pour les gélules de « Losec » de 20 mg après la date de dépôt des brevets ‘470 et ‘037, avoir une occasion de faire inclure les brevets ‘470 et ‘037 dans une liste de brevets en rapport avec les gélules de « Losec » de 20 mg, une fois que ces brevets ont été délivrés.

[64] On January 22, 1999, AstraZeneca filed a SNDS to seek authorization for the sale of “Losec” 20 mg capsules for a new indication, the treatment of H. Pylori. A patent list was filed with that SNDS. On June 4, 1999, the Minister issued an NOC to AstraZeneca in response to that SNDS. “Losec” 20 mg capsules were not on the market on January 22, 1999, when AstraZeneca filed its SNDS. Nor did AstraZeneca return them to the market after the issuance of the corresponding NOC. However, it is not suggested that this affects the validity of the January 22, 1999 SNDS, or the corresponding NOC issued June 4, 1999.

[65] Once the '470 and '037 patents were issued in 2002, AstraZeneca was entitled to and did apply to include those patents on the patent list submitted with the January 22, 1999 SNDS. On March 8, 2002 and February 27, 2003, respectively, the '470 and '037 patents were added to that patent list. It is common ground that the decision to permit those patents to be listed is correct.

[66] Prior to September 1996, Apotex filed an abbreviated NDS (ANDS) for an NOC comparing its proposed drug (Apo-Omeprazole 20 mg capsules), to AstraZeneca's “Losec” 20 mg capsules. The Minister formed the view that subsection 5(1) of the NOC Regulations did not require Apotex to address the '470 and '037 patents because (1) those patents had been added to the patent list that was submitted with the January 22, 1999 SNDS, and (2) AstraZeneca had not marketed “Losec” 20 mg capsules pursuant to the June 4, 1999 NOC, which had been issued in response to the January 22, 1999 SNDS. The Minister issued an NOC to Apotex for Apo-Omeprazole 20 mg capsules on January 27, 2004.

[67] AstraZeneca brought two judicial review applications alleging that the Minister erred in issuing an NOC to Apotex without requiring the '470 and '037 patents to be addressed by Apotex (T-261-04) or by anyone (T-262-04). AstraZeneca argued, among other things, that Apotex had such an obligation because

[64] Le 22 janvier 1999, AstraZeneca a déposé une PSDN en vue d'obtenir l'autorisation de vendre les gélules de « Losec » de 20 mg en vue d'une nouvelle indication : le traitement de H. Pylori. Une liste de brevets a été déposée avec cette PSDN. Le 4 juin 1999, le ministre a délivré un AC à AstraZeneca en réponse à cette PSDN. Le 22 janvier 1999, lorsqu'AstraZeneca a déposé sa PSDN, les gélules de « Losec » de 20 mg n'étaient pas commercialisées. AstraZeneca ne les a pas n'ont plus remises sur le marché après la délivrance de l'AC correspondant. Cependant, il n'est pas dit que cela affecte la validité de la PSDN du 22 janvier 1999, ni celle de l'AC correspondant qui a été délivré le 4 juin 1999.

[65] Une fois que les brevets '470 et '037 ont été délivrés, c'est-à-dire en 2002, AstraZeneca était en droit de demander—et a effectivement demandé—d'inclure ces brevets dans la liste de brevets soumise avec la PSDN du 22 janvier 1999. Le 8 mars 2002 et le 27 février 2003, respectivement, les brevets '470 et '037 ont été ajoutés à cette liste. Il est établi que la décision de permettre l'inscription de ces brevets est correcte.

[66] Avant septembre 1996, Apotex a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) en rapport avec un AC comparant son médicament proposé (les gélules d'Apo-Oméprazole en doses de 20 mg) aux gélules de « Losec » en doses de 20 mg d'AstraZeneca. Le ministre a exprimé l'avis que le paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité n'obligeait pas Apotex à déposer une allégation concernant les brevets '470 et '037 parce que : 1) ces deux brevets avaient été ajoutés à la liste de brevets soumise avec la PSDN du 22 janvier 1999, et 2) AstraZeneca n'avait pas commercialisé les gélules de « Losec » de 20 mg aux termes de l'AC du 4 juin 1999, lequel avait été délivré en réponse à la PSDN du 22 janvier 1999. Le ministre a délivré à Apotex un AC concernant les gélules d'Apo-Oméprazole de 20 mg le 27 janvier 2004.

[67] AstraZeneca a introduit deux demandes de contrôle judiciaire, alléguant que le ministre avait commis une erreur en délivrant un AC à Apotex sans exiger que les brevets '470 et '037 soient traités par Apotex (T-261-04) ou par quiconque (T-262-04). AstraZeneca a fait valoir, notamment, qu'Apotex était

“Losec” 20 mg capsules had at one time been marketed pursuant to an NOC. As indicated above, both applications were dismissed, leading to these appeals.

[68] There was a dispute in the Federal Court as to whether AstraZeneca had marketed “Losec” 20 mg capsules between May 14, 2002 and January 15, 2004. AstraZeneca had provided the Minister with evidence of four relatively small sales of “Losec” 20 mg capsules that occurred between May 14, 2002 and January 15, 2004. The Minister concluded that those transactions did not amount to “marketing” “Losec” 20 mg capsules within the meaning of the NOC Regulations. The Judge treated that conclusion as primarily one of fact, and he declined to disturb it because he found it not to be patently unreasonable. In this appeal, AstraZeneca argued that this aspect of the Judge’s decision should be reversed. In my respectful view, the Judge made no error in accepting the Minister’s determination on this factual point.

[69] I will deal with the remaining issues on the basis that AstraZeneca did not market “Losec” 20 mg capsules at all after September of 1996. The Judge considered those remaining issues to be reviewable on the standard of correctness because they are essentially questions of statutory interpretation. I agree with the Judge on that point.

[70] The principal issue is the correct interpretation of the opening words of subsection 5(1) of the NOC Regulations, which establish the circumstances in which a particular patent must be addressed by a drug manufacturer in connection with an ANDS. The opening words of subsection 5(1) read as follows:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first

soumise à cette obligation parce que les gélules de « Losec » de 20 mg avaient déjà été commercialisées aux termes d’un AC. Comme il a été indiqué plus tôt, les deux demandes ont été rejetées, donnant ainsi lieu aux présents appels.

[68] La question de savoir si AstraZeneca avait commercialisé les gélules de « Losec » de 20 mg entre le 14 mai 2002 et le 15 janvier 2004 a été l’objet d’un litige devant la Cour fédérale. AstraZeneca a fourni au ministre la preuve de quatre ventes relativement minimales de gélules de « Losec » de 20 mg entre le 14 mai 2002 et le 15 janvier 2004. Le ministre a conclu que ces ventes n’équivalaient pas à une « commercialisation » des gélules de « Losec » de 20 mg au sens du Règlement relatif aux avis de conformité. Le juge a traité cette conclusion comme étant principalement une conclusion de fait et il n’a pas voulu y toucher parce qu’il a conclu qu’elle n’était pas manifestement déraisonnable. Dans le présent appel, AstraZeneca a fait valoir qu’il convient d’infirmar cet aspect de la décision du juge. À mon humble avis, ce dernier n’a pas commis d’erreur en souscrivant à la décision du ministre sur ce point factuel.

[69] Je traiterai des questions restantes en tenant pour avéré qu’AstraZeneca n’a pas commercialisé du tout de gélules de « Losec » de 20 mg après le mois de septembre 1996. Le juge a considéré que ces questions étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte parce qu’il s’agit essentiellement de questions d’interprétation des lois. Je suis d’accord avec le juge sur ce point.

[70] Le principal point en litige est la juste interprétation de l’introduction du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité, lequel établit les circonstances dans lesquelles un fabricant de médicaments doit traiter d’un brevet particulier en rapport avec une PSDN. L’introduction en question est la suivante :

5. (1) Lorsqu’une personne dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d’après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la



person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug.

[71] The nub of the debate is whether this provision should be given a broad interpretation, as advocated by AstraZeneca, or the narrower interpretation advocated by the Minister and Apotex.

[72] It is useful first to consider the language of subsection 5(1). I find it helpful to treat subsection 5(1) as asking a number of questions, each of which must receive a positive answer before Apotex is obliged to address the '470 and '037 patents.

[73] The first question asked by subsection 5(1) is this: did Apotex file a submission for an NOC in respect of a drug, comparing its drug with another drug for one of the purposes stipulated in subsection 5(1)? The answer is yes. Apotex filed an ANDS for Apo-Omeprazole 20 mg capsules, in which it made the requisite comparison to "Losec" 20 mg capsules.

[74] The second question asked by subsection 5(1) is this: is AstraZeneca a "first person" in relation to an NOC pursuant to which "Losec" 20 mg capsules have been marketed? The answer is yes, but there are two ways to reach that answer.

[75] The term "first person" is defined in the NOC Regulations to mean "the person referred to in subsection 4(1)" ("*[l]a personne visée au paragraphe 4(1)*"). Subsection 4(1) [as am. by SOR/98-166, s. 3] reads as follows:

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

[76] The word "submission" in subsection 4(1), as explained above, means either an NDS or an SNDS.

première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue.

[71] Le nœud du débat consiste à savoir s'il convient de donner une interprétation large à cette disposition, comme le prône AstraZeneca, ou l'interprétation plus restrictive que préconisent le ministre et Apotex.

[72] En premier lieu, il est bon d'examiner le libellé du paragraphe 5(1). Je trouve utile de considérer cette disposition comme si elle posait un certain nombre de questions, qui nécessitent chacune une réponse affirmative avant qu'Apotex soit obligée de traiter des brevets '470 et '037.

[73] La première question posée par le paragraphe 5(1) est la suivante : Apotex a-t-elle déposé une demande d'avis de conformité pour un médicament, en comparant ce dernier avec un autre médicament pour l'une des fins prescrites dans ce paragraphe? La réponse est oui. Apotex a déposé une PSDN pour des gélules d'Apo-Oméprazole de 20 mg, et a fait dans cette présentation la comparaison exigée avec les gélules de « Losec » de 20 mg.

[74] La deuxième question posée par le paragraphe 5(1) est la suivante : AstraZeneca est-elle une « première personne » par rapport à un AC aux termes duquel des gélules de « Losec » de 20 mg ont été commercialisées? La réponse est oui, mais il y a deux façons d'arriver à cette réponse.

[75] L'expression « première personne » est définie dans le Règlement relatif aux avis de conformité et désigne « [la] personne visée au paragraphe 4(1) » (« *the person referred to in subsection 4(1)* »). Le texte de cette disposition est le suivant [paragraphe 4(1) (mod. par DORS/98-106, art. 3)] :

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

[76] Comme il a été expliqué plus tôt, le mot « demande » qui figure au paragraphe 4(1) désigne soit

AstraZeneca has filed a number of submissions, and has received a number of NOCs, for “Losec” 20 mg capsules. It is possible that the answer to this question should be “yes”, simply because of that history.

[77] However, the same answer would result from a narrower interpretation of the provision. This case relates to the scope of subsection 5(1) and the obligation of Apotex, if any, to address the '470 and '037 patents that appear on a particular patent list. It seems to me arguable that for the purposes of this case, AstraZeneca's status as a “first person” should derive from the NOC that corresponds to the SNDS that supported the inclusion of those patents on a patent list. That would be the NOC issued on June 4, 1999 in response to the SNDS filed by AstraZeneca on January 22, 1999. As will be seen, that would tend to support the narrower interpretation of subsection 5(1) proposed by the Minister and Apotex.

[78] The third question asked by subsection 5(1) is this: have “Losec” 20 mg capsules been marketed in Canada pursuant to an NOC issued to AstraZeneca and in respect of which a patent list has been submitted? I refer to this as the marketing question or the marketing condition. The answer to the marketing question varies depending on whether subsection 5(1) is read broadly, as AstraZeneca contends, or narrowly, as the Minister and Apotex contend.

[79] AstraZeneca would interpret the marketing question expansively, as though the question is intended to refer to any marketing pursuant to any NOC. For a certain period of time between 1989 and 1996, “Losec” 20 mg capsules were marketed pursuant to the NOC issued in 1989. On that basis, AstraZeneca argues that the answer to the marketing question is “yes”.

[80] However, the Minister and Apotex propose a narrower view. Their interpretation is that the marketing question is intended to refer to marketing pursuant to the NOC that corresponds to the only SNDS that could

une PDN soit une PSDN. AstraZeneca a déposé un certain nombre de demandes, et a reçu un certain nombre d'AC, pour les gélules de « Losec » de 20 mg. Il est possible que la réponse à cette question soit oui, simplement à cause de ces antécédents.

[77] Cependant, une interprétation plus restrictive de cette disposition mènerait à la même réponse. Il est question, en l'espèce, de la portée du paragraphe 5(1) et de l'obligation, si obligation il y a, dans laquelle se trouve Apotex de traiter des brevets '470 et '037 qui figurent sur une liste de brevets particulière. Il m'apparaît possible de soutenir que, pour les besoins de l'espèce, le statut d'AstraZeneca en tant que « première personne » doit découler de l'AC correspondant à la PSDN qui étayait l'inclusion de ces brevets dans une liste de brevets. Il s'agirait de l'AC délivré le 4 juin 1999 en réponse à la PSDN qu'AstraZeneca a déposée le 22 janvier 1999. Comme nous le verrons, cela tendrait à étayer l'interprétation plus restrictive du paragraphe 5(1) que proposent le ministre et Apotex.

[78] La troisième question posée par le paragraphe 5(1) est la suivante : des gélules de « Losec » de 20 mg ont-elles été commercialisées au Canada aux termes d'un AC délivré à AstraZeneca et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise? C'est ce que j'appelle la question—ou la condition—de la commercialisation. La réponse à la question de la commercialisation varie selon que l'on interprète le paragraphe 5(1) de manière large, comme le veut AstraZeneca, ou de manière restrictive, comme le veulent le ministre et Apotex.

[79] AstraZeneca interpréterait la question de la commercialisation de manière large, comme si elle visait n'importe quelle activité de commercialisation réalisée aux termes de n'importe quel AC. Pour un certain temps entre les années 1989 et 1996, des gélules de « Losec » de 20 mg ont été commercialisées aux termes de l'AC délivré en 1989. Cela permet à AstraZeneca de faire valoir que la réponse à la question de la commercialisation est oui.

[80] Cependant, le ministre et Apotex proposent une vision plus étroite des choses. Ils estiment que la question de la commercialisation vise les activités de commercialisation réalisées aux termes de l'AC

possibly support the listing of the '470 and '037 patents. Only the January 22, 1999 SNDS could have supported the listing of the '470 and '037 patents, and as the "Losec" 20 mg capsules have never been marketed pursuant to the corresponding NOC, the answer to the marketing question is "no".

[81] I pause here to make three observations about the marketing question. First, it is undisputed that "marketing" is a precondition to the application of subsection 5(1) of the NOC Regulations. Why is that condition imposed? It is not a condition that can have anything to do with the prevention of patent infringement, because patent infringement can occur even if the infringed patent is never exploited commercially by its holder. I infer that the marketing condition is included to ensure that the advantages of the NOC Regulations are not conferred on patent holders whose products are, for whatever reason, not generally available to consumers. Translating that notion to the context of the NOC Regulations, the general policy behind the marketing condition is that a patent holder who obtains an NOC, but does not use it, should not be entitled to rely on that NOC to obtain collateral advantages because of the NOC Regulations. That would tend to support the narrow interpretation of subsection 5(1) proposed by the Minister and Apotex.

[82] Second, a drug cannot be marketed lawfully in Canada except pursuant to an NOC. Why then does subsection 5(1) of the NOC Regulations include the qualifying language, "pursuant to a notice of compliance"? It may be that the qualifying phrase is intended to compel a reference to the marketing of "Losec" 20 mg capsules pursuant to a particular NOC. That would also tend to support the narrower interpretation proposed by the Minister and Apotex.

[83] Third, why is it stated as a precondition that a patent list must be submitted? It seems to be axiomatic

correspondant à la seule PSDN qui serait susceptible d'étayer l'inscription des brevets '470 et '037. Seule la PSDN du 22 janvier 1999 aurait pu étayer l'inscription des brevets '470 et '037, et comme les gélules de « Losec » de 20 mg n'ont jamais été commercialisées aux termes de l'AC correspondant, la réponse à la question de la commercialisation est « non ».

[81] J'ouvre ici une parenthèse pour faire trois remarques sur la question de la commercialisation. Premièrement, nul ne conteste que la « commercialisation » est une condition préalable à l'application du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité. Pourquoi cette condition est-elle imposée? Ce n'est pas une condition qui soit liée de quelque façon à la prévention d'une contrefaçon de brevet, parce que cette contrefaçon peut survenir même si le brevet contrefait n'est jamais exploité commercialement par son titulaire. Je déduis que la condition de la commercialisation a pour but de s'assurer que l'on ne confère pas les avantages du Règlement relatif aux avis de conformité au titulaire de brevet dont les produits, pour un motif quelconque, ne sont généralement pas offerts aux consommateurs. Si l'on transpose cette notion au contexte du Règlement relatif aux avis de conformité, la politique générale qui sous-tend la condition de la commercialisation est la suivante : un titulaire de brevet qui obtient un AC, mais qui ne s'en sert pas, ne devrait pas être en droit de se fonder sur cet AC pour obtenir des avantages accessoires grâce au Règlement relatif aux avis de conformité. Cela tendrait à étayer l'interprétation restrictive du paragraphe 5(1) que proposent le ministre et Apotex.

[82] Deuxièmement, un médicament ne peut être commercialisé légalement au Canada qu'aux termes d'un AC. Pourquoi donc le paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité comporte-t-il les mots limitatifs suivants : « aux termes d'un avis de conformité »? Il se peut que ce passage ait pour but d'obliger à se reporter à la commercialisation des gélules de « Losec » de 20 mg aux termes d'un AC particulier. Cela aussi tendrait à étayer l'interprétation plus restrictive que proposent le ministre et Apotex.

[83] Troisièmement, pourquoi est-il déclaré, à titre de condition préalable, qu'une liste de brevets doit être

that the “second person” would have no patents to address unless there is at least one patent list. There is other language in subsection 5(1) which specifically requires the second person to address “each patent on the register in respect of the other (comparator) drug.” It may be that the imposition of a further precondition as to the submitting of a patent list is intended to refer to a particular patent list. Subsection 4(5) of the NOC Regulations requires each patent list to identify the NDS or SNDS to which it relates. Therefore, it makes sense to infer that the preconditions of subsection 5(1) are intended to limit its application to the patent list that contains the patent sought to be addressed. This is yet another consideration that would tend to favour the interpretation proposed by the Minister and Apotex.

[84] I turn now to the phrase:

5. (1) . . . pursuant to a notice of compliance . . . and in respect of which a patent list has been submitted . . . .  
[Emphases added.]

To understand this phrase, it is necessary to consider what a patent list is submitted “in respect of.” Because of the mechanics of the NOC Regulations, each patent list necessarily relates to a particular NDS or SNDS (subsection 4(5) of the NOC Regulations), and thus to the NOC that corresponds to that NDS or SNDS. In my view, that would suggest that the word “which” in the underlined phrase is intended to refer to the one NOC that corresponds to the one NDS (or SNDS) that supported the filing of the patent list that includes the patents in issue. That would tend to support the narrow interpretation of the subsection proposed by the Minister and Apotex.

[85] The French version of subsection 5(1) of the NOC Regulations uses “*laquelle*” as the equivalent of “which”, and so must be referring to a feminine noun (“*cette autre drogue*”) rather than a masculine noun (“*avis de conformité*”). That makes a link between the patent list referred to in the marketing question, and the drug “Losec” 20 mg capsules. This aspect of the French

soumise? Il va sans dire, à mon sens, que la « seconde personne » n’aurait à traiter d’aucun brevet s’il n’existait au moins une liste de brevets. Il y a un autre passage du paragraphe 5(1) qui oblige expressément la seconde personne à traiter « de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue (comparatrice) ». Il se peut que l’imposition d’une condition préalable additionnelle pour la soumission d’une liste de brevets vise à se reporter à une liste de brevets particulière. Le paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité exige que chaque liste de brevets indique la PDN ou la PSDN à laquelle elle se rapporte. Il est donc logique d’inférer que les conditions préalables énoncées au paragraphe 5(1) visent à en restreindre l’application à la liste de brevets où figure le brevet au sujet duquel une allégation doit être déposée. Il s’agit là encore d’un autre aspect qui tendrait à privilégier l’interprétation que proposent le ministre et Apotex.

[84] Voyons maintenant le passage suivant :

5. (1) [. . .] aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise [. . .] [Soulignement ajouté.]

Pour comprendre ce passage, il est nécessaire d’examiner « à l’égard de » quoi une liste de brevets est soumise. En raison du fonctionnement du Règlement relatif aux avis de conformité, chaque liste de brevets renvoie nécessairement à une PDN ou à une PSDN particulière (paragraphe 4(5) du Règlement relatif aux avis de conformité) et donc à l’AC qui correspond à cette PDN ou à cette PSDN. À mon avis, cela sous-entendrait que, dans le passage souligné, le mot « laquelle » (« *which* ») vise à faire référence au seul AC qui correspond à la seule PDN (ou PSDN) qui était la soumission de la liste de brevets incluant les brevets en litige. Cela tendrait à étayer l’interprétation restrictive de la disposition que proposent le ministre et Apotex.

[85] La version française du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité utilise le mot « laquelle » comme équivalent de « *which* », et fait donc référence à un substantif féminin (« *cette autre drogue* ») plutôt qu’à un substantif masculin (« *avis de conformité* »). Cela établit un lien entre la liste de brevets dont il est fait état dans la question de la

version tends to support the broad interpretation proposed by AstraZeneca. On balance, a consideration of the French and English versions together would tend to support the narrow interpretation proposed by the Minister and Apotex.

[86] In considering whether to accept the broad interpretation or the narrow interpretation of subsection 5(1) of the NOC Regulations, I do not consider it conclusive that subsection 5(1) does not expressly refer to a particular NOC. I repeat what I said in *Merck & Co. v. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.) [at paragraphs 36-37]:

... it is always open to a court to give the words of a statute or regulation the broadest meaning or the narrowest meaning that its words can bear. The choice will depend on the application of the principle of statutory interpretation adopted by the Supreme Court of Canada in numerous recent cases, including *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. That principle is encapsulated in the much quoted words of Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed., 1983) at 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

There is little to be gained by elaborating on this statement. It is enough to say that when it is properly applied, the resulting interpretation is consistent with both the words and the objective of the legislation.

[87] This seems to me to be a case where the statutory language is capable of bearing two different meanings, a broad one (advocated by AstraZeneca) and a narrow one (advocated by the Minister and Apotex). The problem is to determine which of two possible interpretations is more consistent with the statutory objective.

[88] While the ultimate objective of the NOC Regulations is to prevent patent infringement, they were enacted as a counterbalance to other statutory provisions that are intended, among other things, to encourage the

commercialisation et les gélules de « Losec » de 20 mg. Cet aspect de la version française tend à étayer l'interprétation large que propose AstraZeneca. Tout compte fait, un examen parallèle des versions française et anglaise tendrait à corroborer l'interprétation restrictive que proposent le ministre et Apotex.

[86] En examinant s'il convient de souscrire soit à l'interprétation large, soit à l'interprétation stricte du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité, il n'est pas concluant, selon moi, que le paragraphe 5(1) ne renvoie pas expressément à un AC particulier. Je réitère ce que j'ai dit dans l'arrêt *Merck & Co. c. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (C.A.F.) [[2000] A.C.F. n° 380, aux paragraphes 36 et 37] :

[...] il est toujours loisible à un tribunal d'interpréter une loi ou un règlement de la façon la plus large ou la plus restrictive possible. Le choix dépend de l'application du principe d'interprétation législative que la Cour suprême du Canada a adoptée dans plusieurs jugements récents, dont l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Ce principe est formulé comme suit dans les propos d'Elmer Driedger (*Construction of Statutes* (2nd ed., 1983), qui ont été cités à maintes reprises (p. 87)) :

Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Il n'y a pas lieu d'épiloguer plus longuement à ce sujet. Il suffit de dire que, lorsque ce principe est appliqué à bon escient, l'interprétation qui en découle est compatible tant avec le libellé qu'avec l'objectif du texte législatif.

[87] Il semble que nous ayons affaire ici à une cause où le texte législatif est susceptible de donner lieu à deux sens différents : un sens large (préconisé par AstraZeneca) et un sens restrictif (préconisé par le ministre et Apotex). Le problème consiste à déterminer laquelle des deux interprétations possibles est celle qui cadre le plus avec l'objectif du texte législatif.

[88] Quoique l'objectif ultime du Règlement relatif aux avis de conformité soit d'éviter la contrefaçon de brevets, ce texte a été édicté pour contrebalancer d'autres dispositions législatives qui visent, notamment,

development of generic drug products in a manner that ensures that they will be available on the market on a reasonably timely basis. Thus, while patent holders gain significant advantages from the Regulations, that advantage comes only if the preconditions are met: they must adhere to certain procedural restrictions in relation to the filing and amendment of patent lists, and they must actually market their products.

[89] Taking all of these considerations into account, I find myself in agreement with the Minister and Apotex that the provisions in question should be given the narrow interpretation that they propose. I would dismiss this appeal.

à encourager la mise au point de médicaments génériques d'une manière qui garantit que ces derniers seront disponibles sur le marché dans un délai raisonnablement bref. C'est donc dire que bien que les titulaires de brevet tirent d'importants avantages du Règlement, à ces avantages se rattachent des conditions préalables qui doivent être remplies : les titulaires de brevet doivent observer certaines restrictions de nature procédurale au sujet de la soumission et de la modification des listes de brevets, et ils doivent réellement commercialiser leurs produits.

[89] Compte tenu de toutes ces considérations, je souscris à la thèse du ministre et d'Apotex selon laquelle il convient de donner aux dispositions en question l'interprétation restrictive qu'ils proposent. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

T-101-05  
2005 FC 1454

T-101-05  
2005 CF 1454

**The Honourable Mr. Justice Paul Cosgrove**  
(Applicant)

**L'honorable Paul Cosgrove** (*demandeur*)

v.

c.

**The Canadian Judicial Council and The Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Le Conseil canadien de la magistrature et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)

and

et

**The Attorney General of Ontario, The Canadian Superior Courts Judges' Association, The Criminal Lawyers' Association and The Canadian Council of Criminal Defence Lawyers** (*Interveners*)

**Le procureur général de l'Ontario, l'Association canadienne des juges des cours supérieures, la Criminal Lawyers' Association et le Conseil canadien des avocats de la défense** (*intervenants*)

**INDEXED AS: COSGROVE v. CANADIAN JUDICIAL COUNCIL (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : COSGROVE c. CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE (C.F.)**

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, August 29, 30; Ottawa, October 26, 2005.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 29 et 30 août; Ottawa, 26 octobre 2005.

*Judges and Courts — Judicial accountability — Judicial review of Canadian Judicial Council (CJC) Inquiry Committee decision rejecting applicant's challenge of constitutional validity of Judges Act, s. 63(1) — Challenge brought after Attorney General of Ontario (AGO) requesting, pursuant to s. 63(1), inquiry be held into applicant's conduct to determine whether removal from office warranted — Tension between public interest in judicial accountability, judicial independence — Issue whether s. 63(1), which allows Minister of Justice, provincial AGs to bypass CJC's usual complaints screening process, reasonable means of ensuring judicial accountability, or impermissible infringement of independence of judiciary — S. 63(1) creating perception in mind of reasonable, informed person that judges could feel intimidated in discharge of duties because of potential for political interference — Procedural safeguards in inquiry, CJC processes not addressing concern created by unfettered right of provincial AGs, Minister to subject judge to inquiry — Presumed good faith of AGs not sufficient guarantee of judicial independence — S. 63(1) creating reasonable apprehension that power to request inquiry could be used to punish judges whose decisions displeasing government — Unlike s. 63(2), s. 63(1) not providing sufficient insulation against apprehension of undue influence by Minister, provincial AGs — Power conferred on provincial AGs by s. 63(1) not necessary as complaint made under s. 63(2) would result in inquiry if judicial misconduct serious enough to potentially warrant removal — In any event, other remedies*

*Juges et tribunaux — Responsabilité de la magistrature — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature (CCM) avait rejeté la contestation par le demandeur de la validité constitutionnelle de l'art. 63(1) de la Loi sur les juges — La contestation avait été formulée après que le procureur général de l'Ontario (PGO) eut demandé, en vertu de l'art. 63(1), l'ouverture d'une enquête sur la conduite du demandeur en vue d'établir s'il y avait lieu de le révoquer — Il existe une tension, sous le rapport de l'intérêt public, entre la responsabilité et l'indépendance de la magistrature — La question en litige était de savoir si l'art. 63(1), qui dispense le ministre de la Justice et les PG des provinces du processus habituel d'examen préliminaire des plaintes suivi au CCM, constitue un moyen raisonnable de responsabiliser les magistrats ou porte atteinte de manière inadmissible à l'indépendance de la magistrature — L'art. 63(1) fait craindre à la personne raisonnable et bien informée que les juges ne puissent être intimidés dans l'exercice de leurs fonctions par la possibilité d'une ingérence politique — Les garanties de procédure des processus d'enquête et autres du CCM ne dissipent pas l'inquiétude créée par le droit inconditionnel des PG des provinces et du ministre à soumettre un juge à une enquête — La présomption de bonne foi des PG ne suffit pas à garantir l'indépendance de la magistrature — L'art. 63(1) fait raisonnablement craindre que le pouvoir de demander l'ouverture d'une enquête ne puisse être utilisé pour sanctionner les juges dont les*

*available to provincial AGs, Minister if CJC deciding not to hold inquiry — S. 63(1) thus invalid as relates to provincial AGs — Application allowed.*

*Constitutional Law — Fundamental Principles — Judicial independence — Whether Judges Act, s. 63(1), which requires that CJC, at request of federal Minister of Justice or provincial attorneys general, inquire into judge's conduct, infringing constitutionally protected independence of judiciary — Question to be asked is what would informed person, viewing matter realistically, and practically, and having thought matter through, conclude? — Judicial independence principle must be balanced against judicial accountability principle — Issue thus whether Act, s. 63(1) reasonable means of ensuring judicial accountability, or impermissible infringement of independence of judiciary — Little or no public interest served by conferring special power on provincial attorneys general to compel CJC inquiry, thus little to outweigh threat to judicial independence posed by Act, s. 63(1) — That section infringing principle of judicial independence.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Whether Judges Act, s. 63(1) violating applicant's freedom of expression, contrary to Charter, s. 2(b) — Charter shield for benefit of individuals, not legislative, judicial branches in exercise of their powers, functions — Act, s. 63(1) not detracting from judge's freedom of expression, but preventing misuse of judicial power.*

This was an application for judicial review of a decision of an Inquiry Committee established by the Canadian Judicial Council (CJC) rejecting the applicant's application challenging the constitutional validity of subsection 63(1) of the *Judges Act*. That subsection provides that the CJC shall, at the request of the federal Minister of Justice or the attorney general of a province, inquire into a judge's conduct. Complaints by anyone else are made under subsection 63(2), which provides that the CJC may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge. Subsection 63(1) thus

*décisions mécontentent le gouvernement — Contrairement à l'art. 63(2), l'art. 63(1) ne suffit pas à écarter la crainte que le ministre ou les PG provinciaux ne soient en mesure d'exercer une influence illégitime — Le pouvoir que confère l'art. 63(1) aux PG des provinces n'est pas nécessaire, puisque la plainte formée sous le régime de l'art. 63(2) donnerait lieu à une enquête dans le cas où la faute reprochée au juge serait assez grave, si elle était établie, pour justifier sa révocation — Quoi qu'il en soit, les PG des provinces et le ministre auraient d'autres recours si le CCM décidait de ne pas ouvrir d'enquête — L'art. 63(1) est donc invalide pour ce qui concerne les PG des provinces — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Indépendance de la magistrature — Il s'agissait de savoir si l'art. 63(1) de la Loi sur les juges, qui dispose que le CCM doit mener toute enquête que lui confie le ministre fédéral de la Justice ou le procureur général d'une province sur la conduite d'un juge, porte atteinte à l'indépendance, garantie par la Constitution, de la magistrature — Il faut se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique — Le principe de l'indépendance de la magistrature doit être mis en balance avec le principe de la responsabilité judiciaire — La question est donc de savoir si l'art. 63(1) de la Loi constitue un moyen raisonnable de responsabiliser la magistrature ou au contraire porte atteinte de manière inadmissible à son indépendance — Comme l'octroi aux procureurs généraux des provinces du pouvoir spécial d'obliger le CCM à enquêter ne répond pas, ou guère, à un besoin d'ordre public, il n'y a pas grand-chose pour contrebalancer la menace que représente l'art. 63(1) pour l'indépendance de la magistrature — Cette disposition enfreint le principe de l'indépendance de la magistrature.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Il s'agissait de savoir si l'art. 63(1) de la Loi sur les juges portait atteinte à la liberté d'expression du demandeur, en violation de l'art. 2b) de la Charte — La Charte est conçue pour protéger les personnes physiques, et non les pouvoirs législatif ou judiciaire dans l'exercice de leurs attributions — L'art. 63(1) de la Loi n'a pas pour objet de porter atteinte à la liberté d'expression des juges, mais de prévenir l'abus du pouvoir judiciaire.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'enquête institué par le Conseil canadien de la magistrature (CCM) avait rejeté la demande par laquelle le demandeur contestait la validité constitutionnelle du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. Ce paragraphe dispose que le CCM mène les enquêtes que lui confie le ministre de la Justice ou le procureur général d'une province sur la conduite d'un juge. Les plaintes de toute autre origine sont formées sous le régime du paragraphe 63(2), qui dispose que le CCM peut enquêter sur toute plainte ou



permits the Minister of Justice or a provincial attorney general to bypass the CJC's initial triage or screening process that complaints are normally subjected to.

In the case at bar, the Attorney General of Ontario (AGO) requested that an inquiry be commenced into the conduct of the applicant to determine whether the applicant should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(b) to (d) of the Act, i.e. his conduct undermined public confidence in the administration of justice and rendered him incapable of executing his judicial office. The request stemmed from the applicant's conduct during the course of the *R v. Elliott* trial, over which he had presided. The decision in that case was subsequently set aside by the Ontario Court of Appeal, which was highly critical of the applicant's conduct of the trial.

The applicant moved for a determination that subsection 63(1) of the Act violates the *Constitution Act, 1867* as well as paragraph 2(b) of the Charter. He asserted that the power of a provincial attorney general to require that an inquiry be conducted pursuant to that subsection threatened his judicial independence, as well as his right to freedom of expression. The motion was dismissed.

*Held*, the application should be allowed. *Judges Act*, subsection 63(1) should be "read down" to delete the words "or the attorney general of a province."

Following a review of the judicial discipline process as it relates to superior court judges and its past use, the nature, purpose and content of judicial independence were discussed. The goal of judicial independence is the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary. Judges must not only be independent in reality, they must also be seen to be independent. Thus, in determining whether a judge enjoys the necessary objective conditions or guarantees of judicial independence, the question is "what would an informed person, viewing the matter realistically, and practically—and having thought the matter through—conclude?" The essential conditions of judicial independence (which are not exhaustive) were briefly reviewed, as were several cases addressing the matter.

There is a tension between the public interest in judicial accountability and the public interest in judicial independence. Both of these principles are necessary for the public to have confidence in the system. The question, then, was whether the power conferred on the Minister of Justice and provincial attorneys general by subsection 63(1) of the Act to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge is a reasonable

accusation relative à un juge. Le paragraphe 63(1) autorise donc le ministre de la Justice ou le procureur général d'une province à contourner le processus d'examen préliminaire auquel le CCM soumet normalement les plaintes.

Dans la présente affaire, le procureur général de l'Ontario (PGO) a demandé l'ouverture d'une enquête sur la conduite du demandeur, afin d'établir s'il convenait de le révoquer pour l'un ou l'autre des motifs énumérés aux alinéas b) à d) du paragraphe 65(2) de la Loi, c'est-à-dire si sa conduite sapait la confiance du public en l'administration de la justice et l'avait rendu inapte à remplir utilement ses fonctions. Cette demande découlait de la conduite du demandeur pendant le procès *R. v. Elliott*, qu'il avait présidé. La décision rendue dans ce procès avait par la suite été annulée par la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait sévèrement critiqué la manière dont le demandeur l'avait conduit.

Le demandeur a présenté une requête pour faire statuer que le paragraphe 63(1) de la Loi enfreint la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que l'alinéa 2b) de la Charte. Il faisait valoir que le pouvoir de prescrire la tenue d'une enquête conféré par ce paragraphe au procureur général d'une province portait atteinte à son indépendance de magistrat, ainsi qu'à sa liberté d'expression. Sa requête a été rejetée.

*Jugement* : la demande doit être accueillie. Les termes « ou le procureur général d'une province » doivent être supprimés du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*.

Après avoir examiné le processus de discipline judiciaire sous le rapport des juges des cours supérieures et de son utilisation antérieure, la Cour a analysé la nature, l'objet et le contenu de l'indépendance de la magistrature. Le but de l'indépendance de la magistrature est le maintien de la confiance du public en l'impartialité du pouvoir judiciaire. Il ne suffit pas que les juges soient indépendants dans les faits : il faut en outre qu'ils soient perçus ainsi. Par conséquent, pour établir si un juge jouit des conditions ou des garanties objectives nécessaires à son indépendance, il faut se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? » La Cour a brièvement examiné une liste non exhaustive de conditions essentielles à l'indépendance de la magistrature, ainsi qu'un certain nombre d'affaires portant sur ce sujet.

Il existe, sous le rapport de l'intérêt public, une tension entre la responsabilité de la magistrature et l'indépendance de cette dernière. Les deux principes doivent être appliqués pour que le public ait confiance en l'appareil judiciaire. Il s'agissait donc de savoir si le pouvoir conféré au ministre de la Justice et aux procureurs généraux des provinces par le paragraphe 63(1) de la Loi, soit celui d'obliger le CCM à enquêter sur la

means of ensuring judicial accountability, or whether it represents an impermissible infringement of the independence of the judiciary. The test to apply to answer this question was the “reasonable and informed person” test discussed above, and a number of factors had a bearing on the answer to this question. These factors were considered in turn.

The Inquiry Committee did not err in finding that subsection 63(1) does not have a chilling effect on judges. The Committee members had considerable expertise, and they could reject the applicant’s evidence, to the extent that it did not accord with their own experience. However, consideration also had to be given to whether subsection 63(1) could create the perception in the mind of a reasonable and informed person that judges could feel intimidated in the discharge of their judicial responsibilities. Such a person would be concerned about the potential for political interference created by the fact that provincial attorneys general have special powers pursuant to subsection 63(1). And because an inquiry into allegations of judicial misconduct is a “traumatic ordeal” for a judge, a reasonable person would also understand that the power to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge is one that will have significant negative consequences for the judge whose conduct is under scrutiny.

The procedural safeguards in the inquiry and CJC processes do not address the concern created by the unfettered right, which only the Minister of Justice or a provincial attorney general have, to subject a judge to an inquiry. This was especially true in the case at bar, where the AGO was a party in the case that gave rise to the complaint against the applicant. Although attorneys general play a special role in the administration of justice, and some harm is simply not curable by the appeal process, in such circumstances, an attorney general may file a complaint with the CJC under subsection 63(2). History has demonstrated that not every request made by a Minister of Justice or provincial attorney general has been sufficiently well-founded to result in a recommendation for removal of the judge in question. The presumed good faith of attorneys general does not offer a sufficient guarantee of judicial independence. For example, the S.C.C. has found that a legislative provision enabling the AG of Alberta to designate the place of residence of a judge infringed judicial independence notwithstanding the presumed good faith of the AG, as that provision created the reasonable apprehension that the power to designate the place of residence of a judge could be used to punish judges whose decisions displeased the government, or to reward judges whose decisions benefited the government. That same concern existed here. Similarly, although governments will be presumed to act in good faith in negotiating salaries with judges, the S.C.C. determined that an institutional buffer such as an independent commission must

conduite d’un juge, constitue un moyen raisonnable de responsabiliser la magistrature, ou au contraire une atteinte inadmissible à son indépendance. Le critère à appliquer pour répondre à cette question est celui de la « personne raisonnable et bien informée » évoqué plus haut. Plusieurs facteurs sont à prendre en considération dans l’examen de ladite question. La Cour les a examinés tour à tour.

Le comité d’enquête n’a pas commis d’erreur en concluant que le paragraphe 63(1) n’a pas d’effet inhibiteur sur les juges. Les membres du comité d’enquête avaient une expertise considérable, et il leur était loisible de rejeter les affirmations du demandeur dans la mesure où elles ne concordaient pas avec leur propre expérience. Cependant, il fallait aussi se demander si le paragraphe 63(1) ne pouvait pas donner à une personne raisonnable et bien informée l’impression que les juges puissent se sentir ainsi intimidés dans l’exercice de leurs fonctions judiciaires. Une telle personne s’inquiéterait de la possibilité d’ingérence politique créée par le fait que ce paragraphe confère des pouvoirs spéciaux aux procureurs généraux des provinces. En outre, étant donné qu’une enquête disciplinaire constitue une « épreuve traumatisante » pour le juge qui en fait l’objet, la personne raisonnable conclurait que le pouvoir d’obliger le CCM à enquêter sur la conduite d’un juge a des conséquences importantes et défavorables pour ce dernier.

Les garanties de procédure que prévoient les processus d’enquête et autres du CCM ne dissipent pas l’inquiétude suscitée par le droit inconditionnel, que sont seuls à avoir le ministre de la Justice et les procureurs généraux des provinces, de soumettre un juge à une enquête. Ce fait était particulièrement préoccupant dans la présente affaire, où le PGO était partie au litige qui a donné lieu à la plainte. S’il est vrai que les procureurs généraux jouent un rôle particulier dans l’administration de la justice et que la procédure d’appel ne suffit tout simplement pas à réparer certains dommages, il reste loisible au procureur général de déposer une plainte auprès du CCM sous le régime du paragraphe 63(2). L’histoire montre que ce ne sont pas toutes les demandes d’enquête formulées par un ministre de la Justice ou un procureur général provincial qui se sont révélées suffisamment bien fondées pour donner lieu à une recommandation de révocation. La présomption de bonne foi des procureurs généraux ne constitue pas une garantie suffisante de l’indépendance de la magistrature. Par exemple, la C.S.C. a statué que la disposition législative habitant le PG de l’Alberta à décider du lieu de résidence d’un juge portait atteinte à l’indépendance judiciaire, en dépit de la présomption de bonne foi du PG, au motif que cette disposition faisait naître la crainte raisonnable que le gouvernement n’usât du pouvoir de fixer leur lieu de résidence pour sanctionner les juges dont les décisions le mécontenteraient ou pour récompenser ceux qui statueraient dans le sens qu’il

be interposed between the judiciary and the other branches of government.

The CJC's screening process acts as an "institutional filter" which ensures that the adverse impact on an individual judge is minimized, while, at the same time, fully protecting the rights of individual complainants to a full hearing of their complaint, where circumstances warrant. Subsection 63(1) empowers a member of the executive branch of the federal or provincial government to bypass this triage process. And the inquiry process itself does not provide sufficient insulation against any apprehension of undue influence thought to be accorded to an attorney general or to the Minister. It matters not that the inquiry will be conducted by the judge's peers. Subsection 63(1) gives the Minister of Justice and provincial AGs the unfettered right to subject a judge to the trauma of a CJC inquiry, a power which is not shared by the ordinary litigants who regularly appear opposite the federal or provincial government.

Finally, subsection 63(1) is not necessary. In the event of judicial misconduct serious enough to potentially warrant the removal of a judge, a complaint filed by the Minister or a provincial AG under subsection 63(2) would inevitably result in an inquiry being held by the CJC, with the accompanying development of a record for the Minister of Justice and Parliament. Should CJC decide not to hold an inquiry, the Minister or a provincial AG could seek judicial review of that decision. Furthermore, in accordance with section 71 of the *Judges Act*, the Minister of Justice retains the power to appoint a Commission of Inquiry under the *Inquiries Act* into the judge's conduct, or to proceed directly to Parliament on a joint address to have the judge removed.

As there is no compelling public interest served by conferring a special power on provincial attorneys general to compel a CJC inquiry, there is little to outweigh the threat to judicial independence posed by subsection 63(1) of the *Judges Act*. That subsection creates a reasonable apprehension that the power to compel such an inquiry could be used to punish judges whose decisions displease the government in question, and as a result, it infringes the constitutionally protected independence of the judiciary and is thus invalid as it relates to provincial attorneys general. The Inquiry Committee had no jurisdiction to proceed with the inquiry.

souhaitait. La même crainte existait dans la présente affaire. De même, bien que les gouvernements soient présumés agir de bonne foi dans la négociation de la rémunération des juges, la C.S.C. a statué qu'une institution telle qu'une commission indépendante devait faire tampon entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État.

Le processus d'examen préliminaire du CCM sert de « crible institutionnel » en ce qu'il réduit au minimum les conséquences défavorables des plaintes pour les juges pris individuellement, tout en protégeant pleinement le droit des plaignants pris individuellement à une audition complète de leurs plaintes, lorsque les circonstances le justifient. Le paragraphe 63(1) habilite un membre de l'exécutif du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial à contourner ce dispositif de criblage. De plus, le processus d'enquête lui-même ne suffit pas à écarter la crainte que le procureur général d'une province ou le ministre ne soient en mesure d'exercer une influence illégitime. Peu importe que l'enquête soit menée par les pairs du juge qui en fait l'objet. Le paragraphe 63(1) confère au ministre de la Justice et aux procureurs généraux des provinces le droit inconditionnel de soumettre un juge à l'épreuve d'une enquête du CCM, pouvoir qui n'est pas partagé par les plaideurs ordinaires qui affrontent régulièrement les gouvernements fédéral ou provinciaux devant les tribunaux.

Enfin, le paragraphe 63(1) n'est pas nécessaire. Dans le cas où l'inconduite reprochée à un juge serait assez grave pour pouvoir justifier sa révocation, le dépôt d'une plainte par le ministre de la Justice ou le PG d'une province sous le régime du paragraphe 63(2) entraînerait inévitablement l'ouverture d'une enquête par le CCM et, par le fait même, la constitution d'un dossier pour le ministre de la Justice et le Parlement. Dans le cas où le CCM déciderait de ne pas ouvrir d'enquête, le ministre ou le PG provincial pourrait demander le contrôle judiciaire de cette décision. En outre, en vertu de l'article 71 de la *Loi sur les juges*, le ministre de la Justice conserverait le pouvoir de constituer sous le régime de la *Loi sur les enquêtes* une commission d'enquête sur la conduite du juge, ou encore de demander directement au Parlement la présentation d'une adresse des deux Chambres en vue de sa révocation.

Comme l'octroi aux procureurs généraux des provinces du pouvoir spécial d'obliger le CCM à enquêter sur la conduite d'un juge ne répond pas à un besoin impérieux d'ordre public, il n'y a pas grand-chose pour contrebalancer la menace que représente le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* pour l'indépendance de la magistrature. Ce paragraphe fait raisonnablement craindre que ce pouvoir ne puisse être utilisé pour punir les juges dont les décisions mécontenteraient le gouvernement en question; par conséquent, il porte atteinte à l'indépendance, garantie par la Constitution, de la magistrature, et il est donc invalide pour ce qui concerne les procureurs

Because the present case involved a request by a provincial attorney general, the constitutionality of subsection 63(1) as it relates to the federal Minister of Justice was not determined.

As to whether subsection 63(1) violates paragraph 2(b) of the Charter, the Charter is a shield for the benefit of individuals, and was never intended to protect either the legislative or judicial branches of government in the exercise of their powers or functions. The purpose of subsection 63(1) is not to detract from a judge's freedom to speak out in the due performance of his or her duties, but to prevent a misuse of the judicial power.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Act of Settlement (The), 1700* (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.
- An Act to amend the Judges Act and the Financial Administration Act*, S.C. 1970-71-72, c. 55, s. 11.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 11(d).
- Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws*, SOR/2002-371, ss. 3, 6(1), 8.
- 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], preamble, ss. 96, 97, 98, 99, 100, 101.
- Inquiries Act*, R.S.C., 1970, c. I-13.
- Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 60(2)(c), 61(3), 63 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 106), 64 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 111(E)), 65 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5; S.C. 2002, c. 8, s. 111(E)), 71.
- Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2002] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R.

généraux des provinces. Il s'ensuit que le comité d'enquête n'avait pas compétence pour mener l'enquête considérée.

Comme la présente affaire portait sur une demande d'enquête formulée par le procureur général d'une province, la Cour n'a pas tranché la question de la constitutionnalité du paragraphe 63(1) pour ce qui concerne le ministre fédéral de la Justice.

Quant à savoir si le paragraphe 63(1) enfreint l'alinéa 2b) de la Charte, la Cour fait observer que celle-ci est destinée à garantir les droits des personnes physiques et n'a jamais été conçue pour protéger les organes législatif ou judiciaire de l'État dans l'exercice de leurs attributions. Le paragraphe 63(1) n'a pas pour objet de porter atteinte à la liberté des juges de s'exprimer dans l'exercice légitime de leurs fonctions, mais de prévenir l'abus du pouvoir judiciaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Act of Settlement (The), 1700* (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 11d).
- 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], préambule, art. 96, 97, 98, 99, 100, 101.
- Loi modifiant la Loi sur les juges et la Loi sur l'administration financière*, S.C. 1970-71-72, ch. 55, art. 11.
- Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, ch. I-13.
- Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 60(2)c), 61(3), 63 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 106), 64 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 111(A)), 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 27, art. 5; L.C. 2002, ch. 8, art. 111(A)), 71.
- Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1.
- Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, DORS/2002-371, art. 3, 6(1), 8.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2002] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R.

(4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; (2005), 339 N.R. 1; 2005 SCC 51.

## CONSIDERED:

*R. v. Elliott* (2003), 181 C.C.C. (3d) 118; 114 C.R.R. (2d) 1; 179 O.A.C. 219 (Ont. C.A.); revg [1999] O.J. No. 3265 (Sup. Ct.) (QL); *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152; (2004), 242 D.L.R. (4th) 193; 17 Admin. L.R. (4th) 1; 45 B.L.R. (3d) 161; 324 N.R. 259; 189 O.A.C. 201; 2004 SCC 54; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249; (2002), 245 N.B.R. (2d) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; 2002 SCC 11; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; (1995), 130 D.L.R. (4th) 1; 35 Admin. L.R. (2d) 1; 33 C.R.R. (2d) 269; 190 N.R. 1; *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769; (1994), 115 D.L.R. (4th) 81; 26 Admin. L.R. (2d) 120; 78 F.T.R. 214 (T.D.); *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298; (2000), 184 D.L.R. (4th) 706; 21 Admin. L.R. (3d) 27; 44 C.P.C. (4th) 1; 253 N.R. 252 (C.A.); *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405; (2002), 245 N.B.R. (2d) 299; 209 D.L.R. (4th) 564; 31 C.C.P.B. 55; 17 C.P.C. (5th) 1; 91 C.R.R. (2d) 1; 282 N.R. 201; 2002 SCC 13.

## REFERRED TO:

*Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 4 S.C.R. 476; (2003), 225 D.L.R. (4th) 206; 49 Admin. L.R. (3d) 161; 304 N.R. 1; 2003 SCC 28; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d)

(4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 CSC 19; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 339 N.R. 1; 2005 CSC 51.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. v. Elliott* (2003), 181 C.C.C. (3d) 118; 114 C.R.R. (2d) 1; 179 O.A.C. 219 (C.A. Ont.); infirmant [1999] O.J. n° 3265 (C.S.) (QL); *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152; (2004), 242 D.L.R. (4th) 193; 17 Admin. L.R. (4th) 1; 45 B.L.R. (3d) 161; 324 N.R. 259; 189 O.A.C. 201; 2004 CSC 54; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 CSC 54; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249; (2002), 245 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; 2002 CSC 11; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; (1995), 130 D.L.R. (4th) 1; 35 Admin. L.R. (2d) 1; 33 C.R.R. (2d) 269; 190 N.R. 1; *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769; (1994), 115 D.L.R. (4th) 81; 26 Admin. L.R. (2d) 120; 78 F.T.R. 214 (1<sup>re</sup> inst.); *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298; (2000), 184 D.L.R. (4th) 706; 21 Admin. L.R. (3d) 27; 44 C.P.C. (4th) 1; 253 N.R. 252 (C.A.); *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405; (2002), 245 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 299; 209 D.L.R. (4th) 564; 31 C.C.P.B. 55; 17 C.P.C. (5th) 1; 91 C.R.R. (2d) 1; 282 N.R. 201; 2002 CSC 13.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 4 R.C.S. 476; (2003), 225 D.L.R. (4th) 206; 49 Admin. L.R. (3d) 161; 304 N.R. 1; 2003 CSC 28; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d)

233; 30 C.R. (6th) 39; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857; (2003), 227 D.L.R. (4th) 217; [2003] 10 W.W.R. 401; 16 Alta. L.R. (4th) 1; 2 Admin. L.R. (4th) 167; 35 C.P.C. (5th) 1; 11 C.R. (6th) 207; 109 C.R.R. (2d) 47; 306 N.R. 1; 2003 SCC 35; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44; (2000), 250 A.R. 314; 182 D.L.R. (4th) 561; [2000] 10 W.W.R. 187; 82 Alta. L.R. (3d) 211; 9 C.P.C. (5th) 36; 251 N.R. 1; 2000 SCC 2; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9; (2001), 206 D.L.R. (4th) 1; 159 C.C.C. (3d) 225; 7 C.C.L.T. (3d) 157; 46 C.R. (5th) 1; 276 N.R. 201; 2001 SCC 66; *Allen v. Manitoba (Judicial Council)*, [1993] 3 W.W.R. 749; (1993), 15 C.P.C. (3d) 283; 83 Man. R. (2d) 136 (C.A.).

233; 30 C.R. (6th) 39; 335 N.R. 229; 2005 CSC 40; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857; (2003), 227 D.L.R. (4th) 217; [2003] 10 W.W.R. 401; 16 Alta. L.R. (4th) 1; 2 Admin. L.R. (4th) 167; 35 C.P.C. (5th) 1; 11 C.R. (6th) 207; 109 C.R.R. (2d) 47; 306 N.R. 1; 2003 CSC 35; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44; (2000), 250 A.R. 314; 182 D.L.R. (4th) 561; [2000] 10 W.W.R. 187; 82 Alta. L.R. (3d) 211; 9 C.P.C. (5th) 36; 251 N.R. 1; 2000 CSC 2; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9; (2001), 206 D.L.R. (4th) 1; 159 C.C.C. (3d) 225; 7 C.C.L.T. (3d) 157; 46 C.R. (5th) 1; 276 N.R. 201; 2001 CSC 66; *Allen v. Manitoba (Judicial Council)*, [1993] 3 W.W.R. 749; (1993), 15 C.P.C. (3d) 283; 83 Man. R. (2d) 136 (C.A.).

## AUTHORS CITED

- Canadian Judicial Council. *Report of the Canadian Judicial Council to the Minister of Justice of Canada under ss. 65(1) of the Judges Act Concerning Mr. Justice Jean-Guy Boilard of the Superior Court of Quebec*. The Council, December 19, 2003.
- Canadian Judicial Council. *Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Appointed Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act to Conduct an Inquiry Concerning Mr. Justice Bernard Flynn With Respect to Statements Made By Him to a Journalist Whose Article Appeared in the Newspaper Le Devoir on February 23, 2002*. The Council, December 12, 2002.
- Canadian Judicial Council. *Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act at the Request of the Attorney General of Nova Scotia*. The Council, 1990.
- Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
- House of Commons Debates* (14 June 1971), at p. 6666.
- Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges: "Complaints Procedures". Approved by the Canadian Judicial Council September 27, 2002.
- Shetreet, Shimon and Jules Deschênes, eds. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff, 1985.

## DOCTRINE CITÉE

- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité nommé conformément au paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur le juge Bernard Flynn relativement aux propos tenus par celui-ci à une journaliste dont l'article a paru dans le journal Le Devoir du 23 février 2002*. Le Conseil, le 12 décembre 2002.
- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse*. Le Conseil, 1990.
- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice du Canada en vertu de l'art. 65(1) de la Loi sur les juges et concernant le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure du Québec*. Le Conseil, le 19 décembre 2003.
- Débats de la Chambre des communes* (14 juin 1971), à la p. 6666.
- Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, adoptée par la Première conférence mondiale sur l'indépendance de la justice, Montréal, 10 juin 1983, dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes (dir.), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*. Boston : Martinus Nijhoff, 1985.
- Friedland, Martin L. *Une place à part : l'indépendance*

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

*Universal Declaration on the Independence of Justice*, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montréal, June 10, 1983, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff, 1985.

APPLICATION for judicial review of a Canadian Judicial Council Inquiry Committee decision (*In the Matter of the Canadian Judicial Council's Inquiry Regarding Justice Paul Cosgrove*, reasons addressing the constitutionality of subsection 63(1) of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, 16/12/04) rejecting the applicant's challenge of subsection 63(1) of the *Judges Act*. Application allowed.

#### APPEARANCES:

*Chris G. Paliare* and *Richard P. Stephenson* for applicant.

*Donald J. Rennie*, *Kathryn A. Hucal* and *Christine E. Mohr* for respondent Attorney General of Canada.

No one appearing for Canadian Judicial Council.

*Earl A. Cherniak, Q.C.* and *Christine P. Snow* for Independent Counsel, Inquiry Committee of Canadian Judicial Council.

*S. Zachary Green* and *Elaine M. Atkinson* for intervener Attorney General of Ontario.

*Alan D. Gold* and *Maureen J. McGuire* for interveners Criminal Lawyers Association and Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

*James T. Eamon* and *Katherine Reiffenstein* for intervener Canadian Superior Courts Judges' Association.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for applicant.

*et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995.

Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale : « Procédures relatives aux plaintes ». Approuvées par le Conseil canadien de la magistrature le 27 septembre 2002.

Shetreet, Shimon et Jules Deschênes, dir. *Judicial Independence : The Contemporary Debate*. Boston : Martinus Nijhoff, 1985.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature (*Dans l'affaire de l'enquête du Conseil canadien de la magistrature concernant le juge Paul Cosgrove*, motifs ayant trait à la constitutionnalité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, 16-12-04) rejetant la contestation par le demandeur de la constitutionnalité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU :

*Chris G. Paliare* et *Richard P. Stephenson* pour le demandeur.

*Donald J. Rennie*, *Kathryn A. Hucal* et *Christine E. Mohr* pour le défendeur le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature.

*Earl A. Cherniak, c.r.*, et *Christine P. Snow* pour l'avocat indépendant siégeant au comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature.

*S. Zachary Green* et *Elaine M. Atkinson* pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Alan D. Gold* et *Maureen J. McGuire* pour les intervenants la Criminal Lawyers' Association et le Conseil canadien des avocats de la défense.

*James T. Eamon* et *Katherine Reiffenstein* pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

*Lerners LLP*, Toronto, for Independent Counsel, Inquiry Committee of the Canadian Judicial Council.

*Ministry of the Attorney General (Ontario), Constitutional Law Branch* for intervener Attorney General of Ontario.

*Gold & Associates*, Toronto, for interveners Criminal Lawyers Association and Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

*Code Hunter LLP*, Calgary, for intervener Canadian Superior Courts Judges' Association.

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

*Lerners LLP*, Toronto, pour l'avocat indépendant siégeant au comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature.

*Ministère du Procureur général (Ontario), Direction du droit constitutionnel*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Gold & Associates*, Toronto, pour les intervenants la Criminal Lawyers' Association et le Conseil canadien des avocats de la défense.

*Code Hunter LLP*, Calgary, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

[1] MACTAVISH J.: While judicial accountability and judicial independence are each essential to the maintenance of public confidence in our justice system, the two do not always co-exist comfortably. At issue in this application is whether a provision of the *Judges Act* intended to ensure judicial accountability is invalid as an impermissible infringement of judicial independence.

[1] LA JUGE MACTAVISH: Si la responsabilité et l'indépendance de la magistrature sont toutes deux essentielles au maintien de la confiance du public en notre système judiciaire, elles ne coexistent pas toujours facilement. Ainsi, la présente demande pose la question de savoir si une disposition de la *Loi sur les juges* destinée à responsabiliser les magistrats est nulle au motif qu'elle porte atteinte de manière inadmissible à l'indépendance judiciaire.

#### Introduction

#### Introduction

[2] Anyone who is of the view that a federally appointed judge has misconducted him- or herself is entitled to complain to the Canadian Judicial Council (CJC). In most cases, the complaint will be subjected to an initial screening process within the CJC itself. An inquiry into the judge's conduct will only be held where the CJC determines that the matter may be sufficiently serious as to potentially warrant the judge's removal from office.

[2] Quiconque estime qu'un juge nommé par le gouvernement fédéral s'est rendu coupable d'une faute a le droit de porter plainte devant le Conseil canadien de la magistrature (le CCM). Dans la plupart des cas, une telle plainte sera soumise à un examen préliminaire dans le cadre du CCM lui-même. Il ne sera ouvert d'enquête sur la conduite du juge en question que si le CCM conclut que l'affaire pourrait être suffisamment grave pour justifier sa révocation.

[3] However, where a request is made by the federal Minister of Justice or by a provincial attorney general, subsection 63(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 106] of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, mandates that the CJC inquire into the judge's conduct. As a result, these requests automatically bypass the CJC's

[3] Cependant, le paragraphe 63(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 106] de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, oblige le CCM à mener les enquêtes que lui demandent le ministre fédéral de la Justice ou le procureur général d'une province. Il s'ensuit que les demandes d'enquête de ces instances sont automatique-



initial triage or screening process.

[4] In April 2004, the Attorney General of Ontario requested that an inquiry be commenced into the conduct of Justice Paul Cosgrove. At the commencement of the inquiry, Justice Cosgrove brought an application challenging the validity of subsection 63(1) of the *Judges Act*, asserting that it infringes the constitutionally protected independence of the judiciary. Justice Cosgrove further argued that the provision also violates his right to freedom of expression, contrary to paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c.11 (U.K.) [[R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], and that it does so in a way that cannot be justified under section 1 of the Charter.

[5] Justice Cosgrove's application was rejected by the Inquiry Committee. This is an application to judicially review the Committee's decision [*In the Matter of the Canadian Judicial Council's Inquiry Regarding Justice Paul Cosgrove*, reasons addressing the constitutionality of section 63(1) of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, 16/12/04]. While acknowledging that judges do not act with impunity, and must be accountable for their misconduct, Justice Cosgrove nevertheless submits that the Inquiry Committee erred in law in finding that subsection 63(1) of the *Judges Act* was constitutionally valid, and that, as a consequence, the decision should be quashed. He further seeks a declaration that subsection 63(1) of the *Judges Act* violates the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], as well as paragraph 2(b) of the Charter, and is therefore invalid.

[6] For the reasons that follow, I find that in so far as subsection 63(1) of the *Judges Act* confers the right on a provincial attorney general to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge, the provision does not meet the minimal standards required to ensure

ment dispensées du processus d'examen préliminaire auquel procède normalement le CCM.

[4] En avril 2004, le procureur général de l'Ontario a demandé que soit menée une enquête sur la conduite du juge Paul Cosgrove. À l'ouverture de cette enquête, le juge Cosgrove a déposé une demande contestant la validité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, au motif qu'il porte atteinte à l'indépendance de la magistrature, garantie par la Constitution. Le juge Cosgrove a en outre fait valoir que cette disposition porte également atteinte à la liberté d'expression que lui garantit l'alinéa 2b) 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]], et ce, d'une manière qui ne peut se justifier sous le régime de l'article premier de ladite Charte.

[5] Le comité d'enquête du CCM a rejeté la demande du juge Cosgrove. La présente espèce est une demande de contrôle judiciaire de cette décision du comité [*Dans l'affaire de l'enquête du Conseil canadien de la magistrature concernant le juge Paul Cosgrove*, motifs ayant trait à la constitutionnalité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, 16-12-04]. Tout en reconnaissant que les juges ne peuvent jouir de l'impunité et doivent répondre de leurs fautes, le juge Cosgrove soutient que le comité d'enquête a commis une erreur de droit en concluant à la constitutionnalité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* et que, par conséquent, sa décision devrait être infirmée. Il sollicite en outre un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* enfreint 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], ainsi que l'alinéa 2b) de la Charte, et est par conséquent invalide.

[6] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, pour autant qu'il confère au procureur général d'une province le droit d'obliger le CCM à enquêter sur la conduite d'un juge, ne remplit pas les conditions minimales qui

respect for the principle of judicial independence, and is thus invalid.

#### Background

[7] Justice Cosgrove was appointed to the Ontario County Court in 1984. As a result of the restructuring of the courts of Ontario, he sits on what is now known as the Superior Court of Justice of Ontario, in the Eastern Ontario Region.

[8] Since 1984, Justice Cosgrove has presided over hundreds, if not thousands, of matters, including hundreds of matters involving the Attorney General of Ontario as a litigant.

#### The *Elliott* Trial

[9] In September 1997, Justice Cosgrove began hearing preliminary motions in relation to the trial of Julia Elliott, who was charged with second degree murder and interference with a dead body. Although the trial was originally projected to last five to six weeks, the proceedings against Ms. Elliott continued over the next two years, culminating in a stay of proceedings being granted by Justice Cosgrove on September 7, 1999. Justice Cosgrove also ordered that the Crown pay Ms. Elliott's legal costs from the outset of the proceedings.

[10] Over the course of the *Elliott* trial, Justice Cosgrove found that there had been in excess of 150 violations of Ms. Elliott's Charter rights, thereby compromising her right to a fair trial. Amongst those implicated in the Charter violations were 11 Crown counsel and senior members of the Ministry of the Attorney General. Also implicated were at least 15 named police officers from three different police forces, unnamed members of the Ontario Provincial Police and the Royal Canadian Mounted Police, and officials of several other government agencies.

[11] Many of the alleged Charter breaches were serious, involving, amongst other things, allegations of perjury, the fabrication of evidence, the deliberate

doivent être appliquées pour assurer le respect du principe de l'indépendance de la magistrature, et qu'il est par conséquent invalide.

#### Contexte

[7] Le juge Cosgrove a été nommé à la Cour de comté de l'Ontario en 1984. Il siège maintenant à ce qu'on appelle, depuis la réorganisation de l'appareil judiciaire ontarien, la Cour supérieure de Justice de l'Ontario pour la région de l'Est.

[8] Depuis 1984, le juge Cosgrove a présidé des centaines, voire des milliers d'instances, dont des centaines où le procureur général de l'Ontario était partie.

#### L'affaire *Elliott*

[9] En septembre 1997, le juge Cosgrove a commencé à instruire des requêtes préliminaires relatives au procès de Julia Elliott, inculpée de meurtre au deuxième degré et d'indignité envers un cadavre humain. Ce procès, dont on prévoyait au début qu'il durerait de cinq à six semaines, s'est poursuivi pendant deux ans, jusqu'à ce que le juge Cosgrove prononce une suspension de l'instance le 7 septembre 1999. Le juge Cosgrove a également ordonné au ministère public de payer à M<sup>me</sup> Elliott les frais de justice supportés depuis l'introduction de l'instance.

[10] Au cours du procès de M<sup>me</sup> Elliott, le juge Cosgrove a conclu à plus de 150 violations des droits à elle garantis par la Charte, de sorte que son droit à un procès juste s'en est trouvé selon lui miné. Parmi les personnes impliquées dans ces violations de la Charte, on comptait 11 avocats du ministère public et haut fonctionnaires du ministère ontarien du Procureur général. Étaient aussi impliqués au moins 15 agents nommément désignés de trois corps de police, des membres anonymes de la Police provinciale de l'Ontario et de la Gendarmerie royale du Canada, ainsi que des fonctionnaires de plusieurs autres organismes d'État.

[11] Bon nombre des infractions alléguées à la Charte étaient graves : il y aurait notamment eu parjure, fabrication, destruction délibérée et dissimulation de

destruction and non-disclosure of evidence, witness tampering, and the making of false or misleading representations to the Court.

[12] The Crown appealed Justice Cosgrove's decision staying the proceedings to the Ontario Court of Appeal. Although the notice of appeal was served in September 1999, the appeal was not actually heard until September 2003. Throughout this period, Justice Cosgrove continued to sit, presiding over both civil and criminal matters in which the Crown was a litigant.

#### The Decision of the Ontario Court of Appeal

[13] In a decision released on December 4, 2003 [*R. v. Elliott* (2003), 181 C.C.C. (3d) 118], the Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal, setting aside Justice Cosgrove's decision staying the proceedings [[1999] O.J. No. 3265 (S.C.J.) (QL)], as well as his order requiring that the Crown pay Ms. Elliott's costs. In addition, the Court of Appeal ordered a new trial for Ms. Elliott.

[14] The decision of the Ontario Court of Appeal was highly critical of Justice Cosgrove's conduct of the trial, describing his rulings against the Crown and his findings with respect to the various Charter breaches as "unwarranted", "unfounded", "ill-advised", "completely without foundation", "peculiar", "erroneous", "troubling", "factually incorrect", and "not borne out by the evidence".

[15] The Court of Appeal further found that Justice Cosgrove's findings with respect to the alleged Charter breaches typically shared the following common elements, at paragraph 123:

1. There was no factual basis for the findings.
2. [Justice Cosgrove] misapprehended the evidence.
3. [Justice Cosgrove] made a bare finding of a Charter breach without explaining the legal basis for the finding.

preuves, subornation de témoins et déclarations fausses ou trompeuses à la Cour.

[12] Le ministère public a contesté devant la Cour d'appel de l'Ontario la décision du juge Cosgrove de suspendre l'instance. Bien que l'avis de cet appel ait été signifié en septembre 1999, ce n'est qu'en septembre 2003 qu'il a fini par être entendu. Durant tout cet intervalle, le juge Cosgrove a continué à siéger et a présidé des instances, aussi bien civiles que pénales, où la Couronne était partie.

#### La décision de la Cour d'appel de l'Ontario

[13] Dans une décision du 4 décembre 2003 [*R. v. Elliott* (2003), 181 C.C.C. (3d) 118], la Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel du ministère public, infirmé la décision du juge Cosgrove de suspendre l'instance [[1999] O.J. n° 3265 (C.S.J.) (QL)], ainsi que son ordonnance adjugeant les dépens à M<sup>me</sup> Elliott, et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour cette dernière.

[14] La Cour d'appel de l'Ontario a sévèrement critiqué dans son arrêt la façon dont le juge Cosgrove avait mené le procès. Elle a ainsi qualifié ses décisions contre le ministère public et ses conclusions relatives à diverses violations alléguées de la Charte de [TRADUCTION] « mal fondées », « injustifiées », « peu judicieuses », « absolument dénuées de fondement », « étranges », « erronées », « préoccupantes », « inexactes quant aux faits » et « non confirmées par la preuve ».

[15] La Cour d'appel a en outre conclu que les conclusions du juge Cosgrove touchant les violations alléguées à la Charte présentaient en général les caractéristiques communes suivantes, au paragraphe 123 :

#### [TRADUCTION]

1. Ces conclusions n'étaient pas étayées par des faits.
2. [Le juge Cosgrove] comprenait mal la preuve.
3. [Le juge Cosgrove] concluait à une violation de la Charte sans exposer de fondement en droit sous-tendant la conclusion.

- |  |   |
|--|---|
| <p>4. In any event, there was no legal basis for the finding.</p>  | <p>4. En tout état de cause, cette conclusion n'était pas fondée en droit.</p>  |
| <p>5. [Justice Cosgrove] misunderstood the reach of the Charter.</p>   | <p>5. [Le juge Cosgrove] comprenait mal la portée de la Charte.</p>   |
| <p>6. [Justice Cosgrove] proceeded in a manner that was unfair to the person whose conduct was impugned.</p> | <p>6. [Le juge Cosgrove] se conduisait de manière inéquitable envers la personne dont la conduite était attaquée.</p> |

[16] In addition, under the heading of "Abuse of the contempt power", the Court of Appeal discussed its concerns with the way that Justice Cosgrove used his contempt jurisdiction, finding that it appeared that he misunderstood the purpose of the contempt power. In discussing one incident where Justice Cosgrove indicated that he was contemplating citing Crown counsel for contempt, without apparent justification, the Court of Appeal, at paragraph 144, observed that "A reasonable observer might be concerned that the trial judge appeared to be biased against the police and their counsel because of this unfortunate incident."

[16] En outre, sous l'intertitre [TRADUCTION] « Recours abusif à l'outrage au tribunal », la Cour d'appel a exprimé ses préoccupations touchant la façon dont le juge Cosgrove exerçait son pouvoir de sanctionner les outrages et conclu qu'il s'était apparemment mépris sur l'objet de ce pouvoir. Examinant un incident où le juge Cosgrove avait déclaré, sans justification apparente, qu'il envisageait d'assigner l'avocat du ministère public pour outrage au tribunal, la Cour d'appel, au paragraphe 144, a formulé la remarque suivante : [TRADUCTION] « Un observateur raisonnable pourrait craindre que le juge du procès ne paraisse avoir un parti pris contre la police et leur avocat à cause de ce malheureux incident ».

[17] The Court of Appeal also found that Justice Cosgrove's use of the Charter to "remedy" frivolous and baseless claims brought the Charter and the administration of justice into disrepute.

[17] La Cour d'appel a aussi conclu que le recours à la Charte par le juge Cosgrove pour accorder réparation à l'égard d'allégations frivoles et dénuées de fondement déconsidérait aussi bien la Charte que l'administration de la justice.

[18] The Ontario Court of Appeal's decision received a significant amount of publicity.

[18] L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario a été largement médiatisé.

[19] No application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was brought with respect to the Court of Appeal's decision, and the time for bringing such an application expired on February 2, 2004.

[19] Aucune demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada n'a été déposée et le délai imparti pour ce faire a expiré le 2 février 2004.

#### The Attorney General's Request

[20] By letter dated April 22, 2004 to the Right Honourable Beverley McLachlin, Chief Justice of the Supreme Court of Canada and Chair of the Canadian Judicial Council, Michael Bryant, the Attorney General of Ontario, requested that, pursuant to subsection 63(1) of the *Judges Act*, an inquiry be commenced into the conduct of Justice Cosgrove during the course of the *Elliott* trial. The Attorney General indicated that he was

#### La demande du procureur général de l'Ontario

[20] Par une lettre en date du 22 avril 2004 adressée à la très honorable Beverley McLachlin, juge en chef de la Cour suprême du Canada et présidente du Conseil canadien de la magistrature, M. Michael Bryant, procureur général de l'Ontario, a demandé en vertu du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* l'ouverture d'une enquête sur la conduite du juge Cosgrove dans l'affaire *Elliott*. Le procureur général a précisé qu'il

seeking the inquiry in order to determine whether Justice Cosgrove should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(b) to (d) of the *Judges Act* [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5; S.C. 2002, c. 8, s. 111(E)].

[21] Paragraphs 65(2)(b) to (d) of the *Judges Act* provide that the CJC may recommend the removal of a judge where the Council is of the opinion that the judge has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of having been guilty of misconduct, having failed in the due execution of his or her office, or having been placed, by his or her conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of the office. Paragraph 65(2)(a), which is not in issue in this case, contemplates removal for incapacity due to age or infirmity.

[22] In his letter to Chief Justice McLachlin, the Attorney General of Ontario stated that:

It is my respectful opinion that the conduct of Justice Cosgrove throughout the lengthy proceedings in *Regina v. Elliott* has undermined public confidence in the administration of justice in Ontario and has rendered Justice Cosgrove incapable of executing his judicial office. Accordingly, it is my opinion that Justice Cosgrove has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge, within the meaning of subsection 65(2) of the *Act*.

[23] The Attorney General of Ontario went on to review, at some length, the history of the proceedings in the *Elliott* matter, and provided the CJC with a detailed summary of the findings of the Ontario Court of Appeal.

[24] The Attorney General's letter concludes with the observation that:

In these most unfortunate of circumstances, it is my view that the conduct of Justice Cosgrove during the course of this trial was such that nothing short of an inquiry by the Judicial Council can restore public confidence in the due administration of justice in connection with this matter.

demandait une telle enquête dans le but d'établir s'il convenait de révoquer le juge Cosgrove pour l'un ou l'autre des motifs énumérés aux alinéas b) à d) du paragraphe 65(2) de ladite loi [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 27, art. 5; L.C. 2002, ch. 8, art. 111(A)].

[21] Les alinéas 65(2)b) à d) de la *Loi sur les juges* disposent que le CCM peut recommander la révocation d'un juge s'il est d'avis que celui-ci est inapte à remplir utilement ses fonctions pour avoir manqué à l'honneur et à la dignité, pour avoir manqué aux devoirs de sa charge, ou en raison d'une situation d'incompatibilité, qu'elle lui soit imputable à lui-même ou à toute autre cause. L'alinéa 65(2)a), qui n'est pas invoqué dans la présente espèce, prévoit la révocation en raison de l'âge ou de l'incapacité.

[22] On peut lire le passage suivant dans la lettre du procureur général de l'Ontario à la juge en chef McLachlin :

[TRADUCTION] J'estime, avec égards, que la conduite du juge Cosgrove pendant toute la durée du long procès qui a donné lieu à la décision *Regina c. Elliott* a sapé la confiance du public en l'administration de la justice en Ontario et l'a rendu lui-même incapable de s'acquitter de sa charge. En conséquence, j'estime que le juge Cosgrove est inapte à remplir utilement ses fonctions au sens du paragraphe 65(2) de la *Loi*.

[23] Le procureur général de l'Ontario récapitulait ensuite, de manière passablement approfondie, le déroulement de l'affaire *Elliott*, et proposait au CCM un exposé détaillé des conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario.

[24] Le procureur général concluait sa lettre par l'observation suivante :

[TRADUCTION] Étant donné cette situation on ne peut plus regrettable, j'estime que le juge Cosgrove s'est conduit durant ce procès de telle manière que rien de moins qu'une enquête du Conseil de la magistrature ne pourra rétablir la confiance du public en l'administration de la justice relativement à cette affaire.

## Proceedings Before the CJC and the Inquiry Committee

Les procédures engagées devant le CCM et le comité d'enquête

[25] Upon receiving the Attorney General's letter of request, the CJC advised Justice Cosgrove of the request for an inquiry, and of the CJC's intention to issue a press release regarding same.

[25] Sur réception de la lettre du procureur général, le CCM a notifié au juge Cosgrove la demande d'enquête qui y était formulée, ainsi que son intention de publier un communiqué de presse à ce sujet.

[26] On April 27, 2004, the CJC publicly announced that there would be an inquiry into the conduct of Justice Cosgrove as a result of the request of the Attorney General of Ontario. The fact that the CJC would be holding an inquiry received significant media attention.

[26] Le 27 avril 2004, le CCM a annoncé publiquement qu'une enquête serait tenue sur la conduite du juge Cosgrove à la demande du procureur général de l'Ontario. Le fait que le CCM allait mener une enquête a fait l'objet d'une importante couverture médiatique.

[27] On April 29, 2004, the Honourable Heather Smith, the Chief Justice of the Superior Court of Justice of Ontario, contacted Justice Cosgrove and asked that he not preside over any matters until such time as the inquiry was resolved. Matters that were pending before Justice Cosgrove were reassigned to other judges, and he has not sat since that time.

[27] Le 29 avril 2004, l'honorable Heather Smith, juge en chef de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario, a demandé au juge Cosgrove de s'abstenir de présider des instances jusqu'à la conclusion de l'enquête. Les dossiers dont le juge Cosgrove était saisi ont été attribués à d'autres juges, et il n'a pas siégé depuis.

[28] An Inquiry Committee was established by the CJC, consisting of two Chief Justices and an Associate Chief Justice. Two senior members of the Ontario Bar were also appointed to the Inquiry Committee by the federal Minister of Justice, in accordance with the provisions of subsection 63(3) of the *Judges Act*.

[28] Le CCM a constitué un comité d'enquête réunissant deux juges en chef et un juge en chef adjoint. En outre, le ministre fédéral de la Justice y a nommé deux membres influents du Barreau de l'Ontario, conformément au paragraphe 63(3) de la *Loi sur les juges*.

[29] By notice of motion dated October 18, 2004, Justice Cosgrove moved for a determination that subsection 63(1) of the *Judges Act* violates the *Constitution Act, 1867* as well as paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Justice Cosgrove asserted that the power of a provincial attorney general to require that an inquiry be conducted pursuant to subsection 63(1) of the *Judges Act* threatened his judicial independence, as well as his right to freedom of expression.

[29] Par avis de requête en date du 18 octobre 2004, le juge Cosgrove a demandé qu'il soit statué que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* enfreint la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a fait valoir que le pouvoir de prescrire la tenue d'une enquête conféré par le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* au procureur général d'une province portait atteinte à son indépendance de magistrat, ainsi qu'à sa liberté d'expression.

[30] On the same date, Justice Cosgrove filed a detailed notice of constitutional question, outlining the facts upon which he relied in support of his contention that subsection 63(1) was unconstitutional. Justice Cosgrove identified the constitutional questions to be determined by the Inquiry Committee as:

[30] Le même jour, le juge Cosgrove a déposé un avis détaillé de question constitutionnelle où il exposait les faits invoqués à l'appui de sa thèse de l'inconstitutionnalité du paragraphe 63(1). Il a formulé dans les termes suivants les questions constitutionnelles à trancher par le comité d'enquête :

## [TRADUCTION]

- (i) Is subsection 63(1) of the *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1 of no force and effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* because it contravenes the principles of judicial independence inherent in the *Constitution Act, 1982* and the *Constitution Act, 1867*?
- (ii) Is subsection 63(1) of the *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1 of no force and effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* because it contravenes the right to freedom of expression in section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- i) Le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, est-il nul et de nul effet en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au motif qu'il contrevient aux principes de l'indépendance de la magistrature inhérents à la *Loi constitutionnelle de 1982* et à la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- ii) Le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, est-il nul et de nul effet en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au motif qu'il porte atteinte à la liberté d'expression que garantit l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[31] Justice Cosgrove's motion was heard by the Inquiry Committee on December 8 and 9, 2004. Both the Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario appeared before the Inquiry Committee as interveners, as did the Canadian Superior Courts Judges Association (the CSCJA), the Criminal Lawyers' Association and the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers. The Attorneys General supported the constitutionality of the legislation, whereas the CSCJA and the criminal lawyers' associations supported Justice Cosgrove's position.

[32] Also appearing at the hearing was Earl Cherniak, Q.C. Mr. Cherniak is the independent counsel appointed by the CJC with respect to this case. Mr. Cherniak argued in favour of the constitutionality of the legislation.

#### The Inquiry Committee's Decision

[33] In a decision dated December 16, 2004, the Inquiry Committee dismissed Justice Cosgrove's motion, finding that subsection 63(1) of the *Judges Act* was constitutional as it offended neither the principle of judicial independence nor paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[34] In coming to this conclusion, the Inquiry Committee held that while the principle of judicial independence was inviolate, judicial conduct is properly subject to scrutiny by other branches of government. The unique position assigned to attorneys general as

[31] Le comité d'enquête a entendu la requête du juge Cosgrove les 8 et 9 décembre 2004. Le procureur général du Canada aussi bien que celui de l'Ontario ont comparu devant le comité d'enquête en tant qu'intervenants, ainsi que l'Association canadienne des juges des cours supérieures (l'ACJCS), la Criminal Lawyers' Association et le Conseil canadien des avocats de la défense. Les deux procureurs généraux ont défendu la constitutionnalité de la disposition attaquée, tandis que l'ACJCS et les deux associations d'avocats criminalistes appuyaient la thèse du juge Cosgrove.

[32] A aussi comparu à cette audience M<sup>e</sup> Earl Cherniak, c.r., l'avocat indépendant nommé par le CCM dans cette affaire. M<sup>e</sup> Cherniak a défendu la constitutionnalité de la disposition en cause.

#### La décision du comité d'enquête

[33] Le comité d'enquête a rendu sa décision le 16 décembre 2004; il y rejetait la requête du juge Cosgrove, concluant que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* était constitutionnel au motif qu'il ne dérogeait ni au principe de l'indépendance de la magistrature, ni à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[34] Ce faisant, le comité d'enquête a conclu que, si le principe de l'indépendance de la magistrature est inviolable, il n'en reste pas moins légitime que la conduite des juges soit soumise à l'examen des autres branches de l'État. La fonction exceptionnelle de

guardians of the public interest, as well as their historically recognized role with respect to the administration of justice, serve to explain why they are given the power to compel an inquiry in cases where there are allegations of serious judicial misconduct.

[35] In this regard, the Inquiry Committee noted, at paragraph 36, that subsection 63(1) of the *Judges Act*:

... enables the public's primary representative in the legal system, an attorney general, to ensure that allegations of serious judicial misconduct are examined, first by judges and ultimately, if necessary, by Parliament itself. We do not think that this can be unconstitutional.

[36] The Inquiry Committee also found that subsection 63(1) of the *Judges Act* provided federally appointed judges with every substantive protection that he or she could reasonably expect, the result of which was to provide "a strong insulation against any apprehension of undue influence thought to be accorded to an attorney general or the Minister under s. 63(1)" (at paragraph 21).

[37] The Inquiry Committee considered the affidavit evidence of Justice Cosgrove and the Honourable James Chadwick, Q.C., who the Committee described as "a respected former judge of the Ontario Superior Court", as to the alleged "chilling effect" of subsection 63(1) of the *Judges Act*. In this regard, the Inquiry Committee stated, at paragraph 41 that:

Our own experience, including that of three judges and two senior lawyers on this Inquiry Committee, provides no basis for concluding that judges are even remotely intimidated by the knowledge that an attorney general can compel their fellow judges on the CJC to inquire into their conduct.

[38] In relation to the issue of judicial independence, the Inquiry Committee concluded, at paragraph 38 that:

A balancing of competing interests arises in every constitutional analysis. In our view, when Parliament in s. 63(1) gave to the senior law officers in the country the power to compel the CJC to commence an inquiry in the public

gardiens de l'intérêt public assignée aux procureurs généraux ainsi que leur rôle historiquement reconnu dans l'administration de la justice expliquent, toujours selon le comité, que leur soit conféré le pouvoir de prescrire la tenue d'une enquête dans le cas où un juge est accusé d'inconduite grave.

[35] À ce propos, le comité d'enquête a noté, au paragraphe 36, que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* :

[...] permet au principal représentant du public dans le système judiciaire, soit un procureur général, de s'assurer qu'une allégation d'inconduite grave de la part d'un juge soit examinée, en premier lieu par des juges et en définitive, si nécessaire, par le Parlement lui-même. Nous ne croyons pas que cela est inconstitutionnel.

[36] Le comité d'enquête a également conclu que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* offre aux juges nommés par le gouvernement fédéral toutes les garanties fondamentales auxquelles ils peuvent raisonnablement s'attendre, et par conséquent « une grande protection contre toute crainte que le paragraphe 63(1) puisse donner une influence indue au procureur général ou au ministre » (au paragraphe 21).

[37] Le comité d'enquête a pris en considération les affidavits du juge Cosgrove et de l'honorable James Chadwick, c.r. (que le comité qualifie d'« ancien juge respecté de la Cour supérieure de l'Ontario ») touchant l'effet « paralysant » attribué au paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. Dans ce contexte, le comité d'enquête a formulé l'observation suivante, au paragraphe 41 :

Notre propre expérience, soit celle des trois juges et des deux avocats supérieurs du comité d'enquête, ne porte aucunement à conclure que les juges sont intimidés de quelque manière que ce soit par le fait qu'un procureur général puisse obliger leurs collègues du CCM à enquêter sur leur conduite.

[38] Concernant la question de l'indépendance de la magistrature, le comité d'enquête a conclu comme suit, au paragraphe 38 :

Toute analyse constitutionnelle implique une conciliation d'intérêts opposés. À notre avis, lorsque le Parlement, en vertu du paragraphe 63(1), a donné au ministre de la Justice et aux procureurs généraux le pouvoir d'obliger le CCM à enquêter



interest, into allegations of serious judicial misconduct, Parliament created a minimal and reasonable limitation on the independence of the judiciary.

[39] In relation to Justice Cosgrove's alternative argument that subsection 63(1) of the *Judges Act* violates paragraph 2(b) of the Charter and has a chilling effect on judicial speech, the Inquiry Committee held that paragraph 2(b) could not possibly have any application to this case. In the Committee's view, the Charter was never intended to protect one branch of government from another.

[40] Moreover, the Inquiry Committee held that the protections which attach to judicial expression are entirely encompassed by the constitutional guarantee of judicial independence. The Committee observed, at paragraph 47 that:

In the discharge of their duties, judges were as free before 1982 when the *Charter* was adopted, as they have been since, to express themselves fully, openly and candidly, provided only that they do so in good faith and do not abuse the powers of their office. The *Charter* has altered nothing in this regard.

[41] In concluding that paragraph 2(b) is not engaged in the circumstances of this case, the Inquiry Committee held that the Charter is a shield for the benefit of individuals, and was never intended to protect either the legislative or judicial branches of government in the exercise of their powers or functions.

#### The Issues Before the Court

[42] Although they differ slightly as to the wording to be used, the parties are agreed that there are three issues before the Court. They are:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Did the Inquiry Committee err in determining that subsection 63(1) of the *Judges Act* is valid as it does not infringe the constitutionally protected independence of the judiciary?

dans l'intérêt public sur les allégations d'inconduite grave de la part des juges, il a apporté une limite minimale et raisonnable à l'indépendance de la magistrature.

[39] Quant à la thèse subsidiaire du juge Cosgrove selon laquelle le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* enfreint l'alinéa 2b) de la Charte et exerce un effet inhibiteur sur les juges, le comité d'enquête a conclu que cet alinéa ne pouvait trouver application en l'espèce. Selon le comité, la Charte n'a jamais eu pour objet de protéger une branche de l'État contre une autre.

[40] En outre, le comité d'enquête a estimé que les protections dont est assortie la liberté d'expression des juges relevaient entièrement de la garantie constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature. À ce propos, il faisait observer ce qui suit, au paragraphe 47 :

Dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, les juges étaient tout aussi libres avant l'adoption de la *Charte*, en 1982, qu'ils le sont depuis ce temps de s'exprimer pleinement, ouvertement et franchement, à la seule condition qu'ils le fassent de bonne foi et qu'ils n'abusent pas des pouvoirs de leur charge. La *Charte* n'a rien changé à cet égard.

[41] Expliquant sa conclusion que l'alinéa 2b) ne s'appliquait pas, le comité d'enquête a dit que la Charte est destinée à garantir les droits des personnes physiques, n'ayant jamais été conçue pour protéger les branches législative ou judiciaire de l'État dans l'exercice de leurs attributions.

#### Les questions en litige

[42] Bien qu'elles ne soient pas tout à fait d'accord sur la manière de les formuler, les parties sont convenues que la Cour est saisie de trois questions en l'espèce :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le comité d'enquête a-t-il commis une erreur en concluant que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* est valide au motif qu'il ne porte pas atteinte à l'indépendance de la magistrature, garantie par la Constitution?

3. Did the Inquiry Committee err in determining that subsection 63(1) of the *Judges Act* does not infringe paragraph 2(b) of the Charter in a manner that cannot be justified under section 1?

#### The Standard of Review

[43] The parties are in agreement that in so far as the Inquiry Committee was called upon to decide constitutional questions, the appropriate standard of review is that of correctness. However, counsel for the Minister of Justice, as well as the independent counsel himself, submit that to the extent that the Inquiry Committee made findings of fact, these findings should be reviewed against a standard of patent unreasonableness.

[44] In *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, at paragraph 6, the Supreme Court noted that the proper standard of review is a question of law which must be decided by the Court, even in cases where the parties are in agreement as to what that standard should be.

[45] That said, in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, Justice Gonthier held that decisions of administrative tribunals based upon the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will always be subject to review on the standard of correctness. The Court went on to observe that “[a]n error of law by an administrative tribunal interpreting the Constitution can always be reviewed fully by a superior court” (at paragraph 31). (See also *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, at paragraph 66 and *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 37, where the Supreme Court of Canada recently reaffirmed that questions of law are reviewable on a standard of correctness.)

[46] A challenge to the constitutionality of legislation admits of only one answer—the legislation is either

3. Le comité d'enquête a-t-il commis une erreur en concluant que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* ne porte pas atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte d'une manière qui ne peut être sauvegardée au regard de l'article premier?

#### La norme de contrôle

[43] Les parties s'accordent à dire que, pour autant que le comité d'enquête était appelé à trancher des questions constitutionnelles, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Cependant, l'avocat du ministre de la Justice ainsi que l'avocat indépendant désigné par le CCM font valoir que, dans la mesure où le comité d'enquête a tiré des conclusions de fait, celles-ci doivent être contrôlées suivant la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[44] Dans l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, au paragraphe 6, la Cour suprême a fait observer que la norme de contrôle applicable est une question de droit qui doit être tranchée par la Cour, même si les parties s'entendent sur ce que cette norme devrait être.

[45] Cela dit, dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, le juge Gonthier a déclaré que la norme de contrôle judiciaire des décisions de tribunaux administratifs fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés* est toujours celle de la décision correcte. « L'erreur de droit qu'un tribunal administratif commet en interprétant la Constitution [poursuivait le juge] peut toujours faire l'objet d'un contrôle complet par une cour supérieure » (au paragraphe 31). (Voir aussi *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, au paragraphe 66; et *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 37, où la Cour suprême a récemment réaffirmé que la norme de contrôle applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte.)

[46] Lorsqu'il s'agit de la contestation constitutionnelle d'une disposition législative, il ne peut être

constitutional or it is not. As a consequence, I am satisfied that to the extent that the Inquiry Committee decided questions of constitutionality, its decision should be reviewed against the correctness standard.

[47] However, I am also satisfied that in the course of making its constitutional determination, the Inquiry Committee made several findings of fact, including the finding that in light of the reasons of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Elliott*, there could be no reasonable suggestion that in requesting an inquiry into Justice Cosgrove's conduct, the Attorney General of Ontario was relying upon subsection 63(1) for an improper purpose. The Inquiry Committee also found as a fact that subsection 63(1) does not have an intimidating or chilling effect on members of the judiciary.

[48] The question, then, is the degree of deference that this Court should show to these factual findings. It should be noted that in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, the Supreme Court of Canada observed, at paragraph 44, in relation to a provincial judicial council, that "[a] tribunal charged with the task of disciplining provincial court judges does not fit into the more traditional specialized against non-specialized dichotomy for purposes of evaluating the appropriate standard of review". The Court then went on to note, at paragraph 50, that "[i]t would be nonsensical for a single judge or an appellate court to show low deference to decisions of the Council in an area in which they have no additional expertise."

[49] The Court's comments in *Moreau-Bérubé* were, however, made in the context of a discussion as to the standard of review to be applied with respect to a judicial council determination as to a judge's capacity to remain in office, and not in the context of a challenge to the constitutionality of legislation. In the context of this case, it is therefore necessary to conduct a pragmatic and functional analysis in order to determine the appropriate standard of review to be applied in relation to the

répondu que par l'affirmative ou la négative. Par conséquent, j'estime établi que, dans la mesure où le comité d'enquête a tranché des questions d'ordre constitutionnel, sa décision doit être contrôlée suivant la norme de la décision correcte.

[47] Cependant, je constate aussi que dans son examen des questions constitutionnelles, le comité d'enquête a formulé plusieurs conclusions de fait, notamment celle que, vu les motifs exposés par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Elliott*, il n'y avait raisonnablement pas lieu de penser que c'était dans un but illégitime que le procureur général de l'Ontario avait invoqué le paragraphe 63(1) pour demander une enquête sur la conduite du juge Cosgrove. Le comité d'enquête a aussi formulé cette autre conclusion de fait que le paragraphe 63(1) n'exerce pas d'effet paralysant ou inhibiteur sur les juges.

[48] La question se pose donc de savoir de quel degré de retenue notre Cour devrait faire preuve dans l'examen de ces conclusions de fait. Il convient de noter que, dans l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, la Cour suprême du Canada faisait observer à propos d'un conseil provincial de la magistrature que « [p]our l'évaluation de la norme de révision applicable, un tribunal administratif chargé d'imposer des mesures disciplinaires aux juges des cours provinciales ne cadre pas avec la dichotomie traditionnelle entre les tribunaux spécialisés et les tribunaux non spécialisés » (au paragraphe 44). La Cour ajoutait plus loin qu'« [i]l serait absurde pour un juge siégeant seul et pour un tribunal d'appel de faire preuve de peu de retenue à l'égard des décisions du Conseil dans un domaine où ils n'ont aucune expertise additionnelle » (au paragraphe 50).

[49] Ces observations qu'on trouve dans *Moreau-Bérubé* ont cependant été formulées dans le cadre de l'examen de la norme de contrôle applicable à la décision d'un conseil de la magistrature touchant l'aptitude d'un juge à rester en fonction, et non de la contestation de la constitutionnalité d'une disposition législative. Dans le contexte de la présente espèce, il s'avère donc nécessaire d'effectuer une analyse pragmatique et fonctionnelle afin d'établir la norme de

Inquiry Committee's factual findings.

[50] A review of the four factors outlined by the Supreme Court of Canada in cases such as *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226 discloses that:

(i) There is no privative clause in the *Judges Act*. This suggests that less deference should be paid to findings of an Inquiry Committee. At the same time, there is no appeal procedure in the Act, which suggests that decisions of the Inquiry Committee are to be accorded deference;

(ii) As was noted by the Supreme Court of Canada in *Moreau-Bérubé*, at paragraph 53, judicial councils are unique tribunals, with some degree of specialization, and which are at least if not more qualified than reviewing courts in relation to matters of judicial discipline. As such, the findings of judicial councils in relation to a judge's capacity to remain in office should be accorded a great degree of deference. In my view, notwithstanding the fact that the Supreme Court's comments were made in the context of a review of the merits of a complaint of judicial misconduct, these comments suggest that findings of fact made by judicial councils should be accorded significant deference. Moreover, the specialized expertise of the judicial members of the Inquiry Committee stems, in part, from their experience as sitting judges. This suggests that findings of fact made by the Inquiry Committee should be accorded significant deference;

(iii) In so far as the purpose of the legislation is concerned, section 63 of the *Judges Act* is part of a legislative scheme designed to ensure that the removal of a judge from office is carried out in accordance with judicial independence. This purpose involves the application of constitutional principles, and militates against deference; and

(iv) The questions in issue are questions of fact, suggesting a high degree of deference.

contrôle qu'il convient d'appliquer aux conclusions de fait du comité d'enquête.

[50] L'examen des quatre facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada, entre autres dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, révèle ce qui suit :

i) La *Loi sur les juges* ne comporte pas de clause privative, ce qui semble diminuer le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard des conclusions d'un comité d'enquête. Cependant, cette Loi ne prévoit pas non plus de mécanisme d'appel, ce qui donne à penser que les décisions du comité d'enquête doivent faire l'objet de retenue judiciaire.

ii) Comme le faisait remarquer la Cour suprême du Canada dans *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 53, les conseils de la magistrature sont des tribunaux d'un caractère unique possédant un certain niveau de spécialisation et au moins aussi qualifiés, voire plus, que l'instance de révision pour ce qui concerne les questions de discipline de la magistrature. Par conséquent, les conclusions de tels conseils relativement à l'aptitude d'un juge à rester en fonction devraient appeler une grande retenue. À mon sens, bien que la Cour suprême les ait formulées dans le contexte de l'examen du bien-fondé d'une plainte d'inconduite d'un juge, ces observations donnent à penser qu'il convient de faire preuve d'une grande déférence à l'égard des conclusions de fait tirées par des conseils de la magistrature. Qui plus est, le degré de spécialisation des juges que réunit le comité d'enquête découle en partie de leur expérience de juges siégeants, ce qui donne aussi à penser qu'il convient de faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait de ce Comité.

iii) Pour ce qui concerne l'objet de la législation en cause, l'article 63 de la *Loi sur les juges* s'inscrit dans un régime légal conçu pour s'assurer que la révocation d'un juge ne puisse se faire qu'en conformité avec le principe de l'indépendance de la magistrature. Cela fait intervenir des principes constitutionnels et milite contre la retenue judiciaire.

iv) Les questions en litige sont des questions de fait, qui appellent une grande retenue judiciaire.

[51] The purpose of the pragmatic and functional analysis is to ascertain Parliament's intent as to the level of deference to be accorded to a decision maker, in light of the nature of the question that the decision maker is called upon to answer.

[52] In this case, one of the four factors militates against deference being paid to the Inquiry Committee's findings of fact. However, in light of the comments of the Supreme Court in *Moreau-Bérubé* as to the expertise of judicial councils, and having regard to the considerable expertise of the Inquiry Committee in relation to findings of fact, I am satisfied that the factual findings of the Committee should nonetheless be accorded significant deference, and should thus be reviewed against the standard of patent unreasonableness.

[53] With this understanding of the standard of review, I turn now to consider the merits of Justice Cosgrove's application for judicial review.

Did the Inquiry Committee Err in Determining that Subsection 63(1) of the *Judges Act* is Valid as it Does Not Infringe the Constitutionally Protected Independence of the Judiciary?

[54] Before turning to consider the arguments of the parties, it is important to have an understanding of the judicial discipline process, as it relates to superior court judges. As much depends on the specifics of the process to be followed and the protections that are afforded to judges who are the subject of a complaint, it is necessary to review this process in some detail.

(i) The Scheme of the *Judges Act* and the Judicial Discipline Process

[55] The starting point in this discussion must be subsection 99 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that:

99. (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

[51] L'objet de l'analyse pragmatique et fonctionnelle est d'établir l'intention du Parlement quant au degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard d'un décideur, compte tenu de la nature de la question à laquelle il lui faut répondre.

[52] Dans la présente espèce, un des quatre facteurs susmentionnés milite contre la thèse de la retenue à l'égard des conclusions de fait du comité d'enquête. Néanmoins, compte tenu des observations formulées par la Cour suprême dans *Moreau-Bérubé* quant à l'expertise des conseils de la magistrature, et étant donné le degré de spécialisation du comité d'enquête pour ce qui concerne les conclusions de fait, j'estime qu'il y a néanmoins lieu de faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait de ce comité, et par conséquent de les contrôler suivant la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[53] C'est en gardant à l'esprit cette interprétation de la norme de contrôle applicable que j'aborde à présent l'examen au fond de la demande de contrôle judiciaire du juge Cosgrove.

Le comité d'enquête a-t-il commis une erreur en concluant que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* est valide au motif qu'il ne porte pas atteinte à l'indépendance de la magistrature, garantie par la Constitution?

[54] Avant d'examiner les moyens des parties, il importe de bien comprendre le processus de discipline judiciaire applicable aux juges des cours supérieures. Comme ce processus est largement tributaire des particularités qui lui sont propres et des garanties dont jouissent les juges qui font l'objet d'une plainte, il faut l'examiner de manière passablement approfondie.

i) Le régime de la *Loi sur les juges* et le processus de discipline judiciaire

[55] Le point de départ de cet examen doit être l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi libellé :

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

(2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

[56] Prior to 1971, the only mechanism in place to ensure judicial accountability was the power of the Minister of Justice to establish an inquiry under the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, to review the conduct of a judge of a superior court. Following such an inquiry, a report would be made to the Minister, which could result in a joint address of the Senate and the House of Commons, and the removal of the judge by the Governor General.

[57] The CJC was created in 1971, through amendments to the *Judges Act* [S.C. 1970-71-72, c. 55, s. 11]. These amendments were introduced, at least in part, as a result of concerns that had arisen with respect to the *ad hoc* nature of the judicial discipline process. These concerns came into the forefront in the 1960s, as a result of perceived flaws in the proceedings involving Justice Léo Landreville: see Professor Martin L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, 1995, Canadian Judicial Council, at page 88.

[58] As a consequence, the CJC was given a specific role to play in relation to the removal process. As part of the CJC's mandate to improve the quality of judicial service in superior courts by fostering judicial accountability, consistent with the independence of the judiciary, paragraph 60(2)(c) of the *Judges Act* empowers the CJC to make inquiries in relation to and to investigate complaints or allegations of judicial misconduct.

[59] As noted earlier, section 63 of the *Judges Act* contemplates that inquiries and investigations with respect to judicial conduct may be commenced in one of two ways. The relevant portions of section 63 provide that:

63. (1) The Council shall, at the request of the Minister or the attorney general of a province, commence an inquiry as to whether a judge of a superior court should be

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

[56] Avant 1971, le seul mécanisme de responsabilisation de la magistrature était le pouvoir du ministre de la Justice d'ouvrir, sous le régime de la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, ch. I-13, une enquête sur la conduite des juges des cours supérieures. À l'issue de cette enquête, un rapport était soumis au ministre, qui pouvait donner lieu à la présentation d'une adresse par le Sénat et la Chambre des communes et à la révocation du juge en question par le gouverneur général.

[57] Le CCM a été créé en 1971, à la suite de modifications apportées à la *Loi sur les juges* [S.C. 1970-71-72, ch. 55, art. 11] du moins en partie pour répondre aux préoccupations que suscitait le caractère *ad hoc* du processus de discipline judiciaire. Ces préoccupations sont passées à l'avant-scène dans les années 1960 en raison des vices dont sont apparues entachées les procédures relatives au juge Léo Landreville; voir à ce sujet Martin L. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Conseil canadien de la magistrature, 1995, aux pages 99 et 100.

[58] On a donc attribué au CCM un rôle particulier dans le processus de révocation. Dans le cadre du mandat confié au CCM d'améliorer la qualité du service judiciaire dans les cours supérieures en promouvant la responsabilité de la magistrature de manière compatible avec l'indépendance de cette dernière, l'alinéa 60(2)(c) de la *Loi sur les juges* habilite le CCM à enquêter sur les plaintes ou accusations d'inconduite des juges.

[59] Comme nous le disions plus haut, l'article 63 de la *Loi sur les juges* prévoit que les enquêtes sur la conduite des juges peuvent être menées de l'une ou l'autre de deux manières. Les dispositions pertinentes de cet article disposent :

63. (1) Le Conseil mène les enquêtes que lui confie le ministre ou le procureur général d'une province sur les cas de révocation au sein d'une juridiction supérieure pour

removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court. [Emphasis added.]

[60] Thus subsection 63(1) mandates that there be an inquiry, whereas subsection 63(2) gives the CJC the discretion to investigate, and the corresponding discretion not to investigate a complaint of judicial misconduct.

[61] Although neither term is defined in the *Judges Act*, the Inquiry Committee found that an “inquiry” contemplates a more formal pre-hearing and hearing process than does an “investigation”, which, at least at the outset, will be less structured.

[62] At this juncture, it should be observed that while the English version of the legislation uses different terms in the two subsections (“inquiry” in subsection 63(1) versus “investigation” in subsection 63(2)), the French version of the legislation uses variations of the same term in both subsections: “*enquêtes*” in subsection 63(1), and “*enquêter*” in subsection 63(2).

[63] As the Supreme Court of Canada recently restated in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 25, bilingual legislation is to be interpreted by applying the “shared or common meaning rule”. That is, where two versions of bilingual legislation do not say the same thing, the shared meaning, which is normally the narrower meaning, ought to be adopted, unless for some reason, that meaning is unacceptable: See also Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002, at page 80.

[64] “*Enquêtes*” and “*enquêter*” contemplate both investigations and inquiries, whereas I agree with the Inquiry Committee that the English terms “inquiry” and

tout motif énoncé aux alinéas 65(2)(a) à d).

(2) Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d’une juridiction supérieure. [Non souligné dans l’original.]

[60] Il en ressort donc que le paragraphe 63(1) prescrit la tenue d’une enquête, tandis que le paragraphe 63(2) confère au CCM le pouvoir discrétionnaire d’enquêter ou non sur une plainte d’inconduite d’un juge.

[61] Bien que la *Loi sur les juges* ne définisse aucun des deux termes anglais correspondant à « enquête », soit *inquiry* et *investigation*, le comité d’enquête a conclu que le premier s’applique à un processus plutôt formel comportant des procédures préparatoires et une audience, tandis que le second désigne un processus moins structuré, au départ en tout cas.

[62] À cette étape du raisonnement, il convient de rappeler que le texte anglais de la loi comporte des termes différents d’un paragraphe à l’autre—*inquiry* au paragraphe 63(1) et *investigation* au paragraphe 63(2) —, alors que le texte français emploie des variantes du même terme dans les deux paragraphes, soit « enquêtes » au paragraphe 63(1) et « enquêter » au paragraphe 63(2).

[63] Comme la Cour suprême du Canada l’a récemment réaffirmé dans l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 25, il convient d’interpréter les dispositions législatives bilingues suivant la règle du « sens partagé ou commun », c’est-à-dire que si les deux versions de ces dispositions ne disent pas la même chose, il faut adopter leur sens commun, qui est normalement le plus restreint, à moins que, pour une raison ou une autre, ce sens ne soit inacceptable. Voir aussi Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> édition, Toronto : Butterworths, 2002, à la page 80.

[64] « Enquêtes » et « enquêter » équivalent à la fois à *investigations* et *inquiries*, mais je suis néanmoins d’accord avec le comité d’enquête pour dire que ces

“investigation” are slightly different, with “inquiry” having a slightly narrower meaning, contemplating a more formal pre-hearing and hearing process than does “investigation”. Applying the shared or common meaning rule, I am therefore satisfied that section 63 should properly be interpreted in the manner suggested by the Inquiry Committee. This is also consistent with the way that the CJC itself has interpreted the legislation.

[65] Subsection 63(3) deals with the constitution of inquiry committees, whereas subsection 63(4) deals with the powers of committees to compel the attendance of witnesses and the production of documents. Subsections 63(5) and (6) deal with the public nature of the process, with the CJC being empowered to determine the extent to which the process will be public in nature. The one limitation on the power of the CJC to determine how public the process will be is that the Minister of Justice can require that an investigation or inquiry be held in public. No such request was made in this case.

[66] In enacting these provisions, Parliament has conferred a considerable amount of autonomy and discretion on the CJC to establish the procedures that it will follow in relation to the investigations and inquiries contemplated by section 63 of the *Judges Act*. In this regard, paragraph 61(3)(c) empowers the CJC to make by-laws respecting the conduct of inquiries and investigations.

[67] The CJC has exercised this power, and has adopted a series of by-laws and procedures which establish a comprehensive complaints process. The *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws* have been enacted as Regulations [SOR/2002-371], in accordance with subsection 61(3) of the *Judges Act*, whereas the “Complaints Procedures” [Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges, September 27, 2002] represent a more informal statement of policy of the CJC, as it relates to the processing of complaints.

[68] The “Complaints Procedures” govern the conduct of investigations and inquiries, including the

deux termes anglais ont un sens légèrement différent, *inquiry* ayant une signification un peu plus étroite et s’appliquant à un processus plus formel (qui comporte des procédures préparatoires et une audience) que le terme *investigation*. L’application de la règle du sens partagé ou commun me convainc donc qu’il convient d’interpréter l’article 63 de la manière proposée par le comité d’enquête. Cette interprétation est également conforme à celle qu’en a donnée le CCM lui-même.

[65] Le paragraphe 63(3) règle la constitution des comités d’enquête, et le paragraphe 63(4) confère à ces comités le pouvoir de contraindre les témoins à comparaître et la production de documents. Les paragraphes 63(5) et (6) concernent la publicité du processus, le CCM étant habilité à décider dans quelle mesure celui-ci sera public. La seule limite fixée à ce dernier pouvoir du CCM est la faculté conférée au ministre de la Justice d’ordonner la publicité des enquêtes. Ce dernier n’a pas exercé cette faculté en l’espèce.

[66] Par ces dispositions, le Parlement a accordé une autonomie et un pouvoir discrétionnaire considérables au CCM touchant l’établissement de la procédure relative aux enquêtes visées à l’article 63 de la *Loi sur les juges*. C’est ainsi que l’alinéa 61(3)c) autorise le CCM à régir cette procédure par règlement administratif.

[67] Le CCM a exercé ce pouvoir en adoptant une série de dispositions réglementaires et de règles de procédure donnant forme à un processus complet d’administration des plaintes. Il a ainsi pris le *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes* [DORS/2002-371] en vertu du paragraphe 61(3) de la *Loi sur les juges*, et établi des « Procédures relatives aux plaintes » [Procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale, 27 septembre 2002] qui constituent une déclaration de principes de nature moins formelle sur l’examen des plaintes.

[68] Les « Procédures relatives aux plaintes » régissent la conduite des enquêtes, y compris la question



public or private nature of the process, subject to the provisions of subsection 63(6) referred to above, which empowers the Minister of Justice to require that an investigation or inquiry be held in public. No such right is accorded to provincial attorneys general.

[69] Nothing in the *Judges Act* or in the CJC's By-laws or Complaints Procedures requires that the CJC keep the fact that a complaint has been made pursuant to subsection 63(2) confidential. Although it is the usual practice of the CJC to keep such investigations private, there have been cases where the CJC has publicized the conclusions of a panel regarding specific investigations.

[70] Moreover, there is nothing in either the *Judges Act* or in the CJC's By-laws and Complaints Procedures that would prevent the individual who initiated the complaint under subsection 63(2) from publicizing the fact that a complaint was made.

[71] Where a complaint is made to the CJC pursuant to subsection 63(2) of the *Judges Act*, it is subject to a screening procedure established by the CJC By-laws. The process provided for in the Complaints Procedures involves four stages:

1. Every complaint or allegation is received by the Executive Director of the CJC and is then referred to the Chair of the CJC's Judicial Conduct Committee. The Chair may close the file where the matter is "trivial, vexatious, or without substance". If these criteria are not met, the judge whose conduct is in question then has an opportunity to comment on the complaint or allegation, following which the file may then be closed for the same reasons mentioned above, or because it has been determined that the matter is clearly not serious enough to warrant the removal of the judge in question.

2. The Chair of the Judicial Conduct Committee may also cause "further inquiries" to be made. These are usually conducted by an independent counsel. If further inquiries are made, the judge who is the subject of the complaint must be provided with the gist of the allegations against him or her, and must also be provided with the evidence which is uncovered through

de savoir si les enquêtes se tiendront à huis clos ou non, sous réserve du paragraphe 63(6) évoqué plus haut qui confère au ministre de la Justice le pouvoir d'ordonner que l'enquête se déroule en public, pouvoir qui n'est pas accordé aux procureurs généraux des provinces.

[69] Aucune disposition de la *Loi sur les juges*, ni du Règlement administratif ou des Procédures relatives aux plaintes n'oblige le CCM à s'abstenir de rendre public le fait qu'une plainte a été déposée sous le régime du paragraphe 63(2). Si le CCM a pour habitude de mener de telles enquêtes à huis clos, il lui est arrivé de publier les conclusions de sous-comités à l'issue de certaines enquêtes.

[70] En outre, aucune disposition de la *Loi sur les juges*, ni du Règlement administratif ou des Procédures relatives aux plaintes du CCM n'interdit à l'auteur d'une plainte présentée sous le régime du paragraphe 63(2) de rendre public le fait qu'il a déposé une telle plainte.

[71] Le Règlement administratif prévoit un examen préliminaire des plaintes portées devant le CCM sous le régime du paragraphe 63(2). Le processus établi dans les Procédures relatives aux plaintes comporte quatre étapes :

1. C'est le directeur exécutif du CCM qui reçoit toute plainte ou accusation relative à un juge. Il la transmet ensuite au président du comité du CCM sur la conduite des juges, qui peut clore le dossier s'il estime que la plainte est « frivole ou vexatoire » ou qu'elle est « manifestement dénuée de fondement ». Si tel n'est pas le cas, il est donné au juge dont la conduite est mise en cause la possibilité de présenter des observations sur la plainte ou l'accusation, après quoi l'affaire peut être classée pour les mêmes raisons que ci-dessus, ou parce qu'il est décidé qu'elle n'est manifestement pas assez grave pour justifier la révocation dudit juge.

2. Le président du comité sur la conduite des juges peut aussi demander la tenue d'une « enquête supplémentaire », qui est en général effectuée par un avocat indépendant. Si une enquête supplémentaire est ouverte, l'avocat indépendant doit informer le juge faisant l'objet de la plainte de la substance des allégations portées contre lui et lui communiquer les éléments de preuve

those inquiries. The judge must also be given the opportunity to respond to the allegations and evidence.

3. If the Chair has not closed the file by this point, it is referred to a panel of the Judicial Conduct Committee. The panel may decide that no investigation is warranted because the matter is without substance, or is clearly not serious enough to warrant removal. Alternatively, the panel may refer the matter to the CJC with its report and conclusion that an investigation pursuant to subsection 63(2) of the *Judges Act* is warranted.

4. A copy of the panel's report to the CJC must be provided to the judge whose conduct is under scrutiny. The judge is then entitled to make written and oral submissions to the CJC. The CJC will then decide whether or not an investigation pursuant to subsection 63(2) of the *Judges Act* is warranted. If such an investigation is found to be warranted, an Inquiry Committee will then be established pursuant to subsection 63(3).

[72] It is at this point that the process to be followed in relation to complaints brought under subsection 63(2) of the *Judges Act* merges with the process that will be followed where a request for an inquiry is received from the Minister of Justice or a provincial attorney general. In either case, section 64 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 111] of the *Judges Act* provides the judge whose conduct is in question with a range of procedural protections. These include the right to notice of the subject-matter of the inquiry or investigation, and of the time and place of the hearing. The judge also has the right to be heard, including the right to lead evidence, and to cross-examine witnesses.

[73] Regardless of how the complaint was initiated, the proceedings of the Inquiry Committee will be governed by the *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws*. When an Inquiry Committee is established, section 3 of the By-laws requires that the Chairperson or Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee appoint an independent counsel, who must have been a member of a provincial bar for at least 10 years, and who must also be

que révèle l'enquête. Le juge en cause doit aussi avoir la possibilité de répondre à ces allégations et éléments de preuve.

3. Si le président du comité sur la conduite des juges n'a pas clos le dossier à cette étape, celui-ci est transmis à un sous-comité de ce comité. Le sous-comité peut : soit décider qu'il n'y a pas lieu de mener une enquête parce que la plainte est mal fondée ou que son objet n'est manifestement pas assez grave pour justifier la révocation, soit soumettre le dossier au CCM avec son rapport et sa conclusion qu'une enquête se justifie sous le régime du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges*.

4. Le juge dont la conduite est examinée doit recevoir copie du rapport soumis par le sous-comité au CCM. Ce juge a alors le droit de présenter des observations écrites et orales au CCM, qui décide ensuite s'il y a lieu de mener une enquête sous le régime du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges*. Si le CCM décide qu'une enquête s'impose, il est constitué un comité d'enquête sous le régime du paragraphe 63(3).

[72] C'est à cette étape que le processus à suivre relativement aux plaintes formées sous le régime du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges* devient identique à celui à suivre dans le cas où une demande d'enquête est présentée par le ministre de la Justice ou le procureur général d'une province. Dans l'un et l'autre cas, l'article 64 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 111] de la *Loi sur les juges* prévoit pour le juge dont la conduite est sous examen un ensemble de garanties procédurales, soit le droit d'être informé de l'objet de l'enquête, ainsi que des date, heure et lieu de l'audition, ainsi que la possibilité de se faire entendre, de présenter des éléments de preuve et de contre-interroger les témoins.

[73] Quelle que soit l'origine de la plainte, la procédure du comité d'enquête est régie par le *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*. Dans le cas où un comité d'enquête est constitué, l'article 3 du Règlement administratif dispose que le président ou le vice-président du comité sur la conduite des juges doit nommer un avocat indépendant, lequel doit être membre du barreau d'une province depuis au moins 10 ans et

recognized within the legal community for his or her ability and experience.

[74] As was noted earlier in these reasons, in this case, Earl Cherniak, Q.C. was appointed as the independent counsel to the Inquiry Committee.

[75] Subsection 3(2) of the By-laws makes it the responsibility of the independent counsel to present the case to the Inquiry Committee; subsection 3(3) of the By-laws stipulates that the independent counsel is to perform his or her duties impartially, and in accordance with the public interest.

[76] As was confirmed by the Supreme Court of Canada in *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, at paragraphs 72-73, the process before an Inquiry Committee “does not resemble litigation in an adversarial proceeding; rather, it is intended to be the expression of purely investigative functions marked by an active search for the truth”. As a consequence, the Supreme Court found that “[a]ny idea of prosecution is thus structurally excluded”.

[77] Subsection 6(1) of the By-laws requires that any hearing of the Inquiry Committee be conducted in public, unless the Inquiry Committee determines that the public interest and due administration of justice require that all or part of the hearing be held in private. This is, however, subject to the overriding provisions of subsection 63(6) of the *Judges Act*, which, as was previously noted, gives the Minister of Justice the right to require that the hearing be held in public.

[78] Section 8 of the By-laws mandates that the Inquiry Committee must submit a report to the CJC, setting out its findings and conclusions as to whether a recommendation should be made for the removal of the judge from office. If the hearing was conducted in public, subsection 8(3) of the By-laws requires that the Inquiry Committee’s report be made available to the public.

[79] The judge whose conduct is in question is then provided with an opportunity to respond, orally or in writing, to the report of the Inquiry Committee. The CJC

posséder une compétence et une expérience reconnues au sein de la communauté juridique.

[74] Comme nous le disions plus haut, c’est M<sup>e</sup> Earl Cherniak, c.r., qui a été désigné en l’espèce comme avocat indépendant pour siéger au comité d’enquête.

[75] Le paragraphe 3(2) du Règlement administratif assigne à l’avocat indépendant la tâche de présenter l’affaire au comité d’enquête, et son paragraphe 3(3) dispose que l’avocat indépendant doit s’acquitter de ses fonctions avec impartialité et conformément à l’intérêt public.

[76] Ainsi que l’a confirmé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, aux paragraphes 72 et 73, « le débat qui prend place devant [le comité d’enquête] n’est [. . .] pas de l’essence d’un litige dominé par une procédure contradictoire mais se veut plutôt l’expression de fonctions purement investigatrices, marquées par la recherche active de la vérité ». Par conséquent, conclut la Cour suprême, « [t]oute idée de poursuite se trouve [. . .] écartée sur le plan structurel ».

[77] Le paragraphe 6(1) du Règlement administratif dispose que le comité d’enquête tient l’audience en public, sauf s’il conclut que l’intérêt public et la bonne administration de la justice exigent le huis clos total ou partiel, mais ce, sous réserve du paragraphe 63(6) de la *Loi sur les juges*, qui, ainsi qu’on l’a vu plus haut, confère au ministre de la Justice le pouvoir d’ordonner que l’enquête se déroule en public.

[78] L’article 8 du Règlement administratif porte que le comité d’enquête soumet au CCM un rapport où il consigne les résultats de l’enquête et ses conclusions sur la question de savoir s’il y a lieu de recommander la révocation du juge. Le paragraphe 8(3) dispose que si l’audience a été tenue publiquement, le rapport doit être rendu public.

[79] Le juge dont la conduite est en cause a ensuite la possibilité de répondre, oralement ou par écrit, au rapport du comité d’enquête. Le CCM examinera

will then consider the report of the Inquiry Committee, along with any submissions that may have been made by the judge and the independent counsel.

[80] Subsection 65(1) of the *Judges Act* requires the CJC to then report its conclusions to the Minister of Justice, and to provide the Minister with the record of the inquiry or investigation. Where the CJC is of the view that the judge has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of age or infirmity, by having been guilty of misconduct, by having failed in the due execution of that office, or by having been placed, by his or her conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office, subsection 65(2) of the *Judges Act* empowers the CJC to recommend to the Minister that the judge be removed from office.

[81] The CJC has described the test to be applied in deciding whether to recommend the removal of a judge as being (see *Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act at the Request of the Attorney General of Nova Scotia*, August 1990) [at page 27] (Marshall Inquiry Report):

Is the conduct alleged so manifestly and profoundly destructive of the concept of the impartiality, integrity and independence of the judicial role, that public confidence would be sufficiently undermined to render the judge incapable of executing the judicial office?"

[82] Neither the Inquiry Committee nor the CJC can impose any kind of sanction on a judge, although the CJC will, from time to time, express its concern with respect to a judge's conduct. The conduct review process before the CJC can only result in a recommendation that a judge be removed from office. The actual power to remove a judge is reserved to the Governor General, on address of the Senate and House of Commons, in accordance with subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867*. The CJC's recommendation with respect to a judge is conveyed to Parliament through the Minister of Justice.

ensuite le rapport du comité d'enquête, ainsi que les observations formulées, le cas échéant, par le juge et par l'avocat indépendant.

[80] Le paragraphe 65(1) de la *Loi sur les juges* oblige le CCM à présenter ensuite au ministre de la Justice un rapport sur ses conclusions et à lui communiquer le dossier de l'enquête. Si le CCM estime que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions en raison de l'âge ou de l'invalidité, d'un manquement à l'honneur et à la dignité, d'un manquement aux devoirs de sa charge, ou encore d'une situation d'incompatibilité, le paragraphe 65(2) de la même loi l'habilite à recommander la révocation au ministre.

[81] Le CCM a défini dans les termes suivants le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu de recommander la révocation d'un juge (voir *Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse*, août 1990) [à la page 28] (Rapport de l'enquête Marshall)).

La conduite reprochée porte-t-elle si manifestement et si totalement atteinte aux notions d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance de la justice qu'elle ébranle suffisamment la confiance de la population pour rendre le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge?

[82] Ni le comité d'enquête ni le CCM ne peuvent infliger quelque sanction que ce soit à un juge, encore qu'il arrive de temps à autre que le CCM exprime des inquiétudes touchant la conduite du magistrat en cause. Le processus d'examen de la conduite suivi devant le CCM ne peut donner lieu qu'à une recommandation de révocation. Le pouvoir de révocation comme tel appartient au gouverneur général, qui ne l'exerce que sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes, sous le régime du paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La recommandation du CCM concernant le juge en cause est transmise au Parlement par le ministre de la Justice.

[83] Finally, even if the CJC declines to recommend the removal of a judge, the power of the two houses of Parliament to act under subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867* is preserved by section 71 of the *Judges Act*, which provides that:

71. Nothing in, or done or omitted to be done under the authority of, any of sections 63 to 70 affects any power, right or duty of the House of Commons, the Senate or the Governor in Council in relation to the removal from office of a judge or any other person in relation to whom an inquiry may be conducted under any of those sections.

[84] As was noted by Justice Strayer [as he then was] in *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769 (T.D.), at pages 802-803, it is Parliament that has the ultimate responsibility for deciding whether or not to use the mechanism of the joint address, and there is nothing in the *Judges Act* which precludes Parliament from acting under section 99 of the *Constitution Act, 1867* without first obtaining a recommendation from the CJC.

[85] It may thus be open to the Minister of Justice to, by way of example, appoint a Commission of Inquiry under the *Inquiries Act*, should the CJC fail to refer a case to Parliament. Similarly, the Minister could refer the issue of removal directly to Parliament.

(ii) The Experience With the Complaints Process for Federally Appointed Judges

[86] With this understanding of the process to be followed in relation to the disciplining of federally appointed judges, it is also helpful to have some appreciation as to how often these procedures have actually been used, and by whom.

[87] In recent years, approximately 165 complaints a year have been filed in accordance with subsection 63(2) of the *Judges Act*. Many of these complaints relate to judges' decisions, as opposed to their conduct. Since 1971, only six of these complaints have been deemed by the CJC to have been sufficiently serious as to warrant the establishment of an Inquiry Committee.

[83] Enfin, même si le CCM refuse de recommander la révocation, les deux Chambres du Parlement conservent, en vertu de l'article 71 de la *Loi sur les juges* (ici reproduit), le pouvoir que leur confère le paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

71. Les articles 63 à 70 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux attributions de la Chambre des communes, du Sénat ou du gouverneur en conseil en matière de révocation des juges ou des autres titulaires de poste susceptibles de faire l'objet des enquêtes qui y sont prévues.

[84] Comme le rappelait le juge Strayer [tel était alors son titre] dans la décision *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 802 et 803, c'est au Parlement qu'il appartient de décider en dernière instance s'il y a lieu ou non de recourir au mécanisme de l'adresse conjointe des deux Chambres, et aucune disposition de la *Loi sur les juges* n'a pour effet d'empêcher le Parlement d'agir en vertu de l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sans recommandation préalable du CCM.

[85] Ainsi, il est loisible au ministre de la Justice, par exemple, de constituer une commission d'enquête en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, dans le cas où le CCM ne déférerait pas une affaire au Parlement. De même, le ministre pourrait soumettre directement au Parlement la question de la révocation.

ii) Historique du processus d'examen des plaintes concernant des juges nommés par le gouvernement fédéral

[86] Maintenant que nous nous sommes familiarisés avec le processus à suivre dans l'examen de la conduite des juges nommés par le gouvernement fédéral, il serait également utile de nous faire une idée de la fréquence du recours à ce mécanisme, dans l'absolu et selon l'origine de la plainte.

[87] Ces dernières années, on a déposé environ 165 plaintes par an sous le régime du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges*. Bon nombre de ces plaintes portaient sur des décisions de juges, plutôt que sur leur conduite. Depuis 1971, le CCM n'a jugé que six de ces plaintes suffisamment graves pour justifier la constitution d'un comité d'enquête.

[88] In the same time frame, the federal Minister of Justice and provincial attorneys general have requested the establishment of an inquiry into the conduct of a judge on seven occasions, apart from the request of the Attorney General of Ontario in relation to Justice Cosgrove.

[89] In two of these cases, the judge in question resigned before the Inquiry Committee could commence its inquiry into the merits of the complaint. In at least three of the five cases that proceeded through the inquiry stage, the judges who were the subject of the complaint resumed active judicial duties after the Inquiry Committees established to deal with the complaints released reports that did not recommend the judge's removal.

[90] This case represents the first time that the Attorney General of Ontario has requested an inquiry into the conduct of a judge in accordance with subsection 63(1) of the *Judges Act*.

(iii) The Nature, Purpose and Content of Judicial Independence

[91] In determining whether the provisions of subsection 63(1) of the *Judges Act* pass constitutional muster, or represent an unjustifiable encroachment on the independence of the judiciary, it is necessary to have an appreciation of the nature, purpose and content of judicial independence.

[92] A starting point for this discussion is Article 2.02 of the *Universal Declaration on the Independence of Justice* (reproduced in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Chapter 39, Boston, Mass.: Martinus Nijhoff, 1985, at page 450), which states that:

2.02 Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

[88] Dans la même période, il est arrivé sept fois, en plus de la demande du procureur général de l'Ontario relative au juge Cosgrove, que le ministre fédéral de la Justice ou le procureur général d'une province demande l'ouverture d'une enquête sur la conduite d'un juge.

[89] Dans deux de ces sept cas, le juge en cause a démissionné avant que le comité d'enquête n'entame son examen de la plainte sur le fond. Dans au moins trois des cinq cas qui ont atteint l'étape de l'enquête, le juge faisant l'objet de la plainte a repris ses fonctions après que le comité d'enquête constitué pour examiner cette plainte eut publié un rapport ne recommandant pas sa révocation.

[90] La présente affaire est le premier cas où le procureur général de l'Ontario a demandé l'ouverture d'une enquête sur la conduite d'un juge en vertu du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*.

iii) La nature, l'objet et le contenu de l'indépendance de la magistrature

[91] Pour établir si les dispositions du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* sont conformes à la Constitution ou constituent au contraire une atteinte injustifiable à l'indépendance du pouvoir judiciaire, il faut se faire une idée de la nature, de l'objet et du contenu de l'indépendance de la magistrature.

[92] L'article 2.02 de la *Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice* (dont on trouve le texte français dans S. Shetreet et J. Deschênes, éditeurs, *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, chapitre 40, Boston (Mass.), Martinus Nijhoff, 1985, à la page 465), nous offre un bon point de départ pour cette analyse :

2.02 Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit.

[93] Judicial independence in Canada finds its origins in unwritten constitutional principles, whose origins can be traced to *The Act of Settlement, 1700* [(U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2]: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraph 83 [hereinafter *P.E.I. Judges Reference*]. These principles find textual recognition and affirmation in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, in the judicature provisions of that same instrument (sections 96-101), and in paragraph 11(d) of the Charter which provides, in part, that:

11. Any person charged with an offence has the right

...

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

[94] In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at page 69, the Supreme Court of Canada stated that:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision.

(See also *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, per Le Dain J., at page 685.)

[95] In *Gratton*, at page 782, Justice Strayer echoed this sentiment, noting that “it is equally important to remember that protections for judicial tenure were ‘not created for the benefit of the judges, but for the benefit of the judged’”.

[96] That is, the purpose of judicial independence is not to confer on judges a special position of privilege, but rather to ensure that those appearing before

[93] L’indépendance de la magistrature au Canada trouve son origine dans des principes constitutionnels non écrits, qui remontent à *The Act of Settlement, 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2] : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 83 [ci-après *Renvoi relatif aux juges de l’I.-P.-É.*]. Ces principes sont reconnus et confirmés par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ses dispositions relatives à la magistrature et à l’organisation judiciaire (articles 96 à 101), ainsi que par l’alinéa 11d) de la Charte, qui prévoit :

11. Tout inculpé a le droit :

[ . . . ]

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable.

[94] La Cour suprême du Canada formulait les observations suivantes dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la page 69 :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l’essentiel du principe de l’indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d’instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l’extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d’intervenir, dans la façon dont un juge mène l’affaire et rend sa décision.

(Voir aussi *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, le juge Le Dain, à la page 685.)

[95] Le juge Strayer a fait écho à cette opinion à la page 782 de la décision *Gratton* : « il importe tout autant de se rappeler que la protection de l’inamovibilité [TRADUCTION] “vise à profiter non pas aux juges mais bien aux justiciables” ».

[96] C’est donc dire que l’objet de l’indépendance de la magistrature n’est pas de conférer un privilège aux juges canadiens, mais plutôt de faire en sorte que ceux

Canadian judges can have confidence in the impartiality of those judging them.

[97] Judicial independence has both an individual and an institutional dimension, each of which depends on there being objective conditions or guarantees to ensure the judiciary's freedom from interference from any other entity: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, at paragraph 18.

[98] Because the goal of judicial independence is the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary, judges must not only be independent in reality: they must also be seen to be independent. Thus, in determining whether a judge enjoys the necessary objective conditions or guarantees of judicial independence, the question to be asked is "what would an informed person, viewing the matter realistically, and practically—and having thought the matter through—conclud[e]?" (see *Valente*, at pages 684 and 689).

[99] In answering this question in the circumstances of this case, it is also necessary to have regard to what the courts have had to say about the content of judicial independence.

[100] The Supreme Court of Canada has determined that there are three essential conditions of judicial independence: security of tenure, financial security and institutional independence with respect to administrative matters bearing on the exercise of judicial functions: *Valente*, at pages 694, 704 and 708. See also *P.E.I. Judges Reference*, at paragraph 115.

[101] These conditions are not exhaustive, however, and it has long been recognized that the scope of the constitutional guarantee of judicial independence, as it relates to the independence of individual judges, extends beyond matters that might lead directly to the removal of the judge. Judicial independence can also require that judges be insulated from external influences that could potentially be seen to undermine their ability to adjudicate impartially.

qui comparaissent devant eux puissent avoir confiance en leur impartialité.

[97] L'indépendance judiciaire comporte à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle, dont chacune dépend de l'existence de conditions ou de garanties objectives propres à assurer à la magistrature la liberté d'agir sans ingérence de quelque autre entité que ce soit : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 18.

[98] Comme le but de l'indépendance de la magistrature est le maintien de la confiance du public en l'impartialité du pouvoir judiciaire, il ne suffit pas que les juges soient indépendants dans les faits : il faut aussi qu'ils soient perçus ainsi. Par conséquent, pour établir si un juge jouit des conditions ou des garanties objectives nécessaires à son indépendance, il faut se demander : « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? » (voir *Valente*, aux pages 684 et 689).

[99] Pour répondre à cette question dans la présente espèce, il faut aussi tenir compte de ce que les tribunaux ont pu dire sur le contenu de l'indépendance de la magistrature.

[100] La Cour suprême du Canada a établi que l'indépendance judiciaire dépend de trois conditions essentielles : l'immovibilité, la sécurité pécuniaire, et l'indépendance institutionnelle pour ce qui concerne les questions administratives liées à l'exercice des fonctions judiciaires : *Valente*, aux pages 694, 704 et 708; voir aussi *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*, au paragraphe 115.

[101] Cette liste de conditions n'est cependant pas exhaustive, et il est depuis longtemps établi que la portée de la garantie constitutionnelle de l'indépendance judiciaire, pour ce qui concerne les juges pris individuellement, s'étend au-delà des questions qui pourraient conduire directement à leur révocation. L'indépendance judiciaire peut également exiger que les juges soient protégés contre les influences extérieures risquant d'être considérées comme nuisibles à leur aptitude à statuer de manière impartiale.



[102] By way of example, in the *P.E.I. Judges Reference*, at paragraph 226, the Supreme Court found that a provision in the Alberta *Provincial Court Judges Act* [S.A. 1981, c. P-20.1] that allowed for the Attorney General of Alberta to determine where a given judge had to reside, even after the judge's appointment, created the reasonable apprehension that the power could be used to punish judges whose decisions did not please the government of the day, or alternatively, to benefit judges whose decisions favoured the government. As a result, this provision was determined to violate the administrative independence of the Alberta Provincial Court.

[103] Similarly, in *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, the Federal Court of Appeal observed that judicial independence would be severely compromised if legal action could be taken against judges in relation to their decisions. If judges could be sued for their decisions, these decisions, at paragraph 28:

... might not be based on a dispassionate appreciation of the facts and law related to the dispute. Rather, they might be tempered by thoughts of which party would be more likely to bring an action if they were disappointed by the result, or by thoughts of whether a ground-breaking but just approach to a difficult legal problem might be later impugned in an action for damages against that judge, all of which would be raised by the mere threat of litigation. In Lord Denning's words, a judge would "turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: 'If I do this, shall I be liable in damages?'" (quoting *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.)).

[104] How, then, if at all, do these principles apply in this case?

(iv) Analysis

[105] In order to ensure the integrity of the justice system, it is essential that there be suitable mechanisms in place to ensure that judges are held to account when they misconduct themselves. Indeed, conduct review is necessary for the preservation of the integrity of the

[102] Par exemple, la Cour suprême du Canada a conclu, au paragraphe 226 du *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*, qu'une disposition de la *Provincial Court Judges Act* [S.A. 1981, ch. P-20.1] de l'Alberta qui autorisait le procureur général de cette province à décider du lieu de résidence d'un juge donné, même après sa nomination, faisait raisonnablement craindre que ce pouvoir puisse servir à punir les juges dont les décisions ne plairaient pas au gouvernement ou, inversement, à récompenser ceux dont les décisions lui seraient favorables. La Cour suprême a en conséquence statué que cette disposition portait atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale de l'Alberta.

[103] De même, au paragraphe 28 de *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, la Cour d'appel fédérale a fait observer que l'indépendance judiciaire serait gravement battue en brèche si l'on pouvait poursuivre les juges relativement à leurs décisions :

Si les juges savaient qu'on peut les poursuivre suite à leurs décisions, celles-ci ne seraient peut-être pas fondées sur un examen objectif des faits et du droit en cause. Elles pourraient plutôt être influencées par la réalisation que l'une des parties serait plus disposée que l'autre à engager une poursuite si elle était déçue du résultat, ou par l'idée qu'une approche juste, mais innovatrice, à un problème juridique difficile pourrait être contestée par la suite dans une poursuite en dommages-intérêts contre le juge. Tout cela à cause d'une simple menace de procès. Comme le dit lord Denning (dans *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.)), un juge devrait [TRADUCTION] « feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant : "Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité?" »

[104] Ces principes s'appliquent-ils à la présente espèce et, dans l'affirmative, en quoi?

iv) Analyse

[105] Il est essentiel, afin d'assurer l'intégrité du système judiciaire, qu'il existe des mécanismes propres à faire en sorte que les juges aient à rendre des comptes s'ils commettent des fautes. En effet, la possibilité de l'examen de la conduite des juges est certainement

judiciary as a whole and of public confidence in the system.

[106] At the same time, the judiciary must remain independent, in order that individual citizens can be confident that judicial decisions affecting them are arrived at untainted by external influences.

[107] As was observed by Professor Friedland, there is a tension between the public interest in judicial accountability and the public interest in judicial independence. The challenge identified by Professor Friedland is to devise a system that provides for accountability, yet, at the same time, is fair to the judiciary, and does not curtail the ability of a judge to rule honestly, and according to the law. (See *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, at page 129.)

[108] The question, then, is whether the power conferred on the Minister of Justice and provincial attorneys general by subsection 63(1) of the *Judges Act* to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge is a reasonable means of ensuring judicial accountability, or whether it represents an impermissible infringement of the independence of the judiciary.

[109] As was noted earlier, the test to be applied is “what would an informed person, viewing the matter realistically, and practically—and having thought the matter through—conclude?”. There are a number of factors that have a bearing on the answer to this question, each of which will be considered in turn.

- (a) Does subsection 63(1) of the *Judges Act* in Fact have a Chilling Effect on Judges?

[110] A reasonable and informed person would start by considering whether subsection 63(1) of the *Judges Act* does, in actual fact, have a chilling effect on judges.

[111] In this case, the Inquiry Committee found that subsection 63(1) does not, in fact, have a chilling effect

nécessaire à la préservation de l’intégrité de l’ensemble de l’appareil judiciaire et de la confiance du public en celui-ci.

[106] Cependant, le pouvoir judiciaire doit aussi rester indépendant, afin que les citoyens pris individuellement soient sûrs que les décisions judiciaires qui les touchent sont rendues à l’abri des influences extérieures.

[107] Comme le faisait observer le professeur Friedland, il existe, sous le rapport de l’intérêt public, une tension entre la responsabilité de la magistrature et l’indépendance de cette dernière. Le défi, selon le professeur Friedland, consiste à concevoir un système qui garantisse la responsabilité tout en restant équitable pour la magistrature et en ne diminuant pas la capacité des juges pris individuellement à rendre des décisions honnêtes et conformes au droit. (Voir *Une place à part : L’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, aux pages 144 et 145.)

[108] Il s’agit donc de savoir si le pouvoir conféré au ministre de la Justice et aux procureurs généraux des provinces par le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, soit celui d’obliger le CCM à enquêter sur la conduite d’un juge, constitue un moyen raisonnable de responsabiliser la magistrature, ou au contraire une atteinte inadmissible à son indépendance.

[109] Comme nous le disions plus haut, le critère à appliquer ici consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ». Plusieurs facteurs sont à prendre en considération pour répondre à cette question; nous allons maintenant les examiner tour à tour.

- a) Le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* a-t-il dans les faits un effet inhibiteur sur les juges?

[110] Une personne raisonnable et bien renseignée se demanderait d’abord si le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* exerce de fait un effet inhibiteur sur les juges.

[111] Dans l’affaire qui nous occupe, le Comité d’enquête a conclu que le paragraphe 63(1) n’a pas,

on members of the judiciary. While acknowledging that this is not a finding of fact in the traditional sense, Justice Cosgrove nevertheless contends that the Inquiry Committee erred in coming to this conclusion, by rejecting the uncontradicted, sworn evidence before it, and by substituting the personal views of the members of the Inquiry Committee for the opinions of the deponents.

[112] It is noteworthy that despite the fact that each has enjoyed a lengthy career on the Bench, and the fact that subsection 63(1) of the *Judges Act* has been in place for over 30 years, neither Justice Cosgrove nor Mr. Chadwick asserts that he himself ever felt chilled by the existence of the power conferred on the Minister of Justice and provincial attorneys general by subsection 63(1).

[113] Justice Cosgrove deposes that he is “concerned that the unilateral ability of the Attorney General to exercise his powers under subsection 63(1) of the *Judges Act*, absent judicial input, creates a chilling effect in the minds of *other judges*.” Mr. Chadwick’s concern is that the ability of an attorney general to initiate an inquiry against a judge in a case such as this is very likely to send a strong message to judges across Ontario, and perhaps nationwide that if the judge decides a case in a manner that is unsatisfactory to the Attorney General, the judge could then face a very public examination of his or her actions.

[114] While the views of Justice Cosgrove and Mr. Chadwick are undoubtedly sincerely held, at the end of the day, they represent nothing more than the views of two individuals, albeit two very experienced judges. Members of the Inquiry Committee were equally well situated to hold opinions on the issue, and given the considerable expertise of the members of the Inquiry Committee, it was, in my view, open to the Committee to reject the evidence of Justice Cosgrove and Mr. Chadwick, to the extent that it did not accord with their own experience.

[115] Justice Cosgrove also points to the fact that there were a number of newspaper articles before the

dans les faits, d’effet paralysant sur les magistrats. Tout en reconnaissant que ce n’est pas là une conclusion de fait au sens traditionnel, le juge Cosgrove soutient néanmoins que le comité d’enquête a commis une erreur en la formulant, en rejetant la preuve non contredite produite devant lui sous la foi du serment et en substituant les vues personnelles de ses membres aux opinions des déposants.

[112] Il convient de noter que, bien que chacun d’eux puisse se targuer d’une longue carrière dans la magistrature et que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* soit en vigueur depuis plus de 30 ans, ni le juge Cosgrove ni M<sup>e</sup> Chadwick n’affirment avoir jamais été eux-mêmes inhibés par le pouvoir que ce paragraphe confère au ministre de la Justice et aux procureurs généraux des provinces.

[113] Dans sa déposition, le juge Cosgrove se déclare [TRADUCTION] « préoccupé par le fait que l’aptitude unilatérale du procureur général à exercer les pouvoirs que lui confère le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, sans que la magistrature ait son mot à dire, produit un effet inhibiteur sur *les autres juges* ». Quant à M<sup>e</sup> Chadwick, il dit s’inquiéter de ce que la faculté d’un procureur général de faire ouvrir une enquête sur un juge dans un cas tel que celui-ci risque très vraisemblablement d’être perçue par les juges de l’ensemble de l’Ontario, et peut-être de l’ensemble du pays, comme un vigoureux avertissement selon lequel le juge qui statuera de manière insatisfaisante pour le procureur général s’expose à un examen tout à fait public de ses actions.

[114] Si les opinions exprimées par le juge Cosgrove et M<sup>e</sup> Chadwick sont sans aucun doute sincères, elles ne représentent en fin de compte rien de plus que des opinions individuelles, encore que provenant de deux juges très expérimentés. Les membres du comité d’enquête étaient tout aussi bien placés pour professer des opinions sur le sujet, et, étant donné leur expertise considérable, il leur était loisible, à mon sens, de rejeter les dépositions du juge Cosgrove et de M<sup>e</sup> Chadwick dans la mesure où elles ne concordaient pas avec leur propre expérience.

[115] Le juge Cosgrove invoque aussi le fait de la production devant le comité d’enquête d’un certain

Inquiry Committee in which the views of various judges from across Canada were reported as to the chilling effect that they believe is created by subsection 63(1) of the *Judges Act*. Given that these articles amount to nothing more than untested hearsay, it was reasonably open to the Inquiry Committee to choose to give this evidence little or no weight: *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, at paragraph 14.

[116] As a consequence, I see no basis for interfering with the Inquiry Committee's finding that subsection 63(1) of the *Judges Act* does not, in fact, have a chilling effect on members of the judiciary.

[117] However, whether subsection 63(1) of the *Judges Act* does, in fact, have a chilling effect on members of the judiciary is only half of the equation. As the Supreme Court of Canada noted in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance); Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 38 "not only does a court have to be truly independent but it must also be reasonably seen to be independent". The Supreme Court went on to say:

Consequently, in order for independence in the constitutional sense to exist, a reasonable and well-informed person should not only conclude that there is independence in fact, but also find that the conditions are present to provide a reasonable perception of independence. Only objective legal guarantees are capable of meeting this double requirement.

[118] Thus, even if judges do not in fact permit themselves to be influenced or "chilled" by the presence of subsection 63(1) in the *Judges Act*, consideration must also be given to whether subsection 63(1) could create the perception in the minds of reasonable and informed people that judges could feel intimidated in the discharge of their judicial responsibilities by the ability of the Minister of Justice or a provincial attorney general to force them to submit to an inquiry. Such an examination is necessary, as the perception that a judge

nombre d'articles de journaux rapportant les opinions de divers juges d'un peu partout au Canada, selon lesquelles le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* exerce un effet inhibiteur sur la magistrature. Mais comme ces articles ne représentent en somme rien de plus que des déclarations par ouï-dire non mises à l'épreuve, le comité d'enquête était raisonnablement fondé à accorder peu d'importance, voire aucune, à ces éléments de preuve : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 14.

[116] En conséquence, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du comité d'enquête selon laquelle le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* n'exerce pas, dans les faits, d'effet inhibiteur sur les magistrats.

[117] Cependant, la question de savoir si le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* produit ou non, dans les faits, un effet inhibiteur sur les juges ne constitue que la moitié de l'équation. En effet, comme le notait la Cour suprême du Canada au paragraphe 38 de l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, « non seulement faut-il qu'un tribunal soit effectivement indépendant, il faut aussi qu'on puisse raisonnablement le percevoir comme l'étant ». La Cour suprême ajoutait un peu plus loin :

Par conséquent, pour qu'il y ait indépendance au sens constitutionnel, il faut qu'une personne raisonnable et bien informée puisse conclure non seulement à l'existence de l'indépendance dans les faits, mais également constater l'existence de conditions suscitant une perception raisonnable d'indépendance. Seules des garanties juridiques objectives sont en mesure de satisfaire à cette double exigence.

[118] On voit donc que, même si les juges ne se laissent pas, dans les faits, influencer ou « inhiber » par le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, il faut aussi se demander si ce paragraphe ne pourrait pas produire sur des personnes raisonnables et bien informées l'impression que l'aptitude du ministre de la Justice ou du procureur général d'une province à faire subir une enquête aux juges les intimide dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Un tel examen se révèle nécessaire pour autant que l'impression qu'un juge peut avoir été

might have been influenced “could harm the esteem in which our system of justice is held”: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at page 833.

[119] There are a number of factors at play in the context of this case that could influence the perception of the reasonable and informed person, each of which will be discussed below.

(b) The Potential for Political Interference

[120] A reasonable person would want to consider whether subsection 63(1) of the *Judges Act* could potentially be abused by an attorney general, for political purposes.

[121] As Albert Béchar, the Parliamentary secretary to the Minister of Justice noted in 1971, on second reading of Bill C-243, the legislation amending the *Judges Act*, and creating the CJC (House of Commons Debates (14 June 1971), at page 6666):

The executive or legislative branches of government should not ordinarily intervene in the management or control of the judiciary. To do so might result in an abuse of the executive power of government and would diminish the respect and independence now held by the bench, and destroy the delicate balance of powers that Canadian democracy has enjoyed since Confederation.

[122] In *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, Professor Friedland considered whether there is any policy justification for provincial attorneys general to have special powers pursuant to subsection 63(1). In coming to the conclusion that no such justification existed, Professor Friedland stated, at page 139:

... should the provincial Attorneys General have the same right? In fact, it has rarely been exercised. There has been only one instance in which a provincial Attorney General has ordered an Inquiry. That was in the case involving the appeal court judges in the *Marshall* case. Nevertheless, in my view, only the federal Minister of Justice should have the power to order an inquiry. A provincial Attorney General can always ask the Council to examine a matter, but then it is up to the Council to determine whether the matter warrants a full formal inquiry. The danger in giving this power to the provincial

influencé « pourrait déconsidérer notre système de justice »: *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, à la page 833.

[119] Il y a en l'occurrence un certain nombre de facteurs qui pourraient influencer sur la perception de la personne raisonnable et bien informée, que nous examinerons maintenant un à un.

b) La possibilité d'ingérence politique

[120] Une personne raisonnable se demanderait s'il est possible qu'un procureur général abuse à des fins politiques du pouvoir que lui confère le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*.

[121] Rappelons d'abord les observations proposées en 1971 par Albert Béchar, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, lors de la deuxième lecture du projet de loi C-243, qui modifiait la *Loi sur les juges* et portait création du CCM (débat de la chambre des communes (14 juin 1971), à la page 6666) :

Les pouvoirs exécutif et législatif ne devraient pas normalement intervenir dans l'administration ou le contrôle du pouvoir judiciaire. Leur intervention constituerait un abus du pouvoir exécutif du gouvernement, et amoindrirait le respect et l'indépendance que s'est assurée la magistrature, ce qui détruirait le fragile équilibre des pouvoirs dont jouit la démocratie canadienne depuis le début de la Confédération.

[122] Dans *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, le professeur Friedland a examiné la question de savoir s'il est justifié sur le plan des principes que les procureurs généraux des provinces disposent du pouvoir spécial que leur confère le paragraphe 63(1). Il expose dans les termes suivants le raisonnement qui l'amène à répondre à cette question par la négative à la page 156 :

Les procureurs généraux des provinces devraient-ils avoir le même droit? En fait, ce pouvoir n'a été que rarement exercé. Il n'est arrivé qu'une fois qu'un procureur général d'une province ordonne une enquête. C'était dans le dossier concernant les juges de la Cour d'appel dans l'affaire *Marshall*. Néanmoins, je suis d'avis que seul le ministre de la Justice devrait avoir le pouvoir d'ordonner une enquête. Un procureur général d'une province peut toujours demander au Conseil d'examiner une question, mais il reviendrait alors au Conseil de déterminer si l'affaire justifie une enquête officielle

Attorneys General is that they may order an inquiry for political purposes, although it is conceded that it has not so far been abused. If a provincial Attorney General wants a public inquiry, he or she, in my view, should have to persuade the Council to undertake one or the federal Minister of Justice to order one. [Emphasis added.]

complète. Le danger que comporterait l'attribution d'un tel pouvoir aux procureurs généraux des provinces réside dans le fait que ceux-ci pourraient ordonner une enquête à des fins politiques, bien qu'il soit admis qu'aucun abus n'a été commis à ce jour. Si le procureur général d'une province désire une enquête publique, il peut, selon moi, persuader le Conseil de l'entreprendre, ou le ministre de la Justice du Canada de l'ordonner. [Non souligné dans l'original.]

[123] While Professor Friedland's comments also represent nothing more than one person's view as to the potential for political interference arising out of the power conferred on provincial attorneys general by virtue of subsection 63(1) in the *Judges Act*, surely it cannot be said that Professor Friedland is not a reasonable and fully informed person. Nor can it be said that he has not given this issue considerable thought over the years.

[123] Si les observations du professeur Friedland ne constituent, elles aussi, rien de plus que l'opinion d'une personne sur le risque d'ingérence politique qu'entraîne le pouvoir conféré aux procureurs généraux des provinces par le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, on ne peut certainement pas dire qu'il n'est pas une personne raisonnable et bien informée, pas plus qu'on ne peut dire qu'il n'a pas réfléchi à cette question de manière approfondie durant des années.

[124] Moreover, I am satisfied that the concerns articulated by Mr. Béchard and Professor Friedland are ones that would be shared by the reasonable and informed person.

[124] En outre, j'ai la conviction que les préoccupations formulées par MM. Béchard et Friedland seraient partagées par la personne raisonnable et bien informée dont parlait la Cour suprême.

(c) The Impact of the Inquiry Process on Judges

c) Les conséquences du processus d'enquête pour les juges

[125] In assessing the perception created by subsection 63(1) in the *Judges Act*, a reasonable and informed person would also have regard to what the Courts have had to say about the potential impact of judicial accountability processes on individual judges.

[125] Dans l'examen de la perception que crée le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, une personne raisonnable et bien informée prendrait aussi en considération les opinions exprimées par les tribunaux sur les conséquences possibles des mécanismes de responsabilisation de la magistrature pour les juges pris individuellement.

[126] By way of example, in *Moreau-Bérubé*, at paragraph 44, the Supreme Court recognized the need for judicial accountability to ensure public confidence in the justice system. Nevertheless, the Court adopted Professor Friedland's observation that such accountability could have an inhibiting or chilling effect on judges' actions.

[126] Par exemple, la Cour suprême a reconnu au paragraphe 44 de l'arrêt *Moreau-Bérubé*, la nécessité de la responsabilisation de la magistrature pour assurer la confiance du public dans le système judiciaire; néanmoins, elle a souscrit à l'idée du professeur Friedland selon laquelle cette responsabilisation pourrait avoir sur les juges un effet inhibiteur ou paralysant.

[127] In so far as the impact that the inquiry process may have on individual judges whose conduct is under scrutiny is concerned, an inquiry into allegations of judicial misconduct is a "traumatic ordeal" for a judge. (Sopinka J. dissenting, but not on this point in *Ruffo*.)

[127] En ce qui concerne les conséquences possibles du processus d'enquête pour les juges dont la conduite est en cause, le juge Sopinka—dissident, mais non sur ce point—a fait observer dans *Ruffo*, qu'une enquête disciplinaire est une « épreuve traumatisante » pour le juge qui en fait l'objet.

[128] While *Ruffo* involved a provincially appointed judge, and as a result, engaged different constitutional considerations, I am nevertheless satisfied that the same may be said of the impact of the inquiry process on a federally appointed judge.

[129] Moreover, even though the record demonstrates that judges can, and do continue their judicial careers after inquiries have found insufficient grounds for their removal, a judge's reputation may nevertheless be badly damaged by the mere holding of the inquiry: *Gratton*, at page 803.

[130] A reasonable and informed person would thus understand that the power to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge is one that will have significant negative consequences for the judge whose conduct is under scrutiny.

(d) The Procedural Safeguards in the Inquiry and CJC Processes

[131] Consideration would also have to be given to the procedural safeguards that are afforded to judges through the inquiry and CJC processes.

[132] In this regard, the Inquiry Committee found that once a judge is before the Committee, he or she will be accorded a full range of procedural protections, in order to ensure the fairness of the process. Moreover, any recommendation with respect to the removal of the judge in question will be made by the CJC itself, and that, at the end of the day, section 99 of the *Constitution Act, 1867* ensures that no superior court judge will be removed from office except by the Governor General, on joint address of Parliament. According to the Inquiry Committee, these protections provide judges with numerous "screenings" before the matter is referred to Parliament.

[133] While I accept that these afford significant protection for judges' security of tenure, they do not, however, address the concern that arises in this case—that is, the unfettered right of the Minister of Justice or a provincial attorney general to subject a

[128] S'il est vrai que l'arrêt *Ruffo* concernait une juge nommée par le gouvernement provincial et faisait donc intervenir des considérations constitutionnelles différentes, je n'en suis pas moins d'avis qu'on peut dire la même chose des conséquences du processus d'enquête sur les juges nommés par le gouvernement fédéral.

[129] En outre, même si les faits démontrent que les juges peuvent poursuivre, et poursuivent en fait, leur carrière après que des enquêtes ont établi l'absence de motifs suffisants justifiant leur révocation, la simple ouverture de telles enquêtes peut sérieusement porter atteinte à leur réputation : *Gratton*, à la page 803.

[130] Une personne raisonnable et bien informée conclurait donc que le pouvoir d'obliger le CCM à enquêter sur la conduite d'un juge a des conséquences importantes et défavorables pour ce dernier.

d) Les garanties de procédure dans les processus d'enquête et autres du CCM

[131] Il faudrait aussi prendre en considération les garanties de procédure qui sont offertes aux juges dans les processus d'enquête et autres du CCM.

[132] À ce propos, le comité d'enquête a conclu que dès que le comité est saisi du dossier, le juge jouit d'un éventail complet de garanties procédurales destinées à assurer le caractère équitable du processus. En outre, c'est le CCM lui-même qui, le cas échéant, recommandera la révocation du juge en cause, et l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit que, en fin de compte, seul le gouverneur général, sur adresse des deux Chambres du Parlement, pourra révoquer un juge de cour supérieure. Selon le comité d'enquête, ces garanties assurent aux juges le bénéfice de nombreux mécanismes d'« examen initial » de leur affaire avant qu'elle ne soit portée devant le Parlement.

[133] J'admets que ces garanties protègent dans une mesure notable l'inamovibilité des juges, mais elles ne dissipent pas pour autant l'inquiétude que suscite le droit inconditionnel du ministre de la Justice ou du procureur général d'une province de soumettre un juge à l'épreuve

judge to the ordeal of an inquiry—a right that is not accorded to any other litigant.

[134] While this is problematic in any case, it is all the more troubling where, as here, the source of the complaint are the rulings made by a judge, in the exercise of his judicial discretion, in a case to which the Attorney General of Ontario was a party.

(e) The Role of the Attorney General in the Justice System

[135] A reasonable and informed person would also have regard for the role of the Minister of Justice and provincial attorneys general in the justice system.

[136] In this regard, counsel for the Minister of Justice and for the Attorney General of Ontario contend that their clients are not like other litigants. They understand the object of the judicial discipline process, and thus are unlikely to file frivolous complaints. They are presumed to act in good faith, and there is no suggestion in the historical record that the power conferred by subsection 63(1) of the *Judges Act* has ever been abused.

[137] Moreover, they say, federal and provincial attorneys general have an important role to play in the administration of justice. Public confidence in an independent judiciary is not just the responsibility of judges. Rather the Minister of Justice and provincial attorneys general also have a duty to preserve public confidence in the justice system.

[138] I accept that attorneys general are not like other litigants, and that they play a special and important role in the administration of justice: *Proulx v. Québec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, at paragraph 81 *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point.

[139] I also accept that some harm is simply not curable by the appeal process, and that there may well

d'une enquête—droit qui n'est accordé à aucun autre plaideur.

[134] Cela pose problème dans tous les cas, mais est d'autant plus préoccupant lorsque, comme c'est ici le cas, la plainte vise les décisions rendues par un juge, exerçant son pouvoir discrétionnaire, dans un litige où le procureur général en question—en l'occurrence celui de l'Ontario—était partie.

e) Le rôle du procureur général dans le système judiciaire

[135] Une personne raisonnable et bien informée prendrait aussi en compte le rôle du ministre de la Justice et des procureurs généraux des provinces dans le système judiciaire.

[136] À cet égard, les avocats du ministre de la Justice et du procureur général de l'Ontario font valoir que leurs clients ne sont pas des plaideurs ordinaires, lesquels, expliquent-ils, comprennent l'objet du processus de discipline judiciaire, de sorte qu'il est peu probable qu'ils déposent des plaintes frivoles. De plus, ils sont présumés agir de bonne foi, et rien dans les annales ne donne à penser qu'ils aient jamais abusé du pouvoir que leur confère le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*.

[137] En outre, affirment ces avocats, les procureurs généraux fédéral aussi bien que provinciaux ont un rôle important à jouer dans l'administration de la justice. Les juges ne sont pas seuls à assumer la responsabilité de la confiance du public en un pouvoir judiciaire indépendant. Il incombe tout autant au ministre de la Justice et aux procureurs généraux des provinces de préserver la confiance du public en notre système judiciaire.

[138] Je reconnais que les procureurs généraux ne sont pas des plaideurs ordinaires et qu'ils jouent un rôle à la fois particulier et important dans l'administration de la justice : *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, au paragraphe 81, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, mais non sur ce point.

[139] Je reconnais aussi que la procédure d'appel ne suffit pas à réparer certains dommages et que le



be occasions where an attorney general forms the opinion that public confidence in the administration of justice has been undermined by the conduct of a judge. However, in such cases, it would still be open to the attorney general to file a complaint with the CJC under subsection 63(2) of the *Judges Act*. If the complaint is truly one that could lead to a recommendation for the removal of a judge, one would expect to see it result in a CJC inquiry, and the preparation of a report to the Minister of Justice.

[140] Although the Minister of Justice submits that requests under subsection 63(1) of the *Judges Act* would not be made except in the most serious cases of judicial misconduct, the statute does not explicitly limit the power of the executive to request an inquiry into serious allegations of misconduct. Moreover, history has demonstrated that not every request made by a minister of Justice or provincial attorney general has been sufficiently well founded as to result in a recommendation for the removal of the judge in question: see, for example, the *Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Appointed Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act to Conduct an Inquiry Concerning Mr. Justice Bernard Flynn With Respect to Statements Made By Him to a Journalist Whose Article Appeared in the Newspaper Le Devoir on February 23, 2002*. December 12, 2002, and the Report of Inquiry Committee Members, August 27, 1990 (the Marshall Inquiry Report).

[141] Indeed, as was previously noted, in the *Boilard* case, the CJC found that the request filed by the Attorney General of Québec in this case did not even disclose a *prima facie* case of judicial misconduct.

[142] Nevertheless, as a consequence of the power conferred by subsection 63(1) of the *Judges Act*, the judges involved in these cases were subjected to the ordeal of the inquiry process, with the accompanying potential for damage to their reputations, without any prior judicial screening or “institutional filtering” of the requests.

procureur général peut fort bien être amené, dans certains cas, à penser que la conduite d’un juge donné a miné la confiance du public en l’administration de la justice. Cependant, dans de tels cas, il resterait loisible au procureur général de déposer une plainte auprès du CCM sous le régime du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges*. Si cette plainte est vraiment susceptible de donner lieu à une recommandation de révocation, il s’ensuivra vraisemblablement une enquête du CCM et la communication d’un rapport au ministre de la Justice.

[140] Le ministre de la Justice fait valoir que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* ne serait invoqué qu’en cas d’inconduite la plus grave, mais cette loi ne limite pas explicitement aux allégations graves d’inconduite le pouvoir de l’exécutif de demander la tenue d’une enquête. Qui plus est, l’histoire montre que ce ne sont pas toutes les demandes d’enquête formulées par un ministre de la Justice ou un procureur général provincial qui se sont avérées suffisamment bien fondées pour donner lieu à une recommandation de révocation; voir, par exemple, le *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité nommé conformément au paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur le juge Bernard Flynn relativement aux propos tenus par celui-ci à une journaliste dont l’article a paru dans le journal Le Devoir du 23 février 2002* (12 décembre 2002) et le Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le comité d’enquête, 27 août 1990 (le Rapport de l’enquête Marshall).

[141] En fait, comme nous l’avons vu plus haut, le CCM a conclu dans l’affaire *Boilard* que la demande d’enquête déposée par le procureur général du Québec n’établissait même pas une preuve *prima facie* d’une inconduite du juge en cause.

[142] Néanmoins, en raison du pouvoir conféré par le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, les juges mis en cause dans ces affaires ont été soumis à l’épreuve du processus d’enquête, et au risque qui s’ensuit de ternissement de leur réputation, sans que les demandes d’enquêtes n’aient fait l’objet d’un examen préalable par des juges ou été soumises à un « crible institutionnel ».

## (f) The Presumption of Good Faith

[143] Regard would also have to be had to the fact that the Minister of Justice and provincial attorneys general are presumed to act in good faith, and in the public interest. Indeed, it bears repeating here that the Inquiry Committee found that in light of the reasons of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Elliott*, there could be no reasonable suggestion that, in requesting an inquiry into Justice Cosgrove's conduct, the Attorney General of Ontario was relying upon subsection 63(1) for an improper purpose. On the basis of the record before me, it appears that this finding is unassailable.

[144] However, I am not satisfied that the presumed good faith of attorneys general offers a sufficient objective guarantee of judicial independence. In this regard, it bears noting that in the *PEI Judges Reference*, the power of the Attorney General of Alberta to designate the place of residence of a judge, after appointment, was found to infringe judicial independence. The Supreme Court of Canada came to this conclusion, notwithstanding the fact that, like any other attorney general, the Attorney General of Alberta would be presumed to act in good faith and in the public interest in deciding where an individual judge should reside.

[145] What concerned the Supreme Court in the *PEI Judges Reference* case was that the legislative provision in question created the reasonable apprehension that the power to designate the place of residence of a judge could be used to punish judges whose decisions displeased the government, or to reward judges whose decisions benefited the government. The same concern exists here.

[146] In an analogous vein, governments will also be presumed to act in good faith in negotiating salaries with judges. Nevertheless, the Supreme Court has determined that, in order to avoid the possibility of, or the appearance of, political interference through economic manipulation, an institutional buffer such as an independent commission must be interposed between the judiciary and the other branches of government: see *PEI Judges Reference*.

## f) La présomption de bonne foi

[143] Il faudrait aussi tenir compte du fait que le ministre de la Justice et les procureurs généraux des provinces sont présumés agir de bonne foi et dans l'intérêt public. En fait—il n'est pas inutile de le répéter ici —, le comité d'enquête a conclu que, vu les motifs exposés par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Elliott*, il n'y avait pas raisonnablement lieu de penser que c'était dans un but illégitime que le procureur général de l'Ontario avait invoqué le paragraphe 63(1) pour demander une enquête sur la conduite du juge Cosgrove. Étant donné le dossier dont je dispose, cette conclusion paraît inattaquable.

[144] Cependant, je ne suis pas convaincue que la présomption de bonne foi des procureurs généraux constitue une garantie objective suffisante de l'indépendance de la magistrature. Il convient à cet effet de rappeler que, dans le *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*, la Cour suprême du Canada a statué que le pouvoir conféré au procureur général de l'Alberta de décider du lieu de résidence d'un juge après sa nomination portait atteinte à l'indépendance judiciaire. La Cour suprême est arrivée à cette conclusion en dépit du fait que, comme tout autre procureur général, celui de l'Alberta serait présumé prendre une telle décision de bonne foi et dans l'intérêt public.

[145] Ce qui préoccupait la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*, c'était que la disposition législative en question faisait naître la crainte raisonnable que le gouvernement n'use du pouvoir de fixer leur lieu de résidence pour sanctionner les juges dont les décisions le mécontenteraient ou pour récompenser ceux qui statueraient dans le sens qu'il souhaitait. La même crainte existe en l'espèce.

[146] Dans le même ordre d'idées, les gouvernements sont aussi présumés agir de bonne foi dans la négociation de la rémunération des juges. Néanmoins, la Cour suprême du Canada a statué que, afin d'éviter la possibilité, ou l'apparence, d'ingérence politique par des moyens pécuniaires, une institution telle qu'une commission indépendante devait faire tampon entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État; voir le *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*

(g) The CJC's Screening Process as an "Institutional Filter"

[147] A reasonable and informed person would also want to consider the extent to which the CJC's screening process serves as an "institutional filter".

[148] The *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws* and Complaints Procedures represent a carefully calibrated effort to reconcile the need for judicial accountability, with the preservation of the independence of the judiciary. This process includes an "institutional filter" in the form of the judicial pre-screening process, which maintains an appropriate relationship between the judiciary and outside influences. Complaints are considered internally, and are only referred for an inquiry where the CJC itself determines that the complaint is sufficiently serious and sufficiently meritorious as to potentially warrant the removal of the judge.

[149] This preliminary screening stage—which was recognized by Justice Strayer in the *Gratton* case as offering judges an important procedural protection against unmeritorious complaints—ensures that the adverse impact on an individual judge is minimized, while, at the same time, fully protecting the rights of individual complainants to a full hearing of their complaint, where circumstances warrant.

[150] However, subsection 63(1) of the *Judges Act* empowers a member of the executive branch of the federal or provincial government to bypass this judicial triage process, and to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge, without first affording the judge any right to respond to the allegations against him or her, and without any judicial pre-screening mechanism to ensure that the basis for the request is indeed of sufficient seriousness that it could warrant the removal of the judge.

[151] While the determination as to whether the inquiry process will play itself out in public is ordinarily a matter for the CJC to decide, and not for a provincial attorney general, even if the inquiry is held in private,

g) Le processus d'examen préliminaire du CCM en tant que « crible institutionnel »

[147] Une personne raisonnable et bien informée voudrait aussi savoir dans quelle mesure le processus d'examen préliminaire du CCM remplit une fonction de « crible institutionnel ».

[148] Le *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes* et les Procédures relatives aux plaintes du CCM forment un mécanisme soigneusement conçu pour concilier la nécessité de la responsabilité de la magistrature et celle du maintien de son indépendance. Ce mécanisme comprend un « crible institutionnel » revêtant la forme d'un processus d'examen préliminaire par des juges, qui maintient un juste rapport entre le pouvoir judiciaire et les influences extérieures. La plainte est d'abord examinée à l'interne, et ne fait l'objet d'une enquête que si le CCM lui-même décide qu'elle est suffisamment grave et fondée pour pouvoir justifier la révocation du juge en cause.

[149] Cette étape d'examen préliminaire—où le juge Strayer a reconnu, dans *Gratton*, une garantie de procédure importante pour les juges contre les plaintes non fondées—réduit au minimum les conséquences défavorables des plaintes pour les juges pris individuellement, tout en protégeant pleinement le droit à une audition complète de la plainte lorsque les circonstances le justifient.

[150] Cependant, le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* habilite un membre de l'exécutif du gouvernement fédéral ou provincial à contourner ce dispositif de criblage judiciaire et à obliger le CCM à enquêter sur la conduite d'un juge sans que ce dernier puisse répondre préalablement aux accusations portées contre lui et sans qu'il bénéficie d'un mécanisme d'examen préliminaire par des juges, propre à garantir que le fondement de la demande d'enquête est suffisamment grave pour pouvoir justifier une révocation.

[151] La question de savoir si l'enquête sera publique ou non appartient en général, il est vrai, au CCM et non au procureur général provincial; mais même si l'enquête est tenue à huis clos, la demande aura sans aucun doute

the effect of the request will undoubtedly be traumatic for the judge. It may also be expensive, as the judge would likely have to retain counsel to represent him or her in the inquiry process. Moreover, while the decision as to whether a judge will continue to sit while the inquiry process is ongoing is a matter for the Chief Justice of the court in question, and not the attorney general, as is demonstrated by the facts of this case, the reality is that the result of a request from the executive branch of government may be the suspension of a judge, further contributing to the traumatic effect.

(h) The Inquiry Process as an “Institutional Filter”

[152] Consideration would also have to be given as to whether the inquiry process itself serves as a sufficient institutional buffer between the members of the executive and the judiciary.

[153] As was noted earlier, the Minister of Justice points to the fact that a subsection 63(1) request simply puts the inquiry process in motion. The inquiry will still be carried out by the CJC, or by an Inquiry Committee appointed by the Council, and any recommendation for removal will still have to come from the CJC itself. In this regard, the Minister contends that the Inquiry Committee was correct in finding that this provides sufficient insulation against any apprehension of undue influence thought to be accorded to an attorney general or to the Minister.

[154] The flaw in this reasoning is, in my view, illustrated by analogy to the principle of judicial immunity from suit. If a judge could be sued for his or her comments or decisions, it matters not that, at the end of the day, the lawsuit would be tried by a member of an independent judiciary, who would be expected to provide the judge with a fair trial. As was noted by the Federal Court of Appeal in the *Taylor* case, the damage is done by exposing judges to the risk of lawsuits. This exposure creates the potential for judges to be, or to be reasonably perceived to be, inhibited in the discharge of their judicial responsibilities by the risk of litigation, thereby compromising judicial independence.

un effet traumatisant sur le juge. Elle peut également lui coûter cher au sens propre, puisque le juge devra vraisemblablement engager un avocat pour le représenter dans le cadre de l'enquête. Qui plus est, bien qu'il appartienne au juge en chef de la juridiction en question, et non au procureur général, de décider si le juge continuera à siéger pendant l'enquête, en pratique, comme le montrent les faits de la présente espèce, le dépôt d'une demande d'enquête par l'exécutif peut entraîner la suspension du juge en cause, exacerbant ainsi l'effet traumatisant.

h) Le processus d'enquête en tant que « crible institutionnel »

[152] Il faudrait aussi se demander si le processus d'enquête lui-même constitue un tampon institutionnel suffisant entre les pouvoirs exécutif et judiciaire.

[153] Comme il a été dit plus haut, le ministre de la Justice avance l'argument que la demande présentée sous le régime du paragraphe 63(1) ne fait que déclencher le processus d'enquête : ce n'en est pas moins le CCM, ou un comité d'enquête constitué par lui, qui mène l'enquête et qui, le cas échéant, recommandera la révocation. Le ministre soutient que le comité d'enquête a eu raison de conclure que ce fait suffit à écarter la crainte qu'un procureur général ou le ministre de la Justice ne soient en mesure d'exercer une influence illégitime.

[154] L'établissement d'une analogie avec le principe de l'immunité judiciaire fait apparaître, à mon sens, la faille que comporte ce raisonnement. S'il était possible de poursuivre un juge pour ses dires ou ses décisions, peu importerait en définitive que l'affaire soit instruite par un membre d'un appareil judiciaire indépendant dont on s'attendrait qu'il assure au juge poursuivi un procès équitable. Comme le faisait observer la Cour d'appel fédérale dans *Taylor*, le simple risque de poursuites pose problème. Ce risque a pour conséquence que les juges peuvent être, ou raisonnablement perçus comme étant, inhibés dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires par l'éventualité d'un procès, de sorte que l'indépendance de la magistrature s'en trouve compromise.

[155] Similarly, in this case, the fact that any inquiry into a judge's conduct will be carried out by the judge's peers does not take away from the fact that subsection 63(1) gives the Minister of Justice and provincial attorneys general the unfettered right to subject a judge to the trauma of a CJC inquiry. Moreover, this power is not shared by the ordinary litigants who regularly appear opposite the federal or provincial government in the nation's courts.

(i) The Purpose Served by Subsection 63(1) of the *Judges Act*

[156] Finally, a reasonable and informed person would look to the purpose served by subsection 63(1) of the *Judges Act*.

[157] Having carefully considered the matter, I am satisfied that no compelling case has been made as to why the special power conferred on provincial attorneys general by subsection 63(1) is necessary.

[158] Counsel for the Minister of Justice submits that subsection 63(1) of the *Judges Act* contemplates that requests from the Minister of Justice or a provincial attorney general would only be forthcoming in cases of alleged misconduct that were serious enough to potentially call for the removal of the judge in question. In this context, subsection 63(1) ensures that a proper record is created in such cases so that the Minister of Justice, as well as Parliament itself, can benefit from the best possible advice from the CJC in deciding whether or not to proceed with the joint address process. In addition, this report plays an integral role in restoring public confidence in the administration of justice. Absent subsection 63(1), the Minister of Justice says, there is no mechanism whereby the Minister could obtain the judiciary's view as to the capacity of a judge to continue to perform his or her duties.

[159] I do not accept this submission. In the event that the judicial misconduct complained of is truly serious enough as to potentially warrant the removal of a judge, a complaint filed by the Minister of Justice or a

[155] De même, dans la présente espèce, le fait que toute enquête sur la conduite d'un juge soit effectuée par ses pairs ne change rien au fait que le paragraphe 63(1) confère au ministre de la Justice et aux procureurs généraux des provinces le droit inconditionnel de soumettre un juge à l'épreuve d'une enquête du CCM. En outre, ce pouvoir n'est pas partagé par les plaideurs ordinaires qui font normalement face aux gouvernements fédéral ou provincial devant les tribunaux du pays.

i) L'objet du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*

[156] Enfin, une personne raisonnable et bien informée s'interrogerait sur l'objet que remplit le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*.

[157] Un examen attentif de la question me convainc qu'il n'a pas été avancé d'arguments convaincants à l'appui de la nécessité du pouvoir particulier que le paragraphe 63(1) confère aux procureurs généraux des provinces.

[158] L'avocat du ministre de la Justice fait valoir que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* n'envisage le dépôt de demandes d'enquête par ce ministre ou par le procureur général d'une province que dans les cas où l'inconduite reprochée au juge serait suffisamment grave pour donner lieu, si elle s'avérait, à sa révocation. Dans ce contexte, le paragraphe 63(1) garantit la constitution d'un dossier adéquat dans de tels cas, de sorte que le ministre de la Justice ainsi que le Parlement puissent bénéficier du meilleur avis possible du CCM avant de décider de l'opportunité de présenter une adresse des deux Chambres. En outre, ce rapport joue un rôle important dans le rétablissement de la confiance du public en l'administration de la justice. S'il n'y avait pas le paragraphe 63(1), affirme le ministre de la Justice, aucun mécanisme ne lui permettrait d'obtenir le point de vue de la magistrature touchant l'aptitude d'un juge donné à rester en fonction.

[159] Je ne puis accepter cet argument. Dans le cas où l'inconduite reprochée à un juge serait véritablement assez grave pour pouvoir justifier sa révocation, le dépôt d'une plainte par le ministre de la Justice ou le

provincial attorney general under subsection 63(2) of the *Judges Act* would inevitably result in an inquiry being held by the CJC, with the accompanying development of a record for the Minister of Justice and Parliament.

[160] In the unlikely event that the CJC decided not to hold an inquiry into the judge's conduct in a truly serious case, the Minister or a provincial attorney general would not be left without a remedy. Assuming that the decision of the CJC did not cause the Minister or a provincial attorney general to re-think their position as to the severity of the judge's perceived misconduct, either could seek judicial review of the CJC's decision in this Court.

[161] Further, in accordance with section 71 of the *Judges Act*, the Minister of Justice arguably retains the power to appoint a Commission of Inquiry under the *Inquiries Act* into the judge's conduct, or to proceed directly to Parliament on a joint address.

[162] Moreover, despite the Minister's argument that subsection 63(1) ensures that an inquiry will be held and a full record prepared in relation to the conduct in question, it does not necessarily follow that there will, in fact, be a full examination of all of the facts and circumstances of every case, on its merits.

[163] That is, the CJC or an Inquiry Committee appointed by the Council may decline to deal with a request made by the Minister of Justice or a provincial attorney general pursuant to subsection 63(1) where the request for the inquiry does not, on its face, disclose an arguable case for removal: see *Report of the Canadian Judicial Council to the Minister of Justice of Canada under ss. 65(1) of the Judges Act Concerning Mr. Justice Jean-Guy Boilard of the Superior Court of Quebec*, December 19, 2003, at page 3.

[164] Counsel for the Attorney General of Ontario and the independent counsel argue, quite correctly, that

procureur général d'une province sous le régime du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges* entraînerait inévitablement l'ouverture d'une enquête par le CCM et, par le fait même, la constitution d'un dossier pour le ministre de la Justice et le Parlement.

[160] Dans le cas—peu probable—où le CCM déciderait de ne pas ouvrir d'enquête sur la conduite d'un juge alors que les allégations portées contre lui sont très sérieuses, le ministre ou le procureur général d'une province ne resteraient pas sans recours. En supposant que la décision du CCM ne les amène pas à réviser leur évaluation de la gravité de ce qu'ils estiment être l'inconduite du juge, l'un ou l'autre pourrait déposer devant notre Cour une demande de contrôle judiciaire de la décision du CCM.

[161] En outre, on peut soutenir qu'en vertu de l'article 71 de la *Loi sur les juges*, le ministre de la Justice conserverait le pouvoir de constituer sous le régime de la *Loi sur les enquêtes* une commission d'enquête sur la conduite du juge, ou encore de s'adresser directement au Parlement pour demander la présentation d'une adresse des deux Chambres.

[162] Qui plus est, même si le ministre fait valoir que le paragraphe 63(1) garantit la tenue d'une enquête et la constitution d'un dossier complet sur la conduite en question, il ne s'ensuit pas nécessairement que tous les faits de chaque affaire feront effectivement l'objet d'un examen intégral au fond.

[163] En effet, le CCM, ou le comité d'enquête qu'il a constitué, peut refuser de donner suite à une demande d'enquête présentée par le ministre de la Justice ou le procureur général d'une province sous le régime du paragraphe 63(1) si elle ne s'appuie pas sur des arguments défendables en faveur de la révocation; voir à ce sujet le *Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice du Canada en vertu de l'art. 65(1) de la Loi sur les juges concernant le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure du Québec*, 19 décembre 2003, à la page 3.

[164] L'avocat du procureur général de l'Ontario et l'avocat indépendant soutiennent à juste titre que la

the test to be applied in a challenge to the constitutional validity of legislation such as this is not one of necessity. It is not for this Court, counsel say, to second-guess the wisdom of the policy choices made by Parliament in this regard. While this is true, as the Inquiry Committee observed in its reasons, in a constitutional challenge such as this it is necessary to balance competing interests. In this case, these competing interests are the need to have effective mechanisms in place to ensure judicial accountability and the desirability of ensuring the independence of the judiciary.

[165] The fact that there is little or no compelling public interest served by conferring a special power on provincial attorneys general to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge means that there is little to outweigh the threat to judicial independence posed by subsection 63(1) of the *Judges Act*.

(j) Conclusion

[166] In these circumstances, I am satisfied that subsection 63(1) of the *Judges Act* creates a reasonable apprehension that the power to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge could be used to punish judges whose decisions displease the government in question, and that as a result, it infringes the constitutionally protected independence of the judiciary.

[167] Subsection 63(1) of the *Judges Act* confers this power on both the federal Minister of Justice and provincial attorneys general. This case involves a request from a provincial attorney general, and not the federal Minister of Justice. I recognize that, given the role that the federal Minister of Justice plays in the removals process, there may be other considerations that affect the constitutionality of subsection 63(1) of the *Judges Act* in so far as the federal Minister is concerned.

[168] As a consequence, I prefer to leave the determination of the constitutionality of subsection 63(1) of the *Judges Act* as it relates to the federal

nécessité n'est pas le critère à appliquer à la contestation de la validité constitutionnelle d'une disposition législative telle que celle qui fait l'objet de la présente espèce. Il n'appartient pas à notre Cour, font-ils valoir, d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur à cet égard. Cela est certes vrai mais, comme le comité d'enquête l'a fait observer dans l'exposé de ses motifs, une contestation de constitutionnalité comme celle en l'espèce exige la recherche d'un équilibre entre des intérêts opposés. En l'occurrence, les intérêts opposés sont la nécessité de disposer de mécanismes efficaces garantissant la responsabilité de la magistrature et le besoin d'assurer l'indépendance de celle-ci.

[165] Le fait que l'octroi aux procureurs généraux des provinces du pouvoir spécial d'obliger le CCM à enquêter sur la conduite d'un juge ne réponde pas, ou guère, à un besoin impérieux d'ordre public signifie qu'il n'y a pas grand-chose pour contrebalancer la menace que représente le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* pour l'indépendance de la magistrature.

j) Conclusion

[166] Tout ce qui précède me convainc que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* fait raisonnablement craindre que le pouvoir d'obliger le CCM à enquêter sur la conduite des juges ne puisse être utilisé pour punir les juges dont les décisions mécontenteraient le gouvernement en question et que, par conséquent, il porte atteinte à l'indépendance, garantie par la Constitution, de la magistrature.

[167] Le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* confère ce pouvoir aussi bien au ministre fédéral de la Justice qu'aux procureurs généraux des provinces. Or, la présente espèce porte sur une demande d'enquête provenant du procureur général d'une province et non du ministre fédéral de la Justice. Je reconnais qu'étant donné le rôle que ce ministre joue dans le processus de révocation, d'autres facteurs peuvent influencer sur la constitutionnalité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* en ce qui le concerne.

[168] Par conséquent, je préfère que soit tranchée dans une autre instance, mettant en cause une demande d'enquête du ministre fédéral de la Justice, la question

Minister of Justice to be determined in a case involving a ministerial request.

[169] However, to the extent that subsection 63(1) of the *Judges Act* confers the right on a provincial attorney general to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge, I find that the provision does not meet the minimal standards required to ensure respect for the principle of judicial independence, and is thus invalid.

[170] As a consequence, the decision of the Inquiry Committee is set aside. Subsection 63(1) of the *Judges Act* is of no force and effect to the extent that it confers the right on a provincial attorney general to compel the CJC to inquire into the conduct of a judge. Thus, the subsection should be “read down” to delete the words “or the attorney general of a province” and “ou le procureur général d’une province”.

[171] As a result of my conclusion in this regard, it follows that the Inquiry Committee has no jurisdiction to proceed with this inquiry.

Did the Inquiry Committee Err in Determining That Subsection 63(1) of the *Judges Act* Does Not Infringe Paragraph 2(b) of the Charter in a Manner That Cannot Be Justified under Section 1?

[172] Having found that subsection 63(1) of the *Judges Act* is constitutionally invalid to the extent that it permits a provincial attorney general to require that the CJC inquire into the conduct of a judge, it is unnecessary to address Justice Cosgrove’s arguments based upon paragraph 2(b) of the Charter. Nevertheless, in the event that I am mistaken in relation to my findings on the constitutional issue, I will briefly address the Charter argument.

[173] The Inquiry Committee held that paragraph 2(b) had no application to this case as the Charter was never intended to protect one branch of government from another. According to the Inquiry Committee, the protections which attach to judicial expression are entirely encompassed by the constitutional guarantee of judicial independence. The Inquiry Committee held that

de la constitutionnalité du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* en ce qui a trait à ce ministre.

[169] Cependant, dans la mesure où c’est au procureur général d’une province que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* confère le pouvoir d’obliger le CCM à enquêter sur la conduite d’un juge, je conclus que ce paragraphe ne remplit pas les conditions minimales garantissant le respect du principe de l’indépendance judiciaire, et qu’il est donc invalide.

[170] En conséquence, la décision du comité d’enquête est annulée. Le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* est nul et de nul effet dans la mesure où il confère au procureur général d’une province le droit d’obliger le CCM à enquêter sur la conduite d’un juge. Les termes « ou le procureur général d’une province » et « *or the attorney general of a province* » devraient donc être supprimés de ce paragraphe.

[171] Il s’ensuit de ma conclusion à cet égard que le comité d’enquête n’a pas compétence pour mener l’enquête.

Le comité d’enquête a-t-il commis une erreur en concluant que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* ne porte pas atteinte à l’alinéa 2b) de la Charte d’une manière qui ne peut être sauvegardée au regard de l’article premier?

[172] Comme j’ai conclu que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* est inconstitutionnel dans la mesure où il autorise le procureur général d’une province à exiger du CCM qu’il enquête sur la conduite d’un juge, il n’est pas nécessaire d’examiner les arguments du juge Cosgrove fondés sur l’alinéa 2b) de la Charte. Cependant, au cas où mes conclusions sur la question constitutionnelle seraient erronées, je traiterai brièvement ces arguments.

[173] Le comité d’enquête a conclu que l’alinéa 2b) n’est pas applicable à l’affaire qui nous occupe, étant donné que la Charte n’a jamais eu pour objet de protéger une branche de l’État contre une autre. Selon le comité d’enquête, les protections dont est assortie la liberté d’expression des juges relèvent entièrement de la garantie constitutionnelle de l’indépendance judiciaire.



the Charter is a shield for the benefit of individuals, and was never intended to protect either the legislative or judicial branches of government in the exercise of their powers or functions.

[174] I agree with the conclusion of the Inquiry Committee that paragraph 2(b) of the Charter does not assist Justice Cosgrove. In this regard, I adopt the reasoning of the Supreme Court of Canada in *Moreau-Bérubé*, where the Court stated that, at paragraph 59:

While it cannot be stressed enough that judges must be free to speak in their judicial capacity, and must be perceived to speak freely, there will unavoidably be occasions where their actions will be called into question. This restraint on judicial independence finds justification within the purposes of the Council to protect the integrity of the judiciary as a whole.

[175] Were it otherwise, a judge could never be sanctioned for comments made from the Bench. This would have the effect of impairing public confidence in the integrity of the judiciary as a whole. Properly interpreted, the purpose of section 63 of the *Judges Act* is not to detract from a judge's freedom to speak out in the due performance of his or her duties, but to prevent a misuse of the judicial power: *Allen v. Manitoba (Judicial Council)*, [1993] 3 W.W.R. 749 (Man. C.A.), at page 755.

#### Conclusion

[176] Judges do not operate with impunity in this country, and must be held to account when they misconduct themselves. By the same token, the judiciary must remain independent, in order that individual citizens can be confident that judicial decisions affecting them are arrived at untainted by external influences.

[177] Provincial attorneys general play an important role in the administration of justice, and, in discharging their responsibilities, it is essential that they have ready access to a complaints process where they are of the view that a judge has misconducted him or herself. Such

Le comité d'enquête a conclu que la Charte est destinée à garantir les droits des personnes physiques, n'ayant jamais été conçue pour protéger les branches législative ou judiciaire de l'État dans l'exercice de leurs attributions.

[174] Je souscris à la conclusion du comité d'enquête selon laquelle l'alinéa 2b) de la Charte n'est d'aucun secours au juge Cosgrove. À cet égard, je fais mien le raisonnement suivi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moreau-Bérubé*, où l'on peut lire ce qui suit au paragraphe 59 :

Même si on ne saurait trop insister sur le fait que les juges doivent être libres de s'exprimer dans l'exercice de leurs fonctions et qu'ils doivent être perçus comme tels, il y aura inévitablement des cas où leurs actes seront remis en question. Cette restriction à l'indépendance judiciaire trouve sa justification dans l'objectif du Conseil de protéger l'intégrité de la magistrature dans son ensemble.

[175] S'il en allait autrement, un juge ne pourrait jamais être sanctionné pour des propos tenus dans l'exercice de ses fonctions. Il s'ensuivrait une diminution de la confiance du public en l'intégrité de la magistrature dans son ensemble. Interprété comme il se doit, le paragraphe 63 de la *Loi sur les juges* n'a pas pour objet de porter atteinte à la liberté des juges de s'exprimer dans l'exercice légitime de leurs fonctions, mais de prévenir l'abus du pouvoir judiciaire : *Allen v. Manitoba (Judicial Council)*, [1993] 3 W.W.R. 749 (C.A. Man.), à la page 755.

#### Conclusion

[176] Dans notre pays, les juges ne jouissent pas de l'impunité et doivent répondre des fautes qu'ils commettent. Mais il faut dire du même souffle que la magistrature doit rester indépendante, afin que les citoyens pris individuellement puissent être sûrs que les décisions judiciaires qui les touchent sont exemptes d'influences extérieures.

[177] Les procureurs généraux des provinces jouent un rôle important dans l'administration de la justice, et il est essentiel qu'aux fins de l'exercice de leurs fonctions, ils puissent recourir facilement à un mécanisme de plaintes lorsqu'ils estiment qu'il y a eu

a process is available to them under subsection 63(2) of the *Judges Act*.

[178] However, for the reasons given, I find that subsection 63(1) of the *Judges Act*, which allows a provincial attorney general to require that the Canadian Judicial Council inquire into the conduct of a judge, represents an unjustifiable interference with the independence of the judiciary.

[179] For these reasons, the application is allowed.

#### ORDER

[180] THIS COURT ORDERS that:

1. This application for judicial review is allowed;
2. The December 16, 2004 decision of the Inquiry Committee is set aside;
3. This Court declares that to the extent that subsection 63(1) of the *Judges Act* confers the right on a provincial attorney general to compel the Canadian Judicial Council to inquire into the conduct of a judge, the provision does not meet the minimal standards required to ensure respect for the principle of judicial independence, and is thus invalid;
4. This Court further declares that the Inquiry Committee is without jurisdiction to proceed with this inquiry; and
5. Costs were not sought, nor are they ordered.

inconduite d'un juge. Le paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges* met à leur disposition un tel mécanisme.

[178] Cependant, pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, qui autorise le procureur général d'une province à exiger du Conseil canadien de la magistrature qu'il enquête sur la conduite d'un juge, porte atteinte de manière injustifiable à l'indépendance de la magistrature.

[179] Pour ces motifs, la demande est accueillie.

#### ORDONNANCE

[180] LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision du Comité d'enquête en date du 16 décembre 2004 est annulée.
3. La Cour déclare que, dans la mesure où il confère au procureur général d'une province le droit d'obliger le Conseil canadien de la magistrature à enquêter sur la conduite d'un juge, le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges* ne remplit pas les conditions minimales garantissant le respect du principe de l'indépendance judiciaire, et est en conséquence invalide.
4. La Cour déclare en outre que le comité d'enquête n'a pas compétence pour mener l'enquête.
5. Il n'a pas été demandé de dépens, et il n'en est pas adjugé.

A-515-04  
2005 FCA 215

A-515-04  
2005 CAF 215

**Minister of Health Canada** (*Appellant*)

**Ministre de Santé Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Merck Frosst Canada & Co.** (*Respondent*)

**Merck Frosst Canada & Co.** (*intimée*)

*INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA & CO. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : MERCK FROSST CANADA & CO. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël and Pelletier JJ.A.—Ottawa, June 7, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 7 juin 2005.

*Access to Information — Appeal from Federal Court decision ruling documents in question meeting exemption criteria under Access to Information Act, s. 20(1)(b) because information reflected therein not falling "as such" within public domain — Also ruling reviewers' notes, correspondence between parties should not have been communicated under s. 20(1)(b) because written in response to respondent's request — Once information within public domain, information no longer confidential even if in different form — Form in which information presented cannot preclude disclosure thereof — Information in reviewers' notes reflecting information not emanating from respondent — Fact notes written pursuant to respondent's request not affecting situation — Appeal allowed.*

*Accès à l'information — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a jugé que les documents en cause rencontraient les critères de l'exception prévue à l'art. 20(1)(b) de la Loi sur l'accès à l'information, parce que les renseignements qu'ils reflétaient ne se retrouvaient pas « comme tels » dans le domaine public — Elle a également jugé que les notes des réviseurs et la correspondance intervenue entre les parties ne devaient pas être communiquées aux termes de l'art. 20(1)(b) de la Loi au motif qu'elles furent rédigées en réponse à la demande de l'intimée — Dès que les renseignements se retrouvent dans le domaine public, ils ne sont plus confidentiels, et ce, même si la forme dans laquelle on les retrouve est différente — La forme de la présentation des renseignements ne peut en empêcher la divulgation — Les renseignements contenus aux notes des réviseurs reflétaient certaines informations qui n'émanaient pas de l'intimée — Le fait que ces notes furent rédigées suite à la demande de l'intimée n'affectait pas cette réalité — Appel accueilli.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1)(b),(c).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 52(b)(ii) (as am. *idem*, s. 50).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)(b),(c).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 52(b)(ii) (mod., *idem*, art. 50).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health)* (1988), 20 C.I.P.R. 302; 30 C.P.R. (3d) 473; 20 F.T.R. 73 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS CITÉES :

*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)* (1988), 20 C.I.P.R. 302; 30 C.P.R. (3d) 473; 20 F.T.R. 73 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de*

*Health*), [2000] F.C.J. No. 1281 (T.D.) (QL); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 483 (T.D.); affd [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.).

APPEAL from a Federal Court decision ([2005] 1 F.C.R. 587; (2004), 33 C.P.R. (4th) 211; 256 F.T.R. 255; 2004 FC 959) ruling that documents in question met the criteria for the exemption of non-disclosure under paragraph 20(1)(b) of the *Access to Information Act* because the information they reflected did not fall “as such” within the public domain. Appeal allowed.

APPEARANCES:

*Sébastien Gagné* for appellant.  
*Karl Delwaide* and *Karine Joizil* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment of the Court delivered orally by*

[1] DESJARDINS J.A.: The trial Judge erred in law in ruling that the documents in question meet the criteria for the exemption under paragraph 20(1)(b) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, as amended (the Act), because the information they reflect do not fall “as such” within the public domain (see paragraph 53 of the decision under appeal, indexed as *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2005] 1 F.C.R. 587 (F.C.)).

[2] In our view, once the information is within the public domain, it is no longer confidential, even if it differs in form.

*la Santé nationale*), [2000] A.C.F. n° 1281 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 483 (1<sup>re</sup> inst); conf. par [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 1 R.C.F. 587; (2004), 33 C.P.R. (4th) 211; 256 F.T.R. 255; 2004 CF 959) qui a jugé que les documents en cause rencontraient les critères de l'exception de non-communication prévue à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, parce que les renseignements qu'ils reflétaient ne se retrouvaient pas « comme tels » dans le domaine public. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

*Sébastien Gagné* pour l'appellant.  
*Karl Delwaide* et *Karine Joizil* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l.*, Montréal, pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement de la Cour prononcés en français à l'audience par*

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le premier juge a commis une erreur de droit en jugeant que les documents en cause rencontrent les critères de l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, modifiée (la Loi), parce que les renseignements qu'ils reflètent ne se retrouvent pas « comme [tels] » dans le domaine public (voir le paragraphe 53 de la décision sous appel, répertoriée sous le nom *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2005] 1 R.C.F. 587 (C.F.)).

[2] Selon nous, dès que les renseignements se retrouvent dans le domaine public, ils ne sont plus confidentiels et ce même si la forme dans laquelle on les retrouve est différente.

[3] To rely on the form in which the information is presented in order to conclude that a document meets the criteria for the exemption under paragraph 20(1)(b) of the Act is necessarily contrary to the spirit of the Act and to the cases to date on this point (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), at pages 254-255; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health)* (1988), 20 C.I.P.R. 302 (F.C.T.D.), at pages 306-307; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health)*, [2000] F.C.J. No. 1281 (T.D.) (QL), at paragraph 9). The important thing is the information. The form in which it is presented cannot preclude its disclosure.

[4] The trial Judge could not, therefore, find that because the information reflected in the documents is not within the public domain “as such”, those pages are confidential.

[5] It is possible, as the respondent’s counsel points out, that the trial Judge had in mind paragraph 20(1)(c), but that is not what he says and it is not what we understand from his judgment. If this was what the trial Judge had in mind, the route he took was such that his error becomes inextricable.

[6] The trial Judge could not find, either, that the reviewers’ notes and correspondence between the parties should not have been communicated under paragraph 20(1)(b) of the Act solely because they were written up in response to the respondent’s request. The information contained in the reviewers’ notes reflects certain information that does not emanate from the respondent, and the fact that these notes were written pursuant to the respondent’s request does not affect this situation in any way (*Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 483 (T.D.); affd [1989] 1 F.C. 47 (C.A.)).

[7] Having identified these errors, this Court could itself undertake a review of the thousands of documents in question to determine, on the one hand, whether paragraph 20(1)(c) should apply and, if not, whether either of the other exceptions is applicable.

[3] S’en remettre à la forme sous laquelle sont présentés les renseignements pour conclure qu’un document rencontre les critères de l’exception prévue à l’alinéa 20(1)b) de la Loi est nécessairement contraire à l’esprit de la Loi et à la jurisprudence à date sur ce point (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 254 et 255; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)* (1988), 20 C.I.P.R. 302 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 306 et 307; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, [2000] A.C.F. No. 1281 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 9). Ce qui importe ce sont les renseignements. La forme de leur présentation ne peut en empêcher la divulgation.

[4] Le premier juge ne pouvait donc conclure que parce que les renseignements reflétés dans les documents ne se retrouvent pas dans le domaine public « comme [tels] », ces pages sont confidentielles.

[5] Il est possible, comme le soulève l’avocat de l’intimée, que le premier juge avait à l’esprit l’alinéa 20(1)c), mais ce n’est pas ce qu’il a dit et ce n’est pas ce que nous comprenons de son jugement. Si c’était ce que le premier juge avait à l’esprit, il a pris un chemin, tel, que son erreur devient inextricable.

[6] Le premier juge ne pouvait non plus conclure que les notes des réviseurs et la correspondance intervenue entre les parties ne devaient pas être communiquées aux termes de l’alinéa 20(1)b) de la Loi au seul motif qu’elles furent rédigées en réponse à la demande de l’intimée. Les renseignements contenus aux notes des réviseurs reflètent certaines informations qui n’émanent pas de l’intimée, et le fait que ces notes furent rédigées suite à la demande de l’intimée n’affecte en rien cette réalité (*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 483 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1989] 1 C.F. 47 (C.A.)).

[7] Ces erreurs ayant été identifiées, notre Cour pourrait entreprendre elle-même une revue des milliers de documents en cause pour déterminer, d’une part, si l’alinéa 20(1)c) doit trouver application et, si non, si l’une ou l’autre des autres exceptions est applicable.

[8] We do not think the interests of justice would be well served by this. In the circumstances, the appeal will be allowed with costs both at trial and on appeal, the decision of the trial Judge will be overturned and the matter will be returned to the Federal Court under subparagraph 52(b)(ii) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 50) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], for redetermination before another judge, who shall take into account these reasons.

[8] Nous ne croyons pas que les intérêts de la justice seraient ainsi bien servis. Dans les circonstances, l'appel sera accueilli avec dépens tant en première instance qu'en appel, la décision du premier juge sera infirmée et l'affaire sera retournée devant la Cour fédérale, aux termes de l'alinéa 52b)(ii) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 50) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], pour nouvelle détermination devant un autre juge qui devra tenir compte des présents motifs.

T-569-05  
2005 FC 842

T-569-05  
2005 CF 842

**Savanna Energy Services Corp. (Plaintiff)**

**Savanna Energy Services Corp. (demanderesse)**

v.

c.

**Technicoil Corporation, Nabors Canada LP, Nabors Drilling Limited, H&R Drillings ULC, Nabors Canada ULC, Ryan Energy Technologies, Nabors Canada and Nabors Industries Limited (Defendants)**

**Technicoil Corporation, Nabors Canada LP, Nabors Drilling Limited, H&R Drillings ULC, Nabors Canada ULC, Ryan Energy Technologies, Nabors Canada et Nabors Industries Limited (défenderesses)**

**INDEXED AS: SAVANNA ENERGY SERVICES CORP. v. TECHNICOIL CORP. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : SAVANNA ENERGY SERVICES CORP. c. TECHNICOIL CORP. (C.F.)**

Federal Court, Harrington, J.—Calgary, June 9 and 14, 2005.

Cour fédérale, juge Harrington—Calgary, 9 et 14 juin 2005.

*Practice — Parties — Joinder — Appeal from Prothonotary's order granting leave to add six defendants to statement of claim and to claim damages — Statement of claim alleging patent infringement — Before defence filed, amended statement of claim filed with leave naming new defendants — Alleging defendant Nabors Canada LP, acting in concert with new defendants — No supporting affidavit setting out facts allowing court to determine whether presence necessary accompanying amended statement — Court having power to order joinder of party under Federal Courts Rules, r. 104(1)(b) — R. 75 permitting Court to allow amendment of document at any time — Review of cases on joinder, amendment, standard of review on appeals of discretionary orders of prothonotaries — Joinder not vital issue to outcome of case — Court declining to exercise discretion de novo — Notwithstanding Rules, r. 363 regarding evidence on motions, motion to amend pleadings should not be accompanied by affidavit — Principle should also apply to motion for joinder unless case already well developed, proposed joinder radical departure from previous position — As defence not yet filed, original defendant in same position as if new defendants named in first place.*

*Pratique — Parties — Jonction — Appel d'une ordonnance d'une protonotaire accordant l'autorisation d'ajouter six défenderesses à la déclaration et de réclamer des dommages-intérêts — Déclaration alléguant la violation d'un brevet — Avant qu'une défense n'ait été produite, une déclaration modifiée nommant de nouvelles défenderesses accompagnée d'une autorisation a été déposée — Il était allégué que la défenderesse, Nabors Canada LP, avait agi de concert avec les nouvelles défenderesses — Aucun affidavit relatant les faits qui auraient permis à la Cour de décider si la présence des nouvelles défenderesses était nécessaire n'accompagnait la déclaration modifiée — En vertu de la règle 104(1)(b) des Règles des Cours fédérales, la Cour a le pouvoir d'ordonner la jonction de parties — La règle 75 permet à la Cour d'autoriser, à tout moment, la modification d'un document — Examen de la jurisprudence sur la jonction, la modification et la norme de contrôle applicable aux appels interjetés à l'encontre des ordonnances discrétionnaires des protonotaires — La question de la jonction n'était pas d'une importance vitale pour l'issue de l'affaire — La Cour a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début — Malgré la règle 363 concernant le mode de présentation de la preuve dans le cadre des requêtes, une requête en vue de modifier des actes de procédure ne devrait pas être accompagnée d'un affidavit — Ce principe devrait également s'appliquer à une requête en jonction, à moins que l'affaire soit déjà bien avancée et que la jonction proposée présente un changement radical par rapport à la position antérieure — Aucune défense n'ayant encore été produite, la défenderesse initiale se trouvait dans la même position que si les nouvelles défenderesses avaient été nommées dès le départ.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1716.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by  
SOR/2004-283, s. 2), 3, 55 (as am. *idem*, s. 11), 75, 104,  
105, 221, 363 (as am. by SOR/2002-417, s. 21(F)).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459;  
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488;  
revg (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 FCT 159; affg  
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 FCT 509; leave to  
appeal to S.C.C. dismissed (as to standard of review on  
appeals from discretionary orders of prothonotaries).

## DISTINGUISHED:

*Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459;  
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488;  
revg (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 FCT 159; affg  
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 FCT 509; leave to  
appeal to S.C.C. dismissed (on the facts).

## CONSIDERED:

*Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209  
N.R. 342 (F.C.A.); *Noss Aktiebolag et al. v. Aktiebolaget  
Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (F.C.T.D.);  
*Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2  
C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.);  
*Steward v. North Metropolitan Tramways Company*  
(1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Continental Bank Leasing  
Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC  
298 (T.C.C.).

## REFERRED TO:

*Anchor Brewing Co. v. Sleeman Brewing & Malting Co.*  
(2001), 15 C.P.R. (4th) 63; 2001 FCT 1066;  
*Pharmaceutical Partners of Canada Inc. v. Faulding  
(Canada) Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166; 2002 FCT  
1010; *General Electric Co. v. Wind Power Inc.* (2003), 25  
C.P.R. (4th) 490; 2003 FCT 537.

APPEAL from a Prothonotary's order granting  
plaintiff leave to serve and file an amended statement  
of claim adding six new defendants and a claim for

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1716.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod.  
par DORS/2004-283, art. 2), 3, 55 (mod., *idem*, art. 11),  
75, 104, 105, 221, 363 (mod. par DORS/2002-417, art.  
21(F)).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459;  
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 CAF 488;  
inf. (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 CFPI 159; conf.  
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 CFPI 509; autorisation  
de pourvoi à la C.S.C. refusée (quant à la question de la  
norme de contrôle applicable aux appels interjetés à  
l'encontre des ordonnances discrétionnaires des  
protonotaires).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459;  
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 CAF 488;  
inf. (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 CFPI 159; conf.  
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 CFPI 509; autorisation  
de pourvoi à la C.S.C. refusée (quant aux faits).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209  
N.R. 342 (C.A.F.); *Noss Aktiebolag et al. c. Aktiebolaget  
Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (C.F. 1<sup>o</sup> inst.);  
*Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2  
C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.);  
*Steward c. North Metropolitan Tramways Company*  
(1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Continental Bank Leasing  
Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC  
298 (C.C.I.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Anchor Brewing Co. c. Sleeman Brewing & Malting Co.*  
(2001), 15 C.P.R. (4th) 63; 2001 CFPI 1066; *Partenaires  
pharmaceutiques du Canada Inc. c. Faulding (Canada)  
Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166; 2002 CFPI 1010;  
*General Electric Co. c. Wind Power Inc.* (2003), 25  
C.P.R. (4th) 490; 2003 CFPI 537.

APPEL d'une ordonnance d'une protonotaire  
accordant à la demanderesse l'autorisation de signifier  
et de déposer une déclaration modifiée ajoutant six



damages. Appeal dismissed.

nouvelles défenderesses et une réclamation en dommages-intérêts. Appel rejeté.

APPEARANCES:

*David M. Reive* for plaintiff.  
*Tamela J. Coates* for defendant Technicoil.

ONT COMPARU :

*David M. Reive* pour la demanderesse.  
*Tamela J. Coates* pour la défenderesse Technicoil.

SOLICITORS OF RECORD:

*Dimock Stratton LLP*, Toronto, for plaintiff.  
*Fraser Milner Casgrain LLP*, Calgary, for defendant Technicoil.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Dimock Stratton LLP*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Fraser Milner Casgrain LLP*, Calgary, pour la défenderesse Technicoil.

*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] HARRINGTON J.: This appeal from an order of Prothonotary Milczynski raises an interesting point of procedure under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. Must an application to add additional defendants be supported by an affidavit setting forth facts in justification?

[1] LE JUGE HARRINGTON : Le présent appel d'une ordonnance de la protonotaire Milczynski soulève une question de procédure intéressante dans le contexte des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Une demande visant à obtenir l'ajout d'autres défendeurs doit-elle être étayée par un affidavit relatant les faits sur lesquels la demande est fondée?

[2] The facts are not complicated. Savanna issued a statement of claim against the first two named defendants, Technicoil Corporation and Nabors Canada LP, alleging breach of patent with respect to drilling rigs. The statement of claim was filed 24 March 2005. On 3 May 2005, before either defendant had filed a statement of defence, Savanna moved for an order granting it leave to file and serve an amended statement of claim in the form attached to the motion. By order dated 16 May 2005, the application was granted over Technicoil's objections. Nabors Canada LP did not appear on the motion. No reasons were given save that the order states:

[2] Les faits sont simples. Savanna a produit une déclaration contre les deux premières défenderesses nommées—Technicoil Corporation et Nabors Canada LP—alléguant la violation d'un brevet relatif à des installations de forage. La déclaration a été déposée le 24 mars 2005. Le 3 mai 2005, avant que l'une ou l'autre des défenderesses n'ait produit une défense, Savanna a demandé une ordonnance l'autorisant à déposer et à signifier une déclaration modifiée dont une copie a été jointe à la requête. Une ordonnance datée du 16 mai 2005 a fait droit à la requête malgré les objections de Technicoil. Nabors Canada LP n'a pas comparu à l'audition de la requête. L'ordonnance, qui n'était pas accompagnée de motifs, indique ce qui suit :

AND UPON reading the motion records of the parties and upon hearing the submissions of counsel;

[TRADUCTION] ET APRÈS avoir pris connaissance des dossiers de requête et avoir entendu les observations des avocats;

[3] In brief, the amended statement of claim alleges that the defendant Nabors Canada LP is or was a

[3] Bref, il est allégué dans la déclaration modifiée que la défenderesse, Nabors Canada LP, est ou était une

partnership. Two of the six new defendants are alleged to be the partners thereof. The other four new defendants are alleged to be a partnership, the partners thereof, and a parent company of three of the new defendants. The allegations are that Nabors Canada LP and the new defendants acted in concert and with a common design to make, construct and use drilling rigs in infringement of plaintiff's patent.

[4] The statement of claim was also amended to claim damages.

[5] Paragraph 104(1)(b) of the Rules provides:

**104. (1)** At any time, the Court may

...

(b) order that a person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the proceeding may be effectually and completely determined be added as a party, but no person shall be added as a plaintiff or applicant without his or her consent, signified in writing or in such other manner as the Court may order.

[6] Technicoil points out that rule 363 [as am. by SOR/2002-417, s. 21(F)] requires a party to a motion to set out in an affidavit the facts to be relied upon in the motion that do not appear on the Court file. There was no supporting affidavit, much less one which set out facts setting forth the legal status of the new defendants, their relationship and their relevance to the action, i.e. facts which would, according to Technicoil, allow the Court to decide whether their presence is necessary to ensure that all matters in dispute may be effectively and completely determined. Although it was suggested to counsel for Technicoil, and conceded, that any victory might be Pyrrhic in that, except for minor wasted costs and timebar should that be an issue, nothing prevents Savanna from discontinuing the current action and filing a fresh one naming all eight defendants. Alternatively, a separate action could have been instituted against the six new "Nabor" defendants followed by a motion to consolidate proceedings under rule 105.

société en nom collectif. Deux des six nouvelles défenderesses en seraient les associées. Les quatre autres nouvelles défenderesses seraient une société en nom collectif, les associées de cette dernière, de même que la société mère de trois des nouvelles défenderesses. Il est allégué que Nabors Canada LP et les nouvelles défenderesses ont agi de concert et dans un but commun pour faire, construire et utiliser des installations de forage en violation du brevet de la demanderesse.

[4] La déclaration a également été modifiée pour réclamer des dommages-intérêts.

[5] Le texte de l'aliéna 104(1)(b) des Règles est le suivant :

**104. (1)** La Cour peut, à tout moment, ordonner :

[. . .]

b) que soit constituée comme partie à l'instance toute personne qui aurait dû l'être ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l'instance; toutefois, nul ne peut être constitué codemandeur sans son consentement, lequel est notifié par écrit ou de telle autre manière que la Cour ordonne.

[6] Technicoil fait remarquer que la règle 363 [mod. par DORS/2002-417, art. 21(F)] exige qu'une partie à une requête présente sa preuve par affidavit, relatant tous les faits sur lesquels elle fonde sa requête qui ne figurent pas au dossier de la Cour. Aucun affidavit n'a été présenté à l'appui de la requête, et encore moins un affidavit relatant les faits qui expliquent le statut juridique des nouvelles défenderesses, leurs liens de même que leur pertinence pour l'action, c'est-à-dire des faits qui, d'après Technicoil, permettraient à la Cour de décider si la présence des défenderesses est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige. On a indiqué à l'avocate de Technicoil—et concédé—qu'il y avait risque d'une victoire à la Pyrrhus en ce sens que, à l'exception d'un léger gaspillage de frais et d'une prescription advenant qu'il s'agisse là d'un problème, rien n'empêche Savanna de se désister de l'action et d'en déposer une nouvelle nommant les huit défenderesses. Subsidièrement, une action distincte aurait pu être engagée contre les six nouvelles défenderesses du groupe « Nabor », suivie

[7] In opposition, Savanna's position is that a motion to add defendants should be treated in the same way as ordinary motions to amend pursuant to rule 75, which, subject to provisos which have no application here, states that "the Court may, on motion, at any time, allow a party to amend a document, on such terms as will protect the rights of all parties." The Federal Court of Appeal has made it clear that, if the nature of the amendment is clear, there is no need to lead evidence as to the facts alleged. On the contrary, in *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.), it was held that the Court should not accept evidence in support of an application for leave to amend pleadings. The rationale is that the Court must assume that the facts pleaded in the proposed amendments are true for the purposes of considering whether or not to grant leave.

[8] Apart from the fact that the text of rules 75 and 104 differ, it should also be noted that a statement of claim may be amended without leave if the defendant has not put in a defence or consents.

[9] It is conceded in this case that the amended statement of claim does disclose a cause of action in the sense that Technicoil could not possibly move at this stage, pursuant to rule 221, to have it struck for not disclosing a cause of action.

[10] There are a number of cases which touch upon the issue. In chronological order they are: *Noss Aktiebolag et al. v. Aktiebolaget Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (F.C.T.D.), Marceau J.; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.); *Visx*; and *Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.).

[11] *Noss* is a decision under former Rule 1716 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] which dealt with the joinder of parties. Marceau J. dismissed the application "[a]s there is no allegation of any kind (the amended Statement of Claim contains none and no

d'une requête en vue d'obtenir la réunion des instances en vertu de la règle 105.

[7] En revanche, Savanna est d'avis qu'il convient de traiter une requête visant à obtenir l'ajout de défenderesses de la même manière qu'une simple requête de modification présentée en vertu de la règle 75 qui, sous réserve des conditions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, prévoit que « la Cour peut à tout moment, sur requête, autoriser une partie à modifier un document, aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties ». La Cour d'appel fédérale a clairement indiqué que, si la nature de la modification est claire, il n'est nul besoin de produire une preuve au sujet des faits allégués. Au contraire, dans l'arrêt *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.), la Cour a statué qu'elle ne devrait pas accepter une preuve au soutien d'une demande d'autorisation de modifier un acte de procédure. En effet, elle doit présumer la véracité des faits allégués dans les modifications proposées pour ce qui est de déterminer s'il convient d'accorder l'autorisation de modifier.

[8] Hormis le fait que le texte des règles 75 et 104 est différent, il convient aussi de noter qu'il est possible de modifier sans autorisation une déclaration si le défendeur n'a pas déposé de défense ou s'il y consent.

[9] Il est admis en l'espèce que la déclaration modifiée révèle bel et bien une cause d'action, en ce sens que Technicoil ne pourrait pas demander à ce stade-ci, en vertu de la règle 221, de la faire radier pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action.

[10] Plusieurs décisions portent sur cette question. Il s'agit, en ordre chronologique, des suivantes : *Noss Aktiebolag et al. c. Aktiebolaget Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Marceau; *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.); *Visx* et *Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.).

[11] Dans *Noss*, la décision a été rendue en vertu de la Règle 1716 des anciennes règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] qui concernait la jonction de parties. Le juge Marceau a rejeté la demande [TRADUCTION] « car il n'y a aucune allégation (la

affidavit was filed in support of the motion) on the basis of which the order sought could be granted.” It is not definitive as it appears to mention allegations in the amended pleading and affidavits in the alternative, which has permitted both parties to submit that properly read it supports their respective points of view.

[12] *Canderel* was a motion to amend, which did not involve adding new defendants. With respect to amendments, Décary J.A., speaking for the Court, said at page 10:

. . . while it is impossible to enumerate all the factors that a judge must take into consideration in determining whether it is just, in a given case, to authorize an amendment, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice.

[13] He also asked the question first posed by Lord Esher M.R., in *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), at page 558: “if the amendment is allowed now, will the plaintiff be in the same position as if the defendants had pleaded correctly in the first instance?”

[14] *Visx*, also decided under the old Rules, was another motion to amend, but not to add a defendant. Isaac C.J. said [at paragraphs 15-16]:

In most cases, as here, affidavit evidence is unnecessary. . . .

The Rules are clear that pleadings are to contain the material facts, and only the material facts, upon which the parties rely. Where the nature of the amendments is clear, there is no requirement to plead the evidence by which those facts are to be proved. See *de Korompay v. Ontario Hydro* (1990), 34 C.P.R. (3d) 168 (F.C.T.D.). In determining whether

déclaration modifiée n’en contient aucune et aucun affidavit n’a été déposé à l’appui de la requête) sur la foi de laquelle l’ordonnance demandée pourrait être accordée ». Il ne s’agit pas d’une décision finale puisqu’il y est question d’allégations à titre subsidiaire dans l’acte de procédure modifié et les affidavits, ce qui a permis aux deux parties de faire valoir que cette décision, interprétée correctement, étaye leur point de vue respectif.

[12] L’arrêt *Canderel* concernait une requête en vue de faire des modifications, où il n’était pas question d’ajouter de nouveaux défendeurs. À propos des modifications, le juge Décary, J.C.A., s’exprimant au nom de la Cour, a dit à la page 10 :

[ . . . ] même s’il est impossible d’énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s’il est juste, dans une situation donnée, d’autoriser une modification, la règle générale est qu’une modification devrait être autorisée à tout stade de l’action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d’injustice à l’autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu’elle serve les intérêts de la justice.

[13] Il a également repris la question initialement posée par lord Esher M.R., dans *Steward c. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), à la page 558 : [TRADUCTION] « dans l’éventualité où la modification serait accueillie présentement, le demandeur serait[-il] dans la même position que celle dans laquelle il aurait été si les défendeurs avaient correctement plaidé dès le début? »

[14] Dans l’arrêt *Visx*, qui a été aussi tranché en vertu des anciennes règles, il s’agissait d’une autre requête visant à faire des modifications, mais non à ajouter un défendeur. Le juge en chef Isaac a dit [[1996] A.C.F. n° 1721, aux paragraphes 15 et 16] :

Dans la plupart des causes, comme en l’espèce, il est inutile de déposer un affidavit [ . . . ]

Les Règles établissent clairement qu’un acte de procédure doit contenir uniquement les faits essentiels sur lesquels les parties se fondent. Si la nature des modifications est claire, il n’y a pas lieu d’invoquer la preuve devant servir à prouver ces faits. Voir *de Korompay c. Ontario Hydro* (1990), 34 C.P.R. (3d) 168 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Pour déterminer s’il convient

an amendment to a defence should be allowed, it is often helpful for the Court to ask itself whether the amendment, if it was already part of the proposed pleadings, would be a plea capable of being struck out under Rule 419. If yes, the amendment should not be allowed. See, for example, *Chrysler Canada Ltd. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 137 (T.D.). Procedurally, the Court will not receive any evidence where the basis for striking out paragraphs in a statement of defence is alleged to be that they disclose no reasonable defence (Rule 419(1)(a)). Rule 419(2) expressly prohibits the use of evidence on a Rule 419(1)(a) motion. In similar fashion, the Court should not accept any evidence in support of an application for leave to amend pleadings under Rule 420, unless evidence is required in order to clarify the nature of the proposed amendments. Rather, the Court must assume that the facts pleaded in the amendments are true for the purposes of considering whether or not to grant leave to amend.

[15] *Merck* is a decision of the Federal Court of Appeal, leave to appeal to the Supreme Court dismissed, from a decision of the Trial Division [(2003), 24 C.P.R. (4th) 240] dismissing an application from a Prothonotary's order [(2002), 19 C.P.R. (4th) 354] granting the defendant leave to file an amended statement of defence and counterclaim.

[16] Décary J.A., speaking for the majority, agreed with *Canderel* and *Visx* as far as they went, i.e. the amended pleadings must show a triable issue. It does not follow, however, that a proposed amendment which does show a triable issue should automatically be allowed. In *Merck*, the proposed amendments represented a radical departure from the position held by the party during 10 years of proceedings and repudiated admissions made in the pleadings and during discovery. He concluded that it was in the interests of justice that a withdrawal of admissions and the raising of a radically new defence be denied in the circumstances. He relied strongly on *Bowman T.C.J.*, as he then was, in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (T.C.C.), where he said at page 2310:

d'autoriser la modification d'une défense, il est souvent utile que la Cour se demande si la modification, si elle faisait déjà partie de l'acte de procédure proposé, serait un moyen susceptible d'être radié en vertu de la règle 419. Dans l'affirmative, la modification ne devrait pas être autorisée. Voir, par exemple, *Chrysler Canada Ltée c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 137 (1<sup>re</sup> inst.). Sur le plan de la procédure, la Cour ne recevra aucune preuve lorsque le motif invoqué pour radier des paragraphes dans une défense est que ces paragraphes ne révèlent aucune cause raisonnable de défense (règle 419(1)a). La règle 419(2) interdit expressément l'utilisation d'éléments de preuve dans le cadre d'une requête fondée sur la règle 419(1)a. De la même façon, la Cour ne devrait pas accepter une preuve au soutien d'une demande d'autorisation de modifier un acte de procédure en vertu de la règle 420, à moins que cette preuve ne soit nécessaire pour clarifier la nature des modifications proposées. La Cour doit plutôt présumer la véracité des faits allégués dans les modifications pour ce qui est de déterminer s'il convient d'accorder l'autorisation de modifier.

[15] L'arrêt *Merck* est une décision de la Cour d'appel fédérale—autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême rejetée—concernant une décision par laquelle la Section de première instance [(2003), 24 C.P.R. (4th) 240] a rejeté une demande faisant suite à une ordonnance d'un protonotaire [(2002), 19 C.P.R. (4th) 354] accordant à la défenderesse l'autorisation de produire une défense et une demande reconventionnelle modifiées.

[16] Le juge Décary, J.C.A., s'exprimant au nom de la majorité, a souscrit à la thèse exposée dans *Canderel* et *Visx*, à savoir que les actes de procédure modifiés doivent démontrer qu'il existe une question pouvant être instruite. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'il faudrait automatiquement accueillir une modification proposée qui montre bel et bien l'existence d'une question pouvant être instruite. Dans *Merck*, les modifications proposées représentaient un changement radical par rapport à la position défendue par la partie pendant une décennie de procédures et elles désavouaient des aveux faits dans les actes de procédure ainsi qu'au cours de l'interrogatoire préalable. Le juge a conclu que les intérêts de la justice étaient mieux servis par le rejet, dans les circonstances, d'une rétractation d'aveux et de la présentation d'un moyen de défense entièrement nouveau. Il s'est fondé dans une large mesure sur la décision du juge Bowman de la Cour de l'impôt (tel était

All [amendments] must be assigned their proper weight in the context of the particular case. Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done.

[17] The *Merck* decision is also most important because it reformulated the standard of review on appeals from discretionary orders of prothonotaries as follows, at paragraph 19:

. . . “Discretionary orders of prothonotaries ought not be disturbed on appeal to a judge unless: (a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.”

[18] Although disjoining a defendant may well be a vital issue, an order permitting the addition of new defendants is not vital to the outcome of the case. If it turns out their presence is unnecessary and Technicoil is put to additional expense it may well have its costs, in any event of the cause.

[19] Having come to the conclusion that the joinder is not a vital issue to the outcome of the cause, is it appropriate that I exercise discretion *de novo* on the grounds that the Prothonotary did not give reasons? The reference to “motion records of the parties” and “hearing submissions of counsel,” in my opinion, is sufficient to preclude me from exercising discretion *de novo*. (*Anchor Brewing Co. v. Sleeman Brewing & Malting Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 63 (F.C.T.D.); *Pharmaceutical Partners of Canada Inc. v. Faulding (Canada) Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166 (F.C.T.D.) (at paragraph 9); *General Electric Co. v. Wind Power Inc.* (2003), 25 C.P.R. (4th) 490 (F.C.T.D.)) The prothonotaries deal with an extraordinary volume of procedural issues. It would be intolerable, and the wheels of justice would grind most slowly indeed, if each discretionary order

alors son titre) dans l’affaire *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (C.C.I.), où il a dit, à la page 2310 [[1993] A.C.I. n° 18 (QL) à la page 19] :

On doit accorder à [chacune des modifications] le poids qui lui revient dans le contexte de l’espèce. Il s’agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l’intérêt qu’ont les tribunaux à ce que justice soit faite.

[17] L’arrêt *Merck* est aussi des plus importants parce qu’on y a reformulé la norme de contrôle qui s’applique aux appels formés contre les ordonnances discrétionnaires des protonotaires, au paragraphe 19 :

[. . .] « Le juge saisi de l’appel contre l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants : a) l’ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, b) l’ordonnance est entachée d’erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits. »

[18] Même si le fait d’écarter un défendeur pourrait fort bien être une question primordiale, une ordonnance permettant l’ajout de nouveaux défendeurs n’est pas d’une importance vitale pour l’issue de l’affaire. S’il s’avère en l’espèce que la présence des défenderesses est inutile et que Technicoil est obligée d’engager des dépenses additionnelles, il se pourrait fort bien qu’elle ait droit à ses dépens, quelle que soit l’issue de la cause.

[19] Ayant conclu que la jonction de parties n’est pas une question primordiale pour l’issue de la cause, convient-il que j’exerce mon pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début parce que la protonotaire n’a pas motivé sa décision? À mon avis, la référence qui est faite aux « dossiers de requête des parties » et au fait d’avoir « entendu les observations des avocats » est suffisante pour m’empêcher de le faire. (*Anchor Brewing Co. c. Sleeman Brewing & Malting Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 63 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Partenaires pharmaceutiques du Canada Inc. c. Faulding (Canada) Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (au paragraphe 9); *General Electric Co. c. Wind Power Inc.* (2003), 25 C.P.R. (4th) 490 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) Les protonotaires doivent se prononcer sur un nombre extraordinaire de questions de nature procédu-

had to be accompanied by a full set of motivated reasons in order to discourage the unsuccessful party from appealing and inviting the Court to exercise its discretion anew. In any event, I would have exercised my discretion as the Prothonotary did.

[20] However, the second issue raised by Technicoil is one of law. If the law requires a motion to join parties be accompanied by an affidavit dealing with new facts, then the appeal must be allowed. The order does not state that the Prothonotary exercised discretion under rule 55 [as am. by SOR/2004-283, s. 11] to waive any irregularity.

[21] I agree with Prothonotary Milczynski that there was no need for the motion to join new defendants to be accompanied by an affidavit. Although the analogy between rules 75 and 104 is not perfect, and thus the cases cited by Savanna are distinguishable, I care not to distinguish them because, in my opinion, their underlying philosophy is equally applicable to a motion under rule 104.

[22] Notwithstanding rule 363, it has been well established that a motion to amend pleadings should not be accompanied by an affidavit dealing with the new facts set out in the proposed amendment. I see no reason why the same should not hold true in an application to amend by adding a new party. It would be inappropriate if those facts, which normally are taken to be true, would be subject to cross-examination before a statement of defence was put in, before an exchange of documents and before examinations for discovery. I say this with rule 3 in mind:

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

[23] This is not to say that there are no cases in which a motion to join a non-party should not be accompanied

rale. S'il fallait que chaque ordonnance discrétionnaire soit assortie d'une série complète de motifs en vue de dissuader la partie déboutée d'interjeter appel et d'inviter la Cour à exercer de nouveau son pouvoir discrétionnaire, la situation serait intolérable et, de ce fait, la justice suivrait péniblement son cours. Quoi qu'il en soit, j'aurais exercé mon pouvoir discrétionnaire comme l'a fait la protonotaire.

[20] Cependant, la seconde question qu'a soulevée Technicoil est une question de droit. Si la loi exige qu'une requête visant à joindre des parties soit accompagnée d'un affidavit portant sur des faits nouveaux, l'appel doit être accueilli. L'ordonnance ne dit pas que la protonotaire a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la règle 55 [mod. par DORS/2004-283, art. 11] pour passer outre à une irrégularité quelconque.

[21] Je conviens avec la protonotaire Milczynski qu'il n'était pas nécessaire que la requête visant à obtenir l'ajout de nouvelles défenderesses soit accompagnée d'un affidavit. Bien que l'analogie entre les règles 75 et 104 soit imparfaite et qu'il soit donc possible de faire une distinction à l'égard des causes citées par Savanna, je ne tiens pas à le faire car, selon moi, les principes qui les sous-tendent s'appliquent tout autant à une requête visée par la règle 104.

[22] Malgré la règle 363, il est bien établi qu'une requête en vue de modifier des actes de procédure ne devrait pas être accompagnée d'un affidavit portant sur les faits nouveaux qui sont relatés dans la modification proposée. Je ne vois pas pourquoi cela ne devrait pas être la même chose pour une demande de modification en vue d'ajouter une nouvelle partie. Il serait inopportun que ces faits, habituellement considérés comme véridiques, fassent l'objet d'un contre-interrogatoire avant le dépôt d'une défense, avant un échange de documents et avant la tenue d'interrogatoires préalables. Je dis cela en ayant à l'esprit la règle 3 :

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[23] Cela ne signifie pas qu'il n'y a aucun cas où une requête visant à joindre une tierce partie ne devrait pas

by an affidavit. I am thinking of situations in which the case has already been well developed and the proposed joinder marks a radical departure from the party's previous position, such as in *Merck*. However, in this case Technicoil has yet to file a statement of defence. A parallel action against the six new "Nabor" defendants with the risk of a different judgment could be an embarrassment to the Court. In this case, Technicoil is in the same position as if the six new "Nabor" defendants had been named in the first place.

[24] For these reasons the appeal shall be dismissed, with costs.

être accompagnée d'un affidavit. Je pense aux cas où l'affaire est déjà bien avancée et où la jonction proposée représente un changement radical par rapport à la position antérieure de la partie, comme dans *Merck*. Toutefois, en l'espèce, Technicoil n'a pas encore produit de défense. Une action parallèle contre les six nouvelles défenderesses du groupe « Nabor »—avec le risque d'arriver à un jugement différent—pourrait être embarrassante pour la Cour. En l'es pèce, Technicoil se trouve dans la même situation que si les six nouvelles défenderesses du groupe « Nabor » avaient été nommées dès le départ.

[24] Pour ces motifs, l'appel est rejeté, avec dépens.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and 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 of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

Judicial review following amendment to Canadian Aviation Regulations (CARs), s. 403.05 adopted under Aeronautics Act, s. 4.9—Applicant, association of employees, duly certified to represent pilots and flight engineers working at Air Transat—Applicant seeking order primarily declaring CARs, s. 403.05 invalid and of no force; declaring null and invalid all notices of revocation of privileges attached to Air Maintenance Engineer (AME) licences issued to applicants' flight engineers; ordering Transport Canada to institute new consultation process and conduct new regulatory impact analysis in conformity with Canadian Aviation Regulation Advisory Council's (CARAC) Management Charter and Procedures—Air Transat holder of Air Operator Certificate issued by Transport Canada in accordance with CARs—Manufacturer's flight manual of Lockheed 1011 aircraft requiring crew of three persons for safety reasons—Air Transat using flight engineers to fill third crew member position aboard aircraft—Air Transat also Approved Maintenance Organization (AMO) and having to ensure holders of Aircraft Maintenance Licences possess required qualifications to exercise certain privileges regarding repair and maintenance of aircraft—Air Transat flight engineers must hold flight engineer's licence, ground mechanic's licence and Air Maintenance Engineer (AME) licence—Aircraft taking off only if maintenance certified by signing of Maintenance Release—Only AME licence holders authorized to sign Maintenance Release—Regulations relating to issuance of AME licences amended in October 1996—Between December 1999 and March 2000, flight engineers who were members of applicant and Air Transat employees informed certification privileges attached to AME licence revoked and no longer authorized to sign Maintenance Releases—Amendments relating to currency requirements, found in CARs, s. 403.05—CARs Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) indicating no substantive changes made to existing regulations, procedures, policies and industry practices respecting AME licences and no economic impact expected—After coming into force of amended CARs, Air Transat twice requesting Transport Canada to suspend application of CARs,

## ADMINISTRATIVE LAW—Continued

s. 403.05 to allow Air Transat to properly determine impact but requests denied—RIAS indicating industry adequately consulted before CARs, s. 403.05 adopted—Act, s. 4.9 not requiring consultation with interested persons before regulations enacted—Governor in Council having discretion to make regulations and high level of deference should be accorded—Policy directives included in Federal Regulatory Plan and CARAC's Management Charter and Procedures unenforceable by members of public—No legitimate expectation to be consulted and CARs, s. 403.05 not invalid—*Mandamus* to compel Transport Canada to institute new consultation process issued only if case law requirements met—Applicant failing to meet requirement public duty to act since no legal obligation for Governor in Council to consult before enacting regulation—CARs, s. 403.05 valid regulation, dealing specifically with requirements for individual to continue to exercise AME privileges and sign Maintenance Release Certificates—Section not ambiguous, not needing *interpretation*—*Review standard of patent unreasonableness* applicable to factors used by Transport Canada to determine currency—Purpose of regulation public safety and not solely applicant's rights—Transport Canada more adept at determining requirements of flight engineers regarding safety of aircraft maintenance than Court—Requirements more a question of fact than of law—Deference should be accorded to Transport Canada in capacity to determine requirements needed for AME licence holders to maintain currency of licences and if requirements met—S. 403.05 not to be interpreted as recognition applicant's flight engineers fulfilling all requirements—Application dismissed—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 4.9 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; 1992, c. 4, s. 7)—Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, s. 403.05.

ASSOC. DES PILOTES DE LIGNES INTERNATIONALES V. URBINO (T-1701-02, 2004 FC 1387, Pinard J., order dated 4/11/04, 13 pp.)

Judicial review of decision of Commissioner of Financial Consumer Agency of Canada (FCAC)—Applicant wholly owned subsidiary of MBNA America Bank, leading issuer of

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

endorsed MasterCard credit cards and one of world's largest independent credit card lenders—FCAC federal agency established to supervise financial institutions to ensure compliance with consumer provisions in various legislation—Applicant offering credit cards through mail to potential customers with prospect of Regular Annual Interest Rate As Low As (RALA) 9.99% depending upon person's creditworthiness—FCAC approaching applicant to examine compliance with legislation regarding statutory cost of borrowing requirements associated with credit card loans and subsequently conducting more detailed review of applicant's RALA program—FCAC informing applicant RALA program not complying with Cost of Borrowing (Banks) Regulations, s. 11(1) because program failed to disclose actual or regular interest rate at time of credit card application—Notice of violation sent and applicant invited to make representations regarding alleged violation—Commissioner attaching reasons for decision to notice of violation sent to applicant—Financial Consumer Agency of Canada Act (FCACA), s. 22(3) requiring that Commissioner first propose penalty in notice of violation and consider representations before deciding on balance of probabilities whether violation occurred—Reference in Commissioner's reasons to "alleged contravention" and proposal of \$75,000 penalty not detracting from fact document amounting to preliminary decision—Commissioner not following FCAC procedure since MBNA not given fair hearing but right of appeal of decision already made—Commissioner breaching rules of natural justice by failing to consider applicant's representations and subsequently deciding with unbiased mind whether penalty to be imposed and amount thereof—Application allowed—Cost of Borrowing (Banks) Regulations, SOR/2001-101, s. 11(1)—Financial Consumer Agency of Canada Act, S.C. 2001, c. 9, s. 22(3).

MBNA CANADA BANK V. CANADA (COMMISSIONER, FINANCIAL CONSUMER AGENCY) (T-492-04, 2004 FC 1665, von Finckenstein J., order dated 26/11/04, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****IMMIGRATION PRACTICE**

Judicial review of visa officer's refusal to allow applicant to re-enter Canada—Applicant, Armenian, entering country with visitors visa; subsequently claiming refugee status—Refugee claim denied by Immigration and Refugee Board—Application for leave, judicial review of IRB's decision also denied—Removal order issued against applicant becoming executory—Applicant's failure to leave on time turning departure order into deportation order under Immigration and Refugee Protection Act, s. 52(1)—Applicant since selected for permanent residence by Quebec under Federal-Provincial agreement after applying from Mexico City—Applicant

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

receiving form letter from Canadian Embassy stating deported person only able to return to Canada with Minister's authorization, as prescribed under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 226—Applicant applying for authorization and Minister's officer responding by questioning applicant's motives during stay in Canada, accusing applicant of not paying for departure plane ticket—Fairness of hearing at issue since no dialogue between Minister's officer and applicant regarding applicant's suspicious entry into country and late departure—Minister's decision to grant authorization discretionary—Regulations establishing unsuccessful refugee claim not affecting applicant's right to apply for permanent resident status—Officer misconstruing Act by focussing on irrelevant factor in decision (i.e. applicant's history in Canada) instead of reasons for applicant's tardy departure from Canada—Applicant not given fair hearing; should have been given opportunity to address officer's concerns, disprove officer's claims applicant's departure at government's expense—*Audi alteram partem* meaning applicant having right to be heard, to know case to be met, opportunity to respond to case—Review standard of correctness applicable to officer's interpretation of Act—Review standard of reasonableness *simpliciter* applicable to officer's exercise of discretion—Officer exercising discretion unreasonably, failing to weigh patently relevant factor (reason for applicant's late departure), failing to consider limitations, details of applicant's sojourn in Canada—While in Canada, applicant taking French classes, never trying to deny true identity, never going into hiding—Despite concerns about applicant's motives in leaving late, officer would have been powerless to prevent applicant from returning had applicant left country on time—Permanent residence carrying right to leave Canada with knowledge entitled to return—Fact applicant can make fresh application for re-entry not precluding judicial review remedy—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 52(1)—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 226.

SAHAKYAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-9934-03, 2004 FC 1542, Harrington J., order dated 2/11/04, 15 pp.)

Appeal from Federal Court decision ((2004), 36 Imm. L.R. (3d) 277) certifying question whether Immigration Division required to consider merits of Minister's case when considering whether to accept withdrawal of request for admissibility hearing where no substantive evidence accepted in proceeding—Respondent landed immigrant—Immigration officer reporting to Deputy Minister of Citizenship and Immigration respondent committed act constituting criminal offence of fraud under criminal code of Ukraine—If committed in Canada, act constituting offence contrary to

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

Criminal Code of Canada, s. 362(1)(c), subjecting respondent to maximum term of imprisonment not exceeding 10 years—Unfavourable decision in admissibility hearing potentially resulting in respondent's deportation—At hearing, Minister withdrawing request for admissibility hearing and Immigration Division accepting withdrawal—Federal Court granting writ of *mandamus* requiring Immigration Division to proceed with hearing—Immigration Division Rules, s. 5(1) stating withdrawal of request for admissibility hearing not abuse of process if no substantive evidence accepted—Simple notification to Immigration Division and to individual involved required in that case—Otherwise, s. 5(3) providing Minister having to apply to withdraw request—S. 6 requiring Minister to apply to Immigration Division to reinstate request for admissibility hearing—Division must allow application if failure to observe principle of natural justice or if in interests of justice to allow application—Federal Court Judge acknowledging no evidence produced in proceeding (i.e. documents regarding criminal charges in Ukraine), but Minister's failure to seek reinstatement of proceedings after year had passed since withdrawal constituting abuse of process—Under Rules, Minister only required to notify Immigration Division, respondent of withdrawal of request for admissibility hearing—Proceedings ended when Minister serving notice of withdrawal—Federal Court Judge erring by apparently collapsing procedures under ss. 5, 6 into one proceeding—Jurisdiction conferred on Immigration Division to consider application for reinstatement of admissibility hearing request only when Minister applying—Despite use of term "must" under Rules, s. 6(2), Division having discretion in determining whether to allow application in interests of justice—Only when Minister applying for reinstatement that Division may impose schedule if reinstatement allowed—No distinction between respondent's circumstances and any other person Minister considers may be subject to deportation but who has not commenced proceedings before Immigration Division—Appeal allowed—Certified question answered in negative—Immigration Division Rules, SOR/2002-229, ss. 5, 6—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 362(1)(c) (as am. by S.C. 2003, c. 21, s. 5).

SHEREMETOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-287-04, 2004 FCA 373, Rothstein J.A., judgment dated 4/11/04, 7 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Motion by applicant to address issues of interest and costs arising from July 6, 2004 order in judicial review application—Applicant entitled to remission of tax paid in relation to coin-operated devices—Now seeking interest on monies returned to it as consequence of remission

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

order—Applicant not coming within Excise Tax Act (ETA), s. 261(1), which provides for payment of rebate where tax paid by mistake—Remission order enacted on recommendation of M.N.R., pursuant to Financial Administration Act (FAA), s. 23(2)—FAA thus governing legislation—Neither FAA nor remission order providing for payment of interest—Words "or otherwise" in ETA, s. 261(1) not incorporating remission payments pursuant to FAA into ETA—For provision to have extra-legislative application, must say so—In absence of statutory provision imposing obligation to pay interest, no such obligation—Legislative decision-making not subject to known duty of fairness, not open to Court to interfere—Applicant, relying on FAA, s. 23(6), requested prejudgment interest pursuant to Crown Liability and Proceedings Act, s. 31—Argued July 6 order "order for the payment of money"—Request rejected—FAA, s. 23(6) ensuring Crown cannot attempt to recover debt after remission granted—July 6 order not "order for the payment of money" because not giving monetary relief to one party from another—Declaration of entitlement to money not having same effect (as order for payment of money)—In any event, only "order for payment of money" available on judicial review one that addresses costs—July 6 order not ordering Minister pay monetary amount to applicant—Motion dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 261(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12)—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 23(6) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 7)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 31 (as am. *idem*, s. 31; 2001, c. 4, s. 51; 2002, c. 8, s. 182(1)(k)).

JANDA PRODUCTS CANADA LTD. V. M.N.R. (T-1507-03, 2004 FC 1516, Layden-Stevenson J., order dated 27/10/04, 13 pp.)

**ELECTIONS**

Judicial review of Chief Electoral Officer (CEO)'s December 7, 2003 decision accepting merger application made pursuant to Canada Elections Act, s. 400 and adding Conservative Party of Canada to registry of parties, and December 17, 2003 decision declining to reconsider that decision—Applicant's argument procedural fairness denied because applicant not given opportunity to make submissions to CEO before merger application decision, rejected in light of CEO's role (set out at Act, s. 16), nature of decision—Applicant's argument merger resolution improper because agreement in principle (AIP) between Progressive Conservative Party (PC Party), Canadian Reform Conservative Alliance Party silent about merger rejected—Assessment of relevance of compliance by PC Party with AIP within CEO's discretion, whose task is to satisfy himself statutory requirements met by merging parties—Common-law rules concerning regulation of activities, conduct of registered

**ELECTIONS—Concluded**

parties supplanted by requirements of Act, which confers authority to regulate such conduct on CEO—Process followed by PC Party leader, CEO's response, respecting democratic process pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 as PC Party members, applicant, had opportunity to vote upon resolution, and majority voted in favour—Respondent correct to object to review of CEO's decision not to reconsider decision, as only one decision can be subject of review application—In any event, CEO did not err in refusing to reconsider decision—Also no statutory obligation on CEO to do so—CEO did not err in proceeding without soliciting, entertaining applicant's submissions—Remedy lay in making submissions to PC Party—CEO's decision merger application complied with statutory requirements finding of fact beyond judicial intervention as that finding supported by evidence—Applicant's argument merger resolution improper because contrary to PC Party constitution rejected—Within CEO's authority to determine PC Party constitution not relevant—Compliance with constitution not CEO's responsibility but internal matter for PC Party to resolve—CEO required to satisfy himself merger application submitted on timely basis, as required by Act, s. 400(1), i.e. application submitted "at any time other than during the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day"—Based on Court's interpretation of Act, s. 400, CEO erred by amending registry of parties on same day merger application made without waiting 30 days to ensure no election writ would be issued—Court nevertheless exercising discretion not to grant remedies sought by applicant (i.e. order quashing CEO's decision, reinstating PC Party on registry) on basis no writ for election issued in 30 days following CEO's decision, CEO's error thus having no material effect—Application dismissed—Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 16, 400—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.

STEVENS V. CONSERVATIVE PARTY OF CANADA (T-2465-03, 2004 FC 1628, Heneghan J., order dated 19/11/04, 40 pp.)

**EMPLOYMENT INSURANCE**

Judicial review of umpire's decision (CUB 59682), dated November 7, 2003, that respondent eligible for employment insurance benefits—To be eligible for benefits, person committing violation in 260 weeks prior to claim requiring additional insurable hours—Respondent claiming benefits more than 260 weeks after violation, but less than 260 weeks after Employment Insurance Commission issued notice of violation—Whether 260-week period running from date of violation, or date notice of violation issued—Words "accumulates a violation" in Employment Insurance Act, s.

**EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

7.1(1), defined in s. 7.1(4)—Act, s. 7.1(4) making it clear claimant "accumulates a violation" when notice of violation issued—Notice of violation thus determining date when 260-week period commences—To conclude otherwise contrary to Parliament's intention—*Canada (Attorney General) v. Geoffroy* (2001), 273 N.R. 372 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Limosi*, [2003] 4 F.C. 481 (C.A.) distinguished—Respondent ineligible for benefits when claim made—Application allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 7.1(1),(4).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. SZCZECH (A-145-04, 2004 FCA 366, Evans J.A., judgment dated 28/10/04, 6 pp.)

**INCOME TAX****PRACTICE**

Appeal from Federal Court refusal to allow Minister of National Revenue (appellant) to ask Toronto Dominion Bank (respondent) to provide information relating to unnamed person under Income Tax Act, s. 237.1—During investigation, Minister learning tax debtor had received cheque for \$10,000 payable to him and tax debtor endorsing, depositing cheque in account at Bank—Appellant sending Bank requirement for information, Bank categorically refusing to comply—Requested information in dispute: name of holder of account and any other information by which holder may be identified—S. 231.1(2) applicable since respondent "third party" required to provide information and holder of account "unnamed person" concerned in information—Accordingly, prior judicial authorization required—Appellant's argument could act without judicial authorization because, without knowing account holder, could not satisfy s. 231.2(3)(b) requirements by saying information required to verify compliance by account holder with any duty or obligation under Act, rejected—Purpose of s. 231.2(2) to protect both third party, person concerned—Person concerned entitled to have privacy respected to extent provided by law—Parliament limiting Minister's power and requiring Minister to obtain prior judicial authorization, once conditions mentioned in s. 231.2(3)(a), (b) met, specifically to achieve two-fold objective—Accepting appellant's interpretation of s. 231.2 would invalidate s. 231.2(2), (3) since appellant would obtain under s. 231.2(1) information concerning unidentified persons once appellant not investigating or saying not investigating those persons—Purpose of s. 231.2(2), (3) to protect unidentified persons not being investigated while making possible, in interests of justice, collection of information on persons in fact under investigation—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.2, 237.1.

M.N.R. V. TORONTO DOMINION BANK (A-71-04, 2004 FCA 359, Décary J.A., judgment dated 25/10/04, 5 pp.)

## LABOUR RELATIONS

Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision dated May 14, 2003 (incorporation decision) incorporating award made by arbitrator on September 25, 2001, and of decision dated December 24, 2003 (reconsideration decision) dismissing applicant's request to quash incorporation decision—In 2000, Air Canada (AC) purchased Canadian Airlines International Ltd. (CAIL), merged two companies—AC's sales, service employees represented by applicant union (Local 2213); CAIL's sales, service employees represented by respondent union (Local 1990)—In September 2000, AC, CAIL found to comprise single employer—In January 2001, Board placed sales, service employees from Locals 1990, 2213 in new bargaining unit represented by Local 2213—Local 1990 agreed to adopt most of Local 2213's collective agreement with AC, but paragraph dealing with seniority controversial—Parties agreed to submit matter to arbitrator, whose decision to be incorporated into order of Board—Arbitrator decided to dovetail (integrate seniority so that affected employees bring seniority with them) customer service employees of both groups on basis dovetailing norm in industry, fair in all circumstances—That decision incorporated as previously agreed—Review of incorporation decision, arbitrator's award, depending on review of reconsideration decision—Basic principle that seniority integrations be fair, equitable, consistent with productive, sound labour relations, take into consideration particular facts of situation—Here, arbitration interest-based, no automatic approach or preferred formula—Arbitrator, Board did not err in using flexible approach rather than applying specific principles—Arbitrator's failure to set date for integrating seniority lists not error—Such date not necessary as seniority dovetailed according to individual's seniority date, not affected by date of integration—Board not erring in assessment of impact of dovetailing on Local 2213—Board aware of conflicting evidence, found impact not unacceptable—That finding not clearly irrational—Reconsideration decision not patently unreasonable—Applications dismissed.

CANADIAN AUTO WORKERS, LOCAL 2213 v. NATIONAL AUTOMOBILE, AEROSPACE, TRANSPORTATION AND GENERAL WORKERS' UNION OF CANADA (CAW-CANADA) (A-261-03, A-36-04, 2004 FCA 348, Linden J.A., judgment dated 22/10/04, 16 pp.)

## PENITENTIARIES

Judicial review of decision by independent chairperson that applicant, prisoner at Millhaven Institution, guilty of possession of "shank" contrary to Corrections and Conditional Release Act, s. 40(i) (possession of contraband)—Chairperson's finding applicant's actual or constructive knowledge of shank irrelevant one of law, reviewable on standard of correctness—Act, s. 43 imposing burden of proof

## PENITENTIARIES—Concluded

beyond reasonable doubt—Correct legal test for possession of contraband: proof that accused having knowledge, care, control of contraband beyond reasonable doubt—Actual knowledge usually established by inference from surrounding facts—Constructive knowledge legal test, not method of proof—Chairperson's statement thus incorrectly holding existence of two tests (actual, constructive)—Decision should be quashed on basis incorrect statement of law—Insufficient evidence to establish beyond reasonable doubt applicant knowingly had possession of shank—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 40(i).

TAYLOR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-527-04, 2004 FC 1536, Phelan J., order dated 1/11/04, 6 pp.)

## PRACTICE

### DISCOVERY

#### *Production of Documents*

Motion by Crown for production of documents dealing with plaintiffs' knowledge, expectations as to royalty rate required to pay—Motion brought in context of action by plaintiffs, holders of petroleum production licence, seeking vacation of royalties assessment on basis improperly calculated—Although possible to conclude that since defendant allowed to amend defence to plead rescission of licence, there exists sufficient support for relevancy of document bearing on knowledge, expectations as these concepts part of test for rescission of contract, further analysis of relevancy, usefulness of material requested necessary—Plaintiffs' submission defence not raising issue of contract rejected as no longer necessary to select form of action, to exclusion of others, in pleading—Here, sufficient that defence sets out particulars of underlying document, facts leading to named alternative reliefs—Nature of a licence, remedies where mistake, reviewed—Rescission, as equitable remedy, depending in part upon establishing actual or constructive knowledge of non-mistaken party as to alleged mistake—Parol evidence rule not preventing extrinsic evidence from being used where mistake at issue in context of invalidating contract—Crown's mistake, plaintiffs' knowledge, actual or constructive, relevant—Actual constructive knowledge of proper royalty rate relevant, as enforcement of contract should be denied where parties seeking to enforce contract having no reasonable expectation of particular benefit—Here, documents requested by defendant reasonably supposed to contain information enabling defendant to demonstrate plaintiffs' knowledge, expectations, assumptions, calculations or projections of applicable royalty rate—Federal Court Rules, s. 233 requiring production of relevant documents—Based on case law, relevance not matter of discretion but legal principle requiring party to produce documents which may enable party requiring

**PRACTICE—Continued**

production to advance own case, damage case of adversary—Relevance to be assessed in light of issues raised in pleadings, yet construed generously or with fair latitude—Scope of examination for discovery governed by issues raised in pleadings—Here, knowledge clearly defined as factor leading to rescission—Documents requested may allow defendant to advance case for rescission, thus relevant—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, s. 233.

ALTAGAS MARKETING INC. v. CANADA (T-85-03, 2004 FC 1682, Hargrave P., order dated 30/11/04, 17 pp.)

**EVIDENCE**

Appeal by Rhoxal from Prothonotary's order allowing Pfizer to file new testing and affidavit evidence—In response to Rhoxal's notice of allegation, Pfizer served notice of application, claiming dihydrate crystalline form of azithromycin more stable than monohydrate form, conversion of monohydrate to dihydrate occurring during large-scale manufacturing of azithromycin tablets—Pfizer filing expert's affidavit, but expert conducting no testing on Rhoxal's samples—Rhoxal filing affidavit of own expert, who conducted x-ray powder defraction analysis and other tests—Following cross-examination of Rhoxal's expert, during which several inconsistencies came to light, Pfizer moved to file further affidavits—Whether Prothonotary applied incorrect test—In *Salton Appliances (1985) Corp. v. Salton Inc.* (2000), 4 C.P.R. (4th) 491 (T.D.), Federal Court holding that when considering Federal Court Rules, 1998, s. 84(2) application, regard must be had to relevancy of affidavit, absence of prejudice to opposing party, assistance to Court, overall interest of justice—Here, Pfizer relying on s. 312, but both ss. 84(2), 312 argued before Prothonotary—Because both sections yielding similar interpretations, Prothonotary's failure to explicitly mention s. 84(2) of no import—Prothonotary properly applied *Salton* test—Whether Prothonotary committed error in principle, misapprehended facts—Prothonotary wrong to say Pfizer's new evidence responding to completely new information raised by Rhoxal's expert—Although expert's testimony differing from his affidavit or statements, which may affect weight given to affidavit, that testimony not amounting to completely new information—Prothonotary's findings Pfizer's affidavits to be introduced not containing evidence that could have been submitted previously, and that evidence to be introduced not amounting to splitting of evidence by Pfizer, difficult to support—Although Pfizer could not predict way in which Rhoxal's expert would conduct test of tablet samples, it could nevertheless have conducted own test—Prothonotary also wrong to hold Pfizer not remedying evidence *post hoc*, as Pfizer now seeking to repair deficiency, i.e. absence of testing—To allow Pfizer to introduce new affidavits would substantially improve its evidence after cross-examinations,

**PRACTICE—Continued**

which, as set out in *Salton*, it cannot do—Court's interest in having fullness of pertinent evidence available cannot be used as shield to cover failures to put available information before affiants on cross-examination or as cloak to permit splitting of evidence—Prothonotary thus acting on misapprehension of facts—Appeal allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, ss. 84(2), 312.

PFIZER CANADA INC. v. RHOXALPHARMA INC. (T-807-03, 2004 FC 1685, von Finckenstein J., order dated 1/12/04, 11 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion to strike out statement of claim alleging patent infringement on ground constituting abuse of process—Plaintiff alleging defendants personally liable for acts of infringement of two companies under their control—Also alleging defendants inducing third parties to infringe plaintiff's patent—Plaintiff instituting earlier related action against two companies regarding same patent—Plaintiff owner of patent relating to rock anchor used in mining operations, methods and devices for producing same—Bringing present action regarding same patent, seeking same relief as in related action on ground possible injunction, restraining order against company ineffective—Although knowing of defendants' personal involvement in directing companies' actions well before related action instituted, plaintiff neither taking any steps to amend pleadings in related action nor moving to add plaintiffs as defendants under Federal Court Rules, 1998, r. 104, despite canvassing defendants' degree of control over companies during examinations for discovery in related action—R. 104 governing joinder of parties, providing Court may order person who ought to have been joined as party be added as party—Court considering propriety of bringing separate proceedings against different parties in *Vogo Inc. v. Acme Window Hardware Ltd.* (2004), 256 F.T.R. 37 (F.C.)—In *Vogo*, Court dismissing appeal from prothonotary's order refusing to strike statement of claim, allowing consolidation of actions to avoid multiplicity of proceedings, promote expeditious and inexpensive determination—*Vogo* involving particular fact situation where two proceedings not yet beyond discovery stage—In *Vogo*, consolidation of two proceedings not resulting in prejudice to defendants in either action—*Vogo* not to be viewed as Court's endorsement of practise of bringing multiple proceedings—Pre-trial conference already conducted in related action in present case—Consolidation order potentially jeopardizing trial dates in related action since present action only at pleading stage—Action vexatious and constituting abuse of Court's process since two separate actions brought involving same patent, same issues and seeking injunctive relief against same parties

**PRACTICE—Continued**

—Action dismissed without prejudice to plaintiff's right to seek leave to amend related proceeding—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 104.

GARFORD PTY. LTD. V. VILGREN (T-1291-04, 2004 FC 1550, Lafrenière P., order dated 3/11/04, 9 pp.)

Motion by respondents to strike application for judicial review of procurement process conducted by Public Works and Government Services Canada for contract to supply helicopters to Armed Forces, and motion by applicant for declaration application timely, or for extension of time to apply for judicial review—On July 23, 2004, applicant submitted proposal to supply helicopters—Contract awarded that same day to respondent Sikorsky International Operations, Inc.—Applicant sought answers to number of questions about decision from Public Works, which only responded on August 23—This application commenced September 1—Applicant alleging decision awarding contract to respondent Sikorsky made in bad faith, Minister of Public Works biased against applicant, evaluation process controlled, interfered with—Respondents seeking to have application struck on basis out of time, barred because adequate alternative statutory remedy, i.e. possible to file complaint with Canadian International Trade Tribunal (CITT)—Adequate alternative remedy if that doctrine so clearly applies as to render judicial review application bereft of any chance of success—Factors to consider: (1) powers, nature of alternative body; (2) nature of error; (3) convenience of alternative remedy; (4) legal framework out of which matter arises; (5) burden of previous finding; (6) expeditiousness; (7) costs—CITT having jurisdiction to conduct inquiry into complaint by potential supplier concerning any aspect of procurement process re: designated contract proposed to be awarded by government institution—CITT's procurement review process only applying if applicant "Canadian supplier" as defined in Agreement on Internal Trade—Insufficient facts for Court to determine whether applicant "Canadian supplier", whether adequate alternative remedy doctrine applying so as to render judicial review application bereft of any chance of success—Court not agreeing with applicant's other arguments as to why CITT procurement review process not adequate alternative remedy, i.e. that there must be interprovincial aspect to complaint, that CITT procurement review process not applying to common law duty of fairness in process, law of bias, as F.C.A. having found, in *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 264 N.R. 49, CITT's procurement review jurisdiction including duty of fairness, impartiality, right to raise reasonable apprehension of bias—CITT having broad powers, adequate alternative remedy for applicant's complaint if finds applicant "Canadian supplier"—Extension of time to file judicial review application of July 23 decision granted, as (1)

**PRACTICE—Continued**

applicant's allegations of bad faith warranting proper hearing, extension necessary to do justice between parties; (2) arguable case raised; (3) delay justified in light of Public Works' failure to respond in timely fashion to applicant and evidence of Agusta's continued intent to challenge procurement; (4) 10-day extension of procurement process will not prejudice parties as procurement process stretches back many years—In light of fact Public Works earlier told applicant of objection to CITT's jurisdiction to hear complaint, applicant's status as "Canadian supplier" previously questioned by CITT, applicant not registered as Canadian supplier since 2000 and not operating in Canada, and Public Works not making commitment not to object to jurisdiction, applicant had reasonable basis not to file complaint with CITT—Parties and Court agreeing CITT appropriate forum in this case—Applicant to file complaint with CITT—If CITT finds has jurisdiction, judicial review will be stayed—Motion to strike adjourned *sine die*.

AGUSTAWESTLAND INTERNATIONAL LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1605-04, 2004 FC 1545, Kelen J., order dated 3/11/04, 33 pp.)

**PRIVILEGE**

Solicitor-client privilege—Application seeking release of entire memorandum on basis not protected by privilege—Excised paragraphs of memorandum over which privilege claimed prepared by legal counsel for Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC)—Privilege applying not only where legal advice given to clients by legal practitioners in private or criminal law realm, but also by in-house, government counsel—Courts recognizing importance of legal counsel in advising governmental decision makers—Only communications by in-house, government counsel in their capacities as lawyers privileged—That determination assessed on case-by-case basis, depending on nature of relationship, subject-matter of advice, circumstances in which sought, rendered—Here, excised paragraphs passed to CRTC through its Telecommunications Directorate—Necessary to determine whether Directorate third party or agent of CRTC as advice disclosed to third party may lose privileged status whereas advice communicated through agent normally treated as advice to client—Telecommunications Directorate not third party, as CRTC relies on Directorate to obtain legal advice and forward it to responsible officials—Telecommunications Directorate acting on behalf of CRTC, thus akin to agent—Excised paragraphs written by legal counsel in capacity as lawyer, containing legal advice—That advice intended to be confidential, as demonstrated by word

**PRACTICE—Concluded**

“Protected” appearing at top of memo—Excised paragraphs privileged—Application dismissed.

TELUS COMMUNICATIONS INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-364-04, 2004 FCA 380, Linden J.A., order dated 12/11/04, 9 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Cross-motion by appellant to extend time to file notice of appeal from decision of Competition Tribunal—Notice filed 27 days after Tribunal’s order—Competition Tribunal Act, s. 13(1) providing that order from Tribunal to be treated as judgment of F.C.—Pursuant to Federal Courts Act, s. 27(2)(a), time for filing notice of appeal within 10 days after pronouncement of interlocutory decision—In any other case time is 30 days pursuant to s. 27(2)(b)—Whether order interlocutory, final depending on its character, effect—Appeal herein from order granting leave—Such order interlocutory as not determining substantive rights of parties—Notice of appeal thus filed out of time—Considerations on application to extend time summarized in *Sim v. Canada* (1996), 108 F.T.R. 291 (F.C.T.D.)—Respondent’s argument sufficient evidence in record for Court to exercise own discretion: leave application rejected because (1) material before Court not including evidence before Tribunal; (2) appellant need show only arguable issue, not that it will be successful; (3) Court not in position to determine how appeal panel might exercise discretion—*La-Z-Boy* demonstrating appeal has merits—Respondent’s argument that prejudiced by unrecoverable costs of appeal rejected, as such prejudice not resulting from granting of extension—Where criteria for granting extension, particularly that there is merit to appeal, satisfied, in interests of justice that extension be granted—Motion granted—Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 130)—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 27(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, ss. 7, 78 (E); 2002, c. 8, s. 34).

LA-Z-BOY CANADA LTD. v. ALLAN MORGAN AND SONS LTD. (A-115-04, 2004 FCA 368, Rothstein J.A., order dated 1/11/04, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

Appeal from Federal Court (F.C.) order ((2003), 244 F.T.R. 124) dismissing application for judicial review of Adjudicator’s March 20, 2002 decision—Appellant, whose employment governed by Financial Administration Act (FAA)

**PUBLIC SERVICE—Continued**

and Public Service Staff Relations Act (PSSRA) suspended, then terminated from Department of National Defence (DND)—Adjudicator allowing grievance with respect to termination, awarding six months’ compensation in lieu of reinstatement—F.C. applying patently unreasonable standard of review to dismiss application for judicial review of that decision—S.C.C., in appeal dealing with competence of Alberta arbitration board, more recently applying reasonableness *simpliciter* standard of review—Not necessary to determine which standard appropriate here as Adjudicator’s decision patently unreasonable—In cases under Canada Labour Code, F.C.A. upholding decisions where compensation ordered in lieu of reinstatement—Crown arguing that jurisdiction of adjudicator appointed under PSSRA substantially same as that of adjudicator appointed under Code, Part III—No reference made to provisions in FAA, PSSRA suggesting Adjudicator having remedial powers similar to those found in Code—No evidence Treasury Board, which has primary responsibility for matters of personnel management in public service, having established standards, guidelines justifying remedy devised by Adjudicator—Crown providing no answer to appellant’s argument FAA, s. 11(4) depriving DND of lawful authority to terminate employment except for cause—Adjudicator ignoring FAA, s. 11(4)—No law giving Adjudicator authority to impose monetary payment in lieu of reinstatement referred to—Adjudicator’s findings should have led to appellant’s reinstatement—Appeal allowed—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(4) (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 81)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.

GANNON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-43-04, 2004 FCA 417, Malone J.A., judgment dated 7/12/04, 12 pp.)

**PRACTICE**

Judicial review of Public Service Commission’s decision denying request for leave of absence without pay to allow applicant to seek nomination and stand as candidate in 2004 federal election—Applicant currently employed as Counsel in Environmental and Regulatory Prosecutions in federal Department of Justice—Applicant submitting request for unpaid leave of absence under Public Service Employment Act, s. 33(3) to seek nomination as candidate for riding of St. Catharines, Ontario, in 2004 federal election—S. 33(3) of Act providing Commission may grant employee leave of absence without pay to seek nomination as candidate and be candidate for election if Commission believing usefulness of employee to public service would not be impaired by reason of employee having been candidate—Applicant’s superiors supporting request for leave of absence—Deputy Minister of Justice not



**PUBLIC SERVICE—Continued**

of view applicant exercising considerable power in very public, visible way over people in riding and no reason to deny applicant's leave of absence request—Commission e-mailing applicant's superior to request clarification regarding responsibilities listed in applicant's job description—Commission subsequently advising applicant request for leave of absence denied because applicant occupying position with significant public visibility and degree of authority—Consequently applicant not seeking nomination as candidate in federal election—Whether application moot and should be considered on merits—Test for mootness involving two branches: whether required tangible and concrete dispute between parties has disappeared and, if so, whether Court should exercise discretion to hear case anyway—No longer concrete dispute between parties herein—Applicant's purpose for requesting leave of absence to allow her to seek nomination for candidacy and possibly run for office in 2004 federal election but purpose no longer existing since election took place—Court still having discretion to hear case on merits in appropriate circumstances—As to exercise of discretion, Court should examine whether adversarial context prevails; whether decision under review will have some practical effect on rights of parties and not be waste of judicial resources; whether judgment by Court seen as intrusion into legislative branch of government—Adversarial context existing where case vigorously and fully argued by parties—Parties in present application maintaining adversarial stance and arguing positions with determination—Relief sought by applicant having no practical effect on rights since applicant no longer requiring leave of absence for 2004 federal election—Court may choose to expend judicial resources to hear case of recurring nature but evasive of review—Present application evasive of review because of strict timelines involved—However, future cases involving request for leave of absence to seek nomination not necessarily evasive of review—Court's discretion may also be exercised if application raises issues engaging national or public interest—Although present case implicating important values, decision very factual, applying discretely to applicant, and not engaging public interest in practical sense—Given decision by Court not having practical effect for applicant or public, judicial resources should not be expended to hear present application—Not proper role of Court to render decision having no practical effect on rights of parties and being purely academic—Application moot but merits of case addressed for appeal purposes—Appropriate standard of review of Commission's decision that of reasonableness *simpliciter*—Decision reviewed on reasonableness *simpliciter* standard only to be interfered with if not supported by reasons standing up to somewhat probing examination—Commission's reasons not standing up to somewhat probing examination and not tenable based on evidence—Commission adopting overly simplistic

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

approach in analysing employee's usefulness—While inquiry into employee's usefulness to public service must be forward looking, not reasonable for Commission to consider every remote responsibility possibly falling within scope of employee's position at some future point—Inquiry to be conducted within realistic context—Responsibilities applicant likely to have in near future should have been considered—Not sufficient for Commission to base conclusion that applicant occupied position with significant public visibility on mere statement that applicant "could be" required to act as lead counsel in important, complex or politically sensitive prosecutions—Commission should have conducted more comprehensive inquiry to determine whether applicant likely to be responsible for such cases in near future—Commission should not have set aside Deputy Minister's recommendation to grant applicant leave of absence—Applicant's superiors in best position to know scope of applicant's responsibilities and evaluate present and future visibility of applicant's position—Not reasonable for Commission to set aside recommendation without conducting own meaningful inquiry into applicant's responsibilities—Decision unreasonable—Application dismissed as moot—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33(3) (as am. by S.C. 2003, c. 22, ss. 17, 206(s)(E)).

HARQUAIL V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION)  
(T-736-04, 2004 FC 1549, Kelen J., order dated 4/11/04, 15 pp.)

**TRADE-MARKS****EXPUNGEMENT**

Registrar of Trade-marks, at request of appellant, forwarded Trade-marks Act, s. 45 notice to respondent requiring it to provide evidence of use of trade-mark with respect to each of wares within registration—In September 30, 2003 decision, hearing officer, on behalf of Registrar, deleted certain wares from registration—This was appeal from that decision—Appellant argued use of mark shown by respondent, i.e. "Omega Electronics" differed from registered trade-mark "Omega & design", did not constitute use of trade-mark *per se*—Principles, situations in which use of trade-mark by licensee constituting use of trade-mark *per se* established in *Nightingale Interloc Ltd. v. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 (TMOB)—Hearing officer's conclusion that given difference in font size, separation of mark from word "Electronics" by oblong marks, composite image constituting use of "Omega & Design" mark *per se*, not unreasonable, registered mark easily perceived—Alternatively, appellant argued additional wares should be deleted on basis unrelated to sports timing industry—Act, s. 45 intended to establish

**TRADE-MARKS—Continued**

simple, summary, expeditious procedure for clearing register of trade-marks not *bona fide* claimed by owners as active marks—Registrar's jurisdiction limited to determining whether use of mark shown, has no power to redefine statement of wares—In some cases, Court has not required use be shown in association with every ware, while in other cases, it has—Proper test combining both lines of authority: For purpose of s. 45, evidence required to show use of every ware specified in registration unless demonstrated use of particular ware(s) serving as evidence of use of entire category of wares on plain reading of registration—*Swabey Ogilvy Renault v. Entreprises Krasnow Ltée/Krasnow Enterprises Ltd.* (1997), 83 C.P.R. (3d) 259 (TMOB) example of case where boots not sufficient representative of broader category of shoes—This exercise conceptually different from assessing overbreadth,

**TRADE-MARKS—Concluded**

vagueness in wording of registration—In present instance, registration enumerating wares of scientific, technical application not for purposes of sports timing—Respondent thus failing to show use of trade-mark in association with wares described in registration because wares in question not representing all of these categories of technical, scientific applications—Hearing officer's contrary interpretation unreasonable—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232; 1994, c. 47, s. 200).

RIDOUT & MAYBEE LLP v. OMEGA SA (OMEGA AG)  
(T-2248-03, 2004 FC 1703, Tremblay-Lamer J., order dated 3/12/04, 15 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

## ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre (CUB 59682), datée du 7 novembre 2003, qui déclarait la défenderesse admissible à des prestations d'assurance-emploi—Pour être admissible à des prestations, un prestataire qui a commis une violation au cours des 260 semaines précédant sa demande doit justifier d'un nombre accru d'heures d'emploi assurable—La défenderesse a réclamé des prestations plus de 260 semaines après avoir commis une violation, mais moins de 260 semaines après que la Commission de l'assurance-emploi lui eut communiqué un avis de violation—La question est de savoir si la période de 260 semaines commence à courir à compter de la date de la violation ou à compter de celle à laquelle un avis de violation a été signifié—Les mots « s'il est responsable d'une violation » employés à l'art. 7.1(1) de la Loi sur l'assurance-emploi, sont définis dans l'art. 7.1(4)—L'art. 7.1(4) montre clairement qu'« il y a violation » quand un avis de violation est signifié—Ainsi, c'est à compter de la signification de l'avis de violation que débute la période de 260 semaines—Conclusion autrement serait contraire à l'intention du législateur—La présente affaire est distinguée d'avec les arrêts *Canada (Procureur général) c. Geoffroy* (2001), 273 N.R. 372 (C.A.F.), et *Canada (Procureur général) c. Limosi*, [2003] 4 C.F. 481 (C.A.)—La défenderesse n'était pas admissible à des prestations quand elle a présenté sa demande—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 7.1(1),(4).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SZCZECH (A-145-04, 2004 CAF 366, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 28-10-04, 7 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de laisser le demandeur entrer de nouveau au Canada—Le demandeur, un Arménien, est entré au Canada en détenant un visa de visiteur et il a par la suite revendiqué le statut de réfugié—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la revendication du statut de réfugié—La Cour a de plus rejeté

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision de la CISR—La mesure de renvoi prise à l'endroit du demandeur est devenue exécutoire—L'omission du demandeur de quitter le pays à temps a fait que la mesure d'interdiction de séjour est devenue une mesure d'expulsion suivant l'art. 52(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Depuis, après avoir présenté une demande à partir de Mexico, le demandeur a fait l'objet d'une sélection par la province de Québec, suivant un accord fédéral-provincial, en vue d'obtenir la résidence permanente—Le demandeur a reçu une lettre type de l'ambassade du Canada énonçant qu'une personne expulsée du pays ne peut y revenir qu'avec une autorisation du ministre, comme le prévoit l'art. 226 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés—Le demandeur a présenté une demande d'autorisation et l'agent du ministre a répondu en mettant en doute les raisons du séjour du demandeur au Canada et en l'accusant de ne pas avoir payé son billet d'avion pour quitter le pays—Le caractère équitable de l'audience était en cause étant donné qu'il n'y a pas eu d'échanges entre l'agent du ministre et le demandeur à l'égard de son entrée suspecte au pays et de son retard à quitter le Canada—L'autorisation du ministre est une décision discrétionnaire—Le Règlement établit que le fait que la demande d'asile a été rejetée n'influe pas sur le droit du demandeur de demander le statut de résident permanent—L'agent a mal interprété la Loi lorsqu'il a pris une décision en mettant l'accent sur un facteur non pertinent (c'est-à-dire les antécédents du demandeur au Canada) plutôt que sur la raison du départ tardif du demandeur du Canada—Le demandeur n'a pas eu une audience équitable; on aurait dû lui donner une possibilité de répondre aux préoccupations de l'agent et de démontrer que les prétentions de l'agent selon lesquelles il avait quitté le pays au frais du gouvernement étaient erronées—La règle « *audi alteram partem* » signifie que le demandeur a le droit d'être entendu, de savoir quelle preuve il doit établir et d'avoir la possibilité de répondre—La norme de la décision correcte s'applique à l'interprétation de la Loi faite par l'agent—La norme de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'agent—L'agent a exercé de façon

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

déraisonnable son pouvoir discrétionnaire puisqu'il a omis d'évaluer un facteur manifestement pertinent (la raison du départ tardif du demandeur) et de prendre en considération des restrictions, soit des renseignements à l'égard du séjour du demandeur au Canada—Pendant qu'il se trouvait au Canada, le demandeur a suivi des cours de français, il n'a jamais essayé de cacher sa véritable identité et il n'est jamais passé dans la clandestinité—Même si l'agent avait des préoccupations à l'égard des raisons pour lesquelles le demandeur avait tardé à quitter le pays, il n'aurait pas pu l'empêcher de revenir s'il avait quitté le pays à temps—La résidence permanente comporte pour le résident permanent le droit de quitter le Canada en sachant qu'il a le droit de revenir—Le fait que le demandeur puisse faire une nouvelle demande en vue d'entrer de nouveau au pays ne l'empêche pas d'exercer un recours en contrôle judiciaire—Demande accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 52(1)—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 226.

SAHAKYAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-9934-03, 2004 CF 1542, juge Harrington, ordonnance en date du 2-11-04, 17 p.)

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale ((2004), 36 Imm. L.R. (3d) 277) qui a certifié une question qui est de savoir si la Section de l'immigration doit examiner le bien-fondé des arguments du ministre pour décider s'il convient d'accepter le retrait d'une demande pour procéder à une enquête lorsqu'aucun élément de preuve de fond n'a été accepté dans le cadre de l'affaire—L'intimé est un résident permanent—Un agent d'immigration a transmis au sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration un rapport selon lequel l'intimé avait commis un acte qui constituait l'infraction criminelle de fraude selon le code criminel ukrainien—S'il avait été commis au Canada, l'acte en question aurait constitué une infraction à l'art. 362(1)c) du Code criminel, punissable d'un emprisonnement maximal de dix ans—Si l'enquête débouchait sur une décision défavorable, l'intimé pourrait être expulsé—À l'audience, le ministre a retiré sa demande pour procéder à une enquête et la Section de l'immigration a accepté le retrait—La Cour fédérale a accordé un bref de *mandamus* pour enjoindre à la Section de l'immigration de procéder à l'enquête—L'art. 5(1) des Règles de la Section de l'immigration précise qu'il n'y a pas abus de procédure si aucun élément de preuve de fond n'a été accepté—Dans ce cas, il suffit simplement d'aviser la Section de l'immigration et la personne intéressée—Autrement, l'art. 5(3) prévoit que le ministre, pour retirer sa demande, doit en faire la demande—L'art. 6 exige du ministre, s'il désire rétablir la demande de procéder à une enquête, qu'il en fasse la demande à la Section de l'immigration—Celle-ci accueille la demande s'il y a eu manquement à un principe de

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

justice naturelle ou s'il est dans l'intérêt de la justice de le faire—Le juge de la Cour fédérale a reconnu qu'aucun élément de preuve n'avait été produit (c.-à-d. des documents concernant les accusations criminelles en Ukraine), mais le fait que le ministre n'ait pas demandé le rétablissement de l'affaire après qu'une année se fut écoulée depuis le retrait constituait un abus de procédure—Suivant les Règles, le ministre n'avait qu'à aviser la Section de l'immigration et l'intimé du retrait de sa demande pour procéder à une enquête—L'affaire s'est close quand le ministre a signifié son avis de retrait—Le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en ayant apparemment réduit les procédures prévues aux art. 5 et 6 à une seule procédure—Ce n'est que lorsque le ministre demande de rétablir sa demande pour procéder à une enquête que la Section de l'immigration acquiert la compétence pour examiner la question—Malgré l'utilisation, à l'art. 6(2) des Règles, du mot « *must* » [dans sa version anglaise], la Section a le pouvoir discrétionnaire de trancher la question de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande—Ce n'est que lorsque le ministre fait une demande de rétablissement que la Section peut, si la demande est accueillie, imposer un calendrier—Il n'y a aucune distinction entre la situation de l'intimé et celle d'une autre personne qui, selon le ministre, peut faire l'objet d'une expulsion sans qu'aucune instance n'ait été introduite devant la Section de l'immigration—Appel accueilli—La réponse à la question certifiée a été négative—Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, art. 5, 6—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 362(1)c) (mod. par L.C. 2003, ch. 21, art. 5).

SHEREMETOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-287-04, 2004 CAF 373, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 4-11-04, 8 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Requête de la demanderesse qui vise à aborder les questions des intérêts et des dépens découlant d'une ordonnance en date du 6 juillet 2004 dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—La demanderesse a droit à la remise de la taxe payée relativement aux appareils automatiques—Elle vise maintenant à obtenir les intérêts sur les sommes qui lui ont été retournées par suite du décret de remise—La demanderesse n'est pas visée par l'art. 261(1) de la Loi sur la taxe d'accise (la LTA), lequel prévoit un remboursement lorsque la taxe est payée par erreur—Le décret de remise a été pris sur recommandation du M.R.N. et en vertu de l'art. 23(2) de la Loi sur la gestion des finances publiques (la LGFP)—La LGFP constitue donc la loi applicable—Ni la LGFP ni le décret de remise ne prévoient le paiement d'intérêts—L'expression « ou autrement » de l'art. 261(1) de la LTA n'incorpore pas dans celle-ci les paiements de remise effectués

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

dans le cadre de la LGFP—Pour qu'une disposition ait une application extralégislative, elle doit le prévoir—En l'absence d'une disposition législative imposant une obligation de payer des intérêts, une telle obligation n'existe pas—La prise d'une décision législative ne fait l'objet d'aucun devoir d'équité connu et la Cour ne peut pas intervenir—La demanderesse, invoquant l'art. 23(6) de la LGFP, a demandé les intérêts avant jugement en vertu de l'art. 31 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—On a fait valoir que l'ordonnance du 6 juillet constituait une « ordonnance de paiement »—Demande rejetée—L'art. 23(6) de la LGFP a pour but de s'assurer que la Couronne ne pourra pas tenter de recouvrer la dette après que la remise aura été accordée—L'ordonnance du 6 juillet ne constitue pas une « ordonnance de paiement » parce qu'elle n'est pas une ordonnance prévoyant une réparation pécuniaire payable par une partie à une autre—Une déclaration portant sur un droit à de l'argent n'a pas le même effet (qu'une ordonnance de paiement)—De toute façon, la seule « ordonnance de paiement » pouvant être accordée dans le cadre d'un contrôle judiciaire est celle qui aborde la question des dépens—L'ordonnance du 6 juillet n'ordonne aucunement au ministre de payer une somme d'argent à la demanderesse—Requête rejetée—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 261(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12)—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 23(6) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 7)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 31 (mod., *idem*, art. 31; 2001, ch. 4, art. 51; 2002, ch. 8, art. 182(1)k).

JANDA PRODUCTS CANADA LTD. C. M.R.N. (T-1507-03, 2004 CF 1516, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 27-10-04, 14 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire à la suite d'une modification apportée à l'art. 403.05 du Règlement de l'aviation canadien (le RAC), adopté en application de l'art. 4.9 de la Loi sur l'aéronautique—La demanderesse est une association d'employés dûment accréditée pour représenter les pilotes et les mécaniciens navigants au service de Air Transat—La demanderesse demande à la Cour de déclarer l'art. 403.05 du RAC invalide et inopérant; d'invalider tous les avis de révocation des avantages rattachés aux licences de techniciens d'entretien d'aéronef (TEA) délivrées aux mécaniciens navigants de la demanderesse; d'ordonner à Transports Canada d'engager un nouveau processus de consultation et de mener une nouvelle étude d'impact conformément à la Charte de gestion et procédures du Conseil consultatif sur la

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

réglementation aérienne canadienne (CCRAC)—Air Transat détient un permis d'exploitation aérienne délivré par Transports Canada en vertu du RAC—Le manuel de vol du *manufacturier* établit qu'il faut un équipage de trois personnes pour assurer la sécurité en vol d'un avion Lockheed 1011—Air Transat fait appel à ses mécaniciens navigants pour pourvoir le troisième des postes des membres de l'équipage—Air Transat est également un organisme de maintenance agréé (OMA) qui doit s'assurer que les titulaires de licences d'entretien d'aéronefs possèdent les qualifications requises pour exercer certains avantages en rapport avec la réparation et l'entretien des avions—Les mécaniciens navigants de Air Transat doivent détenir, en plus de leur licence de mécanicien navigant, une licence de mécanicien au sol et une licence de TEA—Aucun avion qui a été soumis à un travail de maintenance ne peut effectuer un décollage à moins que ce travail ait été certifié au moyen d'une certification après maintenance—Seuls les titulaires d'une licence de TEA sont autorisés à signer la certification après maintenance—Des modifications ont été apportées en octobre 1996 à la réglementation relative à la délivrance des licences de TEA—Entre décembre 1999 et mars 2000, les mécaniciens navigants qui étaient membres de la demanderesse et employés de Air Transat ont été informés que leurs avantages de certification rattachés à leurs licences de TEA avaient été révoqués et qu'ils n'étaient plus autorisés à signer une certification après maintenance—Les modifications aux exigences relatives à la mise à jour des connaissances se trouvent à l'art. 403.05 du RAC—Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) du RAC énonçait qu'aucune modification de fond n'était apportée à la réglementation, aux procédures, aux politiques et aux pratiques de l'industrie existantes quant aux licences de TEA et, par conséquent, qu'aucune incidence économique n'était prévue—Après l'entrée en vigueur des modifications apportées au RAC, Air Transat a demandé à deux reprises à Transports Canada de suspendre l'application de l'art. 403.05 de manière à permettre à Air Transat d'en mesurer les conséquences, mais ces deux demandes ont été rejetées—L'industrie a été convenablement consultée avant l'adoption de l'art. 403.05 du RAC, comme en fait foi le REIR—L'art. 4.9 ne renferme aucune exigence d'une consultation avec les intéressés faite préalablement à l'adoption d'un règlement—Le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire de prendre un règlement et la Cour doit faire preuve d'une grande retenue—Le public ne peut pas exiger l'application des directives de politique énoncées dans le Projet de réglementation fédérale et la Charte de gestion et procédures du CCRAC—On ne pouvait pas s'attendre légitimement à être consulté et l'art. 403.05 du RAC n'est pas invalide—Pour que la Cour puisse délivrer un bref de *mandamus* forçant Transports Canada à procéder à une nouvelle consultation, la demanderesse devait satisfaire à toutes les exigences énoncées

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

dans la jurisprudence—Vu la conclusion que le gouverneur en conseil n'a aucune obligation légale de consulter avant de prendre un règlement, la demanderesse n'a pas satisfait à l'exigence d'une obligation légale d'agir qui ait un caractère public—L'art. 403.05 du RAC est valide et porte précisément sur ce qui est requis d'une personne pour qu'elle puisse continuer d'exercer ses avantages de TEA et signer les certifications après maintenance—Cette disposition est claire et ne nécessite aucune interprétation—La norme de contrôle qui s'applique aux facteurs que Transports Canada utilise pour déterminer ce qui constitue des connaissances à jour est la décision manifestement déraisonnable—Le règlement a pour objectif la sécurité du public et ne vise pas seulement les droits de la demanderesse—Transports Canada est davantage en mesure de savoir ce qui doit être exigé des mécaniciens navigants en matière de sécurité et de maintenance des aéronefs que l'est la Cour—Ces exigences sont plus une question de fait qu'une question de droit—Il faut faire preuve de retenue quant au pouvoir de Transports Canada de déterminer quelles sont les exigences auxquelles les titulaires de licences de TEA doivent se conformer en matière de mise à jour des connaissances pour conserver leur licences et si ces exigences sont satisfaites—L'art. 403.05 du RAC ne doit pas être interprété de manière à reconnaître que les mécaniciens navigants de la demanderesse satisfont à toutes les exigences—Demande rejetée—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4.9 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 33, art. 1; 1992, ch. 4, art. 7)—Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433, art. 403.05.

ASSOC. DES PILOTES DE LIGNES INTERNATIONALES C. URBINO (T-1701-02, 2004 CF 1387, juge Pinard, ordonnance en date du 4-11-04, 13 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (l'ACFC)—La demanderesse est une filiale en propriété exclusive de la Banque MBNA Amérique, chef de file dans le domaine de l'émission de cartes de crédit MasterCard parrainées par une autre entreprise et un des plus grands prêteurs indépendants au monde au moyen de cartes de crédit—L'ACFC est une agence fédérale dont la mission est de superviser les institutions financières pour s'assurer qu'elles se conforment aux dispositions visant les consommateurs suivant diverses lois—La demanderesse a offert des cartes de crédit par la poste à certains consommateurs potentiels en leur proposant un taux d'intérêt annuel usuel aussi bas que (ABQ) 9,99 %, selon le degré de solvabilité du consommateur—L'ACFC s'est adressée à la demanderesse pour vérifier si elle se conformait aux dispositions législatives concernant les exigences relatives au coût d'emprunt pour les prêts sur cartes de crédit et elle a entrepris une étude plus détaillée des documents relatifs à son

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

offre de taux ABQ—L'ACFC a informé la demanderesse que son offre de taux ABQ n'était pas conforme à l'art. 11(1) du Règlement sur le coût d'emprunt (banques) parce que l'offre ne faisait pas état d'un taux d'intérêt réel ou usuel au moment de la présentation de la demande de crédit—Un procès-verbal a été transmis invitant la demanderesse à présenter des observations quant à la violation alléguée—Le commissaire a joint les motifs de sa décision au procès-verbal transmis à la demanderesse—L'art. 22(3) de la Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada (Loi sur l'ACFC) exige que le commissaire indique dans le procès-verbal la pénalité qu'il a l'intention d'imposer et qu'il examine, avant de déterminer selon la prépondérance des probabilités, s'il y a eu une violation de la Loi—La « contravention alléguée » et la proposition d'une pénalité de 75 000 \$ que l'on trouve dans les motifs du commissaire n'enlèvent rien au fait qu'il s'agissait d'une décision préliminaire—Le commissaire n'a pas suivi la procédure de l'ACFC parce qu'au lieu d'accorder une audience équitable à la MBNA, il lui a plutôt reconnu un droit d'interjeter appel d'une décision qu'il avait déjà prise—Le commissaire a enfreint les règles de la justice naturelle parce qu'il a omis de tenir compte des observations de la demanderesse et de rendre ensuite sa décision finale sans parti pris pour déterminer s'il y avait lieu d'imposer une pénalité et, le cas échéant, le montant de celle-ci—Demande accueillie—Règlement sur le coût d'emprunt (banques), DORS/2001-101, art. 11(1)—Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada, L.C. 2001, ch. 9, art. 22(3).

BANQUE MBNA CANADA C. CANADA (COMMISSAIRE, AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE) (T-492-04, 2004 CF 1665, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 26-11-04, 10 p.)

**ÉLECTIONS**

Contrôle judiciaire de la décision en date du 7 décembre 2003 par laquelle le directeur général des élections (le DGE) a accepté la demande de fusion présentée conformément à l'art. 400 de la Loi électorale du Canada et a ajouté le Parti conservateur du Canada au registre des partis politiques et de sa décision du 17 décembre 2003 par laquelle il a refusé de réexaminer sa décision—Compte tenu du rôle du DGE (précisé à l'art. 16 de la Loi) et de la nature de la décision, la Cour rejette l'argument du demandeur suivant lequel le DGE a manqué à son devoir d'agir envers lui avec équité sur le plan de la procédure parce qu'il ne lui a pas offert la possibilité de faire valoir son point de vue—Rejet de l'argument du demandeur suivant lequel la résolution était entachée d'irrégularités parce que l'entente de principe conclue entre le Parti progressiste-conservateur (le parti PC) et l'Alliance réformatrice conservatrice canadienne (l'Alliance) était muette

**ÉLECTIONS—Suite**

sur la question d'une éventuelle fusion—L'évaluation de la pertinence de la question du respect, par le parti PC, de l'entente de principe relevait entièrement du pouvoir discrétionnaire du DGE, dont le rôle consiste à s'assurer que les partis fusionnants ont assumé les obligations que leur impose la Loi—Les principes de common law relatifs à la gestion des activités des partis politiques enregistrés ont été supplantés par les exigences de la Loi, qui confère au DGE le pouvoir de réglementer la conduite des partis—La procédure suivie par le chef du parti PC et la réponse du DGE respectaient le processus démocratique consacré par l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés, car le demandeur et d'autres membres du parti PC ont eu l'occasion de voter sur la résolution et la majorité des membres ont voté en faveur de la résolution—Le défendeur a raison de s'opposer au contrôle de la décision du DGE de refuser de réexaminer sa décision, car une seule décision peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire—En tout état de cause, le DGE n'a pas commis d'erreur en refusant de réexaminer sa décision et la Loi ne l'oblige d'ailleurs pas à réexaminer une décision qu'il a déjà prise—Le DGE n'a pas commis d'erreur en décidant de procéder sans solliciter ou recevoir d'observations du demandeur—Le recours ouvert au demandeur consistait à faire valoir son point de vue au parti PC—En concluant que la demande de fusion satisfaisait aux exigences de la Loi, le DGE a tiré une conclusion de fait qui échappe à l'intervention judiciaire, parce qu'elle reposait sur les éléments de preuve portés à sa connaissance—Rejet de l'argument du demandeur suivant lequel la résolution portant fusion est entachée d'irrégularités parce qu'elle était en contravention des statuts du parti PC—Le DGE avait le pouvoir de décider que les statuts du parti PC n'étaient pas pertinents—Le DGE n'est pas chargé de surveiller le respect des statuts du parti PC, qui est une question interne qu'il revient au parti PC de résoudre—Le DGE doit toutefois s'assurer que la demande a été présentée dans les délais prescrits, comme l'exige l'art. 400(1) de la Loi, c'est-à-dire « en tout temps sauf pendant la période commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin »—Compte tenu de l'interprétation que la Cour donne de l'art. 400(1), le DGE a commis une erreur en n'attendant pas que 30 jours se soient écoulés afin de s'assurer qu'aucun bref pour une élection serait délivré—La Cour exerce toutefois son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder les réparations que le demandeur réclame (une ordonnance annulant la décision du DGE et réinscrivant le parti PC au registre des partis politiques) au motif qu'aucun bref ordonnant la tenue d'une élection n'a été délivré dans les 30 jours suivant la décision du DGE, dont l'erreur ne tire pas à conséquence—Demande rejetée—Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 16, 400—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de

**ÉLECTIONS—Fin**

1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 3.

STEVENS C. PARTI CONSERVATEUR DU CANADA  
(T-2465-03, 2004 CF 1628, juge Heneghan, ordonnance  
en date du 19-11-04, 40 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

Appel d'une ordonnance ((2003), 244 F.T.R. 124) par laquelle la Cour fédérale (C.F.) a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 20 mars 2002 par un arbitre de grief—L'appelant, dont les conditions d'emploi étaient définies par la Loi sur la gestion des finances publiques (la LGFP) et par la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (la LRTFP), a été suspendu puis congédié du Ministère de la Défense nationale (le MDN)—L'arbitre a fait droit au grief relativement au congédiement et a accordé à l'appelant six mois de rémunération au lieu d'une réintégration—La C.F. a appliqué la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable pour rejeter la demande de contrôle judiciaire de cette décision—Plus récemment, la C.S.C. a, dans un pourvoi portant sur la compétence d'un conseil d'arbitrage de l'Alberta, conclu qu'une telle décision devait être examinée en fonction de la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*—Il n'est pas nécessaire de déterminer quelle est la norme applicable en l'espèce parce que la décision de l'arbitre est manifestement déraisonnable—Dans les affaires régies par le Code canadien du travail, la C.A.F. a confirmé les décisions dans lesquelles l'employeur avait été condamné à verser une indemnité plutôt qu'à réintégrer l'employé—Suivant Sa Majesté, la compétence de l'arbitre désigné en vertu de la LRTFP pour connaître d'un grief de congédiement est essentiellement la même que celle qui est conférée à l'arbitre désigné en vertu de la partie III du Code—Elle n'a cité aucune disposition de la LGFP ou de la LRTFP qui permettrait de penser que l'arbitre possède des pouvoirs de réparation semblables à ceux que l'on trouve dans le Code—Rien ne permet de penser que le Conseil du Trésor, de qui relève au premier chef la gestion du personnel de la fonction publique, a établi des normes ou des directives qui justifieraient la réparation conçue par l'arbitre dans le cas qui nous occupe—Sa Majesté n'a pas répondu efficacement à l'argument de l'appelant suivant lequel l'art. 11(4) de la LGFP prive le MDN du pouvoir légitime de mettre fin à son emploi à moins d'avoir une bonne raison de le faire—L'arbitre a ignoré l'art. 11(4) de la LGFP et Sa Majesté n'a cité aucune loi qui donnerait à un arbitre le droit de condamner l'employeur à une indemnité plutôt que de l'obliger à réintégrer l'employé lésé—Les conclusions de l'arbitre auraient dû se solder par la réintégration de l'appelant—Appel accueilli—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(4) (édicte par L.C. 1992,

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

ch. 54, art. 81)—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

GANNON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-43-04, 2004 CAF 417, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 7-12-04, 12 p.)

**PRATIQUE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la fonction publique (la Commission) dans laquelle la Commission a refusé une demande de congé sans traitement qui aurait permis à la demanderesse de poser sa candidature aux élections fédérales de 2004 et d'être éventuellement candidate—La demanderesse est à l'heure actuelle employée en qualité d'avocate aux Poursuites environnementales et réglementaires du ministère de la Justice du Canada—La demanderesse a présenté une demande de congé sans solde conformément à l'art. 33(3) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique dans le but de poser sa candidature dans la circonscription de St. Catharines en Ontario pour les élections fédérales de 2004—L'art. 33(3) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique énonce que la Commission peut accorder à un fonctionnaire un congé non payé si celui-ci souhaite se porter ou être choisi comme candidat à une élection, si elle estime que la candidature du fonctionnaire ne nuira pas par la suite à son efficacité dans la fonction publique—Les supérieurs de la demanderesse ont appuyé sa demande de congé non payé—Selon le sous-ministre de la Justice, la demanderesse n'exerçait pas un pouvoir considérable de façon visible, ni très publique, et que, par conséquent, il n'y avait aucune raison de lui refuser sa demande de congé—La Commission a envoyé au supérieur de la demanderesse un courriel dans lequel il demandait des précisions concernant certaines tâches énumérées dans la description de travail de la demanderesse—La Commission a par la suite informé la demanderesse que sa demande de congé était refusée compte tenu de la visibilité et du degré d'autorité de son poste—Par conséquent, elle ne s'est pas portée candidate à l'élection fédérale—Les questions à trancher sont celles de savoir si la demande est théorique et si la Cour devrait examiner cette affaire au fond—Le critère permettant d'apprécier le caractère théorique d'une question est double : il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et, si c'est le cas, le tribunal doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire—Aucun différend concret et tangible n'oppose les parties en l'espèce—La demanderesse souhaitait présenter sa candidature et éventuellement être candidate aux élections fédérales de 2004, mais comme les élections fédérales ont eu lieu, la demanderesse n'a plus besoin d'un congé et la raison d'être du litige a disparu—La Cour peut néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

entendre l'affaire si les circonstances s'y prêtent—Quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la Cour doit décider s'il existe un débat accusatoire, si la décision attaquée aura un effet concret sur les droits des parties et ne donnera pas lieu à un gaspillage des ressources judiciaires, et enfin, si un jugement risque de constituer un empiètement sur la fonction législative—Il y a débat contradictoire lorsque les parties ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées—Les parties à la présente demande ont participé à un débat contradictoire et ont présenté leurs arguments avec détermination—La réparation sollicitée par la demanderesse n'a aucun effet pratique sur ses droits, étant donné qu'elle n'a plus besoin d'un congé pour les élections fédérales de 2004—La Cour peut décider de consacrer des ressources judiciaires à l'examen d'une affaire qui est de nature récurrente mais qui se prête mal à un examen judiciaire—La présente demande se prête mal à un examen judiciaire à cause des délais très stricts qui en marquent le contexte—Toutefois, d'autres affaires concernant une demande de congé en vue de se porter candidat ne se prêteront pas nécessairement mal à un examen judiciaire—La Cour peut également exercer son pouvoir discrétionnaire si la demande soulève une question qui touche l'intérêt public ou l'intérêt national—La présente affaire soulève certes des valeurs importantes mais la décision est très factuelle; elle vise le cas particulier de la demanderesse et ne touche pas concrètement l'intérêt public—Étant donné que la décision de la Cour n'aurait aucun effet concret pour la demanderesse ou pour le public, il n'est pas approprié de consacrer des ressources judiciaires à l'instruction de la présente demande—Il n'appartient pas à la Cour de prononcer une décision qui n'aura aucun effet concret sur les droits des parties et qui est de nature purement théorique—Même si l'affaire est théorique, le fond de l'affaire est abordé dans le cas où une telle analyse serait utile en appel—La norme d'examen appropriée est le caractère raisonnable *simpliciter* de la décision—La décision qui est examinée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* ne doit être modifiée que si elle ne repose sur aucun motif capable de résister à une analyse assez poussée—Les motifs de la Commission ne résistent pas à une analyse assez poussée et ne sont pas justifiés par les preuves—La Commission a utilisé une méthode trop simpliste pour effectuer son analyse sur la possibilité que le congé du fonctionnaire nuise à la fonction publique—Bien que l'enquête doit être axée sur l'avenir puisqu'il s'agit de savoir si le retour du fonctionnaire dans son poste ne nuira pas à son efficacité, il n'est pas raisonnable que la Commission ait envisagé toutes les responsabilités que le fonctionnaire serait susceptible d'exercer à un moment donné, même si cela est peu probable—L'enquête doit être effectuée dans un contexte réaliste—La Commission aurait dû tenir compte des responsabilités qui auraient pu être attribuées à la demanderesse dans un avenir proche—La Commission ne pouvait pas se contenter de fonder sa conclusion sur le fait que



**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

la demanderesse occupait un poste ayant une visibilité publique importante pour la simple raison qu'elle était « susceptible » d'agir en tant qu'avocat principal dans des poursuites importantes, complexes ou de nature politiquement sensible—La Commission aurait plutôt dû effectuer une enquête plus globale pour déterminer s'il était probable que des dossiers de ce genre soient confiés à la demanderesse dans un proche avenir—La Commission n'aurait pas dû écarter la recommandation du sous-ministre d'accorder à la demanderesse un congé sans traitement—Les supérieurs de la demanderesse sont les mieux placés pour connaître l'étendue des responsabilités de la demanderesse et pour évaluer la visibilité de son poste, actuel ou futur—Il aurait été raisonnable que la Commission n'écarte la recommandation du sous-ministre qu'après avoir elle-même procédé à une enquête approfondie sur les responsabilités de la demanderesse—La décision est déraisonnable—La demande est théorique et sans objet; elle est donc rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33(3).

HARQUAIL C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (T-736-04, 2004 CF 1549, juge Kelen, ordonnance en date du 4-11-04, 15 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****PRATIQUE**

Appel du refus de la Cour fédérale d'autoriser le ministre du Revenu national (appelant) à exiger de la Banque Toronto Dominion (l'intimée) qu'elle lui fournisse des renseignements concernant une personne non désignée nommément en vertu de l'art. 237.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'appelant avait appris dans le cadre d'une enquête portant sur un débiteur fiscal que ce dernier avait reçu un chèque de 10 000 \$ tiré à son ordre qu'il avait endossé et déposé dans un compte de la Banque—L'appelant a fait parvenir à l'intimée une demande péremptoire de renseignements, ce à quoi elle a refusé d'obtempérer catégoriquement—La demande de renseignements en litige portait sur le nom du titulaire du compte et tout autre renseignement permettant de l'identifier—L'art. 231.2(2) est applicable puisque l'intimée est le « tiers » dont la fourniture de renseignements était exigée et le titulaire du compte est la personne « non désignée nommément » que ces renseignements concernaient—L'autorisation judiciaire préalable était donc requise—L'argument de l'appelant, selon lequel il pouvait agir sans autorisation judiciaire (art. 231.2(1)) puisque, ne connaissant pas le titulaire du compte, il ne pouvait satisfaire aux exigences de l'art. 231.2(3)b) en se disant convaincu que la fourniture de renseignements était exigée pour vérifier si cette personne avait respecté quelque devoir ou obligation prévu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

par la Loi, a été rejeté—L'art. 231.2(2) a pour but de protéger à la fois le tiers détenteur de l'information et la personne concernée—La personne concernée a droit à ce que sa vie privée soit respectée dans la mesure prévue par les lois—Le législateur a circonscrit le pouvoir du ministre et contraint ce dernier à obtenir une autorisation judiciaire préalable, tout en remplissant les conditions à l'art. 231.2(3)a), b), précisément pour réaliser ce double objectif—Accéder à l'interprétation de l'appelant de l'art. 231.2 aurait pour effet de rendre inopérant l'art. 231.2(2), (3) puisque l'appelant obtiendrait en vertu de l'art. 231.2(1) les informations concernant des personnes non identifiées dès lors qu'il n'enquêterait pas ou dirait ne pas enquêter sur ces personnes—L'art. 231.2(2), (3) existe pour protéger les personnes non identifiées qui ne sont pas sous enquête tout en permettant que, dans l'intérêt de la justice, la collecte de renseignements puisse se faire à l'égard des personnes qui le sont—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.2, 237.1.

M.R.N. C. BANQUE TORONTO DOMINION (A-71-04, 2004 CAF 359, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 25-10-04, 5 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****RADIATION**

Le registraire des marques de commerce, à la demande de l'appelant, a fait parvenir un avis relatif à l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce à l'intimée lui enjoignant de fournir une preuve d'emploi de la marque de commerce à l'égard de chacune des marchandises que spécifiait l'enregistrement—Dans sa décision du 30 septembre 2003, l'agente d'audience, pour le compte du registraire, a radié certaines marchandises de l'enregistrement—Il s'agissait d'un appel de cette décision—L'appelant a prétendu que l'utilisation de la marque démontrée par l'intimée, à savoir « Omega Electronics » différerait de la marque de commerce enregistrée « Omega & design » et que cela ne constituait pas un emploi de la marque de commerce en soi—Les principes ou situations où l'emploi d'une marque de commerce par son licencié constitue l'emploi de la marque de commerce en soi ont été établis dans la décision *Nightingale Interloc Ltd. c. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 (COMC)—La conclusion de l'agente d'audience, selon laquelle, compte tenu de la différence de dimension de la police et de la présence de traits oblongs entre la marque et le mot « Electronics », l'image composite constituait l'emploi de la marque « Omega & Design » en soi, n'était pas déraisonnable, puisqu'on remarque immédiatement la marque déposée—Subsidiairement, l'appelant a prétendu que d'autres marchandises devraient être radiées du fait qu'elles sont étrangères à l'industrie du chronométrage sportif—L'art. 45 a pour objet d'assurer une

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

procédure simple, sommaire et expéditive pour radier du registre les marques de commerce qui ne sont pas revendiquées de bonne foi par leurs propriétaires comme des marques en usage—Le registraire n'a compétence que pour trancher la question de savoir si on a démontré l'usage de la marque et il n'a pas le pouvoir de refaire l'état déclaratif des marchandises—Dans certains cas, la Cour n'a pas exigé que l'emploi de la marque soit démontré en liaison avec toutes les marchandises, alors qu'elle l'a fait dans d'autres cas—Le critère qui s'impose combine les deux courants jurisprudentiels : pour les fins de l'art. 45, il faut établir l'emploi de toutes les marchandises décrites dans l'enregistrement, sauf si l'emploi démontré d'une marchandise en particulier peut constituer une preuve de l'usage d'une catégorie de marchandises selon une lecture normale de l'enregistrement—L'affaire *Swabey Ogilvy Renault c. Entreprises Krasnow Ltée/Krasnow Enterprises Ltd.* (1997), 83 C.P.R. (3d) 259 (COMC) est un exemple de cas où des bottes ne pouvaient représenter suffisamment la catégorie plus large de chaussures—Le présent exercice est différent, sur le plan conceptuel, d'une évaluation de la portée excessive ou de l'imprécision des termes d'un enregistrement—En l'espèce, l'enregistrement énumérait des marchandises qui ont une application scientifique ou technique, non utilisés pour les fins du chronométrage sportif—L'intimée n'a donc pas réussi à démontrer l'emploi de la marque en rapport avec les marchandises décrites dans l'enregistrement parce que les marchandises en question ne représentaient pas toutes ces catégories d'applications scientifiques et techniques—L'interprétation contraire de l'agente d'audience était déraisonnable—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 232; 1994, ch. 47, art. 200).

RIDOUT & MAYBEE LLP C. OMEGA SA (OMEGA AG)  
(T-2248-03, 2004 CF 1703, juge Tremblay-Lamer,  
ordonnance en date du 3-12-04, 16 p.)

**PÉNITENCIERS**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le président indépendant a déclaré le demandeur, un détenu de l'Établissement de Millhaven, coupable de l'infraction prévue à l'art. 40*i*) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, à savoir être en possession d'un « surin » (possession d'un objet interdit)—La conclusion du président selon laquelle la connaissance réelle et la connaissance présumée ne sont pas des facteurs pertinents est un énoncé de droit à l'égard duquel la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte—L'art. 43 de la Loi exige une preuve hors de tout doute raisonnable—En ce qui concerne la possession d'un objet interdit il faut démontrer hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait où se trouvait l'objet

**PÉNITENCIERS—Fin**

interdit et qu'il en avait la garde et le contrôle—La connaissance réelle est habituellement établie par inférence à partir du contexte factuel—La connaissance présumée est un critère juridique et non un moyen de preuve—L'énoncé du président suivant lequel il existe deux types de connaissance (la connaissance réelle et la connaissance présumée) est donc incorrect—La décision devrait être annulée au motif qu'elle repose sur un énoncé de droit erroné—La preuve ne permet pas de conclure hors de tout doute raisonnable que le demandeur avait sciemment le surin en sa possession—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40*i*).

TAYLOR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-527-04,  
2004 CF 1536, juge Phelan, ordonnance en date du  
1-11-04, 7 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Requête en vue d'obtenir la radiation d'une déclaration alléguant la contrefaçon pour le motif qu'il s'agissait d'un abus de procédure—La demanderesse a allégué que les défendeurs étaient personnellement responsables des actes de contrefaçon de deux sociétés qui relevaient de leur autorité—Elle a allégué également que les défendeurs ont incité des tiers à contrefaire son brevet—La demanderesse avait antérieurement intenté une procédure connexe contre deux sociétés relativement au même brevet—La demanderesse est la propriétaire du brevet qui vise un boulon d'ancrage utilisé dans l'exploitation minière, ainsi que des méthodes et dispositifs de production de boulon—Elle a intenté la présente action à l'égard du même brevet, en vue d'obtenir les mêmes réparations que dans l'action connexe, pour le motif qu'il était possible qu'une injonction ou une ordonnance d'interdiction obtenue à l'encontre de la société soit sans effet—Même si la demanderesse était au courant de la participation personnelle des défendeurs à la direction des actes des sociétés bien avant que l'action connexe soit intentée, elle n'a pris aucune mesure pour modifier l'acte de procédure dans l'action connexe et n'a pas non plus demandé de joindre les défendeurs comme partie à l'instance conformément à la règle 104 des Règles de la Cour fédérale (1998), malgré qu'on ait passé en revue le degré de contrôle des défendeurs sur les sociétés au cours des interrogatoires préalables dans l'action connexe—La règle 104 régit la constitution de nouvelles parties à l'instance et prévoit que la Cour peut ordonner qu'une personne qui aurait dû être constituée comme partie à l'instance le soit—La Cour a examiné le bien-fondé d'intenter des procédures distinctes contre des parties différentes dans *Vogo Inc. c. Acme Window Hardware Ltd.* (2004), 256 F.T.R. 37 (C.F.)—Dans *Vogo*, la

## PRATIQUE—Suite

Cour a rejeté un appel à l'encontre d'une ordonnance de la protonotaire qui avait refusé de radier une déclaration et permis la jonction des instances pour éviter la multiplication des procédures et favoriser une décision expéditive et économique—*Vogo* traitait d'une situation de fait particulière où les deux procédures n'étaient pas encore rendues au stade de l'interrogatoire préalable—Dans *Vogo*, la jonction des deux procédures n'a résulté en aucun préjudice aux défendeurs dans l'une ou l'autre des actions—*Vogo* ne doit pas être interprétée comme une confirmation par la Cour de la pratique de la multiplicité des procédures—Une conférence préparatoire a déjà été tenue dans l'action connexe en l'espèce—Une ordonnance de jonction d'instances pouvait compromettre les dates d'instruction de l'action connexe, du fait que la présente action n'était rendue qu'au stade des actes de procédures—L'action était vexatoire et constituait un abus de procédure devant la Cour parce que les deux actions distinctes mettaient en cause le même brevet, les mêmes questions et une demande de réparation sous forme d'injonction aux mêmes parties—L'action a été rejetée, sans préjudice des droits de la demanderesse de demander l'autorisation de modifier la procédure connexe—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 104.

GARFORD PTY. LTD. C. VILGREN (T-1291-04, 2004 CF 1550, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 3-11-04, 10 p.)

Requête présentée par les défendeurs en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire de la procédure suivie par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada pour l'adjudication d'un marché prévoyant la fourniture d'hélicoptères aux Forces armées canadiennes et requête présentée par la demanderesse en vue d'obtenir un jugement déclarant que la demande a été introduite dans les délais prescrits ou pour obtenir la prorogation du délai imparti pour présenter une demande de contrôle judiciaire—Le 23 juillet 2004, la demanderesse a présenté une soumission relativement à la fourniture d'hélicoptères—Le marché a été adjugé le même jour à la défenderesse Sikorsky International Operations Inc.—La demanderesse a cherché à obtenir des réponses à plusieurs des questions qu'elle se posait au sujet de cette décision et Travaux publics ne lui a répondu que le 23 août—La présente demande a été introduite le 1<sup>er</sup> septembre—La demanderesse affirme que la décision d'adjuger le marché à Sikorsky est entachée de mauvaise foi du fait notamment que le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux avait un parti pris contre elle et qu'il s'est immiscé dans la procédure d'évaluation, qu'il a contrôlée—Les défendeurs sollicitent le rejet de la demande au motif qu'elle a été introduite après l'expiration du délai applicable et qu'elle est irrecevable parce que la demanderesse dispose d'un autre recours approprié en vertu d'une loi fédérale, en l'occurrence

## PRATIQUE—Suite

le dépôt d'une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE)—Il existe un autre recours approprié si ce principe s'applique manifestement au point que la demande de contrôle judiciaire n'a aucune chance d'être accueillie—Facteurs applicables : 1) pouvoirs et nature de l'autre organe ou juridiction; 2) nature de l'erreur; 3) commodité de l'autre recours; 4) contexte juridique de l'affaire; 5) fardeau d'une conclusion antérieure; 6) célérité; 7) frais—Le TCCE a compétence pour enquêter sur la plainte déposée par un fournisseur potentiel concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique sur un marché accordé par une institution fédérale—La procédure de révision des marchés publics suivie par le TCCE ne s'applique à la demanderesse que si celle-ci répond à la définition de « fournisseur canadien » au sens de l'Accord sur le commerce intérieur—La Cour ne dispose pas de suffisamment de faits pour pouvoir décider si la demanderesse répond à la définition de « fournisseur canadien » ou pour dire si le principe de l'autre recours approprié s'applique manifestement au point que la demande de contrôle judiciaire n'a aucune chance d'être accueillie—La Cour ne souscrit pas aux autres arguments invoqués par la demanderesse pour affirmer que la procédure de révision des marchés publics du Tribunal ne constitue pas un autre recours approprié, en l'occurrence que la plainte doit avoir une composante interprovinciale et que la procédure de révision des marchés publics du TCCE ne s'applique ni à l'obligation d'agir avec équité qui est imposée par la common law à la procédure d'adjudication ni aux règles de droit relatives à la partialité, car dans l'arrêt *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2000), 264 N.R. 49, la Cour d'appel fédérale a statué que les pouvoirs de révision de la procédure d'adjudication des marchés publics du TCCE comprennent l'obligation d'agir avec équité, l'impartialité et le droit du soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue de formuler une allégation de crainte raisonnable de partialité—Le TCCE dispose de vastes pouvoirs et le législateur fédéral a prévu un autre recours approprié en ce qui concerne la plainte formulée par la demanderesse au sujet de la procédure de passation du présent marché si le TCCE conclut qu'elle répond à la définition de « fournisseur canadien »—La prorogation du délai imparti pour présenter la demande de contrôle judiciaire de la décision du 23 juillet est accordée car 1) les allégations de la demanderesse au sujet de la mauvaise foi justifient la tenue d'une audience en bonne et due forme et une prorogation de délai de dix jours est nécessaire pour que justice soit rendue entre les parties; 2) la demanderesse a invoqué des arguments défendables; 3) il y a des raisons qui justifient le retard, compte tenu du défaut de Travaux publics de répondre en temps utile à la demanderesse et des éléments de preuve démontrant l'intention constante de la demanderesse de contester l'adjudication du marché; 4) accorder une

**PRATIQUE—Suite**

prorogation de délai de 10 jours ne saurait causer de préjudice à qui que ce soit, puisque la procédure de passation du présent marché remonte à de nombreuses années—Étant donné que Travaux publics avait prévenu Agusta qu'il déclinerait la compétence du TCCE pour réviser l'adjudication du présent marché au motif que Agusta n'était pas un « fournisseur canadien », que le TCCE avait déjà remis en question sa compétence pour examiner la plainte déposée par Agusta au motif que celui-ci était un fournisseur étranger, que la demanderesse n'était plus inscrite depuis 2000 comme fournisseur canadien et qu'elle avait cessé ses activités au Canada et que Travaux publics avait refusé de s'engager à ne pas contester la compétence du Tribunal, la demanderesse avait des raisons valables de ne pas porter plainte plus tôt auprès du TCCE—Les parties et la Cour conviennent que le TCCE est l'organe compétent en l'espèce—La demanderesse devra déposer sa plainte auprès du TCCE—Si le TCCE se déclare compétent, la Cour suspendra la demande de contrôle judiciaire—Requête en radiation ajournée *sine die*.

AGUSTA WESTLAND INTERNATIONAL LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1605-04, 2004 CF 1545, juge Kelen, ordonnance en date du 3-11-04, 33 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Production de documents*

Requête en production de documents se rapportant aux connaissances des demanderesse ou à leurs attentes touchant le taux de redevances à payer—Requête formée dans le cadre d'une action des demanderesse, titulaires d'une licence de production pétrolière, en annulation du calcul de leurs redevances au motif de son irrégularité—On pourrait être tenté de conclure que le fait que la défenderesse ait été autorisée à modifier sa défense pour plaider la résiliation de la licence suffit à confirmer la pertinence des documents se rapportant aux connaissances et aux attentes, puisque ces concepts font partie du critère appliqué à la question de la résiliation d'un contrat, mais il faut pousser l'analyse de la pertinence et de l'utilité des documents dont la production est demandée—La Cour rejette l'argument des demanderesse selon lequel la défense ne soulève pas la question contractuelle, étant donné qu'il n'est plus nécessaire pour les plaideurs de choisir une forme d'action à l'exclusion de toutes les autres—Il suffit en l'occurrence que la défense porte une description du document en question et expose les faits susceptibles de donner lieu à des mesures de redressement expressément désignées—Examen de la nature des licences et des mesures de redressement envisageables en cas d'erreur—L'autorisation de la résiliation en tant que redressement en *equity* est

**PRATIQUE—Suite**

subordonnée en partie à l'établissement de la connaissance effective ou imputée, chez la partie qui ne s'est pas trompée, de l'erreur alléguée—La règle d'exclusion de la preuve extrinsèque n'interdit pas de recourir à une telle preuve dans les affaires contractuelles où l'erreur est invoquée aux fins d'invalidation—Pertinence de l'erreur de la Couronne et de la connaissance, effective ou imputée, des demanderesse—La connaissance effective ou imputée du taux de redevances approprié est pertinente, étant donné que l'exécution forcée d'un contrat doit être refusée à la partie qui la demande si elle ne s'attend pas raisonnablement à un avantage déterminé—En l'occurrence, on peut raisonnablement supposer que les documents dont la défenderesse demande la production contiennent des renseignements susceptibles de lui permettre d'établir les connaissances, les attentes, les suppositions, les calculs ou les prévisions des demanderesse touchant le taux de redevances applicable—L'art. 233 des Règles de la Cour fédérale prévoit la production des documents pertinents—Selon la jurisprudence, la pertinence ne relève pas d'un pouvoir discrétionnaire, mais du principe juridique suivant lequel une partie doit produire tout document susceptible de permettre à la partie qui en demande la production de faire valoir ses propres moyens ou de réfuter ceux de la partie adverse—La pertinence doit être évaluée en fonction des questions litigieuses soulevées dans les actes de procédure, mais interprétée largement ou avec une latitude raisonnable—Le cadre de l'interrogatoire préalable est délimité par les questions soulevées dans les actes de procédure—En l'occurrence, l'aspect de la connaissance est clairement défini en tant que facteur susceptible d'entraîner la résiliation—Les documents demandés peuvent permettre à la défenderesse d'étayer son argumentation en faveur de la résiliation et sont donc pertinents—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS 98-106, art. 233.

ALTAGAS MARKETING INC. C. CANADA (T-85-03, 2004 CF 1682, notaire Hargrave, ordonnance en date du 30-11-04, 17 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Secret professionnel de l'avocat—Demande de communication de l'intégralité d'une note de service au motif qu'elle n'est pas protégée par le secret professionnel de l'avocat—Les paragraphes retranchés de la note de service dont la protection est revendiquée ont été établis par un avocat-conseil du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)—Le privilège s'applique non seulement à la communication de conseils juridiques par des gens de loi à leurs clients dans les domaines du droit privé et du droit pénal, mais aussi aux avis juridiques donnés par les avocats salariés, y compris ceux de l'Administration—Les tribunaux reconnaissent l'importance du rôle des avocats-conseils pour

**PRATIQUE—Suite**

les décideurs gouvernementaux—Seules les communications à titre d'avocats des avocats salariés et des avocats de l'Administration sont protégées par le secret professionnel—Le point de savoir si la communication est protégée doit être examiné au cas par cas, compte tenu de la nature de la relation, de l'objet de l'avis et des circonstances dans lesquelles celui-ci est demandé et fourni—En l'occurrence, les paragraphes retranchés ont été transmis au CRTC par sa Direction des télécommunications—Il faut établir si la Direction est un tiers ou un mandataire du CRTC, étant donné que la communication à un tiers peut faire perdre aux conseils juridiques le bénéfice du secret professionnel de l'avocat, tandis que les conseils communiqués par l'intermédiaire d'un mandataire sont normalement considérés comme des conseils au client—La Direction des télécommunications n'est pas un tiers, puisque le CRTC lui a confié la tâche d'effectuer des consultations juridiques et de transmettre les avis ainsi obtenus aux fonctionnaires compétents—La Direction des télécommunications agit pour le compte du CRTC et est à ce titre assimilable à un mandataire—Les paragraphes retranchés ont été rédigés par un avocat-conseil en sa qualité d'avocat et contiennent des conseils juridiques—Ces conseils étaient considérés comme confidentiels, ainsi que l'atteste la mention « Protégé » apparaissant au haut de la note de service—Les paragraphes retranchés sont effectivement privilégiés—Demande rejetée.

TELUS COMMUNICATIONS INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-364-04, 2004 CAF 380, juge Linden, J.C.A., ordonnance en date du 12-11-04, 9 p.)

**MODIFICATION DES DÉLAIS**

Requête incidente présentée par l'appelante en vue de faire proroger le délai pour le dépôt de l'avis d'appel d'une décision du Tribunal de la concurrence—L'avis a été déposé 27 jours après l'ordonnance du Tribunal—L'art. 13(1) de la Loi sur le Tribunal de la concurrence dispose que les ordonnances du Tribunal doivent être considérées comme des jugements de la C.F.—Aux termes de l'art. 27(2)a) de la Loi sur les Cours fédérales, le délai imparti pour déposer un avis d'appel est de 10 jours à compter du prononcé de la décision interlocutoire—L'art. 27(2)b) prévoit que, dans le cas des autres jugements, le délai imparti est de 30 jours—Une ordonnance sera considérée interlocutoire ou définitive selon sa nature et son effet—En l'espèce, il s'agit de l'appel d'une ordonnance faisant droit à une demande d'autorisation—Cette ordonnance est interlocutoire parce qu'elle ne statue pas sur les droits substantiels des parties—L'avis d'appel n'a donc pas été déposé dans le délai imparti—Les facteurs dont il faut tenir compte dans le cas d'une demande en prorogation de délai sont résumés dans *Sim c. Canada* (1996), 108 F.T.R. 291 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—L'argument soulevé par l'intimée selon

**PRATIQUE—Suite**

lequel la preuve au dossier est suffisante pour que la Cour exerce son propre pouvoir discrétionnaire à l'égard de la demande d'autorisation est rejeté parce que 1) la documentation soumise à la Cour ne comprend pas la preuve dont était saisi le Tribunal; 2) l'appelante n'a besoin de démontrer que l'existence d'une question défendable, et non pas qu'elle aura gain de cause; 3) la Cour n'est pas bien placée pour savoir comment les juges qui entendront l'appel pourront exercer leur pouvoir discrétionnaire—La-Z-Boy a démontré le bien-fondé de son appel—L'argument de l'intimée selon lequel elle subit un préjudice parce qu'elle a engagé des frais non recouvrables est rejeté, car ce préjudice n'est pas la conséquence de l'octroi de la prorogation—Lorsqu'il est satisfait à tous les critères d'octroi de la prorogation de délai, et particulièrement à celui du bien-fondé de l'appel, il est dans l'intérêt de la justice d'accorder la prorogation—Requête accueillie—Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 13(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 130)—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 27(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7; 2002, ch. 8, art. 34).

LA-Z-BOY CANADA LTD. C. ALLAN MORGAN AND SONS LTD. (A-115-04, 2004 CAF 368, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 1-11-04, 7 p.)

**PREUVE**

Appel par Rhoxal de l'ordonnance de la protonotaire autorisant Pfizer à déposer une nouvelle preuve par affidavit ainsi qu'une preuve concernant les résultats d'analyses—En réponse à l'avis d'allégation de Rhoxal, Pfizer a fait signifier son avis de demande dans lequel elle prétendait que le dihydrate d'azithromycine cristalline était plus stable que l'azithromycine monohydratée, et que la conversion du monohydrate en dihydrate se produisait lors de la fabrication à grande échelle de comprimés d'azithromycine—Pfizer a déposé l'affidavit d'un expert, mais celui-ci n'avait soumis les échantillons de Rhoxal à aucune analyse—Rhoxal a déposé l'affidavit de son propre expert, qui a procédé à une analyse diffractométrique et à d'autres analyses—À la suite du contre-interrogatoire de l'expert de Rhoxal, au cours duquel plusieurs contradictions sont ressorties, Pfizer a demandé l'autorisation de déposer d'autres affidavits—La protonotaire a-t-elle appliqué le mauvais critère?—Dans *Salton Appliances (1985) Corp. c. Salton Inc.* (2000), 4 C.P.R. (4th) 491 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour fédérale a statué que, en analysant une demande en vertu de l'art. 84(2) des Règles de la Cour fédérale, il faut prendre en compte la pertinence de l'affidavit, l'absence de préjudice à la partie adverse, l'utilité pour la Cour et l'intérêt général de la justice—En l'espèce, Pfizer s'est fondée sur l'art. 312, mais a invoqué les art. 84(2) et 312 devant la

**PRATIQUE—Fin**

protonotaire—Puisque les deux articles donnent lieu à des interprétations similaires, il importe peu que la protonotaire ait omis de mentionner explicitement l'art. 84(2)—La protonotaire a correctement appliqué le critère établi dans *Salton*—La protonotaire s'est-elle fondée sur un mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits?—La protonotaire a eu tort de dire que la nouvelle preuve de Pfizer était une réponse à des renseignements tout à fait nouveaux présentés par l'expert de Rhoxal—Bien que le témoignage de l'expert soit différent du contenu de son affidavit ou de ses déclarations, ce qui pourrait nuire à sa crédibilité, il ne s'agit pas de renseignements tout à fait nouveaux—Il est difficile d'appuyer les conclusions de la protonotaire selon lesquelles les affidavits qui devaient être produits par Pfizer ne contiennent pas une preuve qui aurait pu être produite auparavant et que la production de la nouvelle preuve ne constitue pas un fractionnement de la preuve par Pfizer—Alors que Pfizer ne pouvait pas prévoir comment le témoin expert de Rhoxal effectuerait l'analyse des échantillons de comprimés, elle aurait pu néanmoins procéder à sa propre analyse—La protonotaire a aussi eu tort de conclure que ce n'était pas comme si on permettait à Pfizer de remédier à sa preuve après coup, car Pfizer tente maintenant de réparer son erreur, à savoir l'absence d'analyse—Autoriser Pfizer à présenter de nouveaux affidavits lui permettrait de beaucoup améliorer sa preuve après les contre-interrogatoires, ce qu'elle ne saurait faire, ainsi qu'il est établi dans *Salton*—Le principe selon lequel il est dans l'intérêt de la Cour de disposer de l'ensemble de la preuve pertinente disponible ne peut être utilisé pour se prémunir contre l'omission de déposer des renseignements dont disposaient les souscripteurs lors du contre-interrogatoire ou pour permettre le fractionnement de la preuve—La protonotaire a donc pris une décision en se fondant sur une mauvaise compréhension des faits—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 84(2), 312.

PFIZER CANADA INC. C. RHOXALPHARMA INC. (T-807-03, 2004 CF 1685, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 1-12-04, 11 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire de deux décisions du Conseil canadien des relations industrielles, la première en date du 14 mai 2003 (la décision d'incorporation) incorporant dans une ordonnance la décision rendue le 25 septembre 2001 par un arbitre, et la seconde rendue le 24 décembre 2003 (la décision de réexamen) rejetant la demande d'annulation de la décision d'incorporation présentée par la demanderesse—En l'an 2000, Air Canada (AC) s'est portée acquéreur de Lignes aériennes Canadien International Ltée (LACI) et la fusion des deux transporteurs aériens s'en est suivie—Les préposés aux ventes et aux services à AC étaient représentés par la

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

demanderesse la section locale 2213; les préposés aux ventes et aux services à LACI étaient représentés par la défenderesse la section locale 1990—En septembre 2000, le Conseil a jugé que AC et LACI constituaient un employeur unique—En janvier 2001, le Conseil a décidé que les préposés aux ventes et aux services des sections locales 1990 et 2213 seraient regroupés dans une nouvelle unité de négociation des ventes et des services devant être représentée par la section locale 2213—La section locale 1990 a convenu d'adopter la majeure partie de la convention collective de la section locale 2213 avec AC, mais le paragraphe traitant de l'ancienneté prêtait à controverse—Les parties ont décidé de soumettre l'affaire à un arbitre dont la décision serait incorporée à une ordonnance du Conseil—L'arbitre a tranché en faveur de la méthode d'imbrication (les employés touchés conservant ainsi leur ancienneté) pour les employés du service à la clientèle des deux groupes au motif que l'imbrication des listes d'ancienneté est la norme observée dans le secteur du transport aérien et que cette façon de faire était juste eu égard à toutes les circonstances—Le Conseil, tel qu'il avait été convenu, a incorporé la décision arbitrale à son ordonnance—L'issue de la demande de contrôle judiciaire de la décision d'incorporation et de la demande de contrôle judiciaire de la décision arbitrale dépendra du contrôle judiciaire de la décision de réexamen—Le principe fondamental vise à faire en sorte que l'intégration des listes d'ancienneté soit un processus juste et équitable, s'harmonisant avec des relations de travail productives et saines et prenant en compte les faits particuliers à chaque situation—Il ne semble exister ni « formule instantanée » ni « formule magique » pour l'intégration des listes d'ancienneté et en l'espèce la décision arbitrale était axée sur les intérêts—L'arbitre et le Conseil n'ont pas agi de façon erronée en ayant recours à une approche souple au lieu de principes rigides—Le défaut de l'arbitre de fixer une date pour l'intégration des listes d'ancienneté ne constitue pas une erreur—Cette date n'est pas nécessaire étant donné que l'imbrication se fait suivant la date d'ancienneté de chacun et que, par conséquent, la date à laquelle l'intégration a réellement lieu revêt peu d'importance—Le Conseil n'a pas fait erreur dans son évaluation de l'incidence de l'imbrication sur la section locale 2213—Le Conseil a pris connaissance de la preuve contradictoire concernant l'incidence et il a estimé que cette incidence n'était pas inacceptable—La conclusion du Conseil n'était pas manifestement déraisonnable—Demandes rejetées.

TRAVAILLEURS CANADIENS DE L'AUTOMOBILE, SECTION LOCALE 2213 C. SYNDICAT NATIONAL DE L'AUTOMOBILE, DE L'AÉROSPATIALE, DU TRANSPORT ET DES AUTRES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU CANADA (TCA-CANADA) (A-261-03, A-36-04, 2004 CAF 348, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 22-10-04, 19 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>