



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 2, Part 2

1994, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [1994] 2 F.C., 233-446

Renvoi [1994] 2 C.F., 233-446

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

Editorial Board

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

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

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

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Digests D-11

Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) (T.D.)..... 356

RCMP — Commissioner upholding Discharge and Demotion Board decision — Whether discharge procedure followed — Administration Manual substantially complied with and no prejudice to applicant demonstrated — Evidence need not be placed before Board *viva voce* — Board meeting requirements of independence — Commissioner's decision-making function not delegated to subordinate — Commissioner applied proper objective test in determining whether applicant suitable for position.

Continued on next page

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

Services techniques

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

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques..... F-13

Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) (1^{re} inst.)..... 356

GRC — Confirmation par le commissaire de la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation — La procédure de renvoi a-t-elle été suivie? — Le Manuel d'administration a été suivi en substance, et il n'a pas été prouvé que la requérante a subi un préjudice — Il n'est pas nécessaire de présenter une preuve testimoniale directe devant la commission — La Commission satisfait aux conditions d'indépendance — Le commissaire n'a pas délégué sa fonction décisionnelle à un subordonné — Le commissaire a appliqué le critère objectif approprié pour déterminer si la requérante était apte à occuper son poste.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Judicial review — Decision of RCMP Commissioner upholding decision of Discharge and Demotion Board — Administration Manual substantially complied with and no prejudice to applicant demonstrated — Evidence need not be placed before Board *viva voce* — Independence of Board provided for by careful, deliberate drafting of RCMP Act provisions prescribing fair, appropriate discharge procedure — Inappropriate for Court to impose additional requirements — Commissioner's decision-making function not delegated to subordinate — Commissioner applied proper objective test in determining applicant unsuitable for position.

Canada (Attorney General) v. Xuan (C.A.)..... 348

Unemployment insurance — Application to set aside Umpire's decision allowing respondent to extend qualifying period and to receive benefits under Unemployment Insurance Act, s. 7(2) — Respondent, landed immigrant, sent by employer to China on business — Passport expired while there — Detained by Chinese authorities for fourteen months — Unemployed upon return to Canada — Unemployment benefits denied as no insurable employment during qualification period — Meaning of "other similar institution" in Act, s. 7(2)(b) not restricted to building — "Words-in-total context" proper approach.

Construction of statutes — Interpretation of Unemployment Insurance Act, s. 7(2)(b) — Respondent, detained for fourteen months when in China on business trip, denied extension of qualification period as not "confined in any jail, penitentiary or other similar institution" — Umpire's broad interpretation of "other similar institution" correct — Legal interpretation requiring consideration of numerous factors — Words of Act to be read in entire context, in grammatical and ordinary sense — Meaning of word "institution" not restricted to building.

Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General) (C.A.)..... 247

Judicial review — Prerogative writs — *Certiorari* — Appeals from order of *certiorari* quashing International Trade Minister's decision allocating import quotas for hatching eggs and chicks on basis of national market share — Governor in Council placing broiler hatching eggs and chicks on Import Control List under Export and Import Permits Act — Notice to Importers including annual global quota, principles of allocation — Issuance of notice discretionary decision immune from review — Policy guidelines not regulations, useful guide only — Min-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Contrôle judiciaire — Décision du commissaire de la GRC confirmant la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation — Le Manuel d'administration a été suivi en substance, et il n'a pas été prouvé que la requérante a subi un préjudice — Il n'est pas nécessaire de présenter une preuve testimoniale directe devant la Commission — L'indépendance de la commission est assurée par la rédaction soignée et délibérée des dispositions de la Loi sur la GRC, lesquelles établissent une procédure de renvoi équitable et appropriée — Il ne convient pas que la Cour impose de nouvelles conditions — Le commissaire n'a pas délégué sa fonction décisionnelle à un subordonné — Le commissaire a appliqué le critère objectif approprié pour déterminer que la requérante n'était pas apte à occuper son poste.

Canada (Procureur général) c. Xuan (C.A.)..... 348

Assurance-chômage — Demande d'annulation de la décision du juge-arbitre prolongeant la période de référence de l'intimé et lui permettant de recevoir des prestations en application de l'art. 7(2) de la Loi sur l'assurance-chômage — L'intimé, un immigrant ayant obtenu le droit d'établissement, a été envoyé en Chine pour affaires par son employeur — Son passeport est devenu périmé pendant son séjour là-bas — Il a été détenu pendant quatorze mois par les autorités chinoises — Il était sans emploi à son retour au Canada — Il a été jugé inadmissible à des prestations d'assurance-chômage parce qu'il n'avait pas eu d'emploi assurable pendant sa période de référence — La signification des mots «autre institution de même nature» à l'art. 7(2)(b) de la Loi ne se limite pas à un édifice — Il convient d'appliquer la méthode qui consiste à «examiner les termes dans leur contexte global».

Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 7(2)(b) de la Loi sur l'assurance-chômage — L'intimé, détenu pendant quatorze mois en Chine lorsqu'il y est allé pour affaires, s'est fait refuser la prolongation de sa période de référence parce qu'il n'était pas une personne «détenue dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature» — L'interprétation large donnée aux mots «autre institution de même nature» par le juge-arbitre est correcte — L'interprétation des textes juridiques nécessite l'examen de nombreux facteurs — Les termes d'une loi doivent être interprétés selon leur contexte, dans leur acception logique courante — La signification du mot «institution» ne se limite pas aux édifices.

Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général) (C.A.)..... 247

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Certiorari* — Appels contre une ordonnance de *certiorari* qui a annulé la décision du ministre du Commerce extérieur de répartir les contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins en fonction de la part du marché national — Le gouverneur en conseil a inscrit les œufs d'incubation de poulets de chair et les poussins sur la liste des marchandises d'importation contrôlée aux termes de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation — L'avis aux importateurs prévoyait le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ister acting in good faith — Rules of natural justice not applicable to legislative or policy decisions — Minister relying on relevant factors in deciding to adopt quota system — Decision not to be interfered with, even if wrong.

Canadian National Railway Co. v. Jervis Crown (The) (T.D.)..... 318

Damages — Compensatory — Corporate expenses resulting from collision of ship with railway bridge — Overhead, including general administrative overhead, recoverable as costs incurred by plaintiff due to accident — Claim for taxi services substantiated — Wages for temporary supervisors recoverable to extent of increase over regular salary — Charges relating to processing invoices recoverable as percentages applied reasonable, adopted by industry in such cases — Plaintiff estopped from arguing compound interest should be awarded as matter implicitly dealt with in earlier proceeding, on basis of simple interest.

Joint Stock Society “Oceangeotechnology” v. 1201 (The) (T.D.)..... 265

Maritime law — Practice — Application to strike action *in rem* for damages arising from cancellation of towage contract as against defendant Ship — Pursuant to verbal contract to tow defendant Ship from Halifax to India, and at defendants' request, plaintiff immediately dispatching tug, then in Mediterranean, to Halifax — 12 1/2 days later defendants cancelling contract — *In rem* proceeding only if “connection” to vessel — By dispatching tug plaintiff taking initial step to fulfil obligations under contract — Establishing connection to Ship — Claim within Federal Court Act, s. 22(2)(k), permitting *in rem* action for “any claim for towage in respect of a ship” — Need not actually start towing by attaching line to vessel to have “any claim for towage”.

Jones v. Canada (Treasury Board) (T.D.) 393

Public Service — Labour relations — Eligibility for injury-on-duty leave with pay — Employee sustaining work-related injury in plane crash — Instead of claiming compensation

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

contingemment global annuel, et les principes de répartition — La délivrance de l'avis est une décision discrétionnaire qui n'est pas assujettie au contrôle judiciaire — Les lignes directrices en matière de politique ne sont pas des règlements, elles ne sont que des guides utiles — Le ministre a agi de bonne foi — Les règles de justice naturelle ne s'appliquent pas aux décisions législatives ou politiques — Le ministre s'est fondé sur des facteurs pertinents pour décider d'adopter le système de contingents — La décision ne doit pas être modifiée même si elle est erronée.

Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Jervis Crown (Le) (1^{re} inst.)..... 318

Domages-intérêts — Compensatoires — Dépenses engagées par l'entreprise à la suite de la collision du navire avec un pont de chemin de fer — Les frais généraux, y compris les frais imputables à la gestion générale, peuvent être recouverts au titre des coûts engagés par la demanderesse en raison de l'accident — Le bien-fondé de la demande relative aux frais de taxi a été établi — L'excédent de la rémunération des superviseurs temporaires sur leur salaire régulier pouvait être recouvré — Les frais relatifs au traitement des factures pouvaient être recouverts dans la mesure où les pourcentages appliqués étaient raisonnables et conformes à la pratique adoptée par l'industrie en pareilles circonstances — La demande d'intérêts composés par la demanderesse était irrecevable, cette question ayant déjà été tranchée implicitement dans une instance antérieure, par une présupposition en faveur de l'octroi d'intérêts simples.

Société par actions «Oceangeotechnology» c. 1201 (Le) (1^{re} inst.) 265

Droit maritime — Pratique — Demande de radiation, en ce qui concerne le navire défendeur, d'une action *in rem* en dommages-intérêts intentée par suite des dommages découlant de la résiliation d'un contrat de remorquage — Conformément à un contrat verbal de remorquage du navire défendeur de Halifax jusqu'en Inde, et à la demande des défendeurs, la demanderesse a envoyé immédiatement à Halifax un remorqueur, qui se trouvait alors en Méditerranée — Les défendeurs ont résilié le contrat douze jours et demi plus tard — Une action *in rem* ne peut être intentée que s'il existe un «lien» avec le navire — En envoyant le remorqueur, la demanderesse a pris la première mesure en vue de remplir les obligations prévues au contrat — Établissement d'un lien avec le navire — La demande tombe sous le coup de l'art. 22(2)(k) de la Loi sur la Cour fédérale, qui permet d'intenter une action *in rem* relativement à «une demande d'indemnisation pour remorquage d'un navire» — Il n'est pas nécessaire d'avoir effectivement commencé le remorquage en fixant un câble au navire pour pouvoir présenter une «demande d'indemnisation pour remorquage».

Jones c. Canada (Conseil du Trésor) (1^{re} inst.) 393

Fonction publique — Relations du travail — Admissibilité au congé payé pour accident de travail — L'employé s'est blessé dans l'exercice de ses fonctions lors d'un accident d'avion —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

from Worker's Compensation Board (WCB), applicant elected, pursuant to Government Employees Compensation Act (GECA), to sue third parties — Adjudicator's determination effect of GECA to preclude eligibility for injury-on-duty leave with pay where employee has elected to bring civil suit not clearly irrational and resulting from interpretation reasonably attributable to words of collective agreement — WCB's authority to make determination (required by collective agreement) applicant unable to perform duties due to work-related injury ended when applicant made election.

Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The) (C.A.) 279

Maritime law — Carriage of goods — Appeal from trial judgment as to quantum of damages awarded — Portion of cargo of raw sugar damaged by sea water — Animal feed processor only potential buyer at low price — Respondent, sugar refiner, refining damaged sugar by blending small amounts thereof with sound sugar — Arrived Sound Market Value less Arrived Damaged Market Value proper method of calculating damages in carriage of goods cases — As no sale ever contemplated, no market value — Value to respondent only possible value for damaged goods — Determined by actual extra costs incurred to use goods — Once owner deciding to use damaged goods, burden shifting to him to prove extra costs of production — As evidence of cost of refining damaged sugar unsatisfactory, estimating \$50,000 reasonable amount for refining costs — Blending sugars reasonable given respondent's expertise, machinery.

Damages — Limiting principles — Mitigation — Sugar shipment received in damaged condition by refiner — Refining by blending with good sugar — Quantum of damages — Whether refiner had duty to mitigate loss in way it did — Plaintiff not indemnified for more than loss — Insurance settlement not mitigating factor as insurance contract *res inter alios acta* — Trial Judge confusing contract with duty to mitigate — Onus on defendant to prove failure to mitigate not relieving plaintiff from proving obvious element in calculation of damages — Unreasonable risks need not be taken in mitigating damages — Must take steps prudent person ordinarily taking in course of business — Duty to mitigate not limited to seeking buyer for damaged sugar — Rule characteristics peculiar to plaintiff not taken into account applying to damages, not duty to mitigate — Risks here taken to mitigate minimal, manageable — Tortfeasor entitled to benefit of successful mitigation — Plaintiff entitled to recover expenses reasonably incurred in mitigating damages — Plaintiff must prove expenses where within

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Au lieu de demander l'indemnité auprès de la Commission des accidents du travail (CAT), il a choisi, en application de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, de poursuivre des tiers — La conclusion de l'arbitre de griefs, selon laquelle cette Loi a pour effet d'exclure le congé payé pour accident de travail dans le cas où l'employé a opté pour l'action civile, n'est pas «clairement irrationnelle» et résulte d'une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention collective — Une fois que le requérant eut fait son choix, la CAT n'était plus habilitée à décider (comme le prévoit la convention collective) qu'il était incapable d'exercer ses fonctions en raison d'une blessure subie au travail.

Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le) (C.A.) 279

Droit maritime — Transport de marchandises — Appel formé contre le jugement de première instance quant au montant des dommages-intérêts — Une partie d'une cargaison de sucre brut a été avariée par de l'eau de mer — Le seul acheteur potentiel était un fabricant de nourriture pour animaux qui était disposé à payer le sucre à un prix inférieur — L'intimée, raffineur de sucre, a raffiné le sucre avarié en incorporant de petites quantités de ce sucre à du sucre sain — La méthode appropriée pour calculer les dommages-intérêts dans les affaires de transport de marchandises consiste à déduire la valeur marchande avariée à destination de la valeur marchande saine à destination — La vente de la marchandise n'ayant été envisagée à aucun moment, celle-ci n'avait aucune valeur marchande — La seule valeur possible de la marchandise avariée était celle qu'elle avait pour l'intimée — Cette valeur est déterminée par les coûts supplémentaires réels de production engagés pour utiliser la marchandise — Une fois que le propriétaire décide d'utiliser la marchandise avariée, il lui incombe de prouver les coûts supplémentaires de production — Comme la preuve des coûts engagés pour raffiner le sucre avarié était insatisfaisante, une somme de 50 000 \$ à titre de coûts de raffinage semble raisonnable — L'incorporation du sucre était une mesure raisonnable compte tenu des connaissances de l'intimée et de l'équipement dont elle disposait.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Limitation — Cargaison de sucre reçue en mauvais état par le raffineur — Le sucre avarié a été raffiné par incorporation à du sucre sain — Montant des dommages-intérêts — Le raffineur avait-il l'obligation de limiter sa perte comme il l'a fait? — La demanderesse ne peut être dédommée pour plus que sa perte — Le règlement intervenu avec les assureurs ne constitue pas un facteur atténuant le préjudice, le contrat d'assurance étant *res inter alios acta* — Le juge de première instance a confondu le contrat avec l'obligation de limiter les dommages — L'obligation pour un défendeur de prouver qu'aucune mesure n'a été prise pour limiter le préjudice ne libère pas le demandeur de son obligation de prouver un élément évident dans le calcul de ses dommages-intérêts — Il n'est pas nécessaire de prendre des risques déraisonnables pour limiter les dommages-intérêts — Il faut prendre les mêmes mesures que prendrait une personne prudente dans le cours normal de ses affaires — L'obligation de limiter le préjudice ne se limitait pas à essayer de trouver un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

exclusive knowledge — Need not establish sophisticated system for computing mitigation costs — Must describe additional operations, submit cost estimate.

Roach v. Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship) (C.A.) 406

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from decisions under R. 419 striking out declaration as disclosing no reasonable cause of action — Appellant seeking Canadian citizenship but unwilling to swear allegiance to Queen because of republican views — Whether oath of allegiance in Citizenship Act unconstitutional — Nature of oath explained — Taking of oath not coercive burden infringing appellant's Charter rights — Comparison between citizens by birth and non-citizens seeking citizenship through naturalization meaningless — Plain and obvious appellant having no chance of success at trial.

Constitutional law — Charter of Rights — Appellant alleging violation of Charter rights based on requirement in citizenship application to take oath or make affirmation of allegiance to Queen — Oath of allegiance binding so long as Constitution unamended — Not diminishing exercise of fundamental freedoms in Charter, s. 2(b), (c), (d) — Appellant having no chance of success at trial — Constitution ultimate criterion measuring laws, actions, discriminatory burdens.

White v. Canada (C.A.) 233

Unemployment insurance — In anticipation of strike, employer distributing work to others, laying off employees just before commencement of strike — Applicants not disentitled to U.I. benefits under s. 31(1) — Umpire erred in finding no loss of employment because of historic pattern of layoffs and recalls — No recall date specified — No right to recall — Mere expectation of recall insufficient — Cannot lose what did not have — Also erred in asking whether applicants lost employment due to labour dispute — Sequential approach to s. 31(1) correct — Question whether work stoppage caused by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

acheteur pour le sucre avarié — La règle selon laquelle il ne faut pas tenir compte des caractéristiques particulières du demandeur s'applique aux dommages-intérêts mais non à l'obligation de les limiter — Les risques pris en l'espèce pour limiter le préjudice étaient minimes et il était possible d'y faire face — L'auteur d'un délit a le droit de profiter de mesures qui permettent de limiter le préjudice — Un demandeur a le droit de se faire rembourser les frais qu'il a raisonnablement engagés pour limiter son préjudice — Il lui incombe alors de prouver les frais engagés lorsqu'il en est le seul au courant — Il n'a pas à mettre en place un système perfectionné permettant de calculer les frais engagés pour limiter le préjudice — Il doit décrire les opérations supplémentaires et fournir une évaluation approximative des coûts.

Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté) (C.A.) 406

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel de décisions rendues en vertu de la Règle 419 radiant la déclaration au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action — L'appellant voulait obtenir la citoyenneté canadienne, mais refusait de jurer allégeance à la Reine en raison de ses opinions républicaines — Le serment d'allégeance prévu dans la Loi sur la citoyenneté est-il inconstitutionnel? — Explication de la nature de serment — La prestation du serment ne constitue pas une entrave coercitive qui porterait atteinte aux droits garantis à l'appellant par la Charte — La comparaison entre les personnes qui ont obtenu la citoyenneté canadienne à leur naissance et celles qui veulent l'obtenir par la naturalisation ne tient pas — Il est évident que l'appellant n'avait aucune chance d'obtenir gain de cause à la suite de l'instruction.

Droit constitutionnel — Charte des droits — L'appellant prétendait que l'obligation de prononcer le serment ou l'affirmation solennelle d'allégeance à la Reine pour obtenir la citoyenneté viole les droits garantis par la Charte — Le serment d'allégeance lie son auteur jusqu'à ce que la Constitution soit modifiée — Il ne porte pas atteinte à l'exercice des libertés fondamentales protégées par l'art. 2(b), (c) et (d) de la Charte — L'appellant n'avait aucune chance d'avoir gain de cause à la suite de l'instruction — La Constitution est le critère ultime d'appréciation des lois, des actes et des entraves discriminatoires.

White c. Canada (C.A.) 233

Assurance-chômage — En prévision d'une grève, l'employeur avait distribué du travail à d'autres, mettant à pied des employés tout juste avant le commencement de la grève — Les requérants n'étaient pas inadmissibles au bénéfice des prestations d'assurance-chômage en application de l'art. 31(1) — L'arbitre a eu tort de conclure qu'il n'y avait pas eu perte d'emploi car la perte d'emploi suivie du rappel au travail était, historiquement parlant, monnaie courante — Il n'y avait pas de date précise de rappel — Pas de droit d'être rappelé au travail — La simple attente d'un rappel ne suffit pas — On ne peut

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

labour dispute — Conclusion consistent with purposes of s. 31(1) — Recent S.C.C., F.C.A. cases to be followed rather than earlier, conflicting decisions of Umpires.

SOMMAIRE (Fin)

perdre ce qu'on ne possède pas — L'arbitre a également eu tort de se demander si les requérants avaient perdu leur emploi en raison d'un conflit collectif — L'approche séquentielle de l'art. 31(1) est fondée — Il s'agit de déterminer si l'arrêt de travail était dû à un conflit collectif — Conclusion conforme aux fins de l'art. 31(1) — Il y a lieu de suivre, non pas les décisions antérieures contradictoires des juges-arbitres, mais les arrêts récents de la C.S.C. et de la C.A.F.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1994, Vol. 2, Part 2

1994, Vol. 2, 2^e fascicule

ERRATUM

In the report of *Shirwa v. Canada*, [1994] 2 F.C. 51, at page 51, second to last line of the caption, change “post” to “past”.

Dans l’arrêt *Shirwa c. Canada*, [1994] 2 C.F. 51, à la page 51, version anglaise, avant dernière ligne de l’abstrat, remplacer «*post*» par «*past*».

	A-1036-92		A-1036-92
Josephine White, Gerald Orchowski, Stanley Wylie, Nelson Struk, James Morrison, Gregory Madry and John Rapso (<i>Applicants</i>)		Josephine White, Gerald Orchowski, Stanley Wylie, Nelson Struk, James Morrison, Gregory Madry et John Rapso (<i>requérants</i>)	
v.	a	c.	
Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)	
	A-1037-92		A-1037-92
Antonio Gamboa (<i>Applicant</i>)		Antonio Gamboa (<i>requérant</i>)	
v.	b	c.	
Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)	
	A-1039-92		A-1039-92
Janie Harding (<i>Applicant</i>)		Janie Harding (<i>requérante</i>)	
v.	c	d c.	
Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)	
<i>INDEXED AS: WHITE v. CANADA (C.A.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: WHITE c. CANADA (C.A.)</i>	
Court of Appeal, Isaac C.J., Heald and Linden J.J.A. —Edmonton, December 14, 1993; Ottawa, January 14, 1994.		Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Heald et Linden, J.C.A. —Edmonton, 14 décembre 1993; Ottawa, 14 janvier 1994.	
<i>Unemployment insurance — In anticipation of strike, employer distributing work to others, laying off employees just before commencement of strike — Applicants not disentitled to U.I. benefits under s. 31(1) — Umpire erred in finding no loss of employment because of historic pattern of layoffs and recalls — No recall date specified — No right to recall — Mere expectation of recall insufficient — Cannot lose what did not have — Also erred in asking whether applicants lost employment due to labour dispute — Sequential approach to s. 31(1) correct — Question whether work stoppage caused by labour dispute — Conclusion consistent with purposes of s. 31(1) — Recent S.C.C., F.C.A. cases to be followed rather than earlier, conflicting decisions of Umpires.</i>	f	<i>Assurance-chômage — En prévision d'une grève, l'employeur avait distribué du travail à d'autres, mettant à pied des employés tout juste avant le commencement de la grève — Les requérants n'étaient pas inadmissibles au bénéfice des prestations d'assurance-chômage en application de l'art. 31(1) — L'arbitre a eu tort de conclure qu'il n'y avait pas eu perte d'emploi car la perte d'emploi suivie du rappel au travail était, historiquement parlant, monnaie courante — Il n'y avait pas de date précise de rappel — Pas de droit d'être rappelé au travail — La simple attente d'un rappel ne suffit pas — On ne peut perdre ce qu'on ne possède pas — L'arbitre a également eu tort de se demander si les requérants avaient perdu leur emploi en raison d'un conflit collectif — L'approche séquentielle de l'art. 31(1) est fondée — Il s'agit de déterminer si l'arrêt de travail était dû à un conflit collectif — Conclusion conforme aux fins de l'art. 31(1) — Il y a lieu de suivre, non pas les décisions antérieures contradictoires des juges-arbitres, mais les arrêts récents de la C.S.C. et de la C.A.F.</i>	g
	h	i	
These were applications for judicial review of the Umpire's decisions that the applicants were disentitled to unemployment insurance benefits for the duration of a strike. <i>Unemployment Insurance Act</i> , subsection 31(1) disentitles a claimant who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute from benefits. During contract negotiations, and in anticipation of a strike, the employer reduced the amount of work being done at the plant where the applicants	j	Il s'agit de demandes de contrôle judiciaire des décisions du juge-arbitre selon lesquelles les requérants n'étaient pas admissibles au bénéfice des prestations d'assurance-chômage au cours de la grève. Le paragraphe 31(1) de la <i>Loi sur l'assurance-chômage</i> rend un requérant qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif inadmissible au bénéfice des prestations. Au cours des négociations en vue de la conclusion d'un contrat et en prévision d'une grève, l'em-	

were employed, and issued lay-off notices effective July 27, 1990. A strike began on July 30 and lasted until September 21. But for the reduction of work, there would have been sufficient work for the applicants to do. The issues were (1) whether the Umpire erred when he held that there was no loss of employment because of the historic pattern of lay-offs and recalls, even though there was no definite recall date; (2) whether the Umpire erred when he found "as a fact" that the loss of employment resulted from a stoppage of work attributable to a labour dispute; (3) whether subsection 31(1) disentitled the claimants to receive unemployment insurance benefits during the strike.

Held, the applications should be allowed.

(1) The Umpire erred in finding that there was no loss of employment because of the historic pattern of layoffs and recalls even though there was no recall date. The applicants did not have continuing employment following their layoff. A mere expectation of recall is not enough. They had no right to be recalled. Thus they could not lose what they did not have (their employment).

(2) The finding that the loss of employment resulted from a stoppage of work attributable to a labour dispute was a conclusion of law, inextricably intertwined with the third issue.

(3) The Supreme Court of Canada has urged courts to support the claims to benefits where the language permits a choice.

The three disentitling events set out in subsection 31(1), labour dispute, work stoppage, and loss of employment, are sequential in that order. It has been held that a person who resigns before a strike is not disentitled to benefits. *A fortiori* a person who is laid off prior to a strike or lock-out is also not disentitled to benefits. The employer's action in anticipation of the strike (i.e. laying off employees) must be treated the same way as the resignation of an employee who foresees a strike. The result is the same—termination of the employment relationship. The applicants did not lose their employment by reason of a work stoppage attributable to a labour dispute, but by the actions of the employer. The Umpire erred in asking whether the applicants lost their employment by reason of a labour dispute; he should have asked whether they lost it by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute. Furthermore, if employees can start receiving benefits as soon as a strike is settled, but before they all actually return to work, employees who are laid off in anticipation of a strike cannot be denied them.

This conclusion is consistent with the purposes of section 31: the preservation of Government neutrality during labour disputes, and avoidance of the inequity of using an employer's contribution to the unemployment insurance fund to finance a strike against himself. There was no interference with Govern-

ployeur a réduit la somme de travail accomplie à l'usine où les requérants étaient employés, et il a émis des avis de licenciement qui entraient en vigueur le 27 juillet 1990. Une grève a débuté le 30 juillet et a duré jusqu'au 21 septembre. N'eût été la réduction du travail, les requérants auraient eu suffisamment de travail. Il s'agit de déterminer 1) si le juge-arbitre a eu tort de conclure qu'il n'y avait pas eu perte d'emploi étant donné que la perte d'emploi suivie du rappel au travail était, historiquement parlant, monnaie courante, même s'il n'y avait pas de date précise de rappel; 2) si le juge-arbitre a commis une erreur lorsqu'il a tiré la conclusion «de fait» que la perte d'emploi résultait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif; 3) si le paragraphe 31(1) rendait les requérants inadmissibles au bénéfice des prestations d'assurance-chômage au cours de la grève.

Jugement: les demandes doivent être accueillies.

1) Le juge-arbitre a eu tort de conclure qu'il n'y avait pas eu perte d'emploi étant donné que la perte d'emploi suivie du rappel au travail était, historiquement parlant, monnaie courante, même s'il n'y avait pas de date de rappel. Les requérants n'avaient plus d'emploi continu après leur mise à pied. La simple attente d'un rappel ne suffit pas. Ils n'avaient pas le droit d'être rappelés au travail. Aussi ne pouvaient-ils perdre ce qu'ils ne possédaient pas (leur emploi).

2) La conclusion que la perte d'emploi résulte d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif est une conclusion de droit, inextricablement liée à la troisième question.

3) La Cour suprême du Canada incite les tribunaux à reconnaître le droit aux prestations lorsque le libellé de la Loi laisse un choix.

Les trois événements donnant lieu à l'inadmissibilité exposés au paragraphe 31(1), à savoir le conflit collectif, l'arrêt de travail et la perte d'emploi, se présentent dans cet ordre. Il a été jugé qu'une personne qui démissionne avant une grève ne devient pas inadmissible au bénéfice des prestations. Il en va de même à plus forte raison pour une personne qui est mise à pied avant une grève ou un lock-out. La mesure prise par l'employeur en prévision de la grève (c.-à-d. la mise à pied d'employés) doit être considérée de la même façon que la démission d'un employé qui prévoit le déclenchement d'une grève. Le résultat est le même—la fin de la relation employeur-employé. Les requérants n'ont pas perdu leur emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif. Ils l'ont plutôt perdu comme conséquence des mesures prises par l'employeur. Le juge-arbitre a commis une erreur lorsqu'il s'est demandé si les requérants avaient perdu leur emploi du fait d'un conflit collectif; il aurait dû se demander s'ils avaient perdu leur emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif. De plus, si les employés peuvent commencer à toucher des prestations dès que la grève est réglée, mais avant que tous soient effectivement retournés au travail, on ne peut refuser ces prestations aux employés mis à pied dans l'expectative d'une grève.

Cette conclusion est compatible avec l'objet de l'article 31 qui vise à préserver la neutralité du gouvernement au cours des conflits collectifs et à éviter l'iniquité qu'il y aura à utiliser la contribution de l'employeur au fonds de l'assurance-chômage pour financer une grève contre lui. Il n'y a eu aucune atteinte à

ment neutrality since the employees did not participate in the strike action. There was no forced employer subsidy for striking employees because the workers were not on strike, but were laid off prior to the commencement of the strike.

Certain older decisions of Umpires which conflict with more recent Supreme Court and Federal Court of Appeal decisions ought no longer to be followed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 2(1), 31(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Morissette v. Canada (Employment and Immigration Commission), A-692-90, Pratte J.A., judgment dated 21/3/91, F.C.A., not reported; *Gionest v. Unemployment Insurance Commission*, [1983] 1 F.C. 832; (1982), 5 D.L.R. (4th) 686; 84 CLLC 14,019; 52 N.R. 49 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Aubin* (1991), CUB 17664; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 185; *Létourneau v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 2 F.C. 82; (1985), 24 D.L.R. (4th) 688; 86 CLLC 14,010 (C.A.); *Canada Employment and Immigration Commission v. Bilodeau* (1985), CUB 9830-A; *Caron v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 1 F.C. 628; (1988), 55 D.L.R. (4th) 274; 89 CLLC 14,027; 91 N.R. 1 (C.A.); affd [1991] 1 S.C.R. 48; (1991), 77 D.L.R. (4th) 172; 47 Admin. L.R. 161; 35 C.C.E.L. 1; 91 CLLC 14,007; 123 N.R. 302.

DISTINGUISHED:

Albright v. Canada Employment and Immigration Commission (1989), CUB 16604; *Morrison v. Canada (Employment & Immigration Commission)* (1990), 70 D.L.R. (4th) 559; 114 N.R. 272 (F.C.A.).

OVERRULED:

International Longshoremen's Association (1978), CUB 4769; *Peters* (1979), CUB 5410; *Coull* (1984), CUB 8498; *Baronette et al.* (1991), CUB 19771 (affd on issue of s. 31(2) *Canada (Attorney General) v. Baronette*, A-594-91, Mahoney J.A., judgment dated 3/9/92, F.C.A., not yet reported).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Valois, [1986] 2 S.C.R. 439; (1986), 32 D.L.R. (4th) 381; 22 Admin. L.R. 94; 86 CLLC 14,057; 70 N.R. 319.

la neutralité de l'État, puisque les employés n'ont pas participé à la grève. Il n'y a pas eu contribution forcée de l'employeur aux employés en grève parce que les employés en cause n'étaient pas grévistes, ayant été mis à pied avant le début de la grève.

On ne devrait plus suivre certaines anciennes décisions des juges-arbitres qui ne sont pas en accord avec les décisions plus récentes de la Cour suprême et de la Cour d'appel fédérale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 2(1), 31(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Morissette c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), A-692-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-3-91, C.A.F., inédit; *Gionest c. Commission d'assurance-chômage*, [1983] 1 C.F. 832; (1982), 5 D.L.R. (4th) 686; 84 CLLC 14,019; 52 N.R. 49 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Aubin* (1991), CUB 17664; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 185; *Létourneau c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 2 C.F. 82; (1985), 24 D.L.R. (4th) 688; 86 CLLC 14,010 (C.A.); *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Bilodeau* (1985), CUB 9830-A; *Caron c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 1 C.F. 628; (1988), 55 D.L.R. (4th) 274; 89 CLLC 14,027; 91 N.R. 1 (C.A.); conf. par [1991] 1 R.C.S. 48; (1991), 77 D.L.R. (4th) 172; 47 Admin. L.R. 161; 35 C.C.E.L. 1; 91 CLLC 14,007; 123 N.R. 302.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Albright c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (1989), CUB 16604; *Morrison c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1990), 70 D.L.R. (4th) 559; 114 N.R. 272 (C.A.F.).

DÉCISIONS REJETÉES:

Association internationale des débardeurs (1978), CUB 4769; *Peters* (1979), CUB 5410; *Coull* (1984), CUB 8498; *Baronette et autres* (1991), CUB 19771 (décision confirmée sur la question de l'art. 31(2) par *Canada (Procureur général) c. Baronette*, A-594-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 3-9-92, C.A.F., encore inédit).

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Procureur général) c. Valois, [1986] 2 R.C.S. 439; (1986), 32 D.L.R. (4th) 381; 22 Admin. L.R. 94; 86 CLLC 14,057; 70 N.R. 319.

REFERRED TO:

Carpentier et al. (1983), CUB 7464; *International Longshoremen's Association* (1978), CUB 4769.

AUTHORS CITED

Hickling, M. A. "Labour Disputes and Disentitlement to Benefits" in *Unemployment Insurance*. Course co-ordinator Allan H. MacLean. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.

Hickling, M. A. *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England*. Don Mills, Ontario: CCH Canadian, 1975.

APPLICATIONS for judicial review of Umpire's decisions that the applicants, who had been laid off shortly before a strike began, were not entitled to benefits pursuant to *Unemployment Insurance Act*, subsection 31(1) because the loss of employment resulted from a stoppage of work attributable to a labour dispute. Applications allowed.

COUNSEL:

Lyle S. R. Kanee and *David T. Williams* for applicants.

W. L. Softley for respondent.

SOLICITORS:

Chivers, Greckol & Kanee, Edmonton, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: These three applications, heard together, raise the same main issue—whether subsection 31(1) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 disentitles the claimants, who were laid off just before a strike, to receive unemployment insurance benefits during the period of the strike. The section, with the relevant part underlined, reads as follows:

31. (1) A claimant who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed is not entitled to receive benefit until

(a) the termination of the stoppage of work,

DÉCISIONS CITÉES:

Carpentier et autres (1983), CUB 7464; *Association internationale des débardeurs* (1978), CUB 4769.

DOCTRINE

Hickling, M. A. «Labour Disputes and Disentitlement to Benefits» in *Unemployment Insurance*. Course co-ordinator Allan H. MacLean. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.

Hickling, M. A. *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England*. Don Mills, Ontario: CCH Canadian, 1975.

DEMANDES de contrôle judiciaire des décisions du juge-arbitre selon lesquelles les requérants, qui avaient été mis à pied peu de temps avant le début d'une grève, n'étaient pas admissibles au bénéfice des prestations en application du paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* parce que la perte d'emploi résultait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif. Demandes accueillies.

AVOCATS:

Lyle S. R. Kanee et *David T. Williams* pour les requérants.

W. L. Softley pour l'intimée.

PROCUREURS:

Chivers, Greckol & Kanee, Edmonton, pour les requérants.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Ces trois demandes, entendues ensemble, soulèvent la même question principale, qui consiste à savoir si le paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1 rend les requérants, qui ont été mis à pied juste avant une grève, inadmissibles au bénéfice des prestations d'assurance-chômage pendant la durée de la grève. L'article, dont les parties applicables sont soulignées, est libellé comme suit:

31. (1) Un prestataire qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif à l'usine, à l'atelier ou en tout autre local où il exerçait un emploi n'est pas admissible au bénéfice des prestations tant que ne s'est pas réalisée l'une des éventualités suivantes:

a) la fin de l'arrêt de travail;

(b) he becomes *bona fide* employed elsewhere in the occupation that he usually follows, or

(c) he has become regularly engaged in some other occupation,

whichever event first occurs.

(2) Subsection (1) is not applicable if a claimant proves that

(a) he is not participating in or financing or directly interested in the labour dispute that caused the stoppage of work; and

(b) he does not belong to a grade or class of workers that, immediately before the commencement of the stoppage, included members who were employed at the premises at which the stoppage is taking place and are participating in, financing or directly interested in the dispute. [Underlining added.]

Subsection 2(1) of the Act defines "labour dispute" and reads as follows:

2. (1) In this Act,

"labour dispute" means any dispute between employers and employees, or between employees and employees, that is connected with the employment or non-employment, or the terms or conditions of employment, of any persons.

The three applicants were labourers at the Shaw Pipe Protection Ltd. plant during the summer of 1990 and belonged to the Construction and General Workers Union Local 92. The collective agreement expired on May 31, 1990 and negotiations for a new contract were commenced. On July 18, 1990, because the employer began distributing work to other plants, a notice of layoff was communicated to the claimants to be effective July 27, 1990. In the meantime, a strike vote was taken by the Union on July 24 and 25, 1990 which authorized a strike beginning on July 30, 1990. The applicants were laid off, pursuant to the notice they received, on July 27, 1990. The strike began on July 30, 1990.

The applicants received unemployment insurance benefits at first, but they were later said by the Unemployment Insurance Commission (the Commission) to be disentitled to them for the period of the strike, July 30 to September 21, 1990, on the basis of subsection 31(1). The applicants appealed and three dif-

b) son engagement de bonne foi à un emploi exercé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne;

c) le fait qu'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

(2) Le paragraphe (1) n'est pas applicable si le prestataire prouve:

a) d'une part, qu'il ne participe pas au conflit collectif qui a causé l'arrêt de travail, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé;

b) d'autre part, qu'il n'appartient pas à un groupe ou à une catégorie de travailleurs dont certains exerçaient, immédiatement avant le début de l'arrêt de travail, un emploi à l'endroit où s'est produit l'arrêt de travail et participent au conflit collectif, le financent ou y sont directement intéressés. [Soulignements ajoutés.]

Le paragraphe 2(1) de la Loi donne la définition de l'expression «conflit collectif». En voici le libellé:

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

«conflit collectif» Conflit, entre employeurs et employés ou entre employés, qui se rattache à l'emploi ou aux modalités d'emploi de certaines personnes ou au fait qu'elles ne sont pas employées.

Les trois requérants étaient manœuvres à l'usine Shaw Pipe Protection Ltd. au cours de l'été 1990 et ils appartenaient à la section locale 92 du Construction and General Workers Union. La convention collective avait expiré le 31 mai 1990 et des négociations en vue de la conclusion d'un nouveau contrat avaient commencé. Le 18 juillet 1990, parce que l'employeur avait commencé à distribuer du travail à d'autres usines, les prestataires ont reçu un avis de licenciement qui entrainait en vigueur le 27 juillet 1990. Entre-temps, le syndicat a pris un vote de grève les 24 et 25 juillet 1990, lequel a autorisé la grève à compter du 30 juillet 1990. Les requérants ont été mis à pied, conformément à l'avis qu'ils ont reçu, le 27 juillet 1990. La grève a débuté le 30 juillet 1990.

Au début, les requérants ont reçu des prestations d'assurance-chômage, mais la Commission de l'assurance-chômage (la Commission) a plus tard déclaré qu'ils y étaient inadmissibles au cours de la grève, du 30 juillet au 21 septembre 1990, en application du paragraphe 31(1). Les requérants ont interjeté appel,

ferent boards of referees dismissed their appeals, upholding the decisions of the Commission. The applicants appealed further to the Umpire and each appeal was again dismissed. Hence, this application for judicial review. I am of the view that the applica-
a tion should succeed.

THE ISSUES

There were three issues argued on this application. The first is this—was the Umpire correct when he held that there was no loss of employment in this case because of the historic pattern of layoffs and recalls? The Umpire held that there was not a definite recall date set, but he, nevertheless, relied on the case of *Albright v. Canada Employment and Immigration Commission* (1989), CUB 16604, a case in which it was held [at page 3] that “[a]n actual date of recall had been established and there [was] no doubt that [the applicant], a full-time worker, would have been recalled.” The language used by Mr. Justice Walsh, therefore, referring [at page 5] to a “pattern of regular recalls” by which “casual workers” were “considered part of the work-force”, was only *obiter*. In any event, even if the analysis were correct, it would be available only in the rare cases described by the Court. The actual holding in *Albright* is consistent with *Morrison v. Canada (Employment & Immigration Commission)* (1990), 70 D.L.R. (4th) 559 (F.C.A.) where this Court held that benefits were not allowed in a case where a recall notice had been issued to the applicant, even though he was not yet actually working.

In my view, the applicants did not have continuing employment following their layoff. They lost their employment by layoff. They were at the complete mercy of their employer as to whether there would be a recall or not. The past was little guide to their future. There was no recall date and no evidence that they would be recalled, though they may have had some hope in that regard. It has been held that a mere expectation of recall is not enough. (*Morissette v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, A-692-90, Pratte J.A., judgment dated 21/3/91, not

et trois conseils arbitraux différents ont rejeté leurs appels et confirmé les décisions de la Commission. Les requérants ont alors fait appel auprès d’un juge-arbitre, et chacun des appels a encore été rejeté. En dernier ressort, les requérants ont demandé le contrôle judiciaire. Je suis d’avis que leur demande devrait être accueillie.

LES QUESTIONS LITIGIEUSES

On a soulevé trois questions litigieuses dans le cadre de cette demande. La première consiste à savoir si le juge-arbitre a eu raison de conclure qu’il n’y avait pas eu perte d’emploi en l’espèce, étant donné que la perte d’emploi suivie du rappel au travail était, historiquement parlant, monnaie courante. Le juge-arbitre a conclu qu’il n’y avait pas de date précise de rappel, mais il s’est néanmoins fondé sur *Albright c. Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada* (1989), CUB 16604, une affaire dans laquelle on a jugé [à la page 3] qu’«[u]ne date précise de rappel avait été fixée et il n’y a aucun doute que [le requérant], travailleur à plein temps, aurait été rappelé». Les propos du juge Walsh lorsqu’il a parlé [à la page 5] d’«habitude de rappel» en vertu de laquelle les «travailleurs occasionnels» étaient «considérés comme faisant partie de la main-d’œuvre», n’étaient donc qu’une remarque incidente. En tout état de cause, même si l’analyse était juste, elle ne pourrait s’appliquer que dans les rares circonstances décrites par la Cour. La conclusion tirée dans l’affaire *Albright* est conforme à l’arrêt *Morrison c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)* (1990), 70 D.L.R. (4th) 559 (C.A.F.) dans lequel cette Cour a décidé qu’il n’y avait pas admissibilité aux prestations dans le cas où le requérant avait reçu un avis de rappel, même s’il ne travaillait pas encore.

À mon sens, les requérants n’ont pas eu un emploi continu après leur mise à pied. Ils ont perdu leur emploi en raison de la mise à pied. Ils étaient à la merci totale de leur employeur en matière de rappel au travail. Le passé renseignait peu sur l’avenir. Il n’y avait aucune date de rappel et aucune preuve qu’ils seraient rappelés, bien qu’ils aient pu entretenir certains espoirs. On a conclu que la simple attente d’un rappel ne suffit pas. (*Morissette c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, A-692-90, le juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-3-91, iné-

reported.) They had no right to be recalled, although, if recalls did occur, the collective agreement required a certain order to be followed in the process. Thus, as Mr. Justice Pratte so clearly explained in *Gionest v. Unemployment Insurance Commission*, [1983] 1 F.C. 832 (C.A.), at page 835:

One cannot lose what one does not have. A person cannot lose his employment if he does not first have employment which he subsequently loses. It is true that someone who is unemployed and who misses a chance, an opportunity to be employed, in a sense loses that employment; but he does not lose his employment, since the employment never was his. In the case at bar, applicants were already unemployed when the employer delayed opening the plant because of the negotiations in progress. At that time, they had no employment and they accordingly could not lose their employment. Perhaps they had the right, under the expired collective agreement, to be called back to work when the plant opened; but that right was not employment. Moreover, they never lost it; the right was conditional on the plant being opened and it only existed after such reopening.

Following *Gionest* is *Attorney General of Canada v. Aubin* (1991), CUB 17664, (affirmed Federal Court of Appeal (1991), CUB 17664) where, because an employer reserved the right to terminate the applicant's employment at any time by giving notice, it was held that the applicant was "not entitled to any employment and never enjoyed any." (See also *Carpentier et al.* (1983), CUB 7464.) The Umpire, therefore, erred on this issue.

The second issue was said to be a factual one. It was argued that the Umpire erred when he found "as a fact" that the loss of employment resulted from a stoppage of work attributable to a labour dispute. In my view, however, this is not a factual matter at all; rather it is a conclusion of law based on certain facts found by the Umpire. There is really no dispute with regard to the facts. They are, that the employer, in anticipation of the strike, reduced the amount of work being done in the plant and laid off these applicants because of that. In addition, there was evidence before the Umpire that, but for the reduction of work by the employer, there would have been sufficient work for the applicants to do. This issue, therefore, is inextricably intertwined with the third issue, to which I now turn.

dit.) Ils n'avaient aucun droit de rappel, mais s'il y avait rappel, la convention collective imposait un certain protocole. Ainsi, comme l'a si clairement expliqué le juge Pratte dans l'arrêt *Gionest c. Commission d'assurance-chômage*, [1983] 1 C.F. 832 (C.A.) à la page 835:

On ne peut perdre ce qu'on ne possède pas. Une personne ne peut perdre son emploi si elle n'a d'abord un emploi qu'elle perd subséquemment. Il est vrai que celui qui est sans emploi et qui perd une chance, une occasion d'être employé, perd, en un certain sens, un emploi; mais il ne perd pas son emploi puisque cet emploi n'a jamais été le sien. En l'espèce, les requérants étaient déjà en chômage lorsque l'employeur, en raison des négociations en cours, a retardé l'ouverture de l'usine. Ils n'avaient, à ce moment, aucun emploi et, à cause de cela, ne pouvaient perdre leur emploi. Peut-être avaient-ils, en vertu de la convention collective expirée, le droit d'être rappelés au travail lors de l'ouverture de l'usine. Mais ce droit n'était pas un emploi. Et, en outre, ils ne l'ont jamais perdu: ce droit était conditionnel à la réouverture de l'usine et n'existait qu'après cette réouverture.

Après l'arrêt *Gionest*, mentionnons la décision *Procureur général du Canada c. Aubin* (1991), CUB 17664 (confirmée par la Cour d'appel fédérale (1991), CUB 17664) dans laquelle, parce que l'employeur s'était réservé le droit de mettre fin à l'emploi de la requérante en tout temps en lui donnant préavis, on a conclu que cette dernière «n'y avait aucun droit et n'en a jamais joui». (Voir aussi la décision *Carpentier et autres* (1983), CUB 7464). Le juge-arbitre a donc commis une erreur à l'égard de cette question.

On a dit que la seconde question portait sur les faits. On a soutenu que le juge-arbitre a commis une erreur lorsqu'il a tiré la conclusion «de fait» que la perte d'emploi résultait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif. À mon avis, il ne s'agit pas là du tout d'une question de fait, mais plutôt d'une conclusion de droit fondée sur certaines conclusions de fait du juge-arbitre. Les faits ne sont pas vraiment contestés. Ils se résument à ce que l'employeur, s'attendant à une grève, a réduit la somme de travail accomplie à l'usine et, comme conséquence, il a mis les requérants à pied. De plus, le juge-arbitre disposait d'éléments de preuve selon lesquels, n'était-ce la réduction du travail imposée par l'employeur, les requérants auraient eu suffisamment de travail. Cette question est par conséquent inextricablement liée à la troisième question, à laquelle j'arrive maintenant.

The third issue is the proper interpretation and application of subsection 31(1) in this case. The twin purposes of section 31 were said to be the preservation of Government neutrality during labour disputes and the avoidance of the inequity of using an employer's contribution to the unemployment insurance fund to finance a strike against himself. (See *Hills, infra*, at page 538). As contended by Hickling, *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England* (1975), at page 1:

The neutrality of the state is to be preserved, and funds to which employers are compelled to contribute are not to be used against them.

This rationale has been criticized by some, but, since there have been no legislative amendments, it remains nevertheless the policy basis for section 31. (See *Hills, infra*, at page 538; see also Hugessen J.A. in *Caron, infra*, at page 641.)

In approaching the interpretation of the *Unemployment Insurance Act*, generally one must keep in mind the advice of Madam Justice Wilson of the Supreme Court of Canada in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at page 10:

Since the overall purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, I would favour a liberal interpretation of the re-entitlement provisions. I think any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant.

A similar point of view was articulated by Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at page 537:

Since the purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, a liberal interpretation of the re-entitlement provisions is warranted, given that the Act was not designed to deprive innocent victims of a labour dispute of the benefits of the Act and also given that employees do contribute to the unemployment insurance fund.

Further, Madam Justice L'Heureux-Dubé at page 559 extended the reach of this principle beyond re-entitlement to the disentitlement of employees under the old section 44 [*Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48*] (now section 31):

La troisième question porte sur la bonne interprétation et l'application régulière du paragraphe 31(1) en l'espèce. On a dit que l'article 31 visait à la fois à préserver la neutralité du gouvernement au cours des conflits collectifs et à éviter l'iniquité qu'il y aurait à utiliser la contribution de l'employeur au fonds de l'assurance-chômage pour financer une grève contre lui. (Voir l'arrêt *Hills*, à la page 538, cité plus loin.) Comme l'a affirmé Hickling dans *Labour Disputes and Unemployment Insurance Benefits in Canada and England* (1975), à la page 1:

[TRADUCTION] La neutralité de l'État doit être maintenue et le fonds auquel les employeurs sont tenus de contribuer ne doit pas être utilisé contre eux.

Certains ont critiqué ce raisonnement, mais en l'absence de modifications législatives, il demeure le fondement de la politique qui sous-tend l'article 31. (Voir l'arrêt *Hills*, cité plus loin, à la page 538; voir aussi les motifs du juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *Caron*, cité plus loin, à la page 641.)

Lorsqu'on interprète la *Loi sur l'assurance-chômage*, on doit, règle générale, garder à l'esprit le conseil de Madame le juge Wilson de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, à la page 10:

Puisque le but général de la Loi est de procurer des prestations aux chômeurs, je préfère opter pour une interprétation libérale des dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations. Je crois que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire.

Le même point de vue a été repris par Madame le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la page 537:

Comme la Loi vise à assurer des prestations aux personnes sans travail, il est justifié de donner une interprétation libérale aux dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations, étant donné que la Loi n'est pas conçue pour priver des avantages qu'elle confère les victimes innocentes d'un conflit de travail et compte tenu également du fait que les employés cotisent à la caisse d'assurance-chômage.

Plus loin, à la page 559, Madame le juge L'Heureux-Dubé a étendu la portée de ce principe au-delà de la réadmissibilité aux prestations jusqu'à l'inadmissibilité des employés en vertu de l'ancien article 44 [*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48*] (aujourd'hui l'article 31):

... the purpose of the section [44, now 31] (to disentitle strikers from benefits) as well as the purpose of the Act as a whole (to provide benefits to involuntarily unemployed persons) dictate that a narrow interpretation be given to the disentitlement provisions of that section. Any doubt, as Wilson J. pointed out in *Abrahams* ... should be resolved in favour of the claimant

Thus, courts are urged by the Supreme Court of Canada to support the claims of workers to benefits where the language permits a choice.

Focusing more on the narrow issue in this case, in *Canada (Attorney General) v. Valois*, [1986] 2 S.C.R. 439, the Supreme Court of Canada allowed certain employees to receive unemployment insurance benefits when they did not work because they refused to cross a picket line of another union on account of threats made to them by picketers. At pages 444-445 of the decision, Mr. Justice Chouinard quoted with approval the article of Professor Hickling, entitled "Labour Disputes and Disentitlement to Benefits", published in *Unemployment Insurance*, B.C. Continuing Legal Education Society, 1983. Professor Hickling explained section 44 (now section 31) as follows:

Before the claimant is disentitled the onus is on the U.I.C. to establish

- (1) That there was a labour dispute at the premises in question;
- (2) That the labour dispute caused a stoppage of work there; and
- (3) That the claimant lost his employment by reason of that stoppage.

If those points are established then the claimant is disentitled to benefit until one of the following events occurs:

- (4) The stoppage of work due to the labour dispute has come to an end; or
- (5) he becomes bona fide employed elsewhere in the occupation he usually follows; or
- (6) he has become regularly engaged in some other occupation.

Further, a claimant who is thrown out of work as a result of a labour dispute at his place of employment has another avenue of escape if he can bring himself within the protection of s. 44(2). To do this he must show that neither he nor any member of his grade or class employed at the site of the dispute imme-

... l'objet de l'article (c'est-à-dire rendre les grévistes inadmissibles aux prestations) ainsi que l'objet de la Loi dans son ensemble (c'est-à-dire fournir des prestations aux personnes qui se trouvent involontairement sans emploi) commandent une interprétation restrictive des dispositions de l'article qui prévoient l'inadmissibilité aux prestations. Comme l'a souligné le juge Wilson dans l'arrêt *Abrahams*, ... tout doute doit bénéficier au prestataire ...

Ainsi, la Cour suprême du Canada incite les tribunaux à reconnaître le droit des travailleurs aux prestations lorsque le libellé de la Loi laisse un choix.

Si l'on se concentre davantage sur la question bien précise en l'espèce, on constate, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Valois*, [1986] 2 R.C.S. 439, que la Cour suprême du Canada a permis à certains employés de recevoir des prestations d'assurance-chômage lorsqu'ils ne travaillaient pas parce qu'ils refusaient de franchir la ligne de piquetage d'un autre syndicat en raison des menaces que les piquets de grève leur avaient faites. Aux pages 444 et 445 de l'arrêt, le juge Chouinard a cité en l'approuvant l'article du professeur Hickling intitulé «Labour Disputes and Disentitlement to Benefits», publié dans *Unemployment Insurance*, B.C. Continuing Legal Education Society, 1983. Le professeur Hickling a expliqué comme suit l'article 44 (aujourd'hui l'article 31):

[TRADUCTION] Le prestataire n'est inadmissible que si la Commission d'assurance-chômage établit

- (1) qu'il y avait un conflit collectif à l'usine en question;
- (2) que le conflit collectif y a causé un arrêt de travail; et
- (3) que le prestataire a perdu son emploi en raison de l'arrêt de travail.

Du moment que ces points sont prouvés, le prestataire est inadmissible au bénéfice des prestations tant que l'une des éventualités suivantes ne s'est pas produite:

- (4) la fin de l'arrêt de travail dû au conflit collectif; ou
- (5) son engagement de bonne foi à un emploi exercé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne; ou
- (6) le fait qu'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

De plus, une autre possibilité s'offre à un prestataire qui perd son emploi par suite d'un conflit de travail chez son employeur, s'il peut satisfaire aux exigences du par. 44(2). Pour cela, il doit démontrer que ni lui ni aucun membre du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang

diately prior to the stoppage are participating in, financing, or have any direct interest in the dispute.

It was submitted, however, by counsel for the respondent that neither the *Valois* decision nor the passage from the article by Professor Hickling suggests that a specific sequence of events is mandated by section 31. On counsel's view, a proper interpretation of subsection 31(1) does not require that the first three events, identified by Professor Hickling as elements of disentitlement, occur in the order in which he has stated them. It is only necessary, in counsel's view, that all three elements be present without reference to their sequence.

I am unable to agree with this view of the matter. The *Caron* decision *infra*, supports Professor Hickling's "sequential" approach. At pages 638-639 thereof, Hugessen and Desjardins J.J.A. said:

In other words, subsection 44(1) does not deal only with one cause, the labour dispute, and one effect, the work stoppage, but with a chain of causation: the first cause, the labour dispute, is followed by an initial effect, the work stoppage, which in turn becomes the cause of a second effect, the claimant's loss of employment. [Emphasis added.]

In harmony with the Supreme Court decisions, this Court held, in *Létourneau v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 2 F.C. 82, that a person who resigns two days before a strike began, because he foresaw such a strike, is not disentitled from collecting unemployment insurance benefits by subsection 31(1). Mr. Justice Pratte explained at page 86:

Subsection 44(1) [now subsection 31(1)] states that a claimant "who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute" is not entitled to benefits. For this provision to apply, therefore, the loss of employment must have been caused by the work stoppage itself. That is not the case here. It is logically impossible for one event to have caused another if the other event would have occurred even if the first had not done so. As the applicant had left his employment before the strike began, it was still possible for the strike not to take place, and the applicant would then not have recovered his employment. In actual fact, therefore, the applicant did not lose his employment "by reason" of the strike: he actually lost it because he foresaw that the strike would occur.

Mr. Justice Marceau agreed at pages 88-89:

employés immédiatement avant l'arrêt de travail dans l'entrepris touchée par le conflit ne participe au conflit collectif, ne le finance ni n'y est directement intéressé.

L'avocat de l'intimée a cependant avancé que ni l'arrêt *Valois* ni l'extrait de l'article du professeur Hickling ne laissent à entendre que l'article 31 exige un ordre particulier de faits. Selon lui, la bonne interprétation du paragraphe 31(1) ne demande pas que les trois premiers événements, considérés par le professeur Hickling comme étant des motifs d'inadmissibilité, se produisent dans l'ordre qu'il leur a donné. L'avocat de l'intimée estime que la présence des trois motifs d'inadmissibilité suffit, indépendamment de l'ordre dans lequel ils se présentent.

Je ne partage pas son avis. La décision *Caron*, citée plus loin, appuie d'ailleurs l'approche «séquentielle» du professeur Hickling. Aux pages 638 et 639, les juges Hugessen et Desjardins, J.C.A., ont dit ce qui suit:

En d'autres termes, le paragraphe 44(1) ne parle pas seulement d'une cause, le conflit collectif, et d'un effet, l'arrêt de travail, mais plutôt d'une chaîne de causalité; la première cause, le conflit collectif, est suivi d'un premier effet, l'arrêt de travail, qui lui devient à son tour la cause d'un second effet, la perte de l'emploi du prestataire. [Soulignement ajouté.]

Dans le même sens que les décisions de la Cour suprême, cette Cour a conclu, dans l'arrêt *Létourneau c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 2 C.F. 82, que celui qui démissionne deux jours avant le début d'une grève parce qu'il la prévoyait, ne devient pas inadmissible aux prestations d'assurance-chômage en raison du paragraphe 31(1). Le juge Pratte a donné l'explication suivante à la page 86:

Le paragraphe 44(1) [aujourd'hui le paragraphe 31(1)] déclare inadmissible le prestataire «qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif». Pour que cette disposition s'applique, il faut donc que la perte d'emploi ait été causée par l'arrêt du travail lui-même. Ce n'est pas le cas ici. Il est logiquement impossible qu'un événement en ait causé un autre si cet autre événement se serait produit même si le premier n'avait pas eu lieu. Comme le requérant avait quitté son emploi avant que la grève ne commence, il était toujours possible que cette grève n'ait pas lieu et, alors, le requérant n'aurait pas retrouvé son emploi. En réalité, le requérant n'a donc pas perdu son emploi «du fait» de la grève; il l'a perdu, plutôt, parce qu'il prévoyait que la grève aurait lieu.

Le juge Marceau a exprimé son accord aux pages 88 et 89:

A person who resigns before the strike begins has not “lost his employment” as the striker has done: the loss of employment is individual in his case, makes him unemployed and is final. There is no longer any reason for the disentitlement of the striker to apply to him: it is only fair that he should have access to the funds intended to aid workers who have lost their employment and are seeking new employment, since he is in precisely this position; and there is no reason to fear that the benefits he may receive will influence his conduct in relation to the labour dispute, since he is not on strike and his loss of employment is final. A person who resigns before the strike and so avoids the disentitlement imposed on the striker is not circumventing the intent of the legislator: s. 44 [now section 31] is not a punitive provision. He avoids the disentitlement because, by completely altering his status, he never becomes a striker—unless his resignation is only a subterfuge

Mr. Justice MacGuigan concurred at page 90 stating that an “employee who resigns abandons completely his right to return to work”, while “a striker retains his ties with the employer.”

If a person who resigns his position before a strike is not disentitled to benefits, then *a fortiori* a person who is laid off prior to a strike or lock-out is also not disentitled to those benefits. Here the employer, like the employee in *Létourneau*, foresaw that a strike was coming and took steps to minimize its impact on his business by distributing work to others and laying off employees. This action, because of the foresight of the employer, cannot be treated differently than similar action taken because of the foresight of an employee. In each case the result was the same—termination of the employment relationship. As a consequence the applicants did not lose their employment “by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute”. Rather, they lost it by the actions of the employer who took steps, which, from his perspective, were calculated to minimize the disruption resulting from the impending stoppage of work. In other words, the Umpire erred when he asked whether the applicants lost their employment by reason of a labour dispute—they, of course, did; he should have asked whether they lost it by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute—they did not. They lost their employment because they were laid off in anticipation of a work stoppage, not because of a stoppage of work attributable to a labour dispute.

Or, celui qui démissionne avant le déclenchement de la grève ne «perd pas son emploi» à la manière du gréviste: la perte d'emploi dans son cas est individuelle, elle le rend chômeur et elle est définitive. On n'a plus aucune raison de maintenir à son égard l'inadmissibilité du gréviste: il n'est que justice qu'il ait accès à des fonds destinés à aider des travailleurs qui ont perdu leur emploi et s'en cherchent un nouveau, puisqu'il est exactement dans cette situation; et il n'y a aucune raison de craindre que les bénéfices qu'il peut recevoir influencent son comportement par rapport au conflit ouvrier, puisqu'il n'est pas gréviste et que sa perte d'emploi est définitive. Celui qui démissionne avant la grève et évite ainsi l'inadmissibilité réservée au gréviste ne contourne pas la volonté du législateur; l'article 44 [aujourd'hui l'article 31] n'est pas une disposition punitive. Il évite l'inadmissibilité parce qu'en modifiant complètement son état il ne devient jamais gréviste. À moins que la démission ne soit qu'apparente

Le juge MacGuigan a souscrit à cette opinion à la page 90 lorsqu'il a dit que «le démissionnaire a complètement abandonné son droit de retourner à son emploi» alors que «le gréviste retient ses liens avec son employeur».

Si celui qui démissionne avant une grève reste admissible aux prestations, il en va de même à plus forte raison pour celui qui est mis à pied avant une grève ou un lock-out. En l'espèce, l'employeur, comme l'employé dans l'affaire *Létourneau*, prévoyait la grève et il a pris des mesures pour en réduire les conséquences sur son entreprise en attribuant du travail à certains employés et en en mettant d'autres à pied. Cette mesure, attribuable à la prévoyance de l'employeur, ne peut être traitée différemment de la même mesure due à la prévoyance de l'employé. Dans chaque cas, le résultat est le même, la fin de la relation employeur-employé. Conséquemment, les requérants n'ont pas perdu leur emploi «du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif». Ils l'ont plutôt perdu comme conséquence des mesures prises par l'employeur, destinées, dans son esprit, à réduire les inconvénients d'un arrêt de travail imminent. En d'autres termes, le juge-arbitre a commis une erreur lorsqu'il s'est demandé si les requérants avaient perdu leur emploi du fait d'un conflit collectif, ce qui était évidemment le cas; il aurait dû se demander s'ils avaient perdu leur emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif, ce qui n'était pas le cas. Ils ont perdu leur emploi parce qu'ils ont été mis à pied dans l'expectative d'un arrêt de travail, et non du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif.

A case that is directly on all fours with this one is *Canada Employment and Immigration Commission v. Bilodeau* (1985), CUB 9830-A, where Mr. Justice Joyal, acting as umpire stated (at page 4):

On April 7, 1982, when the claimant was laid off, work had not stopped at the plant. It stopped only the next day, April 8, 1982. Although the claimant's dismissal and the work stoppage are not far removed from one another, a work stoppage cannot be claimed for the purpose of Section 44 [now 31]. It would matter little if it were established that the claimant was dismissed in anticipation of a work stoppage which was to begin the following day as the result of a lockout. The text of Section 44 [now 31] makes no reference to loss of employment in anticipation of a work stoppage. A work stoppage is essential to the loss of employment provided for under Section 44 [now 31]. Under the circumstances, the reason the employer dismissed the claimant is not relevant to this matter.

This was exactly the situation in this case. I accept the analysis of Mr. Justice Joyal, which is in complete accord with the more recent Supreme Court of Canada decisions as well as those in this Court.

Consistent with this analysis is that of this Court, dealing with the situation at the end of a strike. In *Caron v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 1 F.C. 628 (affirmed [1991] 1 S.C.R. 48), this Court held that a work stoppage ended once it was agreed to settle a strike, and before all employees returned to work. Mr. Justice Hugessen explained at pages 638-640:

In our opinion it is clear that the work stoppage mentioned in paragraph 44(1)(a) [now subsection 31(1)] is the same as that mentioned in the introductory words of the subsection, that is, a work stoppage attributable to a labour dispute. However, it is not the same thing as the loss of employment caused to a claimant. In other words, subsection 44(1) [now subsection 31(1)] does not deal only with one cause, the labour dispute, and one effect, the work stoppage, but with a chain of causation: the first cause, the labour dispute, is followed by an initial effect, the work stoppage, which in turn becomes the cause of a second effect, the claimant's loss of employment. The first cause by definition involves a group. The first effect, the work stoppage, also involves a group: it affects several employees, usually nowadays all members of the same bargaining unit. The loss of employment, by comparison, is always individual, peculiar to each claimant who as a consequence of the work stoppage no longer has "his" employment. Even though the general stoppage has ended, it often happens

La décision *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Bilodeau* (1985), CUB 9830-A, traite de faits exactement semblables à ceux de l'espèce. Le juge Joyal, qui agissait comme juge-arbitre, a dit (à la page 4):

Cette modification est fondée sur le texte précis de l'article 44. À la date de la mise-à-pied, soit le 7 avril 1982, il n'existait pas d'arrêt de travail à l'usine. L'arrêt de travail n'est survenu que le lendemain, le 8 avril 1982. Même si l'écart entre le congédiement et l'arrêt de travail n'ait été que de courte durée, on ne pourrait prétendre, pour fins de l'article 44, qu'un arrêt de travail existait. Il importe peu qu'il soit établi que le congédiement ait eu lieu en prévision d'un arrêt de travail qui devait s'effectuer le lendemain par voie d'un «lock-out». Le texte de l'article 44 ne parle pas d'une perte d'emploi en prévision d'un arrêt de travail. Le fait d'un arrêt de travail est essentiel à la perte d'emploi prévue à l'article 44. Dans les circonstances, le motif de l'employeur en congédiant le prestataire n'est pas pertinent à la cause.

C'était exactement la situation en l'espèce. Je souscris à l'analyse du juge Joyal, qui est en parfaite harmonie avec les décisions plus récentes de la Cour suprême du Canada et de notre Cour.

Une décision de cette Cour, qui traitait de la situation à la fin d'une grève, est compatible avec l'analyse susmentionnée. Dans l'arrêt *Caron c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 1 C.F. 628 (confirmé par [1991] 1 R.C.S. 48), notre Cour a conclu que l'arrêt de travail cessait dès que l'on avait convenu de mettre fin à la grève, et avant même que tous les employés retournent au travail. Le juge Hugessen a donné plus de précisions aux pages 638 à 640:

Il est certain, à notre sens, que l'arrêt de travail dont parle l'alinéa 44(1)a) [aujourd'hui le paragraphe 31(1)] est le même que celui que mentionne la partie introductive, c'est-à-dire l'arrêt de travail dû à un conflit collectif. Il n'est pas, pourtant, la même chose que la perte d'emploi qu'il cause chez le prestataire. En d'autres termes, le paragraphe 44(1) [aujourd'hui le paragraphe 31(1)] ne parle pas seulement d'une cause, le conflit collectif, et d'un effet, l'arrêt de travail, mais plutôt d'une chaîne de causalité; la première cause, le conflit collectif, est suivi d'un premier effet, l'arrêt de travail, qui lui devient à son tour la cause d'un second effet, la perte de l'emploi du prestataire. La première cause est, par définition, collective. Le premier effet, l'arrêt de travail, est collectif aussi; il touche plusieurs employés, généralement aujourd'hui tous membres d'une même unité de négociation. Par comparaison la perte d'emploi est toujours individuelle, propre à chaque prestataire qui n'a plus «son» emploi du fait de l'arrêt de travail. Même si l'arrêt général a pris fin, il arrive fréquemment que certains

that some or indeed several employees continue to suffer its consequences: they still do not have their jobs back.

However, what essentially characterizes the section 44 [now section 31] work stoppage and distinguishes it from the claimant's loss of employment is the aspect of "intent": a work stoppage due to a labour dispute always results from the fact that one or other of the parties to a contract of service does not wish to perform it. If it is the employer who feels this way, the stoppage is called a lockout; if it is the employees who refuse to provide their services, it is called a strike. In either case it is the lack of intent which is the essence of the work stoppage. The loss of employment, on the other hand, is a phenomenon completely independent of intent, which is capable of affecting both those directly involved in the work stoppage, the strikers or employees who are locked out, and those who are not in any way concerned but who have lost their employment as a result nevertheless.

In light of this analysis, we feel it cannot be said that a work stoppage attributable to a labour dispute can continue in being after the point at which the parties to the dispute have indicated a desire to resume performance of their contracts of service and have in fact resumed such performance. If, as in the case at bar, the resumption of work takes place gradually and in stages, the last ones recalled to work will continue to be without their employment because of a work stoppage attributable to a labour dispute until the time they are recalled; however, paragraph 44(1)(a) [now subsection 31(1)] provides that their disqualification for unemployment insurance benefits ceases as soon as the work stoppage which is the cause of their being unemployed terminates, even if its effects continue to exist.

We feel that this approach is also consistent with the recent decisions of the Supreme Court of Canada [*Hills* and *Valois*, *supra*.]

Consequently, if employees can start receiving benefits as soon as a strike is settled, but before they all actually return to work, employees who are laid off in anticipation of a strike cannot be denied them.

All of this is consistent with the purpose of section 31 and its underlying philosophy. In this case, there is no interference with the neutrality of Government during a strike, since the employees in question did not participate in the strike action. They were not even a part of the striking bargaining unit at the time the strike began, having been laid off. Nor were they entitled to strike pay. Further, there is no forced employer subsidy for striking employees here, because these workers were not on strike, but were laid off prior to the commencement of the strike.

employés, voire plusieurs, continuent d'en souffrir les conséquences; ils n'ont donc pas encore repris leurs emplois.

Mais ce qui caractérise essentiellement l'arrêt de travail de l'article 44 [aujourd'hui l'article 31] et le distingue de la perte de l'emploi du prestataire est l'aspect «volonté»: un arrêt de travail dû à un conflit collectif provient toujours du fait que l'une ou l'autre des parties au contrat de louage de services ne veut pas l'exécuter. S'il s'agit de la partie patronale, on appelle l'arrêt un lockout; dans le cas où ce sont les employés qui refusent de fournir leurs services, on parle d'une grève. Dans l'un et l'autre cas c'est le manque de volonté qui constitue l'essence de l'arrêt de travail. La perte d'emploi, par contre, est un phénomène complètement indépendant de la volonté, qui est susceptible de toucher tant ceux qui sont directement impliqués dans l'arrêt de travail, les grévistes ou les employés qui font l'objet du lockout, que ceux qui n'y sont aucunement intéressés mais qui ont quand même perdu leurs emplois en conséquence.

Or, à la lumière de cette analyse, il nous semble impossible de soutenir qu'un arrêt de travail dû à un conflit collectif puisse subsister après le moment où les parties au conflit ont manifesté le désir de recommencer l'exécution de leurs contrats de louage de services et ont, en fait, recommencé cette exécution. Si, comme dans le cas présent, la reprise des travaux s'effectue graduellement et par étapes, les derniers rappelés au travail continuent de subir une perte de leur emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif jusqu'au moment de leur rappel; toutefois l'alinéa 44(1)a) [aujourd'hui le paragraphe 31(1)] décrète que leur inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage cesse dès que l'arrêt de travail qui est la cause de leur état de chômage aura pris fin et même si ses effets continuent d'exister.

Cette approche nous paraît également conforme à la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada [Arrêt *Hills* et *Valois* précités.]

Conséquemment, si les employés peuvent commencer à toucher des prestations dès que la grève est réglée, mais avant que tous soient effectivement retournés au travail, on ne peut refuser ces prestations aux employés mis à pied dans l'expectative d'une grève.

Tout cela est compatible avec l'objet de l'article 31 et la philosophie qui le sous-tend. En l'espèce, il n'y a eu aucune atteinte à la neutralité de l'État au cours de la grève, puisque les employés en question n'ont pas participé à la grève. Ils ne faisaient même pas partie de l'unité de négociation en grève au moment où la grève a commencé, ayant été mis à pied. Ils n'avaient pas non plus droit de toucher une indemnité de grève. De plus, il n'est pas question en l'espèce de contribution forcée de l'employeur aux employés en grève, parce que les employés en cause n'étaient pas

There are some older decisions of umpires that are in conflict with this jurisprudence, but, with respect, they are not in harmony with the new Supreme Court decisions and the cases in this Court and ought no longer to be followed. (See *International Longshoremen's Association* (1978), CUB 4769; *Peters* (1979), CUB 5410; *Coull* (1984), CUB 8498; *Baronette et al.* (1991), CUB 19771 (affirmed Federal Court of Appeal September 3, 1992, A-594-91, only on the issue of subsection 31(2)).)

These applications will, therefore, be allowed, the decisions of the umpire dated May 13, 1992 will be set aside and the matters will be remitted to an umpire to be dealt with in accordance with these reasons.

ISAAC C.J.: I agree.

HEALD J.A.: I agree.

grévistes, ayant été mis à pied avant le début de la grève.

Il existe d'anciennes décisions de juges-arbitres incompatibles avec cette jurisprudence, mais, en toute déférence, elles ne sont pas en accord avec les nouveaux arrêts de la Cour suprême ni avec ceux de notre Cour, et on ne devrait plus les suivre. (Voir *Association internationale des débardeurs* (1978), CUB 4769; *Peters* (1979), CUB 5410; *Coull* (1984), CUB 8498. *Baronette et autres* (1991), CUB 19771 (décision confirmée par la Cour d'appel fédérale le 3 septembre 1992, A-594-91, seulement sur la question du paragraphe 31(2)).)

Ces demandes seront par conséquent accueillies, les décisions du juge-arbitre en date du 13 mai 1992 seront annulées et les affaires seront renvoyées à un juge-arbitre pour qu'il en décide conformément à ces motifs.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris à ces motifs.

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

A-316-93

A-316-93

Attorney General of Canada (*Appellant*)**Procureur général du Canada** (*appellant*)

and

et
a**The Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency and The Canadian Hatchery Federation** (*Cross appellants*)**L'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair et la Fédération canadienne des couvoirs** (*appelants à l'incident*)

b

v.

c.

The Canadian Association of Regulated Importers, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd., Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (*Respondents*)

c

d

e

L'Association canadienne des importateurs réglementés, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd., Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (*intimés*)

A-363-93

A-363-93

The Canadian Hatchery Federation (*Appellant*)**La Fédération canadienne des couvoirs** (*appelante*)

and

f
et**Attorney General of Canada and The Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency** (*Cross appellants*)

g

Procureur général du Canada et l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair (*appelants à l'incident*)

v.

c.

The Canadian Association of Regulated Importers, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd., Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (*Respondents*)

h

i

j

L'Association canadienne des importateurs réglementés, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd., Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (*intimés*)

INDEXED AS: CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: ASSOC. CANADIENNE DES IMPORTATEURS RÉGLEMENTÉS c. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Linden J.J.A. and Gray D.J. — Toronto, December 1, 2 and 3, 1993; Ottawa, January 6, 1994.

Cour d'appel, juges Heald, Linden, J.C.A. et juge suppléant Gray — Toronto, 1^{er}, 2 et 3 décembre 1993; Ottawa, 6 janvier 1994.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Appeals from order of certiorari quashing International Trade Minister's decision allocating import quotas for hatching eggs and chicks on basis of national market share — Governor in Council placing broiler hatching eggs and chicks on Import Control List under Export and Import Permits Act — Notice to Importers including annual global quota, principles of allocation — Issuance of notice discretionary decision immune from review — Policy guidelines not regulations, useful guide only — Minister acting in good faith — Rules of natural justice not applicable to legislative or policy decisions — Minister relying on relevant factors in deciding to adopt quota system — Decision not to be interfered with, even if wrong.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Appels contre une ordonnance de certiorari qui a annulé la décision du ministre du Commerce extérieur de répartir les contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins en fonction de la part du marché national — Le gouverneur en conseil a inscrit les œufs d'incubation de poulets de chair et les poussins sur la liste des marchandises d'importation contrôlée aux termes de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation — L'avis aux importateurs prévoyait le contingentement global annuel, et les principes de répartition — La délivrance de l'avis est une décision discrétionnaire qui n'est pas assujettie au contrôle judiciaire — Les lignes directrices en matière de politique ne sont pas des règlements, elles ne sont que des guides utiles — Le ministre a agi de bonne foi — Les règles de justice naturelle ne s'appliquent pas aux décisions législatives ou politiques — Le ministre s'est fondé sur des facteurs pertinents pour décider d'adopter le système de contingents — La décision ne doit pas être modifiée même si elle est erronée.

These were appeals against an order of *certiorari* granted by Reed J. quashing the decision of the Minister for International Trade allocating import quotas for hatching eggs and chicks to hatcheries on the basis of national market share and a second order, meant to supplement the original order, setting interim quotas. The respondents, referred to as the "historical importers", are companies and individuals who, prior to the Minister's decision, imported broiler hatching eggs and chicks from the United States without regulation. On May 8, 1989, the Governor in Council placed broiler hatching eggs and chicks on the Import Control List under the *Export and Import Permits Act*. On that same day, the Minister issued a notice to importers which included the annual global quota and principles of allocation. The goal of the principles set out in the notice was to gradually shift the allocation of import quota from those who had imported in the past (the historical importers) to federally registered hatcheries on the basis of market share. The main issue in this appeal was whether the Minister's issuance of the notice to importers was a discretionary decision in the nature of policy or legislative action, which is virtually unreviewable, or whether it was the exercise of a statutory power, reviewable according to the ordinary principles of administrative law.

Il s'agit d'appels contre une ordonnance de *certiorari* accordée par le juge Reed annulant la décision du ministre du Commerce extérieur qui a réparti entre des couvoirs des contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins, en fonction de la part du marché national, et contre une deuxième ordonnance qui devait compléter l'ordonnance initiale et établissait les contingents provisoires. Les intimés, désignés sous le nom d'«importateurs coutumiers» sont des sociétés et des particuliers qui, avant la décision du ministre, importaient des œufs d'incubation de poulets de chair et des poussins des États-Unis sans réglementation. Le 8 mai 1989, le gouverneur en conseil a inscrit les œufs d'incubation de poulets de chair et les poussins sur la liste des marchandises d'importation contrôlée aux termes de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. Le même jour, le ministre a délivré un avis aux importateurs qui portait notamment sur le contingentement global annuel et les principes de répartition. Le but des principes énoncés dans l'avis était de transférer graduellement la répartition des contingents d'importation de ceux qui avaient importé par le passé (les importateurs coutumiers) aux couvoirs enregistrés au fédéral en fonction de leurs parts du marché. La question principale dans le présent appel était de savoir si la délivrance de l'avis aux importateurs par le ministre était une décision discrétionnaire de la nature d'une politique ou d'une action législative qui ne donne pratiquement pas ouverture au contrôle judiciaire ou s'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, susceptible de contrôle judiciaire selon les principes ordinaires du droit administratif.

Held, the appeals should be allowed.

Arrêt: les appels sont accueillis.

Where a statutory discretion has been exercised in good faith and in accordance with the principles of natural justice

Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et conformément aux principes de justice

and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere. The policy guidelines are not regulations but a useful guide only. Although the Trial Judge was correct in noting that these guidelines would cause economic loss to certain parties, they were discretionary policy guidelines, within the purview of the Minister who acted in good faith. The rules of natural justice are not applicable to legislative or policy decisions, more particularly to the setting of a quota policy, although they may be to individual decisions respecting grants of quotas. The adoption of a quota policy is essentially a legislative or policy matter, with which courts do not normally interfere. Any remedy that may be available would be political, not legal. It might have been considerate for the Minister to have given the respondents notice and an opportunity to be heard, but he was not required to do so. The respondents sought to impose upon the Minister a public consultation process not contemplated by the legislation.

The Trial Judge erred in quashing the Minister's decision because it was "based on irrelevant considerations". It is not fatal to a policy decision that some irrelevant factors be taken into account; it is only when such a decision is based entirely or predominantly on irrelevant factors that it is impeachable. A court will interfere only if there was reliance primarily on irrelevant matters as well as an absence of evidence supporting the Minister's decision. There was ample evidence in the record to support the decision made by the Minister to adopt the quota system. In doing so, he relied on relevant factors. He did not necessarily make the right decision, but even if it could be shown that he may have made the wrong decision, the Court would have no business interfering with it.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 5 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; (3rd Supp.), c. 28, s. 359), 6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1).
- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, s. 11(5).
- Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency Proclamation*, SOR/87-40.
- Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 5(1), 8(1).
- Farm Products Marketing Agencies Act*, R.S.C., 1985, c. F-4, ss. 16, 17, 21, 23.
- Government Organization Act*, 1983, S.C. 1980-81-82-83, c. 167, ss. 4, 6.

naturelle, et si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision. Les lignes directrices en matière de politique ne constituent pas des règlements, mais seulement des guides utiles. Bien que le juge de première instance ait, à bon droit, souligné que ces lignes directrices entraîneraient des pertes économiques pour certaines parties, il s'agissait néanmoins de lignes directrices discrétionnaires en matière de politique, qui relevaient du pouvoir du ministre qui avait agi de bonne foi. Les règles de justice naturelle ne s'appliquent pas aux décisions législatives ou politiques, plus particulièrement à l'établissement d'une politique en matière de contingentement, bien que ce puisse être le cas à l'égard des décisions individuelles concernant la répartition des contingents. L'adoption d'une politique en matière de contingent est essentiellement une question législative ou de politique, à l'égard de laquelle les tribunaux n'interviennent normalement pas. Le redressement qui pourrait être obtenu serait politique et non juridique. Le ministre aurait pu par égard aux intimés les aviser et leur donner l'occasion d'être entendus, mais il n'était pas tenu de le faire. Les intimés ont cherché à ce qu'un processus de consultation publique soit imposé au ministre alors que le législateur ne l'avait pas prévu.

Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a annulé la décision du ministre parce qu'elle était «fondée sur des considérations étrangères à la question». Le fait d'avoir tenu compte de certains facteurs non pertinents ne met pas en péril une décision en matière de politique; c'est seulement lorsqu'une telle décision est fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents qu'elle est contestable. Un tribunal n'interviendra que si l'on s'est fondé principalement sur des questions non pertinentes et qu'il y a absence de preuve à l'appui de la décision du ministre. Il y avait suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour appuyer la décision prise par le ministre d'adopter le système de contingent. Pour arriver à cette décision, il s'est fondé sur des facteurs pertinents. Il n'a pas nécessairement pris la bonne décision, mais même s'il pouvait être démontré qu'il aurait pris une décision erronée, il n'incombait nullement à la Cour d'intervenir à l'égard de celle-ci.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi organique de 1983*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 167, art. 4, 6.
- Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 5 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; (3^e suppl.), ch. 28, art. 359), 6 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1).
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 11(5).
- Loi sur le transport des marchandises dangereuses*, L.R.C. (1985), ch. T-19, art. 22(1).
- Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 5(1), 8(1).
- Loi sur les marchés de grain à terme*, L.R.C. (1985), ch. G-11, art. 5(2).

Grain Futures Act, R.S.C., 1985, c. G-11, s. 5(2).
Transportation of Dangerous Goods Act, R.S.C., 1985, c. T-19, s. 22(1).

Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme, L.R.C. (1985), ch. F-4, art. 16, 17, 21, 23.
Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair, DORS/87-40.

a

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Maple Lodge Farms Ltd. v. R., [1981] 1 F.C. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.); affd *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119.

APPLIED:

Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al., [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Re Bedesky et al. and Farm Products Marketing Board of Ontario et al.* (1975), 8 O.R. (2d) 516 (Div. Ct.); affd (1975), 10 O.R. (2d) 105 (C.A.); leave to appeal refused (1975), 10 O.R. (2d) 105 (C.A.) note.

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All E.R. 1019 (Ch.D.); *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16; 41 F.T.R. 18 (F.C.T.D.); *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.); *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 81 (C.A.); *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46.

APPEALS from Trial Division order of *certiorari* ([1993] 3 F.C. 199 (abridged); (1993), 62 F.T.R. 172 (T.D.)) quashing a decision of the Minister for International Trade which allocated import quotas for hatching eggs and chicks to hatcheries on the basis of national market share. Appeals allowed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Maple Lodge Farms Ltd. c. R., [1981] 1 C.F. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.); confirmé par *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119.

d

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Re Bedesky et al. and Farm Products Marketing Board of Ontario et al.* (1975), 8 O.R. (2d) 516 (C. div.); confirmé par (1975), 10 O.R. (2d) 105 (C.A.); autorisation d'appel refusée (1975), 10 O.R. (2d) 105 (C.A.) note.

DÉCISIONS CITÉES:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All E.R. 1019 (Ch.D.); *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16; 41 F.T.R. 18 (C.F. 1^{re} inst.); *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.); *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 81 (C.A.); *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man. R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46.

APPELS contre une ordonnance de *certiorari* de la Section de première instance ([1993] 3 C.F. 199 (sous forme abrégée); (1993), 62 F.T.R. 172 (1^{re} inst.)) annulant la décision du ministre du Commerce extérieur de répartir les contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins entre les couvoirs en fonction de la part du marché national. Appels accueillis.

COUNSEL:

Marlene I. Thomas and Christopher Parke for appellant Attorney General of Canada.

François Lemieux and David K. Wilson for cross appellant Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency. ^a

Douglas Hodgson and Herman Turkstra for cross appellant Canadian Hatchery Federation. ^b

Paul J. Stott and John T. Pepall for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant Attorney General of Canada. ^c

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for cross appellant Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency. ^d

Turkstra, Mazza, Shinehoft, Mihailovich Associates, Toronto, for cross appellant Canadian Hatchery Federation.

Abraham, Duggan, Toronto, for respondents. ^e

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: These two appeals are from decisions of the Trial Division. On April 1, 1993 [[1993] 3 F.C. 199], the Trial Judge granted an order in the nature of *certiorari* quashing a decision of the Secretary of State for External Affairs which allocated import quotas for hatching eggs and chicks to hatcheries on the basis of national market share. It was also ordered that a decision on this matter be made on relevant grounds after hearing submissions from the applicants. In addition an injunction was issued to prevent any claw back of quota from the historical importers until such decision is taken. This order reads as follows:

a) an order in the nature of *certiorari*, quashing the decision of the Minister for International Trade, as adopted by the Secretary of State for External Affairs, allocating import quota for hatching eggs and chicks to hatcheries only, across Canada, on national market share. ^j

AVOCATS:

Marlene I. Thomas et Christopher Parke pour le procureur général du Canada, appellant.

François Lemieux et David K. Wilson pour l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair, appelants à l'incident.

Douglas Hodgson et Herman Turkstra pour la Fédération canadienne des couvoirs, appelante à l'incident.

Paul J. Stott et John T. Pepall pour les intimés.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada, l'appelant.

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair, appelant à l'incident.

Turkstra, Mazza, Shinehoft, Mihailovich Associates, Toronto, pour la Fédération canadienne des couvoirs, appelante à l'incident.

Abraham, Duggan, Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Ces deux appels ont été interjetés contre des décisions de la Section de première instance. Le 1^{er} avril 1993 [[1993] 3 C.F. 199], le juge de première instance a accordé une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision du secrétaire d'État aux Affaires extérieures qui a réparti entre des couvoirs des contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins, en fonction de la part du marché national. Il a également été ordonné qu'une décision sur cette question soit prise sur le fondement de considérations pertinentes après avoir entendu les observations des requérants. De plus, la Cour a rendu une injonction visant à empêcher toute réduction du contingent des importateurs coutumiers tant qu'une telle décision n'a pas été prise. Voici le texte de l'ordonnance:

[TRADUCTION] a) une ordonnance de la nature d'un *certiorari*, annulant la décision du ministre du Commerce extérieur, adoptée par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, de répartir un contingent d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins entre les couvoirs seulement, partout au Canada, en fonction de la part du marché national.

b) order in the nature of *mandamus* requiring that the Secretary of State for External Affairs make a decision with respect to the system of import quota allocation only after having received submissions from the applicants and by taking into account only relevant considerations; and

c) an interim order in the nature of an injunction requiring that the Secretary of State for External Affairs not implement any further retrieval or claw back of the quota from historical importers until a decision as set out above is taken.

The second order being appealed from was dated May 27, 1993 and was meant to supplement the original order of April 1, 1993. In it, the Court ordered also:

(a) Seventeen percent (17%) of the quota for hatching egg and chick imports for 1993 shall be allocated to historic importers;

(b) From January 1, 1994 the quota will be allocated to historic importers at the level it was issued to them in 1991, adjusted for the increase in the quota base to 21.1% of domestic production of broiler hatching eggs which resulted from the agreement of September 13, 1990 between Canada and the United States;

(c) The remainder of the 1994 quota will be allocated to hatcheries on the basis of market share until the Secretary of State for External Affairs makes a decision in accordance with paragraph 2 of the order of April 1, 1993 herein;

(d) In the event the Secretary of State for External Affairs has not made a decision by October 1, 1994, the parties are at liberty to seek a further interim order from this Court;

(e) This order shall take effect on July 1, 1993.

This latter order was made with the consent of the Attorney General and the applicants below, but over the objections of the Canadian Hatchery Federation and the Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency.

The facts are briefly the following. The respondents are individuals and companies who, prior to the decision being challenged, imported broiler hatching eggs and chicks from the United States without regulation. They are referred to as the "historical importers" and they have been represented by the Canadian Association of Regulated Importers, which is a trade group representing importers of broiler hatching eggs and chicks, as well as importers of other products.

b) une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant au secrétaire d'État aux Affaires extérieures de prendre une décision relativement au système de répartition des contingents d'importation, seulement après avoir reçu des observations à ce sujet de la part des requérants et en tenant compte seulement de considérations pertinentes;

a c) une ordonnance provisoire de la nature d'une injonction empêchant le secrétaire d'État aux Affaires extérieures de mettre en œuvre toute réduction supplémentaire du contingent des importateurs coutumiers tant qu'une décision n'a pas été prise conformément à ce qui précède.

La deuxième ordonnance dont appel a été interjeté est datée du 27 mai 1993 et devait compléter l'ordonnance initiale du 1^{er} avril 1993. La Cour a en outre ordonné:

c [TRADUCTION] a) Dix-sept pour cent (17 %) du contingent d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins de 1993 est attribué aux importateurs coutumiers;

b) À compter du 1^{er} janvier 1994, le contingent sera attribué aux importateurs coutumiers au niveau qu'ils ont obtenu en 1991, en tenant compte de l'augmentation du contingent à 21,1 p. 100 de la production intérieure des œufs d'incubation qui a découlé de l'entente conclue le 13 septembre 1990 entre le Canada et les États-Unis;

e c) Le reste du contingent de 1994 sera réparti entre les couvoirs en fonction de la part du marché national jusqu'à ce que le secrétaire d'État aux Affaires extérieures prenne une décision en application du paragraphe 2 de l'ordonnance du 1^{er} avril 1993 visé en l'espèce;

f d) Dans le cas où le secrétaire d'État aux Affaires extérieures n'a pas pris de décision le 1^{er} octobre 1994, il est loisible aux parties de chercher à obtenir une autre ordonnance provisoire de notre Cour;

e) La présente ordonnance s'applique à compter du 1^{er} juillet 1993.

g Cette dernière ordonnance a été rendue avec l'accord du procureur général et des requérants mentionnés ultérieurement, mais malgré les objections de la Fédération canadienne des couvoirs et de l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulets de chair.

Brièvement, les faits sont les suivants. Les intimés sont des particuliers et des sociétés qui, avant la décision contestée, importaient des œufs d'incubation de poulets de chair et des poussins des États-Unis sans réglementation. Ils sont désignés sous le nom d'«importateurs coutumiers» et ils ont été représentés par l'Association canadienne des importateurs réglementés qui est un groupe commercial représentant les importateurs d'œufs d'incubation de poulets de chair

et de poussins ainsi que les importateurs d'autres produits.

The Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency is a national marketing agency established by proclamation on December 29, 1986 [SOR/87-40] under the *Farm Products Marketing Agencies Act*, R.S.C., 1985, c. F-4, sections 16 and 17.

The Canadian Hatchery Federation represents 89 hatcheries across Canada, including most of the major hatcheries. It is composed of 7 regional associations.

During the hearings in 1983 that led up to the establishment of a national marketing agency for these products, the Chicken Broiler Hatching Egg Producers Association urged the creation of such an agency to control imports of broiler hatching eggs and chicks to protect the market of domestically produced broiler hatching eggs. In a report written after these hearings (May 23, 1984), the National Farm Products Marketing Council found that some importers had used the threat of imports of hatching eggs and chicks in bargaining with domestic producers for lower prices. It also reported that low import prices in central Canada had an effect on prices in other provinces as well.

Not long after (December 29, 1986), following further discussions and consultations, a proclamation was issued creating the Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency (CBHEMA) which would have the authority to regulate the marketing of broiler hatching eggs and chicks from member provinces for interprovincial and international trade. On September 1, 1987, CBHEMA recommended to the Minister of Agriculture that the Governor in Council place broiler hatching eggs and chicks on the Import Control List under the *Export and Import Permits Act* [R.S.C., 1985, c. E-19].

L'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulets de chair est un office de commercialisation national établi par proclamation le 29 décembre 1986 [DORS/87-40] aux termes de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, L.R.C. (1985), ch. F-4, articles 16 et 17.

La Fédération canadienne des couvoirs représente 89 couvoirs dans tout le Canada, notamment la plupart des couvoirs principaux. Elle est composée de sept associations régionales.

Au cours des audiences en 1983 qui ont entraîné la création d'un office national de commercialisation de ces produits, l'Association des producteurs d'œufs d'incubation de poulets de chair a préconisé la création d'un tel office afin de contrôler les importations d'œufs d'incubation de poulets de chair et de poussins pour protéger le marché des œufs d'incubation de poulets de chair produits au Canada. Dans un rapport rédigé après ces audiences (23 mai 1984), le Conseil national de commercialisation des produits de ferme a conclu que certains importateurs avaient utilisé la menace de l'importation d'œufs d'incubation et de poussins pour négocier une diminution des prix avec les producteurs nationaux. Le rapport faisait également état du fait que des prix à l'importation moins élevés au Canada central avaient également un effet sur les prix dans les autres provinces.

Peu de temps après (le 29 décembre 1986), par suite d'autres discussions et consultations, l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair (OCCOIPC) a été établi, par proclamation, et aurait le pouvoir de réglementer la commercialisation des œufs d'incubation de poulets de chair et des poussins produits dans les provinces membres à des fins de commerce interprovincial et international. Le 1^{er} septembre 1987, l'OCCOIPC a recommandé au ministre de l'Agriculture que le gouverneur en conseil inscrive les œufs d'incubation de poulets de chair et les poussins sur la liste des marchandises d'importation contrôlée aux termes de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* [L.R.C. (1985), ch. E-19].

On May 8, 1989 the Governor in Council placed broiler hatching eggs and chicks on the Import Control List. This was done pursuant to the recommendation of the Secretary of State for External Affairs (actually the Minister of International Trade operationally).

On the same day as the products were placed on the List, May 8, 1989, a notice to importers was also issued, which is the main subject of these two appeals. In the notice to importers the annual global quota and principles of allocation were included. The goal of the principles set out in the notice was to gradually shift the allocation of import quota from those who had imported in the past (the historical importers) to federally registered hatcheries on the basis of market share. Excerpts from that seven-page notice include:

Principles of Quota Allocation

11. In 1989, the main criterion for determining the size of quota allocated to individual applicants will be the average level of their annual imports during 1984 through 1988, inclusive. However, any remaining quota not allocated on this basis will be allocated to federally-registered hatcheries on the basis of market share.

12. Applicants requesting quota allocations for 1989 are requested to submit a summary of their imports for the calendar years 1984 through 1988, along with Customs entry documents to substantiate this import performance.

13. Federally-registered hatcheries applying for a quota allocation on the basis of market share must provide information on the total numbers of chicks sold for chicken production in calendar year 1988. Market share, determined on this basis, is subject to verification by External Affairs.

14. In each of the years from 1990 to 1993 inclusive, 25 percent of the quota allocated on the basis of historical import performance will be retrieved each year and reallocated to federally-registered hatcheries only, on the basis of market share. For 1994 and beyond, the entire quota will be reallocated each year to federally-registered hatcheries only, on the basis of market share.

Quota Utilization

15. Quota holders will be permitted to import up to their annual quota level at any time during the calendar year.

Le 8 mai 1989, le gouverneur en conseil a inscrit les œufs d'incubation de poulets de chair et les poussins sur la liste des marchandises d'importation contrôlée. Cette inscription a été faite par suite de la recommandation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures (en pratique le ministre du Commerce extérieur).

Le même jour que les produits ont été inscrits sur la liste, le 8 mai 1989, un avis aux importateurs a également été délivré, sur lequel porte principalement les deux appels. L'avis aux importateurs portait notamment sur le contingentement global annuel et les principes de répartition. Le but des principes énoncés dans l'avis est de transférer graduellement la répartition des contingentements d'importation de ceux qui avaient importé par le passé (les importateurs coutumiers) aux couvoirs enregistrés au fédéral en fonction de leurs parts du marché. Voici des extraits de cet avis de sept pages:

Principes de répartition

11. En 1989, le principal critère utilisé sera le niveau moyen des importations de chacun des requérants au cours des années civiles 1984 à 1988 inclusivement. Les quantités qui ne seront pas réparties de cette façon-là seront attribuées aux couvoirs enregistrés au fédéral, en fonction de leurs parts du marché.

12. Les requérants qui demanderont une part de contingent en 1989 sont requis de fournir un sommaire de leurs importations du produit en cause pendant les années civiles 1984 à 1988, de même que les déclarations douanières pertinentes.

13. Les couvoirs enregistrés au fédéral qui demandent une part de contingent en fonction de leur part du marché doivent indiquer le nombre total de poussins, destinés à la production de poulets, qu'ils ont vendus au cours de l'année civile 1988. Le ministère des Affaires extérieures se réserve le droit de vérifier la part de marché ainsi calculée.

14. De 1990 à 1993 inclusivement, 25 p. 100 du contingent réparti en fonction des résultats traditionnels à l'importation sera récupéré chaque année pour être redistribués à des couvoirs enregistrés au fédéral, en fonction de leurs parts du marché. À partir de 1994, l'ensemble du contingent ira uniquement à des couvoirs enregistrés au fédéral, compte tenu de leurs parts du marché.

Utilisation du contingent

15. À n'importe quel moment au cours de l'année civile, les détenteurs de parts de contingent peuvent importer des quantités ne dépassant pas leur contingent annuel.

16. The quota allocation may be used to import either broiler hatching eggs or chicks for chicken production. Each chick will be counted as 1.27 hatching eggs.

17. If a quota holder uses less than 90 percent of quota allocated, the allocation in the next year will normally be reduced to the actual level of utilization. Quota not used in any calendar year will not be available for carryover to the next calendar year. (See affidavit of Catherine Anne McKinley, particularly Exhibit "A" thereto, A.B., Vol. 4, pp. 755, 756 and 757).

A challenge to this notice was launched by the respondents in the Trial Division, leading to the two orders that have been appealed to this Court.

The first issue is whether the Minister's issuance of the notice to importers dated May 8, 1989 was a discretionary decision in the nature of policy or legislative action, which is virtually unreviewable, or whether it was the exercise of a statutory power, reviewable according to the ordinary principles of administrative law. The Trial Judge held that it was the exercise of a statutory power and hence reviewable in the ordinary way, wherefrom she proceeded to quash the decision. With respect, I am of a different view—that the promulgation of the notice was a discretionary act in the nature of a policy guideline and hence was largely immune from review.

Subsection 5(1) of the *Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, reads as follows:

5. (1) The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Import Control List, including therein any article the import of which the Governor-in-Council deems it necessary to control for any of the following purposes:

(b) to restrict, for the purpose of supporting any action taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*, the importation in any form of a like article to one produced or marketed in Canada the quantities of which are fixed or determined under that Act.

Subsection 8(1) of the same Act states:

8. (1) The Minister may issue to any resident of Canada applying therefor a permit to import goods included in an

16. Le contingent peut servir à importer soit des œufs d'incubation de poulets de chair, soit des poussins destinés à la production de poulets. Chaque poussin équivaut à 1,27 œuf d'incubation.

17. Si un détenteur utilise moins de 90 p. 100 de la part de contingent qui lui a été attribuée, celle-ci sera ajustée l'année suivante en fonction du niveau réel d'utilisation. Les parts inutilisées au cours d'une année civile ne pourront être reportées sur l'année suivante. (Voir l'affidavit de Catherine Anne McKinley, particulièrement la pièce «A», A.B., vol. 4, pp. 755, 756 et 757).

Cet avis a été contesté par les intimés devant la Section de première instance, ce qui a donné lieu aux deux ordonnances dont appel a été interjeté à notre Cour.

La première question est de savoir si la délivrance par le ministre de l'avis aux importateurs daté du 8 mai 1989 était une décision discrétionnaire de la nature d'une politique ou d'une action législative qui ne donne pratiquement pas ouverture au contrôle judiciaire ou s'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, susceptible de contrôle judiciaire selon les principes ordinaires du droit administratif. Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi et par conséquent susceptible de contrôle dans le sens ordinaire, ce sur quoi elle s'est fondée pour annuler la décision. Avec égards, je ne partage pas son avis—selon moi, la promulgation de l'avis constituait un acte discrétionnaire de la nature d'une ligne directrice en matière de politique et était donc en grande partie exclue du contrôle.

Voici le texte du paragraphe 5(1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19:

5. (1) Le gouverneur en conseil peut dresser la liste des marchandises d'importation contrôlée comprenant les articles dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'importation pour l'une des fins suivantes:

b) appuyer une mesure d'application de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme* en limitant l'importation sous quelque forme que ce soit d'un article semblable à un article produit ou commercialisé au Canada et dont les quantités sont fixées ou déterminées en vertu de cette loi;

Le paragraphe 8(1) de la même Loi prévoit:

8. (1) Le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence pour l'importation de marchan-

Import Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, from such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

There is no challenge to the legislative nature of placing the articles on the List; the challenge is to the notice to importers which *inter alia* outlines an annual global quota, principles of quota allocation and matters dealing with the issuance of permits.

The decision of *Maple Lodge Farms Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 500 (C.A.); affd [1982] 2 S.C.R. 2, is of significance in this case. In a similar fact situation, it was held that the authority given to the Minister to grant permits under subsection 8(1) was discretionary. Thus, according to Mr. Justice McIntyre in the Supreme Court of Canada (at pages 7-8):

In construing statutes such as those under consideration in this appeal, which provide for far-reaching and frequently complicated administrative schemes, the judicial approach should be to endeavour within the scope of the legislation to give effect to its provisions so that the administrative agencies created may function effectively, as the legislation intended. In my view, in dealing with legislation of this nature, the courts should wherever possible, avoid a narrow, technical construction, and endeavour to make effective the legislative intent as applied to the administrative scheme involved. It is, as well, a clearly-established rule that the courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility. Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

It was also held that the Minister could issue policy guidelines outlining the general requirements for the granting of permits, for that would be helpful to applicants to know in general terms what the policy and practice of the Minister will be, as long as they do not confine the Minister so as to fetter his discretion (see pages 6-7).

The Supreme Court of Canada was merely echoing the principles expressed by Mr. Justice Le Dain (as

dises figurant sur la liste des marchandises d'importation contrôlée, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés.

Il n'y a aucune contestation de la nature législative du fait d'inscrire les articles sur la liste; c'est l'avis aux importateurs qui est contesté, lui qui prévoit notamment un contingentement global annuel, les principes de répartition des contingentements et les questions traitant de la délivrance des permis.

L'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 500 (C.A.); confirmé par [1982] 2 R.C.S. 2, est important en l'espèce. Dans une situation de fait semblable, la Cour a conclu que le pouvoir conféré au ministre par le paragraphe 8(1) d'accorder des permis était discrétionnaire. Par conséquent, selon le juge McIntyre de la Cour suprême du Canada (aux pages 7 et 8):

En interprétant des lois semblables à celles qui sont visées en l'espèce et qui mettent en place des arrangements administratifs souvent compliqués et importants, les tribunaux devraient, pour autant que les textes législatifs le permettent, donner effet à ces dispositions de manière à permettre aux organismes administratifs ainsi créés de fonctionner efficacement comme les textes le veulent. À mon avis, lorsqu'elles examinent des textes de ce genre, les cours devraient, si c'est possible, éviter les interprétations strictes et formalistes et essayer de donner effet à l'intention du législateur appliquée à l'arrangement administratif en cause. C'est aussi une règle bien établie que les cours ne doivent pas s'ingérer dans l'exercice qu'un organisme désigné par la loi fait d'un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé. Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

La Cour a également conclu que le ministre pouvait émettre des lignes directrices en matière de politique soulignant les exigences générales pour l'octroi de permis, car il est utile que les demandeurs de licence connaissent les grandes lignes de la politique et de la pratique que le ministre entend suivre dans la mesure où elles n'entravent pas l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire (voir pages 6 et 7).

La Cour suprême du Canada répétait simplement les principes exprimés par le juge Le Dain (tel était

he then was) in the Federal Court of Appeal in *Maple Lodge Farms, supra*, at pages 513-514:

... guidelines, which are not regulations and do not have the force of law, cannot limit or qualify the scope of the discretion conferred by statute, or create a right to something that has been made discretionary by statute. The Minister may validly and properly indicate the kind of considerations by which he will be guided as a general rule in the exercise of his discretion... but he cannot fetter his discretion by treating the guidelines as binding upon him and excluding other valid or relevant reasons for the exercise of his discretion.

After all, these policy guidelines are not regulations; they may be easily changed from time to time, depending on the economic and political climate as well as the international situation. They are a useful guide only, which is as it should be.

As for the finality of policy decisions, a similar view was expressed in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, by Mr. Justice Dickson (as he then was), at page 111:

Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although... the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action.

Although the Trial Judge was correct in noting that these guidelines would cause economic loss to certain parties, they were, nevertheless, in my view, discretionary policy guidelines, and hence, within the purview of the Minister and not subject to ordinary review, save according to the three exceptions set out in *Maple Lodge Farms*.

Turning to the *Maple Lodge Farms* exceptions, therefore, no one questions that the Minister acted in good faith. Criticisms were levelled at the substance of his decision and the method of arriving at that decision, but no allegations of bad faith have been made. Thus, that exception is not applicable here.

alors son titre) de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Maple Lodge Farms*, précité, aux pages 513 et 514:

... lignes directrices, qui ne sont pas des règlements et n'ont pas force de loi, ne peuvent limiter ou assujettir à des conditions un pouvoir discrétionnaire accordé par une loi ni créer un droit à une chose que la loi a établie comme discrétionnaire. Le Ministre est libre d'indiquer le type de considérations qui, de façon générale, le guideront dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Après tout, ces lignes directrices en matière de politique ne constituent pas des règlements; elles peuvent facilement être changées à l'occasion, selon le climat économique et politique ainsi que la situation internationale. Il s'agit seulement de guides utiles comme cela devrait être le cas.

En ce qui a trait au caractère définitif des décisions en matière de politique, une opinion semblable a été exprimée dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S 106, par le M. juge Dickson (alors juge puîné), à la page 111:

Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure.

Bien que le juge de première instance ait, à bon droit, souligné que ces lignes directrices entraîneraient des pertes économiques pour certaines parties, il s'agissait, néanmoins, à mon avis, de lignes directrices discrétionnaires en matière de politique, qui relevaient donc du pouvoir du ministre et n'étaient pas assujetties au contrôle ordinaire, sauf en ce qui a trait aux trois exceptions énoncées dans l'arrêt *Maple Lodge Farms*.

Par conséquent, si l'on examine les exceptions énoncées dans l'arrêt *Maple Lodge Farms*, nul n'a remis en cause que le ministre avait agi de bonne foi. Les critiques ont porté sur le fond de cette décision et sur la méthode pour y parvenir, mais nul n'a allégué la mauvaise foi. Par conséquent, cette exception ne s'applique pas en l'espèce.

As for the need to comply with natural justice principles in this case, there is a fundamental disagreement. The Trial Judge held that some form of notice to the respondents was required as well as an effective opportunity to be heard. The appellants challenge this view, whereas the respondents support it.

Generally, the rules of natural justice are not applicable to legislative or policy decisions. As has been clearly stated by Sopinka J. in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 558:

[T]he rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions.

A similar statement was made by Dickson J. (as he then was) in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at page 628:

A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion. Similarly, public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision.

(See also Estey J. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 758; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All E.R. 1019 (Ch.D.).)

More particularly, it has been held that the principles of natural justice are not applicable to the setting of a quota policy although they may be to individual decisions respecting grants of quotas. In *Re Bedesky et al. and Farm Products Marketing Board of Ontario et al.* (1975), 8 O.R. (2d) 516 (Div. Ct.); affirmed (1975), 10 O.R. (2d) 105 (C.A.); leave to appeal refused (1975), 10 O.R. (2d) 105 note, Mr. Justice Morden stated at page 539:

No authority was cited to us for the proposition that the principles of natural justice respecting the right to notice and the right to be heard are applicable to govern a body such as the Chicken Board with respect to the devising and adopting of

Il y a un désaccord fondamental en ce qui a trait au besoin de se conformer aux principes de justice naturelle en l'espèce. Le juge de première instance a conclu qu'une certaine forme d'avis aux intimés était nécessaire ainsi que l'occasion réelle d'être entendu. Les appelants ont contesté cette position alors que les intimés l'ont appuyée.

En général, les règles de justice naturelle ne s'appliquent pas aux décisions législatives ou politiques. Comme le juge Sopinka l'a clairement établi dans l'arrêt *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 558:

[L]es règles de l'équité procédurale ne s'appliquent pas à un organe qui exerce des fonctions purement législatives.

Le juge Dickson (alors juge puîné) a fait une déclaration semblable dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la page 628:

Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire. De même, on ne pourra soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative.

(Voir également le juge Estey dans *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 758; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All E.R. 1019 (Ch.D.).)

Plus particulièrement, on a conclu que les principes de justice naturelle ne s'appliquaient pas à l'établissement d'une politique en matière de contingentement bien que ce puisse être le cas à l'égard des décisions individuelles concernant la répartition des contingentements. Dans l'affaire *Re Bedesky et al. and Farm Products Marketing Board of Ontario et al.* (1975), 8 O.R. (2d) 516 (C. div.); confirmé par (1975), 10 O.R. (2d) 105 (C.A.); autorisation d'interjeter appel refusée (1975), 10 O.R. (2d) 105 note, le juge Morden a dit à la page 539:

[TRADUCTION] Aucune doctrine ou jurisprudence n'a été présentée à l'appui de l'argument selon lequel les principes de justice naturelle concernant le droit d'être avisé et le droit d'être entendu s'appliquent pour régir un organisme comme l'Office

a quota policy. In fact, the law would appear to be to the contrary.

I can see no reason to differentiate the situation where, as here, it is a Minister rather than a board that is establishing the quota. Some may be damaged while others may gain by such a quota, but the exercise is essentially a legislative or policy matter, with which Courts do not normally interfere. Any remedy that may be available would be political, not legal. It might have been a considerate thing for the Minister to give the respondents notice and an opportunity to be heard, but he was not required to do so.

In essence, what the respondents are seeking here is to impose a public consultation process on the Minister when no such thing has been contemplated by the legislation. There are statutes in which regulations or policies cannot be promulgated without notifying and consulting the public. (See, for example, *Grain Futures Act*, R.S.C., 1985, c. G-11, subsection 5(2); *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, section 5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; (3rd Supp.), c. 28, s. 359] and section 6 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1]; *Transportation of Dangerous Goods Act*, R.S.C., 1985, c. T-19, subsection 22(1); and *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, subsection 11(5). No such legislative provision appears in the *Export and Import Permits Act*, something that Parliament could have inserted if it wanted notice to be given and consultation with the public to be held.

The last basis of attack on the Minister's conduct was that it was based on irrelevant factors and was not supported by the evidence. The Trial Judge was of the view that there was no evidence that the system adopted would support domestic supply management, that there was any consideration of the increased concentration of the market that might arise, nor of reliance on the Deloitte, Touche study which may have supported the decision. Rather she decided that the main focus was to transfer profits from one segment of the market to another, which might cause disruption of the market. Accordingly,

de commercialisation du poulet relativement à l'élaboration et à l'adoption d'une politique en matière de contingentement. En fait, le droit paraîtrait être le contraire.

À mon avis, il n'y a aucun motif d'établir une distinction d'avec la situation en l'espèce où il s'agit d'un ministre plutôt que d'un organisme qui établit le contingentement. Un tel contingentement peut causer un préjudice à certaines personnes tandis que d'autres peuvent être avantagées, mais il s'agit essentiellement d'une question législative ou de politique, à l'égard de laquelle les tribunaux n'interviennent normalement pas. Le redressement qui pourrait être obtenu serait politique et non juridique. Le ministre aurait pu par égard aux intimés les aviser et leur donner l'occasion d'être entendus, mais il n'était pas tenu de le faire.

En l'espèce, les intimés cherchent essentiellement à ce qu'un processus de consultation publique soit imposé au ministre alors que le législateur ne l'a pas prévu. Il y a des lois dont les règlements ou les politiques ne peuvent entrer en vigueur sans que le public soit avisé et consulté (voir par exemple, *Loi sur les marchés de grain à terme*, L.R.C. (1985), ch. G-11, paragraphe 5(2); *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, article 5 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; (3^e suppl.), ch. 28, art. 359] et article 6 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1]; *Loi sur le transport des marchandises dangereuses*, L.R.C. (1985), ch. T-19, paragraphe 22(1); et *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, paragraphe 11(5). La *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* ne contient aucune disposition législative semblable, ce que le législateur aurait pu ajouter s'il avait voulu qu'un avis soit donné et que le public soit consulté.

Le dernier moyen de contestation contre la conduite du ministre portait que celle-ci était fondée sur des facteurs qui n'étaient pas pertinents et n'étaient pas étayés par la preuve. Le juge de première instance était d'avis qu'il n'avait pas été démontré que le système adopté favoriserait un programme national de gestion des approvisionnements, qu'on a tenu compte de la possibilité d'une plus grande concentration du marché, ou qu'on s'est fondé sur l'étude de Deloitte, Touche pour appuyer la décision. Elle a plutôt décidé que le but principal était le transfert de bénéfices d'un secteur du marché à un autre, ce qui

the Trial Judge quashed the decision of the Minister because it was “based on irrelevant considerations.” With respect, I am of the view that the Trial Judge erred in this regard as well.

It is not fatal to a policy decision that some irrelevant factors be taken into account; it is only when such a decision is based entirely or predominantly on irrelevant factors that it is impeachable. It is not up to the Court to pass judgment on whether a decision is “wise or unwise.” (See *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.), at page 46 *per* MacKay J.) This Court, because these matters involve “value judgments”, is not to “sit as an appellate body determining whether the initiating department made the correct decision.” (See Strayer J. in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.), at page 49.)

As this Court stated in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684, at page 707, “Even if one were to assume that the Governor in Council acted with a dual purpose in mind (one falling within his mandate . . . and the other falling outside his mandate . . .) I doubt that this could advance the respondents’ case.” For, as the Supreme Court of Canada has explained, “Governments do not publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations.” (See *Thorne’s Hardware Ltd.*, *supra*, at pages 112-113.)

In other words, for a court to interfere, there must be reliance primarily on irrelevant matters as well as an absence of evidence supporting the Minister’s decision.

The relevant legislative provisions to be considered here are subsections 5(1) and 8(1) of the *Export and Import Permits Act* which are reproduced above. It should be noted that, in establishing the Import Control List, the Governor in Council must deem it necessary “for the purpose of supporting any action

serait susceptible d’avoir un effet perturbateur sur le marché. En conséquence, le juge de première instance a annulé la décision du ministre parce qu’elle était «fondée sur des considérations étrangères à la question». En toute déférence, je suis d’avis que le juge de première instance a également commis une erreur à cet égard.

Le fait d’avoir tenu compte de certains facteurs non pertinents ne met pas en péril une décision en matière de politique; c’est seulement lorsqu’une telle décision est fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents qu’elle est contestable. Il n’incombe pas au tribunal de juger si une décision est [TRADUCTION] «sage ou ne l’est pas». (Voir *Cantwell c. Canada (Ministre de l’Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1^{er} inst.), à la page 46, le juge MacKay.) Étant donné que ces questions portent sur des «jugements de valeur», notre Cour ne doit pas «[siéger] à titre d’organisme d’appel en vue de déterminer si le ministère responsable a pris la bonne décision». (Voir le juge Strayer dans *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.), à la page 49.)

Comme la Cour l’a dit dans l’arrêt *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684, à la page 707, «Même si l’on devait présumer que le gouverneur en conseil visait une double fin (l’une conforme à son mandat . . . et l’autre excédant son mandat . . .) je doute que cela servirait la cause des intimés». Car, comme la Cour suprême du Canada l’a expliqué, «Les gouvernements ne publient pas les motifs de leurs décisions; ils peuvent être mus par une foule de considérations d’ordre politique, économique ou social, ou par leur propre intérêt». (Voir *Thorne’s Hardware Ltd.*, *précité*, aux pages 112 et 113.)

En d’autres termes, pour qu’un tribunal intervenue, on doit s’être fondé principalement sur des questions non pertinentes ainsi que sur une absence de preuve à l’appui de la décision du ministre.

Les dispositions législatives permanentes qu’il convient d’examiner en l’espèce, sont les paragraphes 5(1) et 8(1) de la *Loi sur les licences d’exportation et d’importation* qui sont reproduits précédemment. Il convient de souligner que, pour établir la liste des marchandises d’importation contrôlée, le gouverneur

taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*.” Counsel for the respondents contended that this necessarily incorporated section 23 of that Act into the decision making considerations binding upon the Minister. Section 23 reads as follows:

23. (1) A marketing plan, to the extent that it allocates any production or marketing quota to any area of Canada, shall allocate that quota on the basis of the production from that area in relation to the total production of Canada over a period of five years immediately preceding the effective date of the marketing plan.

(2) In allocating additional quotas for anticipated growth of market demand, an agency shall consider the principle of comparative advantage of production.

He further argued that, because subsection 23(1) stipulates that the historical method of allocation must be used in setting up a marketing plan, the use of the machinery in the *Export and Import Permits Act* must also be in accordance with that principle. In my view, this is too narrow a reading of these sections. This contention, if it were accepted, would virtually prevent the Minister from departing from the historical patterns of production, something that would render nugatory the capacity of the Minister to change trading patterns in the commodities under consideration. This could not have been the object of Parliament.

In “supporting any action taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*,” not only must the Minister have regard to history in subsection 23(1), but he must also consider the “principle of comparative advantage” in subsection 23(2) as well as other sections of the Act. For example, the Minister must also consider section 21 of the Act which describes the objects of an agency as follows:

21. The objects of an agency are

(a) to promote a strong, efficient and competitive production and marketing industry for the regulated product or products in relation to which it may exercise its powers; and

(b) to have due regard to the interests of producers and consumers of the regulated product or products.

en conseil doit le juger nécessaire pour «appuyer une mesure d’application de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*». L’avocat des intimés soutient qu’il en résulte que l’article 23 de cette Loi fait nécessairement partie des considérations en matière de prise de décisions qui lient le ministre. Voici le texte de l’article 23:

23. (1) Les quotas de production ou de commercialisation éventuellement fixés par un plan de commercialisation pour une région du Canada doivent correspondre à la proportion que représente la production de cette région dans la production canadienne totale des cinq années précédant la mise en application du plan.

(2) L’office de commercialisation prend en compte les avantages comparatifs de production dans l’attribution de quotas additionnels destinés à répondre à la croissance prévue de la demande du marché.

Il a en outre soutenu que, comme le paragraphe 23(1) prévoit que la méthode coutumière d’attribution doit être utilisée pour élaborer un plan de commercialisation, l’application du mécanisme prévue par la *Loi sur les licences d’exportation et d’importation* doit également être conforme à ce principe. À mon avis, il s’agit d’une interprétation trop restreinte de ces articles. Si cet argument devait être retenu, le ministre ne pourrait virtuellement plus s’écarter des méthodes coutumières de production, ce qui rendrait futile son pouvoir de modifier les courants de commercialisation pour les marchandises visées. Ce ne pouvait être l’intention du législateur.

Afin d’«appuyer une mesure d’application de la *Loi sur les offices de commercialisation de produits de ferme*», non seulement le ministre doit-il tenir compte de la production coutumière aux termes du paragraphe 23(1), mais il doit également prendre en compte les «avantages comparatifs de production» aux termes du paragraphe 23(2) de même que d’autres articles de la Loi. Par exemple, le ministre doit également tenir compte de l’article 21 de la Loi qui décrit la mission d’un office de la manière suivante:

21. Un office a pour mission:

a) de promouvoir la production et la commercialisation du ou des produits réglementés pour lesquels il est compétent, de façon à en accroître l’efficacité et la compétitivité;

b) de veiller aux intérêts tant des producteurs que des consommateurs du ou des produits réglementés.

This indicates that the Minister must take into account a very broad range of considerations, not only the historical situation, in arriving at his decisions.

A detailed reading of the record indicates that the considerations taken into account by the Minister included a wide variety of matters and were not as limited as the Trial Judge thought. While there may have been some irrelevant and less relevant matters taken into account, there were also many relevant ones that were assessed.

There is no need for me to list each and every factor nor piece of relevant evidence that was considered, but I shall mention a few illustrative ones. The Minister considered various quota allocation systems, that is, the traditional method, a phased-in allocation to hatcheries on a provincial market share basis and a phased-in allocation to hatcheries on a national market share basis. (See Gosselin affidavit, Appeal Book, Volume V, pages 1089-1118.) The advantages and disadvantages of each of these alternatives were weighed (see, for example, Drohomereski affidavit, Appeal Book, Volume II, pages 310-314). Evidence was adduced concerning the advantages of shifting import allocations on a phased-in basis as between hatcheries and limiting imports only to hatcheries, such as reducing inequalities between traditional importers and those who did not possess any quotas, (see Gosselin, cross-examination, Appeal Book, Volume V, pages 1169-1170; CBHEMA submissions, Appeal Book, Volume II, page 467 and Volume IV, page 1102), improving the degree of market responsiveness by adjusting allocations annually on the basis of market share (see DeValk affidavit, Appeal Book, Volume I, page 294), producing savings by passing on the benefits of the lower prices of imports (see McKinley cross-examination, Appeal Book, Volume IV, page 840), and granting imports to the hatchery segment of the industry that had a long-term view of optimal supply arrangements (see Gosselin cross-examination, Appeal Book, Volume V, pages 1180-1182). There was also evidence of support for the system adopted by the Minister from CBHEMA, the Canadian Chicken Marketing Agency, the Ontario Chicken Producers Marketing Board and others. Evidence was also introduced to show that the quota system adopted would support supply management of

Il en ressort que le ministre doit tenir compte d'un très grand nombre d'éléments et non seulement de la production coutumière pour prendre ses décisions.

a

Il ressort d'une lecture attentive du dossier que les éléments dont a tenu compte le ministre comprenaient un grand nombre de questions et n'étaient pas aussi limités que ne le pensait le juge de première instance. Bien qu'il ait pu tenir compte de questions non pertinentes ou moins pertinentes, il a également examiné un grand nombre d'éléments pertinents.

b

c

Il n'est pas nécessaire que j'énumère tous les facteurs ou les éléments de preuve pertinents qui ont été examinés, mais j'en mentionne quelques-uns à titre d'exemple. Le ministre a examiné divers systèmes de répartition des contingents, c'est-à-dire la méthode traditionnelle, une attribution graduelle à des couvoirs en fonction de la part du marché provincial et une attribution graduelle à des couvoirs en fonction de la part du marché national. (Voir l'affidavit de M. Gosselin, dossier d'appel, volume V, pages 1089 à 1118.) Les avantages et les désavantages de chacune de ces solutions ont été évalués (voir, par exemple, l'affidavit de M. Drohomereski, dossier d'appel, volume II, pages 310 à 314). Des éléments de preuve ont été présentés au sujet des avantages de transférer graduellement les contingents d'importation entre les couvoirs et de limiter les importations aux couvoirs, tels que la réduction des inégalités entre les importateurs coutumiers et ceux qui ne possédaient pas de contingent, (voir le contre-interrogatoire de M. Gosselin, dossier d'appel, volume V, pages 1169 et 1170; arguments de l'OCCOIPC, dossier d'appel, volume II, page 467 et volume IV, page 1102), l'amélioration du degré de réponse du marché par l'ajustement des contingents chaque année en fonction de la part du marché (voir l'affidavit de M. DeValk, dossier d'appel, volume I, page 294), la réalisation d'épargnes par le transfert des bénéfices réalisés par la diminution des prix des importations (voir le contre-interrogatoire de M^{me} McKinley, dossier d'appel, volume IV, page 840) et l'attribution d'importations aux couvoirs, c'est-à-dire le segment de l'industrie qui avait une vision à long terme des meilleurs accords en matière d'approvisionnement (voir le contre-interrogatoire de M. Gosselin, dossier d'appel, volume V,

d

e

f

g

h

i

j

hatching eggs and chicks. (See, for example, Gosselin evidence, Appeal Book, Volume V, pages 1167, 1176, etc; Drohomereski evidence, Appeal Book, Volume IV, page 510; McKinley evidence, Appeal Book, Volume IV, pages 791, 921 etc.) There is no need to add further examples, of which there are many.

In conclusion, there is ample evidence in the record to support the decision made by the Minister to adopt the system he did. In doing so he relied on relevant factors. This is not to say that the evidence demonstrated that he necessarily made the right decision. That is not the standard of review that we must apply. Indeed, even if it could be shown that he may have made the wrong decision, this Court would have no business interfering with it in these circumstances.

As to the remaining issues to be dealt with, the Trial Judge was correct in deciding that, while the Minister for International Trade may have made the initial decision, it was done with the approval of the Secretary of State for External Affairs. In other words, the Secretary of State for External Affairs adopted, as his own, the decision made originally by the Minister for International Trade. It was, therefore, not an unauthorized sub-delegation of authority. (See *Government Organization Act*, 1983, S.C. 1980-81-82-83, c. 167, sections 4 and 6.)

There is no basis for contending that the doctrine of reasonable expectations was applicable on these facts, since there was no promise to consult nor any such practice which might have been reasonably relied upon by the respondents. (See *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1203.)

pages 1180 à 1182). L'OCCHOIPC, l'Office canadien de commercialisation du poulet, la Commission ontarienne de la commercialisation du poulet et d'autres ont également appuyé le système adopté par le ministre. Des éléments de preuve ont également été présentés pour démontrer que le système de contingent adopté appuierait la gestion des approvisionnements d'œufs d'incubation et de poussins. (Voir, par exemple, le témoignage de M. Gosselin, dossier d'appel, volume V, pages 1167, 1176, etc.; le témoignage de M. Drohomereski, dossier d'appel, volume IV, page 510; le témoignage de M^{me} McKinley, dossier d'appel, volume IV, pages 791, 921, etc.) Il n'est pas nécessaire d'ajouter d'autres exemples, car il y en a encore beaucoup.

En conclusion, il y a suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour appuyer la décision prise par le ministre d'adopter le système qu'il a choisi. Pour arriver à cette décision, il s'est fondé sur des facteurs pertinents. Cela ne veut pas dire qu'il ressort de la preuve qu'il a nécessairement pris la bonne décision. Ce n'est pas la norme de contrôle que nous devons appliquer. En fait, même s'il pouvait être démontré qu'il aurait pris une décision erronée, il n'incombe nullement à notre Cour d'intervenir à l'égard de celle-ci dans les circonstances de l'espèce.

En ce qui a trait aux autres questions qui doivent être tranchées, le juge de première instance a, à bon droit, décidé que, bien que le ministre du Commerce extérieur ait pu avoir rendu la décision initiale, elle a été prise avec l'approbation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. En d'autres termes, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures a fait sienne la décision prise initialement par le ministre du Commerce extérieur. Par conséquent, il ne s'agissait pas d'une sous-délégation de pouvoir non autorisée. (Voir la *Loi organique de 1983*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 167, articles 4 et 6.)

On ne peut soutenir que la doctrine des attentes raisonnables s'appliquait en l'espèce, étant donné qu'il n'y avait aucune promesse de consultation ni de pratique semblable sur laquelle les intimés auraient pu raisonnablement se fonder. (Voir *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1203.)

Because of the result in the first appeal, there is no need to consider in the second appeal whether the Trial Judge exceeded her jurisdiction in so far as the remedy she ordered. Since the Trial Judge erred in quashing the decision of the Minister, the remedy she ordered must also be set aside.

These appeals will both be allowed and the order for *certiorari* dated April 1, 1993, quashing the Minister's decision will be set aside as will the order dated May 27, 1993, of the Court setting interim quotas.

HEALD J.A.: I agree.

GRAY D.J.: I agree.

En raison du résultat du premier appel, il n'est pas nécessaire d'examiner dans le deuxième appel si le juge de première instance a outrepassé sa compétence en ce qui a trait au redressement qu'elle a ordonné. Puisque le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'elle a annulé la décision du ministre, le redressement qu'elle a ordonné doit également être annulé.

Les deux appels sont accueillis et l'ordonnance de *certiorari* daté du 1^{er} avril 1993, qui annule la décision du ministre est annulée ainsi que l'ordonnance datée du 27 mai 1993 de la Cour qui fixe les contingents provisoires.

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

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris à ces motifs.

T-2640-93

T-2640-93

Joint Stock Society “Oceangeotechnology” (also called Ocean Geotechnologica Ltd., a body corporate) (*Plaintiff*)

Société par actions «Oceangeotechnology» (également appelée Ocean Geotechnologica Ltd., personne morale) (*demanderesse*)

v.

a

c.

The Ship “1201” (ex “John A. MacDonald”), Global Marketing Systems, Inc., a body corporate, and the owners and all others interested in the Ship “1201” (ex “John A. MacDonald”) (*Defendants*)

b

Navire «1201» (anciennement le «John A. MacDonald»), Global Marketing Systems, Inc., personne morale, et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «1201» (anciennement le «John A. MacDonald») (*défendeurs*)

INDEXED AS: JOINT STOCK SOCIETY “OCEANGEOTECHNOLOGY” v. 1201 (THE) (T.D.)

c

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ PAR ACTIONS «OCEANGEOTECHNOLOGY» c. 1201 (LE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Halifax, January 11; Ottawa, January 17, 1994.

d

Section de première instance, juge Teitelbaum—Halifax, 11 janvier; Ottawa, 17 janvier 1994.

Maritime law — Practice — Application to strike action in rem for damages arising from cancellation of towage contract as against defendant Ship — Pursuant to verbal contract to tow defendant Ship from Halifax to India, and at defendants’ request, plaintiff immediately dispatching tug, then in Mediterranean, to Halifax — 12 1/2 days later defendants cancelling contract — In rem proceeding only if “connection” to vessel — By dispatching tug plaintiff taking initial step to fulfil obligations under contract — Establishing connection to Ship — Claim within Federal Court Act, s. 22(2)(k), permitting in rem action for “any claim for towage in respect of a ship” — Need not actually start towing by attaching line to vessel to have “any claim for towage”.

e

f

g

Droit maritime — Pratique — Demande de radiation, en ce qui concerne le navire défendeur, d’une action in rem en dommages-intérêts intentée par suite des dommages découlant de la résiliation d’un contrat de remorquage — Conformément à un contrat verbal de remorquage du navire défendeur de Halifax jusqu’en Inde, et à la demande des défendeurs, la demanderesse a envoyé immédiatement à Halifax un remorqueur, qui se trouvait alors en Méditerranée — Les défendeurs ont résilié le contrat douze jours et demi plus tard — Une action in rem ne peut être intentée que s’il existe un «lien» avec le navire — En envoyant le remorqueur, la demanderesse a pris la première mesure en vue de remplir les obligations prévues au contrat — Établissement d’un lien avec le navire — La demande tombe sous le coup de l’art. 22(2)(k) de la Loi sur la Cour fédérale, qui permet d’intenter une action in rem relativement à «une demande d’indemnisation pour remorquage d’un navire» — Il n’est pas nécessaire d’avoir effectivement commencé le remorquage en fixant un câble au navire pour pouvoir présenter une «demande d’indemnisation pour remorquage».

This was an application to strike out the pleadings as against the defendant Ship, to strike out the warrant and declare the arrest of the Ship invalid, and to return the monies posted as security. The defendant Global was at all times the owner of the Ship. In October 1993, its agent reached a verbal agreement with the plaintiff’s agents for a named ocean-going tug to tow the Ship from Halifax to India. All material and essential elements of the verbal agreement were agreed. At the request of Global and its agent, the tug, which was then in the Mediterranean, was immediately dispatched to Halifax. After 12 1/2 days, while the tug was on its way to Halifax and the defendant was continuously informed as to the tug’s position, the defendants cancelled the agreement. The plaintiff commenced an action against the Ship, the owners and all others interested in her for the cancellation fee and tug day rate prescribed in a standard written confirmation form, and interest. The Ship was

h

i

j

Il s’agit d’une demande visant à obtenir que l’action soit radiée en ce qui concerne le navire défendeur, que le mandat soit radié et que la saisie du navire soit déclarée invalide, et que les sommes déposées à titre de garantie soient remises. La défenderesse Global était propriétaire du navire à l’époque en cause. En octobre 1993, son représentant a conclu une entente verbale avec les représentants de la demanderesse en vue du remorquage du navire par un remorqueur de haute mer désigné de Halifax jusqu’en Inde. Les intéressés se sont entendus sur tous les éléments importants et essentiels de l’entente verbale. À la demande de Global et de son représentant, le remorqueur, qui se trouvait alors en Méditerranée, a été immédiatement envoyé à Halifax. Au bout de douze jours et demi, alors que le remorqueur était en route pour Halifax et que les défendeurs étaient tenus constamment au courant de la position du remorqueur, les défendeurs ont résilié le contrat. La demanderesse a

arrested, but released upon payment of bail. Under *Federal Court Act*, subsections 43(2), (3), (7), and (8) a plaintiff can proceed with an action *in rem* if the subject matter of the action, in this case the contract between the plaintiff and defendants, is found in paragraphs 22(2)(a) to (s). The defendants submitted that the plaintiff's claim related entirely to the actions of the personal defendant in repudiating its contractual obligations "prior to the contract being performed by either party". The defendants also submitted that paragraph 22(2)(k) did not apply, as it referred to "towage", meaning the act of towing ships. Furthermore, the Ship was not the cause of the plaintiff's concern, as the complaint was based entirely on an alleged *consensus ad idem*. The plaintiff relied on the towage contract and the fact that the tug was on its way to Halifax to execute the contract. The issue was whether it was plain and obvious that, even if the above facts were taken as true, the plaintiff had only an action *in personam*, not an action *in rem*.

Held, the application should be dismissed.

An *in rem* proceeding will lie only if there is a "connection" to the defendant vessel.

It was not plain and obvious that the plaintiff could not proceed by means of an *in rem* action. A contract to tow the Ship was entered into. There would have been no connection to the Ship had nothing further been done and the defendant cancelled the contract, and the plaintiff would not have been able to proceed with an *in rem* action, as no steps would have been taken to fulfil the obligations under the contract. That the tug was 12 1/2 days into its voyage and the defendants were continuously apprised of its position, brought the claim within paragraph 22(2)(k).

A claim under paragraph 22(2)(k) should not be restricted to actual towing. "Towage", by a line attached to the vessel, need not have begun in order to have "any claim for towage". It is sufficient to have commenced to fulfil the terms of a contract of towage in order to have "any claim for towage" pursuant to paragraph 22(2)(k).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22, 43(2),(3), (7),(8) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

introduit une action contre le navire, ses propriétaires et toutes les personnes ayant un droit sur lui en vue d'obtenir les frais de résiliation et le taux de remorquage quotidien prescrits dans un formulaire standard de confirmation écrite, et des intérêts. Le navire a été saisi, mais la saisie a été levée à la suite de la fourniture d'une garantie d'exécution. Aux termes des paragraphes 43(2), (3), (7) et (8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, un demandeur a le droit d'intenter une action *in rem* si l'objet de son action—en l'espèce le contrat que la demanderesse a conclu avec les défendeurs—est un des sujets énumérés aux alinéas 22(2)(a) à (s). Les défendeurs prétendent que la demande présentée par la demanderesse se rapporte entièrement aux actes commis par la défenderesse Global pour répudier ses obligations contractuelles «avant que le contrat ne soit exécuté par l'une ou l'autre partie». Les défendeurs prétendent également que l'alinéa 22(2)(k) ne s'applique pas, étant donné que cet alinéa parle de «remorquage», c'est-à-dire l'action de remorquer des navires. En outre, la demanderesse n'est pas concernée par le navire, étant donné que la demande est fondée entièrement sur une présumée entente. La demanderesse s'est fiée sur le contrat de remorquage et sur le fait que le remorqueur était en route pour Halifax pour exécuter le contrat. La question en litige est celle de savoir s'il est clair et évident que, même si les faits susmentionnés sont véridiques, la demanderesse peut uniquement intenter une action *in personam*, mais non une action *in rem*.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Une action *in rem* ne peut être intentée que s'il existe un «lien» avec le navire défendeur.

Il n'est pas clair et évident que la demanderesse ne pouvait pas intenter une action *in rem*. Un contrat de remorquage du navire a été conclu. Il n'y aurait pas eu de lien avec le navire défendeur si rien d'autre n'avait été fait et que la défenderesse avait résilié le contrat, et la demanderesse n'aurait pas pu intenter une action *in rem*, étant donné qu'aucune mesure n'aurait été prise pour remplir les obligations prévues au contrat. Le fait que le remorqueur faisait déjà route depuis douze jours et demi et que les défendeurs étaient tenus constamment au courant de sa position fait tomber la demande sous le coup de l'alinéa 22(2)(k).

On ne devrait pas limiter les demandes d'indemnisation prévues à l'alinéa 22(2)(k) aux seuls cas où il y a effectivement eu remorquage. Il n'est pas nécessaire d'entreprendre le «remorquage» au moyen d'un câble fixé au navire pour pouvoir présenter une «demande d'indemnisation pour remorquage». Il suffit d'avoir commencé à exécuter le contrat pour pouvoir présenter une «demande d'indemnisation» en vertu de l'alinéa 22(2)(k).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22, 43(2),(3),(7),(8) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ludco Enterprises Ltd. v. Canada, T-742-93, Dubé J., order dated 3/12/93, F.C.T.D., not yet reported; *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)* (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732; (1972), 72 D.T.C. 6215 (T.D.); *Leoborg, The*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 146 (Adm.).

CONSIDERED:

Westview Sable Fish Co. et al. v. The Ship "Neekis" (1986), 31 D.L.R. (4th) 709; 6 F.T.R. 235 (F.C.T.D.); *Corostel Trading v. Ship "Catalina"* (1986), 6 F.T.R. 233 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1968, "towage".

APPLICATION to strike an action for damages arising from the cancellation of a towage contract as against the defendant Ship. Application dismissed.

COUNSEL:

James E. Gould, Q.C. for plaintiff.
Peter D. Darling for defendants.

SOLICITORS:

McInnes Cooper & Robertson, Halifax, for plaintiff.
Huestis Holm, Halifax, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J: On November 10, 1993, the plaintiff, Joint Stock Society "Oceangeotechnology", filed into the Federal Court Registry a statement of claim in which the plaintiff requests against the defendants the ship 1201 (ex *John A. MacDonald*), hereinafter referred to as the "Ship", Global Marketing Systems, Inc. (Global) and the owners and all others interested

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Entreprises Ludco Ltée. c. Canada, T-742-93, juge Dubé, ordonnance en date du 3-12-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite; *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)* (1986), 7 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.); *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732; (1972), 72 D.T.C. 6215 (C.F. 1^{re} inst.); *Leoborg, The*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 146 (Adm.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Westview Sable Fish Co. et autres c. Le navire «Neekis» (1986), 31 D.L.R. (4th) 709; 6 F.T.R. 235 (C.F. 1^{re} inst.); *Corostel Trading c. Navire «Catalina»* (1986), 6 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Cormorant Bulk-Carriers Inc. c. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (C.A.F.).

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1968, "towage".

DEMANDE de radiation, en ce qui concerne le navire défendeur, d'une action en dommages-intérêts pour les dommages subis par suite de la résiliation d'un contrat de remorquage.

AVOCATS:

James E. Gould, c.r. pour la demanderesse.
Peter D. Darling pour les défendeurs.

PROCUREURS:

McInnes Cooper & Robertson, Halifax, pour la demanderesse.
Huestis Holm, Halifax, pour les défendeurs.

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

LE JUGE TEITELBAUM: Le 10 novembre 1993, la demanderesse, la société par actions «Oceangeotechnology», a déposé au greffe de la Cour fédérale une déclaration dans laquelle elle sollicite la réparation suivante contre les défendeurs, le navire 1201 (anciennement le *John A. MacDonald*), ci-après appelé le «navire», Global Marketing Systems (Glo-

in the Ship *1201* (ex *John A. MacDonald*) the following relief:

(a) Cancellation fee (liquidated damages)	U.S. \$ 72,500
(b) Tug day rate (12.5 days at U.S. (\$3,500)	43,750
TOTAL	<u>U.S. \$116,250</u>

(c) Interest on the foregoing sums at commercial borrowing rates from November 1, 1993, until the date of judgment, and thereafter at commercial rates until the date of payment, or at such other rate or rates and for such other periods of time as this Honourable Court may allow;

(d) Its costs of action;

(e) An Order for the Appraisal and Sale of the Ship; and

(f) Such further and other relief as this Honourable Court may allow.

As the statement of claim states, the action against the defendant Ship is an action *in rem*.

As well, on November 10, 1993, an affidavit to lead warrant was filed into the Court Registry as a result of which a warrant issued causing the Ship to be arrested. On November 23, 1993, a bail decision was handed down wherein bail was set at the sum of \$140,000 U.S. The bail was deposited and the Ship is now released.

On January 6, 1994, the defendants served and filed a notice of motion requesting:

(a) An Order pursuant to Rule 401, granting to the Defendant, Global Marketing Systems Inc., insofar as is necessary to make the motion referred to in paragraph (b) hereof, leave to make a conditional appearance in its personal capacity and/or in its capacity as owner of the Defendant vessel herein, in the within proceedings; and

(b) An Order pursuant to Rule 419, striking out the within proceedings as against the Ship "1201" (ex "JOHN A. MACDONALD"), and further striking out the warrant dated November 10, 1993, and on file herein, declaring the arrest of the Defendant ship invalid, and returning to the solicitor for the applicant the monies posted as security for the release of the said ship on November 19, 1993.

The grounds for the said motion, as therein stated, are:

bal), et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *1201* (anciennement le *John A. MacDonald*):

[TRADUCTION] a) frais de résiliation (dommages-intérêts liquidés)	72 500 \$ U.S.
b) taux de remorquage quotidien (12,5 jours à 3 500 \$ U.S.)	43 750
TOTAL	<u>116 250 \$ U.S.</u>

c) les intérêts accumulés sur les sommes qui précèdent aux taux commerciaux d'emprunt en vigueur à compter du 1^{er} novembre 1993 et jusqu'à la date du jugement, et par la suite aux taux commerciaux en vigueur jusqu'à la date du paiement, ou à tout autre taux et pour toute autre période de temps que la Cour peut accorder;

d) les dépens de l'action;

e) une ordonnance d'évaluation et de vente du navire;

f) toute autre réparation que la Cour peut accorder.

Ainsi qu'il est précisé dans la déclaration, l'action intentée contre le navire défendeur est une action *in rem*.

Par ailleurs, le 10 novembre 1993, un affidavit portant demande de mandat a été déposé au greffe de la Cour, à la suite de quoi un mandat de saisie du navire a été décerné. Le 23 novembre 1993, une décision a été rendue dans laquelle la garantie d'exécution a été fixée à la somme de 140 000 \$ U.S. La garantie d'exécution a été fournie et la saisie du navire a, depuis lors, été levée.

Le 6 janvier 1994, les défendeurs ont signifié et déposé un avis de requête dans lequel ils demandent:

[TRADUCTION] a) une ordonnance fondée sur l'article 401 des Règles accordant à la défenderesse Global Marketing Systems Inc., dans la mesure où cela est nécessaire pour présenter la requête mentionnée à l'alinéa b), le permission de déposer dans la présente instance un acte de comparution conditionnelle à titre personnel ou en sa qualité de propriétaire du navire défendeur;

b) une ordonnance fondée sur l'article 419 des Règles radiant la présente instance en ce qui concerne le navire «1201» (anciennement le «JOHN A. MACDONALD») et radiant en outre le mandat qui a été décerné le 10 novembre 1993 et qui a été versé au présent dossier, invalidant la saisie du navire défendeur et remettant au procureur de la partie requérante les sommes déposées à titre de garantie d'exécution pour la mainlevée de la saisie du navire en question le 19 novembre 1993.

Voici les moyens invoqués au soutien de la requête en question:

THE GROUNDS FOR THE MOTION are that the *in rem* proceedings are improperly constituted, in that the Defendant ship is not the proper subject matter of these proceedings.

At the commencement of the hearing and upon an understanding between counsel, counsel for the defendants withdrew his request to file a conditional appearance.

Therefore, the only issue to be decided by me is to determine whether plaintiff's action *in rem* should be struck pursuant to Rule 419 [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663] and more particularly, as stated by counsel for defendants, pursuant to Rule 419(1)(a), there being no reasonable cause for an *in rem* action or 419(1)(c), the claim is scandalous, frivolous or vexatious or 419(1)(f), it is otherwise an abuse of the process of the Court.

The defendants filed, with their application to strike the plaintiff's *in rem* claim, the affidavit of Dr. Anil Sharma sworn to on the 24th day of December 1993. The affidavit of Dr. Sharma is of no significance to the present proceedings.

Pursuant to Rule 419(2) no evidence is admissible on an application under Rule 419(1)(a) but evidence is permitted if the application to strike is made under Rules 419(1)(b), (c), (d), (e) and (f).

The general principle to be applied in an application to strike a statement of claim was recently stated by Mr. Justice Dubé of this Court in the case of *Enterprises Ludco Ltd. v. Canada*, T-742-93, not yet reported, December 3, 1993, at page 3:

It is well known in motions to strike that the Court must take the allegations of fact set out in the pleading or pleadings in question as proven. Moreover, the applicant must establish that it is plain and obvious that the pleading in question does not disclose any reasonable cause of action.

Therefore, in determining the issue of whether or not to strike a statement of claim, the facts alleged in the relevant pleadings are to be considered as true and the applicant (defendants in this case) must show

[TRADUCTION] LES MOYENS INVOQUÉS AU SOUTIEN DE LA REQUÊTE sont que l'instance *in rem* est irrégulièrement constituée, étant donné que le navire défendeur ne peut faire l'objet de la présente instance.

À l'ouverture de l'audience et par suite d'une entente intervenue entre les avocats, l'avocat des défendeurs a retiré sa demande de dépôt d'un acte de comparution conditionnelle.

Par conséquent, la seule question litigieuse à trancher est celle de savoir si l'action *in rem* de la demanderesse devrait être radiée en vertu de la Règle 419 [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663] et, plus particulièrement, comme l'avocat des défendeurs l'a affirmé, si elle devrait être radiée en vertu de la Règle 419(1)a, au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action *in rem*, ou en vertu de la Règle 419(1)c, au motif que la demande est scandaleuse, futile ou vexatoire, ou en vertu de la Règle 419(1)f, au motif qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour.

Les défendeurs ont déposé, avec leur demande de radiation de l'action *in rem* de la demanderesse, l'affidavit souscrit par le docteur Anil Sharma le 24 décembre 1993. L'affidavit du docteur Sharma n'a aucune importance dans la présente instance.

Aux termes de la Règle 419(2), aucune preuve n'est admissible sur une demande introduite en vertu de la Règle 419(1)a, mais des éléments de preuve peuvent être présentés si la demande de radiation est fondée sur les alinéas b), c), d), e) ou f) de la Règle 419(1).

Le principe général à appliquer dans le cas d'une demande de radiation d'une déclaration a récemment été formulé par le juge Dubé de notre Cour dans le jugement *Enterprises Ludco Ltée c. Canada*, T-742-93, jugement encore inédit rendu le 3 décembre 1993, à la page 3:

Il est constant en matière de radiation que la Cour doit considérer comme prouvées les allégations de fait contenues dans la ou les plaidoiries en question. De plus, le requérant doit démontrer qu'il est clair et évident que la plaidoirie visée ne divulgue aucune cause raisonnable d'action.

Par conséquent, pour répondre à la question de savoir s'il y a lieu ou non de radier une déclaration, les faits allégués dans les actes de procédure pertinents doivent être considérés comme véridiques et le

that it is clear and obvious that the pleading shows no reasonable cause of action, that is, that it is clear and obvious that the plaintiff could not succeed in its action (see also *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441).

In so far as an application to strike pursuant to Rules 419(1)(c) and (f), in the case of *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councilors)* (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.) at page 139, I quote and agree with Mr. Justice Pratte (as he then was) in the case of *Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732 (T.D.) where he best described the Rule's application [at pages 735-736]:

(1) On a motion to strike out a statement of claim made under Rule 419, the Court may not, in order to determine whether or not the statement discloses a reasonable cause of action, take into consideration the evidence adduced in support of the motion. The Court, however, must take this evidence into consideration in deciding whether the statement of claim is frivolous, vexatious or otherwise an abuse of the process of the Court (Rule 419(2)).

(2) Inasmuch as a motion to strike out a statement of claim is made under Rule 419(1)(a), the Court is not called upon to decide whether the allegations of the statement of claim, assuming them to be true, disclose a cause of action, but whether they disclose a *reasonable* cause of action. . .

When a motion is made before this Court under Rule 419(1)(a), the Court merely has to decide whether the plaintiff, assuming all the facts alleged in the statement of claim to be true, has an arguable case.

(3) Finally, in my view, a statement of claim should not be ordered to be struck out on the ground that it is vexatious, frivolous or an abuse of the process of the Court, for the sole reason that in the opinion of the presiding judge, plaintiff's action should be dismissed. In my opinion, a presiding judge should not make such an order unless it be obvious that the plaintiff's action is so clearly futile that it has not the slightest chance of succeeding, whoever the judge may be before whom the case could be tried. It is only in such a situation that the plaintiff should be deprived of the opportunity of having "his day in Court". [Underlining is mine.]

What are the facts, which are, and as I have said, must be accepted as true, alleged in the statement of claim?

requérant (en l'espèce, les défendeurs) doit démontrer qu'il est clair et évident que l'acte de procédure visé ne divulgue aucune cause raisonnable d'action, c'est-à-dire qu'il est clair et évident que le demandeur ne pourrait obtenir gain de cause (voir également l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441).

En ce qui concerne les demandes de radiation fondées sur les Règles 419(1)c) et f), dans le jugement *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)* (1986), 7 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 139, je cite et je fais miens les propos qu'a tenus le juge Pratte (maintenant juge d'appel) dans le jugement *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732 (1^{re} inst.), où il a le mieux expliqué l'application de cet article des Règles [aux pages 735 et 736]:

(1) Lorsque la Cour est saisie d'une demande en radiation d'une déclaration en vertu de la Règle 419, elle ne peut pas, aux fins de déterminer si la déclaration révèle une cause raisonnable d'action, tenir compte de la preuve présentée à l'appui de la demande. Toutefois, la Cour doit tenir compte de cette preuve pour décider si l'action est futile ou vexatoire, ou si elle constitue autrement un emploi abusif des procédures de la Cour (Règle 419(2)).

(2) Lorsqu'une demande en radiation d'une déclaration est faite en vertu de la Règle 419(1)a), la Cour n'a pas à décider si les allégations contenues dans la déclaration, à supposer qu'elles soient fondées, font état d'une cause d'action, mais, plutôt, si elles font état d'une cause *raisonnable* d'action . . .

Par contre, lorsque cette Cour est saisie d'une demande en vertu de la Règle 419(1)a), la Cour doit simplement décider si, en supposant que tous les faits allégués dans la déclaration soient vrais, la réclamation du demandeur est soutenue.

(3) Enfin, une déclaration ne doit pas, à mon avis, être radiée pour le motif qu'elle est vexatoire ou futile, ou qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, pour la seule raison que, de l'avis du juge qui préside l'audience, l'action du demandeur devrait être rejetée. Je suis d'avis que le juge qui préside ne doit pas rendre une pareille ordonnance à moins qu'il soit évident que l'action du demandeur est tellement futile qu'elle n'a pas la moindre chance de réussir, quel que soit le juge devant lequel l'affaire sera plaidée au fond. C'est uniquement dans ce cas qu'il y a lieu d'enlever au demandeur l'occasion de plaider. [C'est moi qui souligne.]

Quels sont les faits qui sont allégués dans la déclaration et qui, comme je l'ai déjà dit, doivent être considérés comme véridiques?

The plaintiff (respondent) was incorporated in the Ukraine with its head office at Sevastopol, Ukraine. At all material times Global was the owner of the Ship. Global's agent entered into negotiations for the services of an ocean-going tug *Muzhestvenniy* (The "Tug"). The defendant Ship had been "sold foreign" to the defendant (applicant) Global. In the month of October 1993, Global, having its head office and principal place of business at Cumberland, Maryland, through its agent and broker, sought the services of an ocean-going tug to tow the Ship from Halifax, Nova Scotia "where it lay" to Alang, India. At all material times, Global was the owner of the Ship. Global's agent entered into negotiations for the services of an ocean-going tug with World Marine Transport & Salvage Inc. of Houston, Texas, who acted as North American agents for the plaintiff and for the plaintiff's general agents. On October 22, 1993, a verbal agreement was reached between World Marine, plaintiff's North American agents, and the agent acting on behalf of defendants for towage of the Ship by the tug at which time all material and essential elements of the verbal agreement were agreed "including designation of the Tug as a named tug to perform the towage service and the cost and timing of the towing service." At the conclusion of the verbal agreement and at the request of Global and its agent, World Marine, plaintiff's agent advised plaintiff that the tug be mobilized immediately and promptly dispatched for Halifax. Plaintiff did, in fact, mobilize and dispatch the tug to Halifax. The tug was then in the Mediterranean. Plaintiff alleges that as the verbal agreement was concluded on a Friday, October 22, 1993, it was agreed that negotiations of the final details of the towage contract would be dealt with on Monday, October 25, 1993. Plaintiff's North American agent, World Marine, prepared a written confirmation in a standard form between plaintiff and Global. In the said confirmation contract was specified a cancellation fee of US \$72,500 in the event that the towage contract was cancelled by Global and the rates for the tug at US \$2,500 and US \$3,500 per day or *pro rata* as its port day rate and sea day rate respectively. After the tug was dispatched and heading to Halifax, Global is alleged to have cancelled the towage contract having made a new agreement with other tug owners. Global also advised plaintiff and its agents that it does not consider the verbal agreement

La demanderesse (intimée) a été constituée en personne morale en Ukraine. Son siège social est situé à Sébastopol, en Ukraine. À l'époque en cause, Global était propriétaire du navire. Le représentant de Global a entamé des négociations en vue d'obtenir les services d'un remorqueur de haute mer, le *Muzhestvenniy* (le «remorqueur»). Le navire défendeur avait été vendu «à l'étranger» à la défenderesse (requérante) Global. Au cours du mois d'octobre 1993, Global, dont le siège social et le principal établissement est situé à Cumberland, au Maryland, a sollicité, par l'entremise de son représentant et courtier, les services d'un remorqueur de haute mer pour remorquer le navire de Halifax (Nouvelle-Écosse), où il mouillait, jusqu'à Alang, en Inde. À l'époque en cause, Global était propriétaire du navire. Le représentant de Global a entamé des négociations avec World Marine Transport & Salvage Inc., de Houston (Texas), en vue d'obtenir les services d'un remorqueur de haute mer. Cette société agissait à titre de représentant nord-américain de la demanderesse et des représentants généraux de la demanderesse. Le 22 octobre 1993, une entente verbale est intervenue au sujet du remorquage du navire par le remorqueur entre, d'une part, World Marine, le représentant de la demanderesse pour l'Amérique du Nord, et, d'autre part, le représentant qui agissait pour le compte des défendeurs. À cette date, les intéressés se sont entendus sur tous les éléments importants et essentiels de l'entente verbale [TRADUCTION] «y compris la désignation du remorqueur à titre de remorqueur désigné pour exécuter le service de remorquage, ainsi que le coût et les dates du service de remorquage». À la conclusion de l'entente verbale et à la demande de Global et de son représentant, le représentant de la demanderesse, World Marine, a recommandé à la demanderesse de mobiliser immédiatement le remorqueur et de l'envoyer promptement à Halifax. La demanderesse a effectivement mobilisé et envoyé le remorqueur à Halifax. Le remorqueur se trouvait alors en Méditerranée. La demanderesse allègue que, comme l'entente verbale a été conclue le vendredi 22 octobre 1993, il a été convenu que les négociations portant sur les détails finaux du contrat de remorquage auraient lieu le lundi 25 octobre 1993. Le représentant de la demanderesse pour l'Amérique du Nord, World Marine, a rédigé, sur une formulaire standard, une confirmation écrite entre la demanderesse et Glo-

as final and that it takes the position that there was no agreement between the parties and thus nothing is due to the plaintiff.

Issue

Assuming, for the purposes of this application, that the above facts alleged in the statement of claim are taken as true, is the plaintiff able to commence proceedings by an *in rem* action or is it plain and obvious that even if the above facts are taken as true, the plaintiff may only have an action *in personam* but no *in rem* action?

Analysis

For the purposes of the present proceedings, the parties are in agreement that the subject matter is one of admiralty and that the Federal Court of Canada has the necessary jurisdiction.

Section 22 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] gives jurisdiction to the Federal Court of Canada in matters of navigation and shipping. Subsection 22(1) states:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

Subsection 22(2) lists, “for greater certainty” and “without limiting the generality of subsection (1)”

bal. Ce contrat de confirmation prévoyait le paiement des frais de résiliation de 72 500 \$ U.S. en cas de résiliation du contrat de remorquage par Global, et des taux de remorquage de 2 500 \$ U.S. et de 3 500 \$ U.S. ou au prorata à titre respectivement de taux portuaire et de taux maritime quotidiens de remorquage. Après que le remorqueur eut été envoyé et alors qu’il se dirigeait vers Halifax, Global aurait résilié le contrat de remorquage, ayant conclu une nouvelle entente avec d’autres propriétaires de remorqueurs. Global a également informé la demanderesse et son représentant qu’elle ne considère pas l’entente verbale comme définitive et qu’elle adopte le point de vue selon lequel il n’y a pas eu d’entente entre les parties et que, par conséquent, rien n’est dû à la demanderesse.

Question en litige

Si l’on suppose, en ce qui concerne la présente demande, que les faits susmentionnés qui sont allégués dans la déclaration sont véridiques, la demanderesse peut-elle introduire une instance sous forme d’action *in rem* ou est-il clair et évident que, même si les faits susmentionnés sont considérés comme véridiques, la demanderesse peut uniquement tenter une action *in personam*, mais non une action *in rem*?

Analyse

En l’espèce, les parties sont d’accord pour dire que le litige porte sur une question maritime et que la Cour fédérale du Canada a la compétence nécessaire.

L’article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] donne compétence à la Cour fédérale du Canada en ce qui concerne la navigation et la marine marchande. Le paragraphe 22(1) dispose:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

Le paragraphe 22(2) précise qu’«il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du

specific maritime matters in which the Federal Court has jurisdiction.

Subsections 43(2), (3), (7) and (8) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12] of the *Federal Court Act* speak of when action *in rem* lies.

43. . . .

(2) Subject to subsection (3), the jurisdiction conferred on the Court by section 22 may be exercised *in rem* against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action, or against any proceeds of sale thereof that have been paid into court.

(3) Notwithstanding subsection (2), the jurisdiction conferred on the Court by section 22 shall be exercised *in rem* with respect to a claim mentioned in paragraph 22(2)(e), (f), (g), (h), (i), (k), (m), (n), (p) or (r) unless, at the time of the commencement of the action, the ship, aircraft or other property that is the subject of the action is beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time when the cause of action arose.

. . . .

(7) No action *in rem* may be commenced in Canada against

(a) any warship, coast-guard ship or police vessel;

(b) any ship owned or operated by Canada or a province, or any cargo laden thereon, where such ship is engaged on government service; or

(c) any ship owned or operated by a sovereign power other than Canada, or any cargo laden thereon, with respect to any claim where, at the time the claim arises or the action is commenced, the ship is being used exclusively for non-commercial governmental purposes.

(8) The jurisdiction conferred on the Court by section 22 may be exercised *in rem* against any ship that, at the time the action is brought, is beneficially owned by the person who is the owner of the ship that is the subject of the action.

For the purposes of these proceedings, the Ship in issue is beneficially owned by the defendant Global who was (and still is) the beneficial owner at the time when the cause of action arose (see allegation in statement of claim).

Therefore, the plaintiff would be permitted to proceed with an action *in rem* if the subject matter of plaintiff's action, the contract between plaintiff and defendants, would be a matter found in paragraphs 22(2)(a) to (s).

paragraphe (1)» la Cour fédérale a compétence sur les sujets maritimes qui y sont énumérés.

Les paragraphes 43(2), (3), (7) et (8) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12] de la *Loi sur la Cour fédérale* exposent dans quels cas une action *in rem* peut être intentée:

43. . . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la Cour peut, aux termes de l'article 22, avoir compétence en matière réelle dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d'autres biens, ou sur le produit de leur vente consigné au tribunal.

(3) Malgré le paragraphe (2), la Cour ne peut exercer la compétence en matière réelle prévue à l'article 22, dans le cas des demandes visées aux alinéas 22(2)e), f), g), h), i), k), m), n), p) ou r), que si, au moment où l'action est intentée, le véritable propriétaire du navire, de l'aéronef ou des autres biens en cause est le même qu'au moment du fait générateur.

. . . .

(7) Il ne peut être intenté au Canada d'action réelle portant, selon le cas, sur:

a) un navire de guerre, un garde-côte ou un bateau de police;

b) un navire possédé ou exploité par le Canada ou une province, ou sa cargaison, lorsque ce navire est en service commandé pour le compte de l'État;

c) un navire possédé ou exploité par un État souverain étranger—ou sa cargaison—et accomplissant exclusivement une mission non commerciale au moment où a été formulée la demande ou intentée l'action les concernant.

(8) La compétence de la Cour peut, aux termes de l'article 22, être exercée en matière réelle à l'égard de tout navire qui, au moment où l'action est intentée, appartient au véritable propriétaire du navire en cause dans l'action.

En l'espèce, le véritable propriétaire du navire en litige est la défenderesse Global qui, au moment du fait générateur du litige, était—et est toujours—le véritable propriétaire du navire (voir les allégations contenues dans la déclaration).

Par conséquent, la demanderesse aurait le droit d'intenter une action *in rem* si l'objet de son action, le contrat qu'elle a conclu avec les défendeurs, était un des sujets énumérés aux alinéas 22(2)a) à s).

Applicants' Submission (Defendants)

As I have stated, counsel for the defendants agrees, for the purposes of these proceedings, that pursuant to subsection 22(1) of the *Federal Court Act*, the Federal Court has jurisdiction in this matter. He submits that although the issue involves a maritime matter, the plaintiff's claim relates entirely to the actions of the personal defendant in repudiating its contractual obligations "prior to the contract being performed by either party." Defendants submit "the subject matter of plaintiff's complaint (the cancellation of the agreement to tow the Ship by the tug) is not the action of the defendant Ship, or an attempt to recover for services rendered to it." Defendants submit that the requirements of subsection 43(2) of the Act are not satisfied and thus no *in rem* action lies.

Defendants submit that some of the relevant provisions of the *Federal Court Act* are paragraphs 22(2)(d), (e), (i) and (k). Paragraph 22(2)(k) deals with "any claim for towage in respect of a ship or". Defendants submit that paragraph 22(2)(k) does not apply as that paragraph refers to towage freight and that "towage" is defined in *Black's Law Dictionary*, rev. 4th ed., as follows:

TOWAGE. The act or service of towing ships and vessels, usually by means of a small steamer called a "tug". That which is given for towing ships in rivers.

The drawing of a ship or barge along the water by another ship or boat, fastened to her, or by men or horses, etc., on land. It is also money which is given by bargemen to the owner of the ground next a river, where they tow a barge or other vessel. Jacob. And see *Ryan v. Hook*, 34 Hun (N.Y.) 191; *The Kingaloch*, 26 Eng. Law & Eq. 597; *The Egypt*, D.C.Va., 17 F. 359, 370.

I agree with counsel for defendants that paragraphs 22(2)(d), (e) and (i) are not applicable in this case.

Counsel further submits that neither the statement of claim nor the affidavit to lead warrant disclose facts which show the defendant Ship to be the cause of plaintiff's concern, in that, plaintiff's complaint is based entirely on an alleged *consensus ad idem* and a

Thèse des requérants (défendeurs)

Ainsi que je l'ai déclaré, l'avocat des défendeurs convient qu'en l'espèce, la Cour fédérale a compétence en vertu du paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il prétend que bien que la question en litige porte sur un sujet maritime, la demande présentée par la demanderesse se rapporte entièrement aux actes commis par la défenderesse Global pour répudier ses obligations contractuelles «avant que le contrat ne soit exécuté par l'une ou l'autre partie.». Les défendeurs font valoir que «l'objet de la demande de la demanderesse (la résiliation du contrat de remorquage du navire par le remorqueur) ne porte pas sur les actes du navire défendeur ou sur une tentative d'obtenir un dédommagement pour les services qui lui ont été rendus». Les défendeurs prétendent que les exigences du paragraphe 43(2) de la Loi n'ont pas été satisfaites et que la demanderesse ne peut donc pas intenter d'action *in rem*.

Les défendeurs prétendent que certaines des dispositions pertinentes de la *Loi sur la Cour fédérale* sont les alinéas 22(2)d), e), i) et k). L'alinéa 22(2)k) porte sur «une demande d'indemnisation pour remorquage d'un navire, ou». Les défendeurs prétendent que l'alinéa 22(2)k) ne s'applique pas, étant donné que cet alinéa parle de «remorquage» et que le *Black's Law Dictionary*, 4^e éd. rev., donne la définition suivante du mot anglais «*towage*» (remorquage):

[TRADUCTION] **REMORQUAGE.** Action de remorquer des navires et des bâtiments, habituellement au moyen d'un bateau à vapeur plus petit appelé «remorqueur». Par ext. droits payés pour le remorquage fluvial des navires sur les cours d'eau.

Traction sur un cours d'eau d'un bâtiment par un autre bâtiment qui lui est attaché ou traction terrestre de ce même bâtiment par une force humaine ou animale. Par ext. droits ou frais payés au propriétaire du terrain jouxtant un cours d'eau par le patron du chaland qui tire le bâtiment. Jacob. Voir aussi *Ryan v. Hook*, 34 Hun. (N.Y.) 191; *The Kingaloch*, 26 Eng. Law & Eq. 597; *The Egypt*, D.C.Va, 17 F. 359, 370.

Je suis d'accord avec l'avocat des défendeurs pour dire que les alinéas 22(2)d), e) et i) ne s'appliquent pas en l'espèce.

L'avocat soutient en outre que ni la déclaration ni l'affidavit portant demande de mandat ne révèlent l'existence de faits qui démontrent que la demanderesse est concernée par le navire défendeur, étant donné que la demande de la demanderesse est fondée

subsequent retraction from that by the personal defendant. It is the defendants' contention that the defendant Ship had nothing to do with the cancellation of the alleged agreement.

Defendants submit that on a certain number of occasions, the Court has insisted on the existence of a sufficient connection between the defendant Ship and the plaintiff's claim before approving the exercise of its *in rem* jurisdiction. He gives, as an example, the case of *Westview Sable Fish Co. et al. v. The Ship "Neekis"* (1986), 31 D.L.R. (4th) 709 (F.C.T.D.) where plaintiff's ship the *Nootka Mariner* had deployed cod traps, and then suffered mechanical difficulties and had to go to port. It was alleged that the crew of the *Neekis* had stolen those traps, and loaded them on board the defendant ship. It was sought to sustain the Court's *in rem* jurisdiction on the basis of paragraph 22(2)(e) of the Act. Mr. Justice Rouleau, at pages 711 and 712 states:

It is obvious to me that in this particular action there is no damage to the ship, no damage arising out of collision, nor can I perceive of any damage related to navigation which could in some way sustain the action *in rem*. The plaintiff argues that Professor Tetley seems to extend the interpretation of *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97, in his most recent text on *Maritime Liens and Claims* at p. 167 where he wrote:

... the definition of navigation in *Currie v. M'Knight* seems excessively narrow. One suspects, for example that black smoke damage caused by a ship secured alongside a quay is damage by a ship. Nor should as much emphasis be put on the ship being strictly "the instrument which causes the damage".

Rather it seems clear that the crew is the inseparable means by which the ship (the instrument) usually acts. Damage is therefore done by a ship when the crew acts on the ship's behalf with the ship as only the ancillary instrument.

I should point out that Professor Tetley also wrote at p. 173 when discussing the topic "What constitutes 'An act of the ship?'" referring to MacLennan L.J.A. in the case of *St. Lawrence Transportation Co. Ltd. v. Schooner "Amédée T"*, [1924] Ex. C.R. 204 he submits that the judge's reasoning seems irrefutable and quotes:

It is an artificial distinction to separate the act of the ship's crew from the act of the ship, when both are concerned with the ultimate goal of navigating the ship. Liens are a means

entièrement sur une présumée entente et sur une rétractation ultérieure de la part de la défenderesse Global. Les défendeurs prétendent que le navire défendeur n'avait rien à voir avec l'annulation de l'entente présumée.

Les défendeurs prétendent qu'à diverses reprises, la Cour a insisté sur la nécessité de l'existence d'un lien suffisant entre le navire défendeur et la réclamation du demandeur avant d'approuver l'exercice de sa compétence *in rem*. Il cite, à titre d'exemple, le jugement *Westview Sable Fish Co. et autres c. Le navire «Neekis»* (1986), 31 D.L.R. (4th) 709 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel le navire de la demanderesse, le *Nootka Mariner* avait mis à l'eau des trappes à morue et avait ensuite dû rentrer au port à cause d'ennuis mécaniques. L'équipage du *Neekis* était accusé d'avoir volé les trappes en question et de les avoir montées à bord du navire défendeur. On essayait de justifier la compétence *in rem* de la Cour sur le fondement de l'alinéa 22(2)e de la Loi. Aux pages 711 et 712, le juge Rouleau déclare:

Il me semble évident, en l'espèce, que le navire n'a pas subi d'avarie, qu'il n'y a pas eu d'avarie causée par un abordage, je ne vois pas non plus d'avarie reliée à la navigation, qui pourrait, de quelque façon, donner lieu à une action *in rem*. La demanderesse prétend que le professeur Tetley semble vouloir élargir l'interprétation de l'arrêt *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97, dans son plus récent article sur les privilèges maritimes et les réclamations, où il fait les commentaires suivants à la page 167:

[TRADUCTION] La définition de navigation dans *Currie v. M'Knight* semble excessivement restreinte. On soupçonne, par exemple, que le dommage causé par la fumée d'un navire amarré à un quai constitue un dommage attribuable au navire. Il ne faut pas non plus trop voir le navire comme s'il devait être strictement «l'instrument qui provoque le dommage».

Il semble plutôt évident que l'équipage constitue l'intermédiaire inséparable par lequel le navire (l'instrument) agit habituellement. Le dommage est donc causé par un navire alors que l'équipage agit au nom de ce dernier, lequel ne sert que d'instrument accessoire.

Je devrais souligner que le professeur Tetley a aussi écrit sur le sujet à la page 173, sous le titre «What constitutes "An act of the ship?"», il cite à la page 173 le juge d'appel MacLennan, dans l'affaire *St. Lawrence Transportation Co. Ltd. v. Schooner "Amédée T"*, [1924] Ex. C.R. 204. Selon l'auteur, le raisonnement du juge semble irréfutable, et il le cite:

[TRADUCTION] La distinction entre le fait de l'équipage du navire et le fait du navire est artificielle puisque l'équipage comme le navire ont pour objectif ultime de naviguer. Les

for promoting safe and legal navigation and securing the rights of persons harmed.

The decision of Maclellan L.J.A. is sound law.

As I view the principles in *Currie v. M'Knight*, Professor Tetley seems to suggest that the definition relating to navigation is excessively narrow, though he does find Maclellan L.J.A. to be sound reasoning, I agree with him. "The ultimate goal of the navigating of the ship is the principle upon which the extraordinary remedy of the action *in rem* must find its basis." In these particular circumstances I am not satisfied that the allegations contained in the statement of claim can sustain this approach. Based on all the authorities there is no basis for a maritime lien and an action *in rem* arising from the entanglement of nets, cutting of lines or the conversion of gear. The plaintiff undoubtedly has an action against those who stole his fishing nets but the actions can only proceed *in personam* against those who committed the acts.

Defendants also cite the case of *Corostel Trading v. Ship "Catalina"* (1986), 6 F.T.R. 233 (F.C.T.D.) where the claim was for unspecified "services rendered to the purchaser in relation to the purchase of the said [defendant] vessel". This was found by Mr. Justice Joyal to be insufficient to support an *in rem* action. As I have stated, the defendants cite the above two cases to show that there must be a "sufficient connection" to the defendant Ship in order to commence proceedings with an *in rem* action.

I do not disagree with counsel for defendants with this submission. I too agree that an *in rem* proceeding will only lie if there is a "connection" to the defendant vessel.

Plaintiff's Submission

Plaintiff submits that there is in existence a towage contract with the defendant Global, the owner of a named vessel, whereby a named tug would tow a named vessel from Halifax to India. That this contract provided, amongst its conditions, a provision whereby, in the event of cancellation, there would be a fixed cancellation fee plus a day rate for the tug while it was at sea and at port. The named tug,

privileges sont un moyen de promouvoir une navigation sûre et conforme à la loi, et de protéger les droits des personnes à qui l'on a causé un préjudice.

a La décision du lord juge d'appel Maclellan est bien fondée en droit.

b Si j'ai bien compris les principes énoncés dans *Currie v. M'Knight*, le professeur Tetley semble suggérer que la définition relative à la navigation est excessivement restreinte, bien qu'il estime que le raisonnement du lord juge d'appel Maclellan soit bien fondé, point de vue que je partage. [TRADUCTION] «L'objectif ultime qui est de faire naviguer le navire est le principe sur lequel doit se fonder le recours extraordinaire de l'action *in rem*». Je ne suis pas convaincu, en l'espèce, que les allégations contenues dans la déclaration peuvent aller dans ce sens. Selon la jurisprudence qui prévaut, l'existence d'un privilège maritime et d'une action *in rem* découlant de l'enchevêtrement de filets, du sectionnement de lignes ou de l'appropriation illicite d'appareils n'est pas fondée. La demanderesse a, sans aucun doute, un droit d'action contre ceux qui volent ses filets de pêche, mais cette action ne peut être intentée que *in personam* contre les auteurs de ces actes.

e Les défendeurs citent également l'affaire *Corostel Trading c. Navire «Catalina»* (1986), 6 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle la demande portait sur des «services [non précisés] rendus relativement à l'achat du navire défendeur». Le juge Joyal a conclu que cela était insuffisant pour appuyer une action *in rem*. Ainsi que je l'ai déclaré, les défendeurs invoquent les deux décisions précitées pour démontrer qu'il doit exister un «lien suffisant» avec le navire défendeur pour pouvoir introduire une instance sous forme d'action *in rem*.

g Je ne suis pas en désaccord avec les défendeurs en ce qui concerne cette prétention. Je suis d'accord moi aussi pour dire qu'une action *in rem* ne peut être intentée que s'il existe un «lien» avec le navire défendeur.

Thèse de la demanderesse

i La demanderesse prétend qu'il existe un contrat de remorquage avec la défenderesse Global, le propriétaire d'un navire désigné, et qu'aux termes de ce contrat, un remorqueur désigné devait remorquer un navire désigné de Halifax jusqu'en Inde. Elle soutient que ce contrat stipulait notamment qu'en cas de résiliation, des frais fixes d'annulation ainsi qu'un tarif quotidien devraient être payés pour les jours que le

because of the existence of the contract, was on its way to Halifax to execute the contract.

Plaintiff submits that the jurisdiction for an *in rem* proceeding is not to be limited in any way and submits as authority for this principle the case of *Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.), at page 78.

Counsel for plaintiff also submits that the principle that the ship must be a beneficiary is incorrect and he cites subsection 43(2) of the Act as his authority.

Discussion

As I have stated, in an application pursuant to Rule 419, with few exceptions, not applicable here, all the facts as alleged in a statement of claim are deemed to be true and that it is only in plain and obvious cases that an action will be dismissed under this Rule.

I am satisfied that in the circumstances of the present case, it is not plain and obvious that the plaintiff could not proceed by means of an *in rem* action. A contract to tow the Ship was entered into by the plaintiff and the defendant Global. Had nothing further been done and the defendant Global then cancelled the contract, I am satisfied that the plaintiff would not have been able to proceed with an *in rem* action as no steps would have been taken to fulfil the obligations under the contract and one would be unable to say that there existed a connection to the Ship. In the case before me, the facts are that a contract was entered into to have a named tug tow a named ship from Halifax to India. Furthermore, according to the statement of claim, the parties had allegedly agreed that the named tug would be immediately dispatched to Halifax (it was in the Mediterranean). The tug was so dispatched. After 12 ½ days, while the tug was on its way to Halifax and plaintiff continuously informing defendants as to the position of the tug, the defendants cancelled the agreement.

remorqueur passerait en mer et au port. À cause de l'existence du contrat, le remorqueur désigné était en route pour Halifax pour exécuter le contrat.

La demanderesse soutient que la compétence en matière d'action *in rem* ne doit être limitée d'aucune façon et elle cite au soutien de ce principe la décision *Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (C.A.F.), à la page 78.

L'avocat de la demanderesse soutient également que le principe suivant lequel le navire doit être un bénéficiaire est incorrect et il invoque le paragraphe 43(2) de la Loi pour appuyer sa prétention.

Discussion

Ainsi que je l'ai déjà déclaré, dans le cas d'une demande fondée sur la Règle 419, à de rares exceptions près—qui ne s'appliquent pas en l'espèce—, tous les faits qui sont allégués dans la déclaration sont réputés véridiques et ce n'est que dans les cas manifestes qu'une action sera rejetée en vertu de cette disposition.

Je suis convaincu qu'eu égard aux circonstances de la présente affaire, il n'est pas clair et évident que la demanderesse ne pouvait tenter une action *in rem*. La demanderesse et la défenderesse Global ont conclu un contrat en vue de remorquer le navire. Je suis convaincu que si rien d'autre n'avait été fait et que la défenderesse Global avait alors résilié le contrat, la demanderesse n'aurait pas pu tenter une action *in rem*, étant donné qu'aucune mesure n'aurait été prise pour remplir les obligations prévues au contrat et qu'on ne pourrait affirmer qu'il existait un lien avec le navire. Dans l'affaire qui m'est soumise, les faits démontrent qu'un contrat a été conclu pour faire remorquer de Halifax jusqu'en Inde un navire désigné par un remorqueur désigné. En outre, suivant la déclaration, les parties auraient convenu que le remorqueur désigné serait immédiatement envoyé à Halifax (il se trouvait alors en Méditerranée). Le remorqueur a effectivement été envoyé. Au bout de douze jours et demi, alors que le remorqueur était en route pour Halifax et que la demanderesse tenait les défendeurs constamment au courant de la position du remorqueur, les défendeurs ont résilié le contrat.

Do these facts cause this claim to come within the meaning of paragraph 22(2)(k) wherein “any claim for towage in respect of a ship” may be commenced by an *in rem* action?

Counsel for defendants states that in order for there to be a claim for towage there must, of necessity, have been a tow. That is, the tug would have had to at least tie a line to the vessel before a claim for towage could be advanced and thus an *in rem* claim.

With all due respect, I do not agree. To restrict a claim under paragraph 22(2)(k) of the Act to actual towing is much too restrictive. I am satisfied that one need not actually start the “towing”, a line actually attached to the vessel, in order to have “any claim for towage”. It is sufficient, as in this case, to have commenced to fulfil the terms of a contract of towage in order to have “any claim for towage” pursuant to paragraph 22(2)(k).

In the case of *Leoborg, The*, [1962] 2 Lloyd’s Rep. 146, it was held that escorting services by a tug are services in the nature of towage. Surely, if a named tug is dispatched to commence towing a named vessel, one can, for the purposes of a Rule 419 application conclude that it is not plain and obvious that the plaintiff does not have a reasonable cause for an *in rem* action nor can it be said that such a claim is scandalous, frivolous or vexatious.

The application to strike is denied with costs.

Est-ce que ces faits font tomber la demande sous le coup de l’alinéa 22(2)k, qui prévoit qu’«une demande d’indemnisation pour remorquage d’un navire» peut être introduite sous forme d’action *in rem*?

L’avocat des défendeurs affirme que, pour qu’il y ait une demande d’indemnisation pour remorquage, il faut nécessairement qu’il y ait un câble de remorque. En d’autres termes, il aurait à tout le moins fallu que le remorqueur soit rattaché par un câble au navire avant qu’une demande d’indemnisation pour remorquage et, partant, une action *in rem*, puissent être introduites.

En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Restreindre les demandes d’indemnisation prévues à l’alinéa 22(2)k de la Loi aux seuls cas où il y a effectivement eu remorquage est beaucoup trop limitatif. Je suis convaincu qu’il n’est pas nécessaire d’entreprendre effectivement le «remorquage» au moyen d’un câble effectivement fixé au navire pour pouvoir présenter une «demande d’indemnisation pour remorquage». Il suffit, comme en l’espèce, d’avoir commencé à exécuter le contrat de remorquage pour pouvoir présenter une «demande d’indemnisation pour remorquage» en vertu de l’alinéa 22(2)k.

Dans la décision *Leoborg, The*, [1962] 2 Lloyd’s Rep. 146, il a été jugé que les services d’escorte d’un remorqueur sont des services de la nature d’un remorquage. Certes, si un remorqueur désigné est envoyé pour commencer à remorquer un navire désigné, on peut, dans le cas d’une demande fondée sur la Règle 419, conclure qu’il n’est pas clair et évident que le demandeur n’a pas une cause raisonnable d’action *in rem*, et on ne peut non plus pas dire qu’une telle demande est scandaleuse, futile ou vexatoire.

La demande de radiation est rejetée avec dépens.

A-916-92

The Ship Cisco and Kim-Crest, S.A. (Appellants)

v.

Redpath Industries Limited (Respondent)*INDEXED AS: REDPATH INDUSTRIES LTD. v. CISCO (THE) (C.A.)*

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Létourneau JJ.A.—Montréal, October 25; Ottawa, December 20, 1993.

Maritime law — Carriage of goods — Appeal from trial judgment as to quantum of damages awarded — Portion of cargo of raw sugar damaged by sea water — Animal feed processor only potential buyer at low price — Respondent, sugar refiner, refining damaged sugar by blending small amounts thereof with sound sugar — Arrived Sound Market Value less Arrived Damaged Market Value proper method of calculating damages in carriage of goods cases — As no sale ever contemplated, no market value — Value to respondent only possible value for damaged goods — Determined by actual extra costs incurred to use goods — Once owner deciding to use damaged goods, burden shifting to him to prove extra costs of production — As evidence of cost of refining damaged sugar unsatisfactory, estimating \$50,000 reasonable amount for refining costs — Blending sugars reasonable given respondent's expertise, machinery.

Damages — Limiting principles — Mitigation — Sugar shipment received in damaged condition by refiner — Refining by blending with good sugar — Quantum of damages — Whether refiner had duty to mitigate loss in way it did — Plaintiff not indemnified for more than loss — Insurance settlement not mitigating factor as insurance contract res inter alios acta — Trial Judge confusing contract with duty to mitigate — Onus on defendant to prove failure to mitigate not relieving plaintiff from proving obvious element in calculation of damages — Unreasonable risks need not be taken in mitigating damages — Must take steps prudent person ordinarily taking in course of business — Duty to mitigate not limited to seeking buyer for damaged sugar — Rule characteristics peculiar to plaintiff not taken into account applying to damages, not duty to mitigate — Risks here taken to mitigate minimal, manageable — Tortfeasor entitled to benefit of successful mitigation — Plaintiff entitled to recover expenses reasonably incurred in mitigating damages — Plaintiff must prove expenses where within exclusive knowledge — Need not establish sophisticated

A-916-92

Le navire Cisco et Kim-Crest, S.A. (appelants)

c.

Redpath Industries Limited (intimée)*RÉPERTORIÉ: REDPATH INDUSTRIES LTD. c. CISCO (LE) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 25 octobre; Ottawa, 20 décembre 1993.

Droit maritime — Transport de marchandises — Appel formé contre le jugement de première instance quant au montant des dommages-intérêts — Une partie d'une cargaison de sucre brut a été avariée par de l'eau de mer — Le seul acheteur potentiel était un fabricant de nourriture pour animaux qui était disposé à payer le sucre à un prix inférieur — L'intimée, raffineur de sucre, a raffiné le sucre avarié en incorporant de petites quantités de ce sucre à du sucre sain — La méthode appropriée pour calculer les dommages-intérêts dans les affaires de transport de marchandises consiste à déduire la valeur marchande avariée à destination de la valeur marchande saine à destination — La vente de la marchandise n'ayant été envisagée à aucun moment, celle-ci n'avait aucune valeur marchande — La seule valeur possible de la marchandise avariée était celle qu'elle avait pour l'intimée — Cette valeur est déterminée par les coûts supplémentaires réels de production engagés pour utiliser la marchandise — Une fois que le propriétaire décide d'utiliser la marchandise avariée, il lui incombe de prouver les coûts supplémentaires de production — Comme la preuve des coûts engagés pour raffiner le sucre avarié était insatisfaisante, une somme de 50 000 \$ à titre de coûts de raffinage semble raisonnable — L'incorporation du sucre était une mesure raisonnable compte tenu des connaissances de l'intimée et de l'équipement dont elle disposait.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Limitation — Cargaison de sucre reçue en mauvais état par le raffineur — Le sucre avarié a été raffiné par incorporation à du sucre sain — Montant des dommages-intérêts — Le raffineur avait-il l'obligation de limiter sa perte comme il l'a fait? — La demanderesse ne peut être dédommagée pour plus que sa perte — Le règlement intervenu avec les assureurs ne constitue pas un facteur atténuant le préjudice, le contrat d'assurance étant res inter alios acta — Le juge de première instance a confondu le contrat avec l'obligation de limiter les dommages — L'obligation pour un défendeur de prouver qu'aucune mesure n'a été prise pour limiter le préjudice ne libère pas le demandeur de son obligation de prouver un élément évident dans le calcul de ses dommages-intérêts — Il n'est pas nécessaire de prendre des risques déraisonnables pour limiter les dommages-intérêts — Il faut prendre les mêmes mesures que prendrait une personne prudente dans le cours normal de ses affaires — L'obligation de limiter le préjudice ne se limitait pas à essayer de trouver un acheteur pour le sucre avarié — La règle selon

system for computing mitigation costs — Must describe additional operations, submit cost estimate.

This was an appeal and cross appeal from the trial judgment regarding the *quantum* of damages to be awarded. A portion of a cargo of raw sugar was damaged by seawater, resulting in a loss of polarity (the scale used to value sugar) from 97.5° to 92.5°. The respondent was required to pay the seller on the basis of having received the sugar in sound condition pursuant to the sale agreement which provided that the purchaser assumed the risk of loss upon loading of the vessel. The respondent purported to abandon the goods, but the underwriters would not accept the abandonment and settled the insurance claim for 50% of the arrived sound market value less \$17,000 for expenses already incurred in discharging the sugar. The respondent, a refiner of sugar, blended small amounts of wet sugar with large portions of sound sugar and thus was able to refine all of the wet sugar. It later sued the appellants for losses in the amount of \$300,000. The respondent established that the raw sugar could not have been sold except to animal food processors who were prepared to pay \$53,332.78. The Trial Judge held that the proper test to assess damages was the difference between the Arrived Sound Market Value (A.S.M.V.) of \$279,660.62 and the Arrived Damaged Market Value (A.D.M.V.) of \$53,332.78, or \$226,327.40. He estimated that the respondent was not entitled to that amount since it had a duty to mitigate which equalled the settlement agreement. He found that the respondent had received 50% of the sound market value of the raw sugar at arrival. The appellants could not be called upon to pay for losses which had not been incurred. He awarded the respondent an amount representing the invoice value of the goods (\$304,927.24), not the A.S.M.V. as used by the insurers (\$279,660.18), from which he deducted what he said was the amount received by the respondent from its underwriters i.e. $\$304,927.24 \times 50\% = \$152,463.62$. to which he added the additional expenses incurred in discharging the wet sugar plus interest at 9% *per annum*. It was agreed that the respondent was entitled to reimbursement for the extra expense incurred in unloading the damaged cargo (\$25,990.89). The issues were: (1) the method of calculating damages; (2) the scope of the respondent's duty to mitigate; (3) the extent of the damages suffered by the respondent after the mitigation.

laquelle il ne faut pas tenir compte des caractéristiques particulières du demandeur s'applique aux dommages-intérêts mais non à l'obligation de les limiter — Les risques pris en l'espèce pour limiter le préjudice étaient minimes et il était possible d'y faire face — L'auteur d'un délit a le droit de profiter des mesures qui permettent de limiter le préjudice — Un demandeur a le droit de se faire rembourser les frais qu'il a raisonnablement engagés pour limiter son préjudice — Il lui incombe alors de prouver les frais engagés lorsqu'il en est le seul au courant — Il n'a pas à mettre en place un système perfectionné permettant de calculer les frais engagés pour limiter le préjudice — Il doit décrire les opérations supplémentaires et fournir une évaluation approximative des coûts.

Il s'agissait en l'espèce d'un appel ainsi que d'un appel incident formés contre le jugement de première instance relativement au montant des dommages-intérêts qui devaient être accordés. Une partie d'une cargaison de sucre brut a été avariée par de l'eau de mer ce qui a entraîné une perte de polarité du sucre (l'échelle utilisée pour évaluer le sucre), celle-ci passant de 97,5° à 92,5°. En vertu du contrat de vente, qui précisait qu'elle assumait le risque de perte au moment du chargement du navire, l'intimée a été tenue de payer le vendeur comme si elle avait reçu le sucre en état sain. L'intimée avait l'intention d'abandonner la marchandise, mais les assureurs n'ont pas voulu accepter cet abandon et ils ont plutôt réglé la demande d'indemnité de l'intimée pour une somme qui représentait 50 % de la valeur marchande saine à destination moins une somme de 17 000 \$ pour les frais déjà engagés pour décharger le sucre. L'intimée, raffineur de sucre, a incorporé de petites quantités du sucre humide à de grandes quantités de sucre sain, et elle a pu ainsi raffiner tout le sucre humide. Elle a ensuite intenté une action dans laquelle elle réclamait une somme de 300 000 \$ aux appelants. Elle a démontré que le sucre brut n'aurait pu être vendu qu'à des fabricants de nourriture pour animaux qui étaient disposés à payer celui-ci 53 332,78 \$. Le juge de première instance a dit que le critère approprié pour évaluer les dommages-intérêts consistait à soustraire la valeur marchande avariée à destination (V.M.A.D.), ou 53 332,78 \$, de la valeur marchande saine à destination (V.M.S.D.), ou 279 660,62 \$, ce qui donne 226 327,40 \$. Il a statué que l'intimée n'avait pas droit à cette somme vu qu'elle avait une obligation de limiter les dommages qui était égale à l'accord de règlement. Il a conclu que l'intimée avait reçu 50 % de la valeur marchande saine du sucre brut à destination. On ne pouvait demander aux appelants de payer des pertes qui n'avaient pas été subies. Le juge a accordé à l'intimée une somme représentant la valeur facturée des marchandises (304 927,24 \$) et non la V.M.S.D. qu'avaient utilisée les assureurs (279 660,18 \$); il en a déduit ce qu'il a dit être la somme reçue par l'intimée de ses assureurs, c'est-à-dire $304\,927,24 \times 50\% = 152\,463,62$ \$, à laquelle il a ajouté les dépenses supplémentaires qu'elle a dû engager pour faire décharger le sucre humide, plus des intérêts au taux de 9 % par année. Il a été admis que l'intimée avait le droit de se faire rembourser les dépenses supplémentaires engagées pour décharger la marchandise avariée (25 990,89 \$). Les questions soulevées étaient les suivantes: 1) la méthode de calcul des dommages; 2) l'étendue de l'obligation de l'intimée

Held, the appeal should be allowed in part; the cross appeal dismissed.

Per Desjardins J.A.: The proper measure of damages in carriage of goods cases is the difference between the A.S.M.V. and the A.D.M.V. There might have been two values for the damaged goods at the time of arrival: the arrived market value (i.e. if sold to animal feed processors) and the value of the sugar if, instead of selling the goods, the respondent were to clean and refine the sugar and sell the resulting product. Since the respondent never contemplated selling the damaged cargo, there was really only one value for the goods at the time of arrival: the value to the respondent. It was immaterial that there was no market for the damaged raw sugar to refineries in Toronto and that a competitor would never have bought the product. Where the damaged goods have been repaired without any other option being considered, the A.D.M.V. does not exist since no market was ever looked for. The principle of *restitutio in integrum* should, however, be given its full effect. It was not necessary to decide whether the respondent had a duty to mitigate its loss the way it did. The respondent decided to use the damaged raw sugar in the ordinary course of its business and cannot be indemnified for more than its loss.

The evidence regarding the cost of refining the damaged sugar was unsatisfactory. It was therefore estimated that \$50,000 was a reasonable amount for extra refining costs, to which was added \$25,990.89 for the extra costs of discharging the vessel, for a total of \$75,990.89.

Since there was no evidence with regard to the basis used by the Trial Judge to assess the rate of interest, it should remain at the rate of 9% *per annum* compounded semi-annually from the date of the loss to the date of payment of the judgment.

The Trial Judge erred in using as a mitigating factor the insurance settlement. The insurance contract was a *res inter alios acta*. He conceptually confused a contract signed by the respondent, as a prudent administrator, with its duty to mitigate. He then relieved the tortfeasor of part of its responsibilities on account of losses not incurred because of the settlement. This "error" by the Trial Judge may have been one of drafting. No abandonment occurred since that was rejected by the underwriters and a settlement arrived at.

Per Décary J.A.: A plaintiff can only recover loss which he could not have reasonably avoided. The fallacy in the respondent's argument, that the only market for the damaged sugar was that of animal feed processors, was that there was another market: the respondent. The Court did not need to decide

de limiter les dommages; 3) l'étendue du préjudice subi par l'intimée une fois que des mesures destinées à limiter les dommages ont été prises.

Arrêt: l'appel doit être accueilli en partie; l'appel incident est rejeté.

a Le juge Desjardins, J.C.A.: En matière de transport de marchandises, la méthode appropriée pour calculer les dommages-intérêts consiste à soustraire la V.M.A.D. de la V.M.S.D. La marchandise avariée aurait pu avoir deux valeurs différentes au moment de son arrivée à destination: la valeur marchande à l'arrivée (c.-à-d. si le sucre avait été vendu à des fabricants de nourriture pour animaux) et la valeur du sucre si, au lieu de vendre celui-ci, l'intimée le nettoyait, le raffinait et vendait le produit en résultant. Comme l'intimée n'a jamais envisagé de vendre la cargaison avariée, la marchandise ne pouvait avoir qu'une seule valeur au moment de son arrivée à destination: la valeur qu'elle avait pour l'intimée. Il importait peu qu'il n'y ait eu aucun débouché pour le sucre brut avarié aux raffineries de Toronto et qu'une société concurrente n'aurait jamais acheté ce produit. Lorsque les marchandises avariées ont été remises en bon état sans qu'on ait examiné d'autres solutions, la V.M.A.D. est nulle, car on n'a pas cherché de débouché. Le principe du *restitutio in integrum* devrait toutefois être appliqué à la lettre. Il n'était pas nécessaire de décider si l'intimée avait l'obligation de limiter sa perte comme elle l'a fait. L'intimée a décidé d'utiliser le sucre brut avarié dans le cours normal de ses activités ordinaires et elle ne peut être dédommagée pour plus que sa perte.

f La preuve concernant les frais engagés pour raffiner le sucre avarié était insatisfaisante. Il a donc été jugé qu'une somme de 50 000 \$ était raisonnable pour les frais de raffinage supplémentaires, et il y a été ajouté une somme de 25 990,89 \$ pour les frais supplémentaires de déchargement du navire, ce qui donne un total de 75 990,89 \$.

g Comme la preuve n'indiquait pas sur quoi s'était fondé le juge de première instance pour fixer le taux d'intérêt, celui-ci devrait rester le même, soit des intérêts composés semestriellement au taux de 9 % par année, depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement du jugement.

h Le juge de première instance a commis une erreur en utilisant le règlement intervenu avec les assureurs comme facteur atténuant le préjudice. Le contrat d'assurance était une *res inter alios acta*. Le juge a essentiellement confondu le contrat signé par l'intimée, en sa qualité d'administrateur prudent, avec son obligation de limiter les dommages. Il a ainsi libéré l'auteur du délit d'une partie de ses responsabilités en considération du fait que des pertes n'ont pas été subies parce qu'un règlement était intervenu. Cette «erreur» de la part du juge de première instance pourrait fort bien n'être qu'une simple question de rédaction. Il n'y a pas eu d'abandon, les assureurs ayant refusé celui-ci et un règlement étant intervenu.

i Le juge Décary, J.C.A.: Un demandeur ne peut être dédommagé que d'une perte qu'il n'aurait pu raisonnablement éviter. L'intimée a commis une erreur quand elle a fait valoir que le seul débouché pour le sucre avarié était la vente à des fabricants de nourriture pour animaux, car un autre débouché s'of-

whether the respondent had the option not to do what it did. The respondent was entitled to be reimbursed for the additional costs that it had to incur as a result of choosing a course of action more favourable to the appellants.

Where the owner makes use of the damaged goods, the true value will be determined by the actual extra costs the owner will have eventually incurred in order to make use of the goods. The A.S.M.V. less A.D.M.V. formula should be therefore applied without reference to the time and place of delivery.

The fact that it was used by the respondent indicates that the wet sugar had value, albeit inferior to its sound value. To establish that value, the owner must assess the inconvenience or extra costs of production, to be able to use the damaged goods. Only those extra costs that have been reasonably incurred will qualify.

There are limits to what a wrongdoer can establish when it comes to assessing what the plaintiff did or could have done. The plaintiff must adduce some evidence to sustain his claim. The onus on the defendant to prove failure to mitigate does not relieve the plaintiff from proving an obvious element in the calculation of his damages. Once the owner decides to use the damaged goods and thereby avoid some of the loss, the burden shifts to him to prove the extra costs of production which are "an obvious element in the calculation of his damages". That burden is not to establish in minute detail every additional cost that has been incurred. The owner is the victim and must not be put, as a result of the wrongdoer's fault, in the position of not being able to claim his loss because of the difficulty he faces in proving it. Valuation of damages is a balancing process. The Court must ensure that the victim is compensated for his loss, but it must also ensure that the wrongdoer is not abused. The respondent deliberately abstained from keeping any record of what was done to integrate the damaged raw sugar into the refining process, thus depriving the appellants of the opportunity to challenge the extent of the alleged damages. It was therefore assumed that had some records been kept of the extra costs actually incurred, they would have been less than what was alleged.

There was some evidence that it would have been difficult to keep track of what was going on, and that the respondent was assuming a risk in processing the damaged sugar. There was also some evidence indicating that extra steps were taken and extra costs incurred in the process. \$50,000, which corresponded more or less to one third of the amount claimed for extra production costs, and which was significantly higher than that estimated on the sole basis of polarity, was considered reasonable to allow the respondent to use the goods in the same way as it would have used them had they arrived in sound condition.

frait: l'intimée. La Cour n'avait pas à décider si l'intimée avait le choix de ne pas faire ce qu'elle a fait. L'intimée avait le droit de se faire rembourser les frais supplémentaires qu'elle avait dû engager parce qu'elle avait choisi d'agir d'une manière plus avantageuse pour les appellants.

^a Lorsque le propriétaire utilise les marchandises avariées, la valeur véritable de ces marchandises sera déterminée par les coûts supplémentaires réels que le propriétaire aura finalement engagés pour parvenir à les utiliser. La formule de la V.M.S.D. moins la V.M.A.D. devrait donc être appliquée sans tenir compte du moment et du lieu de la livraison.

^b L'utilisation par l'intimée du sucre humide indique que celui-ci avait une certaine valeur, quoique inférieure à sa valeur saine. Pour établir cette valeur, le propriétaire doit évaluer les inconvénients ou coûts supplémentaires de production nécessaires pour parvenir à utiliser les marchandises avariées. Seuls les coûts supplémentaires qui ont été raisonnablement engagés seront admissibles.

^c Il y a des limites à ce que la personne responsable peut prouver lorsqu'il s'agit de déterminer ce que le demandeur a fait ou aurait pu faire. Le demandeur doit produire certains éléments de preuve pour appuyer sa demande. L'obligation pour le défendeur de prouver qu'aucune mesure n'a été prise pour limiter le préjudice ne libère pas le demandeur de son obligation de prouver un élément évident dans le calcul de ses dommages-intérêts. Une fois que le propriétaire décide d'utiliser la marchandise avariée et réduit ainsi la perte, il lui incombe de prouver les coûts supplémentaires de production qui constituent «un élément évident dans le calcul de ses dommages-intérêts». Il ne s'agit pas pour lui de prouver dans les moindres détails chacun des frais supplémentaires qu'il a dû engager. Le propriétaire est la victime et il ne doit pas être placé, par suite de la faute de la personne responsable, dans une position où il serait incapable de réclamer une indemnité pour sa perte en raison des difficultés qu'il doit affronter pour prouver celle-ci. La détermination des dommages-intérêts nécessite une pondération. La Cour doit s'assurer que la victime est dédommée de sa perte, mais elle doit aussi s'assurer que l'on ne profite pas de la personne responsable. L'intimée s'est délibérément abstenue de noter tout ce qu'elle a fait pour incorporer le sucre brut avarié pendant le processus de raffinage ce qui a eu pour effet de priver les appelants de la possibilité de contester l'étendue du préjudice allégué. Il a donc été présumé que si on avait pris en note les frais supplémentaires réellement engagés, ceux-ci auraient été moins élevés qu'il n'a été allégué.

^d Certains éléments de preuve ont indiqué qu'il aurait été difficile de noter ce qui était fait et que l'intimée prenait un risque en traitant le sucre avarié. D'autres éléments de preuve généraux ont montré que des mesures additionnelles ont été prises et que des frais supplémentaires ont été engagés. Il a été jugé raisonnable, pour permettre à l'intimée d'être en mesure d'utiliser la marchandise comme elle l'aurait fait si celle-ci était arrivée en état sain, de lui accorder une somme de 50 000 \$, qui correspondait plus ou moins au tiers de la somme réclamée pour les coûts supplémentaires de production et qui était considérablement plus élevée que le montant fixé en fonction uniquement de la polarité.

Per Létourneau J.A.: It is the loss of the intrinsic market value of the raw sugar, not the loss of profit or potential use or business by the respondent which is the basis for a proper assessment of the damages. That the respondent, the owner, used the wet sugar by blending it with sound raw sugar before successfully processing it, indicates that the wet sugar had an intrinsic value above the salvage value given by the underwriter. The wet sugar was neither a total loss nor damaged to the point that it could only be sold as animal feed. The A.D.M.V. should not necessarily be determined by the mere fact that there was an attempt to resell it and that there was no potential buyer. The decrease in polarity was a more appropriate and realistic measure of assessment of the true damages than an indiscriminate and precipitated resale on the salvage market. If the market value of sound sugar is fixed by reference to its polarity, the market value of the same sugar, although less sound upon delivery than upon loading should also be fixed by reference to its polarity. To the damages resulting from the loss of polarity should be added the damages, if any, resulting from contamination and the additional costs associated with the handling of the wet sugar and its refining. There was no evidence of any damage due to the increased invert sugar and ash content caused by the sea water. The extra unloading costs were fixed at \$25,990.89. The respondent would be entitled to \$61,886.04 representing the loss in value of the raw sugar and the additional expenses incurred as a result of the unloading of the wet sugar.

A party who suffers damages as a result of a breach of contract has a duty to mitigate those damages, i.e. a wrongdoer cannot be required to pay for avoidable losses which would result in an increase in the *quantum* of damages payable to the injured party. The injured party must take all reasonable steps to avoid losses flowing from the breach. It need not take unreasonable risks. It need only take the steps which a reasonable and prudent person would ordinarily take in the course of his business. Losses flowing from the breach include the original losses where it is reasonable to do so in the circumstances. The respondent's duty to mitigate was not limited to trying to find a buyer for the damaged sugar. What is reasonable to do in the circumstances is a question of fact and borders on common sense. The blending of the damaged sugar with sound sugar and its subsequent refining were reasonable steps to take in the circumstances to mitigate the losses. These steps were even more reasonable for the respondent who had the necessary expertise and machinery to do so. The rule that characteristics peculiar to the plaintiff ought not to be taken into account applies to the determination of the damages, not to the scope of the duty to mitigate them. In view of the limited damage to the raw sugar and of the fact that the sugar was recoverable, it was reasonable for the respondent to blend it with sound sugar and refine it as originally planned. The risks were minimal and manageable.

Le juge Létourneau, J.C.A.: C'est la diminution de la valeur marchande intrinsèque du sucre brut et non le manque à gagner ni la perte de la possibilité pour l'intimée d'utiliser le sucre ou de le vendre qui doit servir à déterminer les dommages-intérêts. Le fait que l'intimée, qui en était propriétaire, a utilisé le sucre humide en l'incorporant à du sucre brut sain avant de le traiter avec succès indique que le sucre humide avait une valeur intrinsèque supérieure à la valeur de récupération que lui avait attribuée l'assureur. Le sucre humide n'était pas une perte totale ni avarié à un point tel qu'il ne pouvait être que vendu comme nourriture pour les animaux. La V.M.A.D. ne devrait pas nécessairement être déterminée en fonction du fait que l'on a essayé de revendre le sucre mais qu'il n'y avait aucun acheteur potentiel. La diminution de la polarité était un moyen plus approprié et plus réaliste de déterminer les véritables dommages qu'une revente hâtive et au hasard sur le marché de la récupération. Si la valeur marchande du sucre sain est fixée en fonction de sa polarité, il devrait en être de même de la valeur marchande de ce même sucre bien qu'il soit moins sain au moment de la livraison qu'au moment du chargement. Aux dommages-intérêts accordés pour la perte de polarité il faudrait ajouter les dommages, le cas échéant, découlant de la contamination du sucre ainsi que les frais supplémentaires liés à la manutention du sucre humide et à son raffinage. Rien dans la preuve n'indiquait que l'augmentation de la quantité de sucre inverti ou de la teneur en cendres qu'aurait pu entraîner l'eau de mer n'a causé un dommage. Le montant des frais supplémentaires de déchargement a été fixé à 25 990,89 \$. L'intimée aurait droit à 61 886,04 \$, ce qui représente la perte de valeur du sucre brut ainsi que les frais supplémentaires occasionnés par le déchargement du sucre humide.

Une partie qui subit un préjudice par suite de l'inexécution d'un contrat a l'obligation de limiter ses dommages, c'est-à-dire que l'auteur du délit ne peut être appelé à payer les pertes évitables qui entraîneraient une augmentation du montant des dommages-intérêts payables à la partie lésée. Cette dernière doit prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter les pertes résultant de l'inexécution. Elle n'a pas à prendre des risques déraisonnables. Il lui suffit de prendre les mêmes mesures que prendrait une personne raisonnable et prudente dans le cours normal de ses affaires. Le préjudice résultant de l'inexécution comprend les pertes originales lorsque, compte tenu des circonstances, il est raisonnable de les mitiger. L'obligation de l'intimée de limiter le préjudice ne consistait pas uniquement à tenter de trouver un acheteur pour le sucre avarié. Ce qu'il est raisonnable de faire dans les circonstances est une question de fait et de bon sens. En l'espèce, l'incorporation du sucre avarié à du sucre sain et son raffinage subséquent étaient des mesures raisonnables à prendre pour limiter les dommages. Ces mesures étaient encore plus raisonnables dans le cas de l'intimée qui possédait les connaissances et l'équipement nécessaires pour le faire. La règle selon laquelle il ne faut pas tenir compte des caractéristiques particulières du demandeur s'applique à l'évaluation des dommages mais non à l'étendue de l'obligation de les limiter. Si on tient compte des dommages limités causés au sucre brut et du fait que celui-ci était récupérable, il était raisonnable pour l'intimée de l'incorporer à du

Whether or not the respondent was under a duty to blend the damaged sugar with sound sugar and process it in the course of its business, it did so successfully and thereby avoided the losses that would have resulted from a breach of contract. The appellants are entitled to the benefit of that successful mitigation.

A plaintiff is entitled to recover expenses reasonably incurred in mitigating his damages. The plaintiff bears the burden of proving these expenses, especially when they relate to steps and measures taken by the plaintiff that are within its exclusive knowledge. The respondent was required neither to put in place a sophisticated system of computing the mitigation costs nor to track them down in minute detail, but did have to describe the additional operations required by the blending and the subsequent processing and at least submit a rough estimate of the costs for each operation. Bearing in mind that the respondent had the burden of proving these costs, not merely asserting them, they were fixed at \$50,000, which appeared reasonable in the circumstances.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wood v. Grand Valley Railway Co. et al. (1915), 51 S.C.R. 283; 22 D.L.R. 614; *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *100 Main Street Ltd. v. W. B. Sullivan Construction Ltd.* (1978), 20 O.R. (2d) 401; 88 D.L.R. (3d) 1 (C.A.); *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633; (1978), 12 A.R. 271; 89 D.L.R. (3d) 1; [1978] 6 W.W.R. 301; 5 B.L.R. 225; 23 N.R. 181; *Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*, [1987] 2 S.C.R. 440; (1987), 82 N.S.R. (2d) 361; 43 D.L.R. (4th) 171; 207 A.P.R. 361; 79 N.R. 241; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.); *Cockburn v. Trusts and Guarantee Co.* (1917), 55 S.C.R. 264; 37 D.L.R. 701.

CONSIDERED:

Amstar Corporation v. M/V Alexandros T., [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.); *Hussey v. Eels*, [1990] 1 All E.R. 449 (C.A.).

REFERRED TO:

Redpath Industries Ltd. et al. v. Fednav Ltd. et al. (1993), 63 F.T.R. 131 (F.C.T.D.); *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.); *The "Arpad"* (1934), 49 Ll. L. Rep. 313 (C.A.); *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (Q.B.); *Trade Wind, The Ship v. David McNair & Co. Ltd.*, [1956] Ex. C.R. 228; affg *McNair & Co. Ltd.*, *David v. The Ship*

sucré sain et de le raffiner comme prévu à l'origine. Les risques étaient minimes et il était possible d'y faire face.

Que l'intimée ait eu ou non l'obligation d'incorporer le sucre avarié à du sucre sain et de le traiter dans le cours normal de ses affaires, elle y est parvenue et elle a ainsi évité les pertes qui auraient découlé de l'inexécution du contrat. Les appelants ont le droit de profiter des mesures qui ont permis de limiter le préjudice.

Un demandeur a le droit de se faire rembourser les frais qu'il a raisonnablement engagés pour limiter son préjudice. Il incombe au demandeur de prouver ces frais, en particulier lorsqu'ils se rapportent à des mesures qu'il a prises et dont il est le seul au courant. L'intimée n'était pas tenue de mettre en place un système perfectionné lui permettant de calculer les frais engagés pour limiter le préjudice et d'en connaître les moindres détails; elle devait toutefois décrire les opérations supplémentaires requises par l'incorporation du sucre et son traitement ultérieur, et fournir tout au moins une évaluation approximative du coût de chacune de ces opérations. Compte tenu du fait qu'il incombait à l'intimée non seulement de réclamer ces frais mais de les prouver, ceux-ci ont été fixés à 50 000 \$, ce qui semblait être une somme raisonnable dans les circonstances.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Wood v. Grand Valley Railway Co. et al. (1915), 51 R.C.S. 283; 22 D.L.R. 614; *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *100 Main Street Ltd. v. W. B. Sullivan Construction Ltd.* (1978), 20 O.R. (2d) 401; 88 D.L.R. (3d) 1 (C.A.); *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autres*, [1979] 1 R.C.S. 633; (1978), 12 A.R. 271; 89 D.L.R. (3d) 1; [1978] 6 W.W.R. 301; 5 B.L.R. 225; 23 N.R. 181; *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*, [1987] 2 R.C.S. 440; (1987), 82 N.S.R. (2d) 361; 43 D.L.R. (4th) 171; 207 A.P.R. 361; 79 N.R. 241; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.); *Cockburn v. Trusts and Guarantee Co.* (1917), 55 R.C.S. 264; 37 D.L.R. 701.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Amstar Corporation v. M/V Alexandros T., [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.); *Hussey v. Eels*, [1990] 1 All E.R. 449 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Redpath Industries Ltd. et autre c. Fednav Ltd. et autres (1993), 63 F.T.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.); *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.); *The «Arpad»* (1934), 49 Ll. L. Rep. 313 (C.A.); *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (Q.B.); *Trade Wind, The Ship v. David McNair & Co. Ltd.*, [1956] R.C.É. 228; conf. *McNair & Co. Ltd.*,

Trade Wind, [1954] Ex. C.R. 450; *Goldco Imports Ltd. v. The Ship Meitoku Maru et al.*, [1966] Ex. C.R. 498; *Amjay Cordage Limited v. The Ship "Margarita"* (1979), 28 N.R. 265 (F.C.A.); *McCain Produce Co. Ltd., Pirie Potato Company Limited and Toner Brothers Ltd. v. Canadian Pacific Limited* (1980), 30 N.B.R. (2d) 476; 113 D.L.R. (3d) 584; 70 A.P.R. 476 (C.A.); affd *Canadian Pacific Ltd. v. McCain Produce Co. Ltd. et al.*, [1981] 2 S.C.R. 219; (1981), 35 N.B.R. (2d) 511; 123 D.L.R. (3d) 764; 88 A.P.R. 511; 38 N.R. 534; *Banner Homes Ltd. v. Mitchell* (1979), 27 N.B.R. (2d) 486; 60 A.P.R. 486 (C.A.); *Messer v. J. Clark & Son Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 766 (N.B.S.C.); *Abraham v. Wingate Properties Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 568; (1985), 36 Man. R. (2d) 264 (C.A.); *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1980] 1 S.C.R. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; (1975), 57 D.L.R. (3d) 386; [1975] 5 W.W.R. 575; 75 CLLC 14,280; 5 N.R. 99; *World Beauty, The*, [1969] 3 All E.R. 158 (C.A.); *Indiana Farm Bureau Cooperative Ass'n., Inc. v. S.S. Sovereign Faylenne*, [1978] A.M.C. 1514; *Erie County Natural Gas and Fuel Company v. Carroll*, [1911] A.C. 105 (P.C.); *Karas et al. v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; [1944] 1 D.L.R. 241; *Algoma Central Railway v. Cielo Bianco (The)*, [1987] 2 F.C. 592; (1987), 73 N.R. 321 (C.A.).

David v. The Ship Trade Wind, [1954] R.C.É. 450; *Goldco Imports Ltd. v. The Ship Meitoku Maru et al.*, [1966] R.C.É. 498; *Amjay Cordage Limited c. Le navire «Margarita»* (1979), 28 N.R. 265 (C.A.F.); *McCain Produce Co. Ltd., Pirie Potato Company Limited and Toner Brothers Ltd. v. Canadian Pacific Limited* (1980), 30 N.B.R. (2d) 476; 113 D.L.R. (3d) 584; 70 A.P.R. 476 (C.A.); conf. par *Canadien Pacifique Limitée c. McCain Produce Co. Ltd. et autres*, [1981] 2 R.C.S. 219; (1981), 35 N.B.R. (2d) 511; 123 D.L.R. (3d) 764; 88 A.P.R. 511; 38 N.R. 534; *Banner Homes Ltd. v. Mitchell* (1979), 27 N.B.R. (2d) 486; 60 A.P.R. 486 (C.A.); *Messer v. J. Clark & Son Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 766 (C.S.N.-B.); *Abraham v. Wingate Properties Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 568; (1985), 36 Man. R. (2d) 264 (C.A.); *Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1980] 1 R.C.S. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; (1975), 57 D.L.R. (3d) 386; [1975] 5 W.W.R. 575; 75 CLLC 14,280; 5 N.R. 99; *World Beauty, The*, [1969] 3 All E.R. 158 (C.A.); *Indiana Farm Bureau Cooperative Ass'n., Inc. v. S.S. Sovereign Faylenne*, [1978] A.M.C. 1514; *Erie County Natural Gas and Fuel Company v. Carroll*, [1911] A.C. 105 (P.C.); *Karas et al. v. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; [1944] 1 D.L.R. 241; *Algoma Central Railway c. Cielo Bianco (Le)*, [1987] 2 C.F. 592; (1987), 73 N.R. 321 (C.A.).

AUTHORS CITED

Braen, André. *Le droit maritime au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1992.
 Burrows, A. S. *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths, 1987.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Company, 1987.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Yvon Blais, 1988.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPEAL and CROSS APPEAL from the trial judgment (*Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1992] 3 F.C. 428; (1992), 55 F.T.R. 278 (T.D.)) as to the *quantum* of damages. Appeal allowed in part; cross appeal dismissed.

COUNSEL:

V. De Marco and *D. G. Colford* for appellants.
V. M. Prager and *M. A. Tabib* for respondent.

AUTEURS CITÉS

Braen, André. *Le droit maritime au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1992.
 Burrows, A. S. *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths, 1987.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Company, 1987.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Yvon Blais, 1988.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPEL et APPEL INCIDENT contre le jugement de première instance (*Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1992] 3 C.F. 428; (1992), 55 F.T.R. 278 (1^{re} inst.)) quant au montant des dommages-intérêts. Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.

AVOCATS:

V. De Marco et *D. G. Colford* pour les appelants.
V. M. Prager et *M. A. Tabib* pour l'intimée.

SOLICITORS:

Brisset, Bishop, Montréal, for appellants.
Stikeman, Elliott, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: We are seized of an appeal and a cross appeal from a decision of the Trial Division [[1992] 3 F.C. 428] where the only matter in dispute relates to the *quantum* of damages to be awarded to a portion of a cargo of raw sugar damaged by seawater and to the rule to be followed in determining the said amount.

On April 12, 1987, 5,444.56 metric tons of raw sugar were loaded into two bowls, in apparently good condition, on board the vessel *Cisco* at Georgetown, Guyana, en route to Toronto. The sale agreement between respondent and Guyana Sugar Corporation Ltd. provided, under the C.I.F. terms, that respondent assumed the risk of loss upon the loading of the vessel. The contract stipulated that the raw sugar would have a guaranteed minimum polarity of 97.5° at the time of shipment.¹ Floating ice was encountered during the voyage with the result that 1,241,656 metric tons of the raw sugar were wetted by seawater. The damaged sugar had a polarity of only 92.563°. Notwithstanding this damage, the respondent was required to pay its seller on the basis of having received the sugar in sound condition.

The respondent purported to abandon the insured goods and gave notice to this effect to its underwriter

¹ Polarity was explained by the Trial Judge [at p. 431] by referring to the remarks of Harvey D.J. in *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.), at p. 1982:

In its raw state, sugar consists of sucrose, invert sugars and non-sugar solids. When a refinery like Amstar purchases raw sugar, it is interested in the sucrose it is buying and not in any of the other elements. The refining process separates the sucrose from the non-sucrose elements of raw sugar and then uses the sucrose to turn out refined sugar products. Accordingly, the price of raw sugar is determined by the percentage of sucrose it contains. The term "polarity" refers to the percent of sucrose present in raw sugar. The higher the polarity, the greater the percent of sucrose.

PROCUREURS:

Brisset, Bishop, Montréal, pour les appelants.
Stikeman, Elliott, Montréal, pour l'intimée.

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'un appel ainsi que d'un appel incident formés contre une décision de la Section de première instance [[1992] 3 C.F. 428] où la seule question en litige concerne d'une part le montant des dommages-intérêts qui doivent être accordés relativement à une partie d'une cargaison de sucre brut qui a été avarié par de l'eau de mer et de l'autre la règle qu'il faut appliquer pour déterminer ce montant.

Le 12 avril 1987, 5 444,56 tonnes métriques de sucre brut, apparemment en bon état, ont été chargées dans deux cales du *Cisco* à Georgetown (Guyane), à destination de Toronto. Le contrat de vente, signé par l'intimée et par Guyana Sugar Corporation Ltd., prévoyait, conformément aux clauses C.A.F., que l'intimée assumait le risque de perte au moment du chargement du navire. Le contrat précisait que le sucre brut aurait une polarité garantie d'au moins 97,5° au moment de son expédition¹. Le navire a rencontré de la glace flottante sur sa route avec pour résultat que 1 241,656 tonnes métriques de sucre brut ont été imbibées d'eau de mer. La polarité du sucre avarié n'était plus que de 92,563°. Malgré ces dommages, l'intimée était tenue de payer son vendeur comme si elle avait reçu le sucre en état sain.

L'intimée avait l'intention d'abandonner la marchandise assurée et elle en a avisé ses assureurs qui

¹ Le juge de première instance [à la p. 431] a expliqué ce qu'est la polarité en se référant aux remarques du juge suppliant Harvey dans l'affaire *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.), à la p. 1982:

[TRADUCTION] Le sucre à l'état brut se compose de sucrose (ou saccharose), de sucre inverti et de solides autres que du sucre. Lorsqu'une raffinerie comme Amstar achète du sucre brut, c'est le sucrose qu'elle achète qui l'intéresse et non les autres éléments. L'opération de raffinage sépare le sucrose des autres éléments du sucre brut et l'utilise ensuite pour obtenir des produits en sucre raffiné. Le prix du sucre brut est donc fonction du pourcentage de sucrose qu'il contient. Le mot «polarité» désigne le pourcentage de sucrose présent dans le sucre brut. Plus cette polarité est élevée, plus le pourcentage de sucrose est important.

ers who did not accept the abandonment but instead settled the insurance claim with the respondent for an amount which represented 50% of the sound market value of the sugar at arrival less an amount of approximately \$17,000 for the expenses already incurred at that time in discharging the sugar.²

The respondent, a refiner of sugar, was able to blend small amounts of wet sugar with large portions of dry sugar so as to refine all the raw sugar that was discharged from the *Cisco*. It later sued the appellants for losses it sustained by virtue of the carrier's fault for an amount of \$300,000 together with interest.

The liability of *Cisco* is not in dispute nor is the fact that the respondent is entitled to be reimbursed for the extra expenses incurred in unloading the damaged cargo (\$25,990.89).

What is in dispute, as stated earlier, is the measure of damages.

The respondent established that the damaged raw sugar could not have been sold to outsiders except to animal food processors who were prepared to pay 25% of its value for a price of \$53,332.78.

The Trial Judge stated that the proper test to assess damages was to apply the difference between the Arrived Sound Market Value less the Arrived Damaged Market Value rule (A.S.M.V. less A.D.M.V.). The A.S.M.V. being an uncontested figure of \$279,660.62, the result would have been for the respondent to receive an amount representing \$226,327.40 (\$279,660.18-\$53,332.78). He estimated, however, that the respondent was not entitled to such an amount since there was, on the part of the respondent, a duty to mitigate which equalled the settlement agreement. He found that pursuant to what he perceived as the abandonment of the merchandise by the respondent to its underwriters, the respondent had received 50% of the sound value of the raw sugar at arrival. The appellants could not therefore be called

² A.B., at pp. 90-91. The record does not show for what reason the extra discharging costs were deducted.

n'ont pas voulu accepter cet abandon, mais qui ont plutôt réglé la demande d'indemnité de l'intimée pour une somme qui représentait 50 % de la valeur marchande saine du sucre à destination moins une somme d'environ 17 000 \$ pour les frais déjà engagés pour décharger le sucre².

L'intimée, raffineur de sucre, a réussi à incorporer de petites quantités du sucre humide à de grandes quantités de sucre sec afin de raffiner la totalité du sucre brut qui avait été déchargé du *Cisco*. Elle a ensuite intenté une action dans laquelle elle réclamait une somme de 300 000 \$ et intérêts aux appelants pour les pertes qu'elle avait subies par suite de la faute du transporteur.

La responsabilité du *Cisco* n'est pas contestée pas plus d'ailleurs que le fait que l'intimée a le droit de se faire rembourser les dépenses supplémentaires occasionnées par le déchargement de la cargaison avariée (25 990,89 \$).

C'est le calcul des dommages-intérêts qui, comme nous l'avons dit plus haut, est l'objet du litige.

L'intimée a démontré que le sucre brut avarié n'aurait pu être vendu à des tiers, hormis à des fabricants de nourriture pour animaux qui étaient disposés à payer le sucre au quart de sa valeur, soit 53 332,78 \$.

Le juge de première instance a dit que le critère approprié pour évaluer les dommages-intérêts consistait à soustraire la valeur marchande avariée à destination de la valeur marchande saine à destination (V.M.S.D. moins V.M.A.D.). La V.M.S.D. n'ayant pas été contestée et s'élevant à 279 660,62 \$, l'intimée aurait dû recevoir une somme de 226 327,40 \$ (279 660,18 \$-53 332,78 \$). Le juge a toutefois statué que l'intimée n'avait pas droit à une telle somme vu qu'elle avait une obligation de limiter les dommages qui était égale à l'accord de règlement. Il a conclu que, en vertu de ce qu'il considérait être un abandon de la marchandise par l'intimée en faveur de ses assureurs, l'intimée avait reçu 50 % de la valeur saine du sucre brut à destination. On ne pouvait donc demander aux appelants de payer des pertes qui, en réalité,

² Dossier d'appel, aux p. 90 et 91. Le dossier ne précise pas pour quelle raison les frais de déchargement supplémentaires ont été déduits.

upon to pay for losses which, in fact, had not been incurred. In calculating the *quantum*, he awarded the respondent the amount representing the cost or invoice value of the goods (\$304,927.24) and not the sound value at arrival as used by the insurers (\$279,660.18) from which he deducted what he said was the amount received by the respondent from its underwriters, i.e. \$152,463.62 ($\$304,927.24 \times 50\% = \$152,463.62$), to which he added \$25,990.89 for the additional expenses incurred in discharging the wet sugar plus interest at the rate of 9% *per annum* compounded from the date of the loss to the date of payment of the judgment. He rejected the respondent's claim for extra expenses incurred in blending the damaged sugar into the refinery system on the ground that there was no specific evidence to that effect before him.

The appellants object to the assessment made by the Trial Judge.

The appellants claim the Trial Judge erred in law in using, as basis for his award, the settlement entered into between the respondent and its underwriters since it bore no relationship to the breach for which the appellants were responsible. The appellants contend the Trial Judge wrongly applied the concept of abandonment as there was no abandonment by respondent to its underwriters. But, more importantly, while the appellants accept the A.S.M.V. less A.D.M.V. rule, they claim that the Trial Judge should have evaluated the damages on the basis of the economic loss actually suffered by the respondent. It was incumbent therefore upon the respondent to prove the A.D.M.V. by reference to the loss of polarity of the sugar³ together with the additional indoor handling costs (e.g., additional labour time for blending the sugar) and to show that these additional losses were a direct result of its mitigative action. Since respondent led no evidence on how these losses could be measured in financial terms and omitted to keep any documentation pertaining to them the appellants argue that Mr. Richard Calder's evaluation of Redpath's loss at \$35,895.15 should be accepted as it is the only

³ As was done in the case of *Redpath Industries Ltd. et al. v. Fednav Ltd. et al.* (1993), 63 F.T.R. 131 (F.C.T.D.) now under appeal.

n'avaient pas été subies. En calculant le montant des dommages-intérêts, il a accordé à l'intimée la somme représentant le coût ou la valeur facturée des marchandises (304 927,24 \$) et non la valeur saine à destination qu'avaient utilisée les assureurs (279 660,18 \$); il en a déduit ce qu'il a dit être la somme reçue par l'intimée de ses assureurs, c'est-à-dire 152 463,62 \$ ($304\ 927,24\ \$ \times 50\ \% = 152\ 463,62\ \$$), à laquelle il a ajouté 25 990,89 \$ pour les dépenses supplémentaires qu'elle a dû engager pour faire décharger le sucre humide, plus des intérêts composés au taux de 9 % par année, depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement du jugement. Il a refusé d'accorder à l'intimée la somme qu'elle réclamait pour les dépenses supplémentaires qu'elle avait dû engager pour incorporer le sucre avarié au cours du processus de raffinage parce qu'il n'avait été saisi d'aucune preuve précise à cet effet.

Les appelants contestent l'évaluation faite par le juge de première instance.

Les appelants prétendent que le juge de première instance a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur le règlement intervenu entre l'intimée et ses assureurs, car celui-ci n'avait rien à voir avec le manquement dont les appelants étaient responsables. Ils font valoir que le juge de première instance a mal appliqué le concept de l'abandon, l'intimée n'ayant fait aucun abandon en faveur de ses assureurs. Mais, ce qui est plus important, même s'ils acceptent la règle de la V.M.S.D. moins la V.M.A.D., les appelants soutiennent que le juge de première instance aurait dû calculer les dommages-intérêts en fonction de la perte pécuniaire réelle subie par l'intimée. Il incombait donc à l'intimée de prouver la V.M.A.D. en fonction de la perte de polarité du sucre³ ainsi que les coûts de manutention supplémentaires à l'intérieur (par exemple, le coût de la main-d'œuvre pour l'incorporation du sucre), et de démontrer que ces pertes supplémentaires résultaient directement des mesures prises pour limiter les dommages. Comme l'intimée n'a fourni aucune preuve pour indiquer comment ces pertes pourraient être financièrement évaluées et qu'elle n'a conservé aucun document

³ Comme cela a été le cas dans l'affaire *Redpath Industries Ltd. et autre c. Fednav Ltd. et autres* (1993), 63 F.T.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.) qui fait actuellement l'objet d'un appel.

evidence on record referring to the evaluation of damages based on the polarity rule.

The respondent, in its cross appeal, objects also to the Trial Judge taking into consideration the settlement between the respondent and its underwriters. The respondent claims that according to the A.S.M.V. - A.D.M.V. rule, the correct amounts should be \$279,660.18 for the sound market value of the goods less \$53,332.78 for the damaged market value of the goods since use for animal feed was the only market available at the time the damage occurred. The award should, therefore, be for an amount of \$226,327.40. No consideration should be given to the fact that the respondent, being in the refinery business, was able to refine the damaged product and sell it to its consumers.

The Trial Judge erred in using as a mitigating factor the insurance settlement between the respondent and its underwriters. The insurance contract was a *res inter alios acta*. He conceptually confused a contract signed by the respondent, as a prudent administrator, with its duty to mitigate. He then relieved the tortfeasor of a part of its responsibilities⁴ on account of losses not incurred because of the settlement. I am inclined to think, however, that this "error" on the part of the Trial Judge is more a matter of drafting

⁴ What the Trial Judge said precisely at that point, at pp. 440-441 is the following:

I am not satisfied that Redpath is entitled to damages in the amount of \$226,327.40. As stated earlier in these reasons, the A.S.M.V. less A.D.M.V. [Arrived Damaged Market Value] rule is subject to exceptions. One of those exceptions is the duty imposed by law on a wronged plaintiff to mitigate his damages.

In the case at bar, the damaged sugar was not in fact sold for \$43.93 per metric ton to an animal feed processor. The insurers were able to negotiate a deal with Redpath whereby it purchased the sugar for 50% of its sound market value. I am satisfied that, in so doing, the plaintiff was mitigating potential losses, which he has a duty to do. The defendants cannot now be subsequently called upon to pay for losses which were avoidable and, in fact, were not incurred.

relatif à celles-ci, les appelants font valoir qu'il faudrait retenir l'évaluation de M. Richard Calder qui a fixé la perte de Redpath à 35 895,15 \$, car il s'agit du seul élément de preuve au dossier relatif à l'évaluation des dommages-intérêts en fonction de la règle de la polarité.

Dans son appel incident, l'intimée reproche également au juge de première instance d'avoir tenu compte du règlement intervenu entre elle et ses assureurs. Elle prétend que, suivant la règle de la V.M.S.D. moins la V.M.A.D., les chiffres exacts devraient être de 279 660,18 \$, pour la valeur marchande saine des marchandises, moins 53 332,78 \$, pour la valeur marchande avariée de la marchandise étant donné que le seul débouché qui s'offrait au moment où les dommages ont été causés était la fabrication de nourriture pour animaux. En conséquence, le montant des dommages-intérêts devrait être de 226 327,40 \$. Il ne faudrait tenir aucun compte du fait que l'intimée, étant dans l'industrie du raffinage, est parvenue à raffiner le produit avarié et à le vendre à ses consommateurs.

Le juge de première instance a commis une erreur en utilisant le règlement intervenu entre l'intimée et ses assureurs comme facteur atténuant le préjudice. Le contrat d'assurance était une *res inter alios acta*. Le juge a essentiellement confondu le contrat signé par l'intimée, en sa qualité d'administrateur prudent, avec son obligation de limiter les dommages. Il a ainsi libéré l'auteur du délit d'une partie de ses responsabilités⁴ en considération du fait que des pertes n'ont pas été subies parce qu'un règlement était inter-

⁴ Le juge de première instance a dit précisément ce qui suit à ce sujet, aux p. 440 et 441:

Je ne suis pas convaincu que Redpath a droit à des dommages-intérêts de 226 327,40 \$. Ainsi qu'il a été indiqué plus tôt, la règle de la V.M.S.D. moins la V.M.A.D. [valeur marchande avariée à destination] est sujette à des exceptions, et l'une d'elles est l'obligation qu'impose la loi aux demandeurs lésés de minimiser leurs dommages-intérêts.

Dans la présente espèce, le sucre avarié n'a pas été vendu au prix de 43,93 \$ la tonne métrique à un producteur d'aliments pour animaux. L'assureur a pu négocier avec Redpath une entente par laquelle celle-ci a acheté le sucre à 50 % de sa valeur marchande saine. Je suis persuadé qu'en agissant ainsi, la demanderesse minimisait les pertes potentielles, ce qu'elle se trouve dans l'obligation de faire. On ne peut donc demander maintenant aux défendeurs de payer des pertes qui étaient évitables et qui, en réalité, n'ont pas été subies.

than anything else. Be that as it may, however, no abandonment occurred since it was rejected by the underwriters. A settlement was reached instead.

The parties do not dispute that the proper measure of damages in carriage of goods cases is the difference between the market value of the goods, had they arrived sound at the time and place of delivery, and the market value of these goods, as damaged, at the time and place where they were delivered (A.S.M.V. less A.D.M.V.).

According to Tetley:⁵

The parties to a contract of carriage know and are expected to know that, if the cargo is damaged or lost, the claimant should be recompensed for the value of the damaged or lost cargo at the time and place of the delivery or when it should have been delivered. The above rule is known as Arrived Sound Market Value (A.S.M.V.) less Arrived Damaged Market Value (A.D.M.V.) and such *restitutio in integrum* requires no "special circumstances" being obviously in the reasonable contemplation of the parties at the time of contracting.

A.S.M.V. less A.D.M.V. is only a rule of thumb and is subject to many exceptions in order to bring it within the basic principle of *restitutio in integrum*. Lord Wright, in *The Liesbosch v. The Edison* (a collision case) also cited in *A/B Karlshamns v. Monarch S.S. Co.* (a carriage of goods case) stated the principle clearly:

"... the dominant rule of law is the principle of *restitutio in integrum*, and subsidiary rules can only be justified if they give effect to that rule."

And then, at pages 355-356, he adds:

The claimant must be in good faith and must arrive in court with clean hands. He must therefore have done everything reasonably possible to avoid or to lessen the loss, or in other words, to mitigate the damages.

Both the appellants and the respondent accept the duty to mitigate. Their opinion, however, diverge with regard to the scope of that duty.

⁵ W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. (Montréal: Yvon Blais, 1988), at pp. 323-324.

venu. J'ai toutefois tendance à croire que cette «erreur» de la part du juge de première instance est plutôt une question de rédaction qu'autre chose. Quoi qu'il en soit, il n'y a cependant pas eu d'abandon, les assureurs ayant refusé. Un règlement est plutôt intervenu.

Les parties ne contestent pas que, en matière de transport de marchandises, la méthode appropriée pour calculer les dommages-intérêts consiste à soustraire la valeur marchande des marchandises avariées, au lieu et à l'endroit où elles ont été livrées de la valeur marchande de ces marchandises, si elles étaient arrivées en état sain au lieu et au moment de livraison (V.M.S.D. moins V.M.A.D.).

Tetley a dit⁵:

[TRADUCTION] Les parties à un contrat de transport sont censées savoir que, dans le cas où la cargaison est endommagée ou perdue, le réclamant devrait être dédommagé de la valeur de la cargaison avariée ou perdue au moment et au lieu de la livraison ou au moment où ladite cargaison aurait dû être livrée. La règle qui précède est appelée «valeur marchande saine à destination (V.M.S.D.) moins valeur marchande avariée à destination (V.M.A.D.)» et cette *restitutio in integrum* ne requiert aucune «circonstance spéciale», les parties l'ayant manifestement envisagée raisonnablement au moment de conclure le contrat.

«V.M.S.D. moins V.M.A.D.» n'est qu'une règle empirique et elle est soumise à de nombreuses exceptions afin de la faire correspondre au principe fondamental du *restitutio in integrum*. Dans l'affaire *The Liesbosch v. The Edison* (une collision), également citée dans l'affaire *A/B Karlshamns v. Monarch S.S. Co.* (transport de marchandises), lord Wright a énoncé clairement le principe:

«... la règle de droit fondamentale est le principe *restitutio in integrum*, et les règles accessoires ne peuvent se justifier que si elles donnent effet à cette règle.»

Et il ajoute, aux pages 355 et 356:

[TRADUCTION] Le demandeur doit être de bonne foi et il ne doit avoir rien à se reprocher lorsqu'il se présente devant la cour. Il doit donc avoir fait tout ce qui était raisonnablement possible pour éviter ou pour diminuer le préjudice, ou en d'autres termes, pour limiter les dommages.

Tant les appelants que l'intimée reconnaissent l'obligation de limiter les dommages. Toutefois, ils divergent d'opinion sur l'étendue de cette obligation.

⁵ W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3^e éd. (Montréal: Yvon Blais, 1988), aux p. 323 et 324.

The appellants' position is that, as a ground rule, there was a duty on the part of the respondent to take all reasonable steps to mitigate the loss consequent upon the wrong and that it cannot recover damages for any such loss which it could have avoided but has failed to avoid through unreasonable action or inaction. In sum, the respondent cannot recover for avoidable loss. But where the respondent does take reasonable steps to mitigate the loss, and these steps are successful, the appellants are entitled to the benefit accruing from the respondent's action and are liable only for the loss as lessened. The respondent cannot recover for avoided loss. As a basis for their submission, the appellants rely heavily on the case of *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*⁶ which they claim was cited with approval by the Supreme Court of Canada in *Cockburn v. Trusts and Guarantee Co.*,⁷ *Karas et al. v. Rowlett*,⁸ *Red Deer College v. Michaels*,⁹ and *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*¹⁰ In any case, the only mitigating action that the respondent could have taken with respect to its wet sugar, and which it did take, was to use it in its refinery. As established by a food specialist called by the appellants, the introduction of seawater into raw sugar would not, in any case, render the sugar unfit for processing into refined sugar intended for human consumption since one of the first stages of processing is a "washing" with hot water.

The respondent's position is less generous. It claims the duty to mitigate obliges it to take such measures as are appropriate to maximize the market value of the damaged goods by finding the best market,¹¹ by reconditioning the goods as far as possible or, if repairable, by repairing the goods. But it does not go so far as to take into consideration the particu-

Les appelants soutiennent que la règle fondamentale est que l'intimée avait l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter les dommages découlant de l'acte préjudiciable et qu'elle ne peut se voir attribuer des dommages-intérêts pour toutes les pertes qu'elle aurait pu éviter mais qu'elle n'a pas évitées par suite d'une action ou d'une omission déraisonnables de sa part. Bref, l'intimée ne peut pas être dédommée d'une perte évitable. Cependant, lorsque l'intimée prend des mesures raisonnables pour limiter le préjudice et qu'elle réussit à le faire, les appelants ont droit de profiter des effets bénéfiques de ces mesures et ils ne sont responsables que de la perte ainsi atténuée. L'intimée ne peut pas être indemnisée pour la perte évitée. Les appelants fondent principalement leur argumentation sur l'arrêt *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*⁶ qui, prétendent-ils, a été cité et approuvé par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Cockburn v. Trusts and Guarantee Co.*,⁷ *Karas et al. v. Rowlett*,⁸ *Red Deer College c. Michaels*⁹ et *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autres*¹⁰. De toute façon, la seule mesure que l'intimée aurait pu prendre pour limiter les dommages, c'était d'utiliser le sucre humide dans sa raffinerie, ce qu'elle a fait. Comme l'a indiqué un spécialiste des aliments appelé à témoigner par les appelants, l'introduction d'eau de mer dans du sucre brut n'empêcherait en aucun cas de le transformer en sucre raffiné destiné à l'alimentation humaine, car l'une des premières étapes du traitement est un «lavage» à l'eau chaude.

La thèse de l'intimée est moins élaborée. Elle prétend que l'obligation de limiter les dommages la force à prendre les mesures appropriées pour maximiser la valeur marchande des marchandises endommagées en trouvant le meilleur débouché possible¹¹, en les remettant à neuf dans la mesure du possible ou en les réparant, si possible. Elle ne va toutefois pas jus-

⁶ [1912] A.C. 673 (H.L.), at p. 689.

⁷ (1917), 55 S.C.R. 264, at p. 269.

⁸ [1944] S.C.R. 1.

⁹ [1976] 2 S.C.R. 324.

¹⁰ [1979] 1 S.C.R. 633.

¹¹ The cases of *Goldco Imports Ltd. v. The Ship Meitoku Maru et al.*, [1966] Ex. C.R. 498; *Amjay Cordage Limited v. The Ship "Margarita"* (1979), 28 N.R. 265 (F.C.A.) may serve as illustration.

⁶ [1912] A.C. 673 (Chambre des lords), à la p. 689.

⁷ (1917), 55 R.C.S. 264, à la p. 269.

⁸ [1944] R.C.S. 1.

⁹ [1976] 2 R.C.S. 324.

¹⁰ [1979] 1 R.C.S. 633.

¹¹ Les arrêts *Goldco Imports Ltd. v. The Ship Meitoku Maru et al.*, [1966] R.C.É. 498; et *Amjay Cordage Limited c. Le navire «Margarita»* (1979), 28 N.R. 265 (C.A.F.) peuvent servir d'exemple.

lar circumstances the respondent finds itself in. The A.D.M.V., it claims, is to be assessed with regard to the intrinsic loss of value of the damaged goods, which was 75%, and not with regard to what the respondent did. If not, the result would be different in cases where the buyer is a sugar trader or someone who would be technologically unable to refine wet sugar. Great risks were involved by Redpath when it took the course of refining the wet sugar.

The position adopted by the respondent is simply not tenable.

It was evident, at the outset, that the respondent had no intention of selling the damaged goods. It decided it would keep it and refine it.

Mr. Edward Makin, President of Redpath Sugar, a division of the respondent's company, testified in the following matter during discovery:¹²

Q. Who made the decision to process this cargo?

MR. PRAGER: The damaged part of the cargo or all of it?

BY MR. DEMARCO:

Q. The damaged part?

A. It would have been a joint decision, I suppose, from the process manager, myself, and others that, number one, it was refinable if it was treated correctly . . .

Q. But it was a decision made by the people who operated the plant, not just an insurance department decision or claims department decision?

A. No.

Q. In other words, the people who were going to process the raw sugar were involved in that decision-making process?

A. Yes.

Q. When were your production refining people consulted about accepting or not accepting this cargo?

A. It was on an on-going basis, I suppose, from the time it was discharged and we talked about it informally as to whether or not it could be used or not.

qu'à tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles l'intimée se trouve. Celle-ci prétend que la V.M.A.D. doit être évaluée en fonction de la perte intrinsèque de valeur de la marchandise avariée, soit 75 %, et non en fonction de ce qu'elle a fait. Sinon, le résultat serait différent dans les cas où l'acheteur fait le commerce du sucre ou lorsqu'il s'agit d'une personne qui est technologiquement incapable de raffiner le sucre imbibé d'eau. Redpath a pris des risques importants lorsqu'elle a décidé de raffiner le sucre humide.

La thèse de l'intimée n'est tout simplement pas défendable.

Il était évident dès le début que l'intimée n'avait nullement l'intention de vendre la marchandise avariée. Elle a décidé qu'elle la garderait et qu'elle la raffinerait.

M. Edward Makin, président de Redpath Sugar, division de la compagnie intimée, a déclaré ce qui suit lors de son interrogatoire préalable¹²:

[TRADUCTION] Q. Qui a pris la décision de traiter cette cargaison?

M. PRAGER: La partie avariée de la cargaison ou la totalité de la cargaison?

PAR M. DEMARCO:

Q. La partie avariée?

R. Il devait s'agir, je présume, d'une décision conjointe du responsable du traitement, de moi-même et d'autres personnes que, premièrement, elle pouvait être raffinée si elle était traitée correctement . . .

Q. Mais c'était une décision des personnes qui dirigeaient l'usine, et non simplement une décision du service des assurances ou du service des sinistres?

R. Non.

Q. En d'autres termes, les personnes qui devaient traiter le sucre brut participaient à la prise de décision?

R. Oui.

Q. Quand a-t-on demandé aux responsables du raffinage s'il fallait accepter ou refuser cette cargaison?

R. J'imagine qu'il s'agissait d'un processus de consultation continu à partir du moment où elle a été déchargée, et nous avons discuté informellement de la question de savoir si elle pouvait être utilisée ou non.

¹² A.B., at pp. 118-120.

¹² Dossier d'appel, aux p. 118 à 120.

Q. I take it from the fact that you did accept that they had not at the outset stated that the cargo could not be received for processing?

A. That's true.

There might perhaps have been two values for the damaged goods in question at the time of arrival. One which represented an arrived market value of the damaged goods, for an amount of \$53,332.78, had the damaged sugar been sold in its raw condition to animal food processors. The other which represented the value of the raw sugar as is if, instead of selling the goods, the respondent would clean and refine it and sell the resulting product as part of its regular product. At no stage did the respondent ever contemplate a sale of the damaged cargo. There was therefore in reality only one value for the goods at the time of arrival. It was the value to the respondent in view of its course of action.

It is therefore immaterial that there was no market for the damaged raw sugar to refineries in Toronto and that a competitor, Lantic Sugar Limited, would never have bought the product neither for its refinery in Oshawa nor Montréal. Contrary to the testimony of Mr. James J. Hughes, Vice-President of Lantic Sugar Limited, who asserted that "this sugar had no value to Redpath at the time",¹³ the decision the respondent took indicates rather clearly that the damaged goods had some value to it.

What the formula A.S.M.V. less A.D.M.V. teaches us is a means of assessing the loss to the claimant at arrival. When the goods are lost at sea or arrive in a state beyond repair, the A.D.M.V. is nil. If third parties sales have occurred in the meantime, they are an irrelevant consideration to the loss.¹⁴ When the goods arrive damaged but are still of some use, the A.D.M.V. represents the best market value which can be found. If the owner does not give himself the trouble of finding such best market, he is held

¹³ A.B., at p. 62.

¹⁴ *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.); *The "Arpad"* (1934), 49 Ll. L. Rep. 313 (C.A.); *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] Llyod's Rep. 465 (Q.B.); *Trade Wind, The Ship v. David McNair & Co. Ltd.*, [1956] Ex. C.R. 228; affg [1954] Ex. C.R. 450.

Q. Je conclus du fait que vous avez accepté qu'ils n'avaient pas dès le début indiqué que la cargaison ne pourrait pas être reçue pour être traitée?

R. C'est vrai.

^a La marchandise avariée aurait peut-être pu avoir deux valeurs différentes au moment de son arrivée à destination. L'une de celle-ci était la valeur marchande de la marchandise avariée à l'arrivée, soit 53 332,78 \$, si le sucre avarié avait été vendu en son état brut à des fabricants de nourriture pour animaux. L'autre était la valeur du sucre brut tel quel si, au lieu de vendre la marchandise, l'intimée la nettoyait et la raffinait et vendait le produit en résultant avec son produit ordinaire. L'intimée n'a envisagé à aucun moment de vendre la cargaison avariée. En conséquence, la marchandise ne pouvait avoir qu'une seule valeur au moment de son arrivée à destination. C'était la valeur qu'elle avait pour l'intimée compte tenu de ce qu'elle en ferait.

Il importe donc peu qu'il n'y ait eu aucun débouché pour le sucre brut avarié aux raffineries de Toronto et qu'une société concurrente, Sucre Lantic Limitée, n'aurait jamais acheté ce produit soit pour sa raffinerie d'Oshawa soit pour celle de Montréal. Contrairement au témoignage de M. James J. Hughes, vice-président de Sucre Lantic Limitée, qui a affirmé que [TRADUCTION] «ce sucre n'avait alors aucune valeur pour Redpath»¹³, la décision prise par l'intimée indique plutôt clairement que la marchandise avariée avait une certaine valeur pour elle.

^g Ce que la formule «V.M.S.D. moins V.M.A.D.» nous enseigne est un moyen d'évaluer la perte pour le demandeur à destination. Lorsque les marchandises sont perdues en mer ou qu'elles sont irrécupérables quand elles arrivent à destination, la V.M.A.D. est inexistante. Si, dans l'intervalle, des ventes ont été conclues avec des tiers, elles n'entrent pas en ligne de compte pour établir la perte¹⁴. Lorsque les marchandises sont endommagées quand elles arrivent à destination mais qu'elles peuvent encore être utilisées, la

¹³ Dossier d'appel, à la p. 62.

¹⁴ *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.); *The "Arpad"* (1934), 49 Ll. L. Rep. 313 (C.A.); *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (B.R.); *Trade Wind, The Ship v. David McNair & Co. Ltd.*, [1956] R.C.É. 228; confirmant [1954] R.C.É. 450.

accountable for the difference.¹⁵ But where the damaged goods have been repaired without any other option being considered, the A.D.M.V. (which is a market value) does not exist since no market was looked for. To apply the formula in this case would be to give to it an air of unreality. The principle of *restitutio in integrum* should, however, be given its full effect.

I do not find it necessary to decide whether the respondent had "a duty"¹⁶ to mitigate its loss the way it did or to discourse on the scope of this duty.¹⁷ The respondent decided to use the damaged raw sugar in the ordinary course of its business. And after being processed, the sugar became part of its regular product. The respondent cannot therefore be indemnified for more than its loss.

What is its loss?

At trial, Mr. Edward Makin testified at length about the extra manoeuvre and time required to discharge the damaged raw sugar ("a very sloppy mess")¹⁸ from the ship, to store it and refine it. At one point, he said:¹⁹

Q. What happened to the sugar after you decided to reject it?

A. It was discharged, placed in our raw sugar shed, dyked accordingly and sat there until the underwriters and Redpath came to . . . first of all, until the underwriters determined whether or not it could be sold elsewhere and, secondly, a proposal was struck between the underwriters and Redpath.

Q. And did that proposal involve a change in your rejection?

¹⁵ *Goldco Imports Ltd. v. The Ship Meitoku Maru et al.*, [1966] Ex. C.R. 498; *Anjay Cordage Limited v. The Ship "Margarita"* (1979), 28 N.R. 265 (F.C.A.).

¹⁶ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.).

¹⁷ *Hussey v Eels*, [1990] 1 All E.R. 449 (C.A.).

¹⁸ Transcript of evidence at trial, Book II, at p. 118, line 14.

¹⁹ Transcript of evidence at trial, Book II, at pp. 128-130.

V.M.A.D. représente la meilleure valeur marchande que l'on peut en tirer. Si le propriétaire ne se donne pas la peine de trouver le meilleur débouché, il est tenu à la différence¹⁵. Toutefois, lorsque les marchandises avariées ont été remises en bon état sans qu'on ait examiné d'autres solutions, la V.M.A.D. (qui est une valeur marchande) est nulle, car on n'a pas cherché de débouché. En appliquant cette formule en l'espèce, on lui conférerait un caractère artificiel. Le principe du *restitutio in integrum* devrait toutefois être appliqué à la lettre.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de décider si l'intimée avait «l'obligation»¹⁶ de limiter sa perte comme elle l'a fait, ou de traiter de l'étendue de cette obligation¹⁷. L'intimée a décidé d'utiliser le sucre brut avarié dans le cours normal de ses activités ordinaires. Une fois traité, le sucre a été incorporé à son produit ordinaire. L'intimée ne peut donc être dédommagée pour plus que sa perte.

Quelle est sa perte?

À l'instruction, M. Edward Makin a témoigné en détail au sujet des opérations et du temps supplémentaires requis pour décharger le sucre brut avarié ([TRADUCTION] «un beau gâchis»)¹⁸ du navire, pour l'entreposer et pour le raffiner. À un moment donné, il a dit¹⁹:

[TRADUCTION] Q. Qu'est-il advenu du sucre après que vous ayez décidé de le refuser?

R. Il a été déchargé, placé dans notre entrepôt de sucre brut, séparé du reste du sucre et laissé là jusqu'à ce que les assureurs et Redpath . . . tout d'abord, jusqu'à ce que les assureurs déterminent s'il pouvait être vendu ailleurs et, deuxièmement, jusqu'à ce qu'une proposition de règlement intervienne entre les assureurs et Redpath.

Q. Et cette proposition a-t-elle modifié votre décision de rejeter le sucre?

¹⁵ *Goldco Imports Ltd. v. The Ship Meitoku Maru et al.*, [1966] R.C.É. 498; *Anjay Cordage Limited c. Le navire «Margarita»* (1979), 28 N.R. 265 (C.A.F.).

¹⁶ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (Chambre des lords).

¹⁷ *Hussey v Eels*, [1990] 1 All E.R. 449 (C.A.).

¹⁸ Transcription des témoignages à l'instruction, livre II, à la p. 118, ligne 14.

¹⁹ Transcription des témoignages à l'instruction, livre II, aux p. 128-130.

A. Yes, it did. The proposal was put forward at 50 percent of value and the risks associated with that were viewed to be still substantial at that point in time. Having said that, there was a view that given the right set of circumstances, somehow this sugar could be trickled into the refinery and some salvage would be made of it. Certainly we knew full well that we would incur increased costs, although no costs were kept in terms of what it actually cost to produce this refined sugar from the damaged portion, again because it was trickled in over a long period of time.

a

b

A. At the same time, we felt that, again, with the right set of circumstances and a little bit of care that we could process the sugar and not come up too badly in the final outcome.

c

Q. Just looking back at it, taking you back to April 1987, what was your estimation of the 50 percent as to the cost implications from Redpath?

A. Again, bear in mind we had not gone through the process at this time, so there was a lot of speculation on our part as to what sort of cost, we would incur. I think the view was that at worst we would probably lose a little bit of money, at best we would probably break even in the process.

d

Q. It's now January the 21st, 1992. What is your assessment, having gone through the process?

e

A. I think it's fair to say that because we did not keep solid data on this particular instance and the fact that was one of the criteria for acceptance of the 50 percent, that we would not be obliged and it would have been very difficult to almost impossible to determine the extra cost. But having said that, I think we probably feel all said and done it was a wash. We certainly didn't put any money in our pockets and as I have said before, we probably didn't lose anything in the process either.

f

g

My colleague Létourneau J.A. has expressed some reservation concerning the reliability of Mr. Makin's testimony. I share his concern. The respondent has sustained damages due to a loss of polarity of the sugar, extra costs in refining the damaged sugar and extra handling of the sugar. It was, however, able to treat the raw sugar so as to bring it to a condition where it could be sold. The evidence brought forward at trial regarding the cost of refining the damaged sugar is, to say the least, unsatisfactory. The respondent having established on the balance of probabilities that it has suffered damages, it becomes necessary for the Court to estimate, as best it can, such

h

i

j

R. Oui. On offrait 50 % de sa valeur et les risques connexes étaient jugés encore importants à ce moment-là. Ceci étant dit, certains étaient d'avis que, les circonstances s'y prêtant, le sucre pourrait d'une façon ou d'une autre être incorporé en très petites quantités dans la raffinerie et qu'il serait ainsi récupéré. Certes, nous savions fort bien que nous devrions engager d'autres frais, même si nous n'avons pas noté tout ce qu'il en a coûté réellement pour produire ce sucre raffiné à partir du sucre avarié, encore une fois parce que celui-ci a été incorporé en très petites quantités sur une longue période.

R. Parallèlement, nous avons pensé que, les circonstances s'y prêtant, nous pourrions en prenant quelques précautions traiter le sucre et ne pas nous en tirer trop mal en fin de compte.

Q. Si on revient sur ce point, si vous vous reportez à avril 1987, que pensiez-vous du 50 % fixé relativement aux coûts de Redpath?

R. Encore une fois, n'oubliez pas que nous n'avons pas encore terminé le traitement, de sorte que nous faisons de nombreuses hypothèses quant aux coûts que nous devrions engager. Je pense que nous croyions que, au pire, nous perdriions probablement un peu d'argent et que, au mieux, nous nous en tirerions sans gains ni pertes.

Q. Nous sommes le 21 janvier 1992. Tout le processus étant terminé, comment voyez-vous la situation?

R. Je pense qu'il faut dire que, parce que nous n'avons pas gardé de données sérieuses dans ce cas particulier et que l'un des critères pour lesquels nous avons accepté le 50 % était justement que nous ne serions pas obligés de conserver de telles données, il aurait été très difficile sinon presque impossible de déterminer les frais supplémentaires. Mais ceci étant dit, je pense que nous considérons que, tout compte fait, il n'y avait eu ni perte ni gain. Nous n'avons certes pas fait d'argent mais, comme je l'ai dit auparavant, nous n'avons probablement subi aucune perte non plus.

Mon collègue le juge Létourneau, J.C.A., a exprimé quelques réserves quant à la fiabilité du témoignage de M. Makin et je les partage. L'intimée a subi des dommages parce que le sucre a perdu un peu de sa polarité et parce qu'elle a dû engager des frais pour le raffinage du sucre avarié et sa maintenance. Elle a néanmoins réussi à traiter le sucre brut pour qu'il soit en état d'être vendu. La preuve produite à l'instruction au sujet des frais engagés pour raffiner le sucre avarié est, le moins que l'on puisse dire, insatisfaisante. L'intimée ayant établi suivant la balance des probabilités qu'elle a subi des dommages, il devient nécessaire pour la Cour d'évaluer,

costs to the respondent. It is a generally accepted principle that the difficulty in ascertaining damages must not deter the courts from doing justice. The Supreme Court of Canada in *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*²⁰ has stated that when damages are difficult to estimate in money a "judge must under such circumstances do 'the best it can' . . . even if the amount . . . is a matter of guess work." There, however, the *quantum* related to a matter difficult to quantify, namely damages caused by the failure to complete the construction of a railway line. The same applies with regard to the case of *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*²¹ which concerns a delay, in breach of a contract, to complete the construction of a railroad. I note, however, that recent cases by other courts have extended the guess work to claims likely to be quantifiable, but where the proof was faulty.²²

Considering that the respondent had the responsibility of making its case, which it failed to do adequately, I would conclude, like my colleague Létourneau J.A., that an amount of \$50,000 is a reasonable figure for extra refining costs. I would add the agreed amount of \$25,990.89 for the extra costs of discharging the vessel, for a total of \$75,990.89.

The appellants requested, under the authority of *Algoma Central Railway v. Cielo Bianco (The)*,²³ that the judgment of the Trial Judge be modified so as to declare as interest the rate of interest earned on monies in Court from June 12, 1992, the date of judgment in the Trial Division, to the date of payment. The appellants believe that the Trial Judge assessed interest at the rate of 9% compounded semi-annually based on the average rate of interest that the Federal

²⁰ (1915), 51 S.C.R. 283, at p. 289.

²¹ [1976] 1 S.C.R. 267; *McCain Produce Co. Ltd., Pirie Potato Company Limited and Toner Brothers Ltd. v. Canadian Pacific Limited* (1980), 30 N.B.R. (2d) 476 (C.A.); aff'd [1981] 2 S.C.R. 219.

²² *Banner Homes Ltd. v. Mitchell* (1979), 27 N.B.R. (2d) 486 (C.A.); *Messer v. J. Clark & Son Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 766 (N.B.S.C.); *Abraham v. Wingate Properties Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 568 (Man. C.A.).

²³ [1987] 2 F.C. 592 (C.A.).

du mieux qu'elle le peut, ces coûts pour l'intimée. Il est un principe généralement admis voulant que la difficulté d'évaluer des dommages ne doit pas empêcher les tribunaux de rendre justice. Dans l'arrêt *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*²⁰, la Cour suprême du Canada a statué que, lorsqu'il est difficile d'évaluer en argent le préjudice subi, [TRADUCTION] «en pareilles circonstances . . . le juge doit agir "au mieux" . . . même si le montant . . . n'est en fait que le fruit de conjectures». Dans cette affaire toutefois, il s'agissait d'une question difficile à quantifier, soit le préjudice résultant de l'omission de terminer la construction d'un chemin de fer. Le même principe s'applique à l'arrêt *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*²¹ où il est question du retard, en violation du contrat, à terminer la construction d'un chemin de fer. Je signale toutefois que, dans des arrêts récents, d'autres tribunaux ont fait des conjectures dans des cas où il était possible de quantifier le préjudice mais où la preuve était déficiente²².

Si l'on considère qu'il incombait à l'intimée de justifier sa plainte, ce qu'elle n'a pas réussi à faire, je conclurais, comme mon collègue le juge Létourneau, que 50 000 \$ est une somme raisonnable pour les frais de raffinage supplémentaires. J'y ajouterais 25 990,89 \$, somme qui a été convenue pour les frais supplémentaires de déchargement du navire, ce qui donne un total de 75 990,89 \$.

S'appuyant sur l'arrêt *Algoma Central Railway c. Cielo Bianco (Le)*²³, les appelants ont demandé que la décision du juge de première instance soit modifiée afin de prévoir que le taux d'intérêt doit être celui payé sur les sommes consignées à la Cour, depuis le 12 juin 1992, date du jugement de la Section de première instance, jusqu'à la date du paiement. Les appelants croient que le juge de première instance a fixé à 9 % le taux des intérêts composés semestrielle-

²⁰ (1915), 51 R.C.S. 283, à la p. 289.

²¹ [1976] 1 R.C.S. 267; *McCain Produce Co. Ltd., Pirie Potato Company Limited and Toner Brothers Ltd. v. Canadian Pacific Limited* (1980), 30 N.B.R. (2d) 476 (C.A.); confirmé par [1981] 2 R.C.S. 219.

²² *Banner Homes Ltd. v. Mitchell* (1979), 27 N.B.R. (2d) 486 (C.A.); *Messer v. J. Clark & Son Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 766 (C.S.N.-B.); *Abraham v. Wingate Properties Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 568 (C.A. Man.).

²³ [1987] 2 C.F. 592 (C.A.).

Court of Canada pays on funds on deposit in Court from the date the loss occurred, April 27, 1987, to the date of judgment June 12, 1992, and that the same reasoning should continue for post-payment interest. Since there is no evidence with regard to the basis used by the Trial Judge to assess the rate of interest, it should remain, in my view, at the rate of 9% *per annum* compounded semi-annually from the date of the loss to the date of payment of the judgment.

I would allow the appeal in part with costs, I would condemn the appellants to pay to the respondent an amount of \$75,990.89 with interest at the rate of 9% *per annum* compounded semi-annually from the date of the loss to the date of payment of this present judgment with costs in the Trial Division.

I would dismiss the cross appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my two colleagues. After much struggling, I have reached the same result, albeit through a somewhat different route.

The proper measure of damages in carriage of goods by sea cases is well established in Canadian and British law.²⁴ It is the difference between the market value of the goods, if they had arrived sound, at the time and place of delivery (the Arrived Sound Market Value, A.S.M.V.) and the market value of

²⁴ Counsel for the appellants relies on some American authorities. I must confess a strong reluctance to referring to American case law when exercising our jurisdiction in matters of Canadian maritime law such as the determination of the measure of damages. This is an area of the law where our "common law", it seems to me, has been developed within a British and Canadian context and where there is no need to resort to American sources. See *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1980] 1 S.C.R. 553, at p. 562; for an analysis of the concept of "Canadian maritime law", see A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1992), at pp. 110-113.

ment, depuis la date de la perte, le 27 avril 1987, jusqu'à la date du jugement, le 12 juin 1992, en se fondant sur le taux d'intérêt moyen que la Cour fédérale du Canada paye sur les sommes qui sont consignées en son greffe, et que le même raisonnement devrait s'appliquer aux intérêts après jugement. Comme la preuve n'indique pas sur quoi s'est fondé le juge de première instance pour fixer le taux d'intérêt, celui-ci devrait, à mon avis, rester le même, soit des intérêts composés semestriellement au taux de 9 % par année, depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement du jugement.

J'accueillerais l'appel en partie avec dépens, je condamnerais les appelants à verser à l'intimée une somme de 75 990,89 \$ avec intérêts composés semestriellement au taux de 9 % par année, depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement du présent jugement, avec dépens devant la Section de première instance.

Je rejetterais l'appel incident avec dépens.

* * *

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement de mes deux collègues. Après de nombreux efforts, j'en suis arrivé au même résultat, quoiqu'en ayant suivi un raisonnement un peu différent.

La formule qu'il faut utiliser pour calculer les dommages-intérêts dans les cas de transport de marchandises par mer est bien établie en droit canadien et anglais²⁴. C'est la différence entre la valeur marchande des marchandises, si elles étaient arrivées en état sain, au moment et au lieu de la livraison (la

²⁴ L'avocat des appelants invoque quelques décisions rendues aux États-Unis. Je dois avouer mon peu d'enthousiasme à me reporter à la jurisprudence américaine lorsque je dois exercer la compétence de la Cour sur une question de droit maritime canadien telle la détermination du montant des dommages-intérêts. Il s'agit d'un domaine du droit où, il me semble, notre «common law» s'est élaborée dans un contexte canadien et anglais, et où il n'est pas nécessaire de se reporter à des sources américaines. Voir l'arrêt *Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1980] 1 R.C.S. 553, à la p. 562; pour une analyse du concept du «droit maritime canadien», voir A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1992), aux p. 110-113.

these goods, as damaged, at the time and place of delivery (the Arrived Damaged Market Value, A.D.M.V.).

That measure of damage is no more absolute than in other areas of the law; a plaintiff can only recover loss which he could not have reasonably avoided. To use the words of Waddams:²⁵

By a convenient, but inaccurate, compression of thought, this principle is often referred to as the plaintiff's duty to mitigate loss.

In the case at bar, the Arrived Sound Market Value has been set at \$279,660.18. With respect to the Arrived Damaged Market Value, there is a finding of fact by the Trial Judge "that there was no market for the damaged sugar except to animal feed processors",²⁶ in which case the market value would be \$53,332.78 (the amount they were willing to pay), and the loss \$226,327.40 (i.e. \$279,660.18 A.S.M.V. less \$53,332.78 A.D.M.V.). There is also some expert evidence, not retained by the Trial Judge, to the effect that on the polarity scale the value of the damaged sugar upon delivery was \$243,765.03, i.e. \$35,895.15 less than its sound value.

There is an undisputed award of \$25,990.89 for extra costs in unloading the damaged cargo. I shall only come back to this award at the end of my reasons for judgment.

The appellants would be satisfied with an award of \$35,895.15 (the loss as *per* the polarity scale).

The respondent would be satisfied with an award of \$226,327.40 (the loss if sold to animal feed processors) or, subsidiarily, should the Court deem that the processing of the raw sugar needs to be taken into consideration as mitigation of the damages or

valeur marchande saine à destination ou V.M.S.D.) et la valeur marchande de ces marchandises, avariées, au moment et au lieu de la livraison (la valeur marchande avariée à destination ou V.M.A.D.).

a

Cette méthode d'évaluation des dommages n'est pas plus absolue qu'elle ne l'est dans les autres domaines du droit; un demandeur ne peut être dédommagé que d'une perte qu'il n'aurait pu raisonnablement éviter. Pour reprendre les termes de Waddams²⁵:

b

[TRADUCTION] Par suite d'un exercice de synthèse qui, quoique pratique, est erroné, ce principe est souvent appelé l'obligation du demandeur de limiter le préjudice.

c

En l'espèce, la valeur marchande saine à destination a été fixée à 279 660,18 \$. Quant à la valeur marchande avariée à destination, le juge de première instance a conclu en s'appuyant sur les faits «qu'il n'y avait aucun débouché pour le sucre avarié, hormis des fabricants d'aliments pour animaux»²⁶, auquel cas la valeur marchande serait de 53 332,78 \$ (la somme qu'ils étaient disposés à payer) et la perte de 226 327,40 \$ (c'est-à-dire 279 660,18 \$ V.M.S.D. moins 53 332,78 \$ V.M.A.D.). Certains témoignages d'expert, qui n'ont pas été retenus par le juge de première instance, indiquent que, suivant l'échelle de polarité, la valeur du sucre avarié à la livraison était de 243 765,03 \$, c'est-à-dire 35 895,15 \$ de moins que sa valeur saine.

d

e

f

Une somme de 25 990,89 \$, qui n'a pas été contestée, a été fixée pour les frais supplémentaires de déchargement de la cargaison avariée. Je ne reviendrai sur cette somme qu'à la fin de mes motifs de jugement.

g

Les appelants trouveraient suffisante une somme de 35 895,15 \$ (la perte suivant l'échelle de polarité).

h

L'intimée se contenterait d'une somme de 226 327,40 \$ (la perte si le sucre était vendu à des fabricants de nourriture pour animaux) ou, subsidiairement, d'une somme de 152 463 \$ si la Cour devait juger que le traitement du sucre brut doit être consi-

²⁵ S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3rd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1993), at p. 514.

²⁶ [1992] 3 F.C. 428 (T.D.), at p. 435.

²⁵ S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3^e éd. (Toronto: Canada Law Book, 1993), à la p. 514.

²⁶ [1992] 3 C.F. 428 (1^{re} inst.), à la p. 435.

that the damages should be assessed on the basis of extra costs of production, with an award of \$152,463.

There is a fallacy in the respondent's argument that the only market for the damaged sugar was that of animal feed processors. There was, on the evidence, another market for the damaged sugar, that of the respondent, the very owner, using it in its refining process. Whether one speaks in terms of another market or in terms of mitigation of the loss, the reality is, in this case, that the respondent chose a course of action which, as it turned out, was beneficial to both itself and the carrier. In these circumstances, the Court need not decide here whether or not the respondent had the option, if there is a market, not to do what it did, or the duty, if it goes to mitigation, to do what it did. There is no doubt that the respondent is entitled to be reimbursed for the additional costs that it had to incur as a result of choosing a course of action more favourable to the appellants.

The traditional A.S.M.V. less A.D.M.V. formula has been developed and applied in cases where the owner of the goods did not end up making use of the goods himself and where it was therefore somewhat easier to determine the A.D.M.V. The application of the formula to a case where the owner ends up making use of the goods is more complicated because of the difficulty in ascertaining what is the true value to the owner of the damaged goods at the time and place of delivery. In practical terms, because the true value to the owner will be in most cases determined by the actual extra costs the owner will have eventually incurred in order to be able to make use of the goods, the formula should simply be applied without reference to the time and place of delivery. A further difficulty will arise where, in addition to the value of the damaged goods to the owner, there is evidence of a market value of these goods to a third party.

This much is clear. The goods were delivered in a damaged condition. Notwithstanding their damaged condition, the respondent was able to use them in its refinery. The fact that they were used by the respon-

déré comme une mesure d'atténuation du préjudice ou que les dommages-intérêts devraient être évalués en fonction des coûts supplémentaires de production.

L'intimée commet une erreur quand elle fait valoir que le seul débouché pour le sucre avarié était la vente à des fabricants de nourriture pour animaux. En effet, la preuve indique qu'un autre débouché s'offre, c'est-à-dire l'utilisation du sucre avarié par l'intimée, le véritable propriétaire, dans le processus de raffinage. Que l'on parle d'un autre débouché ou des mesures prises pour limiter le préjudice, le fait est que l'intimée a choisi en l'espèce une voie qui s'est révélée bénéfique tant pour elle-même que pour le transporteur. Compte tenu des circonstances, la Cour n'a pas à décider si l'intimée avait le choix, s'il existe un débouché, de ne pas faire ce qu'elle a fait, ou l'obligation, s'il est question des mesures prises pour limiter le préjudice, d'agir comme elle l'a fait. Il est indubitable que l'intimée a le droit de se faire rembourser les frais supplémentaires qu'elle a dû engager parce qu'elle a choisi d'agir d'une manière plus avantageuse pour les appelants.

La formule classique de la V.M.S.D. moins la V.M.A.D. a été élaborée et appliquée dans des cas où les propriétaires des marchandises n'ont finalement pas utilisé eux-mêmes les marchandises et où il était donc un peu plus facile de déterminer la V.M.A.D. L'application de cette formule dans un cas où c'est le propriétaire qui utilise en fin de compte les marchandises est plus compliquée parce qu'il est difficile de déterminer la valeur véritable pour le propriétaire des marchandises avariées au moment et au lieu de la livraison. En pratique, comme cette valeur véritable sera déterminée dans la majorité des cas par les coûts supplémentaires réels que le propriétaire aura finalement engagés pour parvenir à utiliser les marchandises, la formule devrait simplement être appliquée sans tenir compte du moment et du lieu de la livraison. Un autre problème se pose lorsque, outre la valeur que les marchandises avariées ont pour le propriétaire, la preuve indique qu'elles ont une valeur marchande pour un tiers.

Il y a ceci de clair. La marchandise était avariée au moment de la livraison. Malgré cela, l'intimée a réussi à l'utiliser à sa raffinerie. L'utilisation par l'intimée de la marchandise indique que celle-ci avait, du

dent indicates that they had, at least to it, a value in the refining process, inferior of course to their sound value. To establish that value the owner is expected to assess the inconvenience he will have gone through at the end of the day, cost wise, trouble wise and risk wise, in order to be in a position to use the damaged goods as if they had been delivered in a sound condition. This inconvenience will be referred to as extra costs of production. Needless to say, only those extra costs that have been reasonably incurred will qualify.

It all boils down to a question of evidence.

A word, first, on the burden of proof.

It is not disputed, in breach of contract cases, that the difficulty in ascertaining the amount of the loss cannot relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages and is no reason for not giving substantial damages. Courts must under such circumstances do the best they can even if that best is a matter of guess work.²⁷ One must be careful, however, not to apply that principle where the difficulty arises not from the nature of the loss or the circumstances of the case, but from a plaintiff's own failure to adduce available evidence.

In matters more directly related to the issue of mitigation, when some of the damages to be estimated are expenses reasonably incurred by a plaintiff in order to minimize a loss and thereby reduce the amount of damages he may claim from the wrongdoer, courts should keep in mind that the burden rests in the first place on the wrongdoer to establish that the claim was avoidable loss,²⁸ but that there are limits to what a wrongdoer can establish when it comes to assessing what the plaintiff did or could have done. Courts will be expecting the plaintiff at some point in time to adduce some evidence of its own in order to sustain his claim. As was put by Morden J.A. in *100*

²⁷ See *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.* (1915), 51 S.C.R. 283, at pp. 288-290, Davies J.; *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267, at pp. 279-280, Spence J.

²⁸ See S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2nd ed. (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991), at para. 13.100; *World Beauty, The*, [1969] 3 All E.R. 158 (C.A.); *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at p. 331.

moins pour l'intimée, une certaine valeur dans le processus de raffinage, moindre évidemment que sa valeur saine. Pour établir cette valeur, le propriétaire doit évaluer les inconvénients qu'il aura subis en bout de ligne, en ce qui concerne les frais engagés, les problèmes rencontrés et les risques courus, pour parvenir à utiliser les marchandises avariées comme si elles avaient été livrées en état sain. Ces inconvénients seront appelés coûts supplémentaires de production. Il va sans dire que seuls les coûts supplémentaires qui ont été raisonnablement engagés seront admissibles.

Tout se résume à une question de preuve.

Un mot, tout d'abord, sur la charge de la preuve.

Il n'est pas contesté, dans les affaires d'inexécution de contrat, que la difficulté d'évaluer le montant de la perte ne peut décharger la personne responsable de l'obligation de payer des dommages-intérêts et qu'elle n'est pas un motif pour refuser d'accorder des dommages-intérêts considérables. Dans de telles circonstances, les tribunaux doivent faire de leur mieux même si cela veut dire ne faire que des conjectures²⁷. Toutefois, il faut faire attention de ne pas appliquer ce principe lorsque la difficulté résulte non pas de la nature du préjudice ou des faits de l'affaire, mais plutôt de l'omission du demandeur lui-même de produire la preuve disponible.

Dans les affaires qui concernent plus directement la question des mesures prises pour limiter les dommages, lorsque certains des dommages-intérêts qui doivent être évalués sont les dépenses raisonnablement engagées par un demandeur pour limiter la perte et, de ce fait, réduire le montant des dommages-intérêts qu'il peut réclamer de la personne responsable, les tribunaux ne devraient pas oublier qu'il incombe tout d'abord à celle-ci d'établir que la perte qui fait l'objet de la réclamation était évitable²⁸; toutefois, y a des limites à ce que la personne responsable peut prouver lorsqu'il s'agit de déterminer ce que le demandeur a fait ou aurait pu faire. Les tribunaux

²⁷ Voir *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.* (1915), 51 R.C.S. 283, aux p. 288 à 290, le juge Davies; *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267, aux p. 279 et 280, le juge Spence.

²⁸ Voir S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2^e éd. (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991), para. 13.100; *World Beauty, The*, [1969] 3 All E.R. 158 (C.A.); *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, à la p. 331.

Main Street Ltd. v. W. B. Sullivan Construction Ltd.:²⁹

... with respect to the issue of mitigation, the onus is on the defendant. However, the onus on the defendant to prove failure to mitigate does not relieve the plaintiff from proving an obvious element in the calculation of his damages.

I shall now turn to the determination of the market value of the damaged raw sugar at the time and place of delivery. In my view, three possible sets of figures have been disclosed by the evidence.

The first one is that of \$53,332.78 to animal feed processors. As noted earlier, the Trial Judge made a finding of fact that this was the only market value apart from that to the owner. The respondent chose not to pursue that avenue. It chose, instead, to pursue an avenue which was less costly to the appellants. That figure is out.

The second one is that of \$243,765.03, advanced by the appellants' expert, Mr. Calder. That figure is based on a polarity scale. While it may be, as suggested by the appellants, that the Trial Judge discarded that evidence for a wrong reason, it remains that whatever the value the damaged goods might have had on the polarity scale, there is an unassailable finding of fact by the Trial Judge that no one, including the respondent, was interested in paying such a price for the damaged goods. No market, no market value. That figure is out.

The third one is the elusive one of the value to the owner.

As noted earlier, once the owner decides to use the damaged goods and thereby avoid some of the loss, the burden shifts to him to prove the extra costs of production which are, to use the words of Morden J.A., "an obvious element in the calculation of his damages." The burden cast upon him is not to establish in minute detail every additional cost that has

²⁹ (1978), 20 O.R. (2d) 401 (C.A.), at p. 423.

exigeront du demandeur qu'il produise de lui-même certains éléments de preuve pour appuyer sa demande. Comme l'a dit le juge Morden dans *100 Main Street Ltd. v. W. B. Sullivan Construction Ltd.*:²⁹

[TRADUCTION] ... quant à la question des mesures prises pour limiter le préjudice, la charge de la preuve incombe à la défenderesse. Toutefois, l'obligation pour la défenderesse de prouver qu'aucune mesure n'a été prise pour limiter le préjudice ne libère pas la demanderesse de son obligation de prouver un élément évident dans le calcul de ses dommages-intérêts.

Je dois maintenant déterminer la valeur marchande du sucre brut avarié au moment et au lieu de la livraison. À mon avis, suivant la preuve, trois chiffres pouvaient représenter celle-ci.

Le premier est 53 332,78 \$, soit la valeur pour les fabricants de nourriture pour animaux. Ainsi qu'il a déjà été dit, le juge de première instance a conclu que c'était la seule valeur marchande possible, hormis celle que le sucre pouvait avoir pour le propriétaire. L'intimée a choisi de ne pas utiliser ce débouché. Elle a plutôt opté pour une solution qui était moins coûteuse pour les appelantes. Ce chiffre est écarté.

Le second est la somme de 243 765,03 \$ avancée par l'expert des appelants, M. Calder. Ce chiffre a été fixé en fonction d'une échelle de polarité. Même s'il est possible, comme l'ont avancé les appelants, que le juge de première instance ait rejeté cet élément de preuve pour un motif erroné, il n'en demeure pas moins que, peu importe la valeur qu'aurait pu avoir la marchandise avariée suivant l'échelle de polarité, le juge de première instance a tiré une conclusion de fait inattaquable suivant laquelle personne, y compris l'intimée, n'était intéressé à payer un tel prix pour la marchandise avariée. Pas de débouché, pas de valeur marchande. Ce chiffre est écarté.

Le troisième est celui, difficile à déterminer, de la valeur de la marchandise pour le propriétaire.

Comme nous l'avons déjà signalé, une fois que le propriétaire décide d'utiliser la marchandise avariée et réduit ainsi la perte, il lui incombe de prouver les coûts supplémentaires de production qui, pour reprendre les termes du juge Morden, J.C.A., constituent [TRADUCTION] «un élément évident dans le calcul de ses dommages-intérêts». Il ne s'agit pas pour

²⁹ (1978), 20 O.R. (2d) 401 (C.A.), à la p. 423.

been incurred. One must always keep in mind that the owner is the victim and must not be put, as a result of the wrongdoer's fault, in the position of not being able to claim his loss because of the difficulty he faces in proving it. As stated by Létourneau J.A. [at page 315], the respondent is not "required to put in place a sophisticated system of computing the mitigation costs nor to track them down in minute detail", but he is expected "to describe the additional operations required by the blending and the subsequent processing and at least submit a rough estimate of the costs for each of these operations". Valuation of damages is a balancing process. The Court must make sure that the victim is compensated for his loss; but it must at the same time make sure that the wrongdoer is not abused.

In the case at bar, the evidence was to the effect that the respondent, at the request of its underwriter, deliberately abstained from keeping any record of what was done to integrate the damaged raw sugar into the refining process.³⁰ It is therefore not surprising that the Trial Judge found that there was "no specific evidence to indicate that there were any extra expenses involved".³¹ I simply cannot condone in the circumstances the deliberate approach taken by the respondent, the effect of which was to deprive the appellants of the opportunity to challenge the extent of the alleged damages. In fairness to the appellants, I am afraid I have no other choice but to assume that had some records been kept of the extra costs actually incurred, these costs would have been less than what was alleged.

That being said, and in fairness this time to the respondent, there is some evidence to the effect that it would have been difficult in any event to keep track of what was going on³² and that the respondent was taking a risk in processing the damaged sugar.³³

³⁰ Mr. Makin, A.B., at p. 117.

³¹ [1992] 3 F.C. 428 (T.D.), at p. 441.

³² See Mr. Hugues, transcript, vol. 2, at p. 34, 35, 43, 74 and 75; Mr. Makin, transcript, vol. 2, at p. 130; A. B., at p. 112.

³³ See Mr. Makin, transcript, vol. 2, at pp. 111, 122, 124 and 129.

lui de prouver dans les moindres détails chacun des frais supplémentaires qu'il a dû engager. Il ne faut jamais oublier que le propriétaire est la victime et qu'il ne doit pas être placé, par suite de la faute de la personne responsable, dans une position où il serait incapable de réclamer une indemnité pour sa perte en raison des difficultés qu'il doit affronter pour prouver celle-ci. Comme l'a dit le juge Létourneau, J.C.A. [à la page 315], l'intimée ne doit pas «mettre en place un système perfectionné lui permettant de calculer les frais engagés pour limiter le préjudice et d'en connaître les moindres détails», mais elle doit décrire «les opérations supplémentaires requises par l'incorporation du sucre et son traitement ultérieur, et fournir[r] au moins une évaluation approximative du coût de chacune de ces opérations». La détermination des dommages-intérêts nécessite une pondération. La Cour doit s'assurer que la victime est dédommée de sa perte; mais elle doit en même temps s'assurer que l'on ne profite pas de la personne responsable.

En l'espèce, la preuve indiquait que, à la demande de son assureur, l'intimée s'est délibérément abstenue de noter tout ce qu'elle a fait pour incorporer le sucre brut avarié pendant le processus de raffinage³⁰. Il n'est donc pas étonnant que le juge de première instance ait conclu qu'il n'y avait «aucune preuve précise indiquant que cette opération a occasionné des dépenses supplémentaires»³¹. Dans les circonstances, je ne puis tout simplement pas fermer les yeux sur le comportement délibéré de l'intimée qui a eu pour effet de priver les appelants de la possibilité de contester l'étendue du préjudice allégué. En toute équité pour les appelants, je crains de n'avoir d'autre choix que de présumer que si on avait pris en note les frais supplémentaires réellement engagés, ceux-ci auraient été moins élevés qu'il n'a été allégué.

Ceci étant dit, et en toute équité cette fois pour l'intimée, certains éléments de preuve indiquent qu'il aurait été de toute manière difficile de noter ce qui était fait³² et que l'intimée prenait un risque en traitant le sucre avarié³³. Il ressort également d'autres

³⁰ M. Makin, dossier d'appel, à la p. 117.

³¹ [1992] 3 C.F. 428 (1^{re} inst.), à la p. 441.

³² Voir M. Hugues, transcription, vol. 2, aux p. 34, 35, 43, 74 et 75; M. Makin, transcription, vol. 2, à la p. 130; dossier d'appel, à la p. 112.

³³ Voir M. Makin, transcription, vol. 2, aux p. 111, 122, 124 et 129.

There is also some general evidence to indicate that extra steps were taken and extra costs incurred in the process:

Mr. Tsang, transcript, vol. 1, at page 80:

- A. They had to put some . . . improvise some drying material just to stop the water from coming up from the heap.

Mr. Hugues, transcript, vol. 2, at page 94:

- A. You would automatically assume that you are going to get less output from 92 pole than from 97 pole.

Mr. Makin, transcript, vol. 2, at page 107:

- A. . . . whereas if lower the polarity of sugar, typically speaking it would cost more to produce refined sugar by using that lower polarity.

at pages 110-111:

Q. Do you know if any special steps were taken in this case?

- A. I believe there were. I believe this sugar had to be dyked. In other words, a wall of other sugars was built around it to prevent it from spilling on to the floor.

at page 124:

- A. . . . once it was into the raw sugar shed itself, the physical characteristics of the sugar would entail some sort of special handling procedures and that, obviously, would have caused some grief in the process.

at page 129:

- A. Certainly we knew full well that we would incur increased costs, although no costs were kept in terms of what it actually cost to produce this refined sugar from the damaged portion, again because it was trickled in over a long period of time.

Mr. Makin, Appeal Book, at pages 112-113:

Q. What did you do with it?

- A. Then it was bled into the refining process over a period of time.

Q. What do you mean "bled"?

- A. It wasn't dumped in all at one time. It was bled in with sound sugar.

éléments de preuve généraux que des mesures additionnelles ont été prises et que des frais supplémentaires ont été engagés:

a M. Tsang, transcription, vol. 1, à la page 80:

[TRADUCTION] R. Ils ont dû installer . . . improviser une sorte de matière asséchante juste pour arrêter l'eau de couler du tas de sucre.

b M. Hugues, transcription, vol. 2, à la page 94:

[TRADUCTION] R. Vous présumeriez automatiquement que vous obtiendrez un rendement inférieur d'une polarité de 92 que d'une polarité de 97.

c M. Makin, transcription, vol. 2, à la page 107:

[TRADUCTION] R. . . . tandis que si la polarité du sucre est plus faible, habituellement, il en coûtera plus cher pour produire du sucre raffiné en utilisant ce sucre de polarité inférieure.

d

aux pages 110 et 111:

Q. Savez-vous si des mesures particulières ont été prises dans ce cas?

- R. Je crois que oui. Je crois que le sucre a dû être entouré. En d'autres termes, il a été entouré d'une sorte de mur construit avec les autres sucres pour l'empêcher de se répandre sur le sol.

à la page 124:

- R. . . . une fois qu'il a été installé dans l'entrepôt de sucre brut, il aurait été nécessaire en raison des caractéristiques physiques du sucre d'effectuer des opérations particulières ce qui, manifestement, aurait causé certains ennuis pour le traitement.

e

à la page 129:

- R. Certes, nous savions fort bien que nous devrions engager d'autres frais, même si nous n'avons pas noté tout ce qu'il en a coûté réellement pour produire ce sucre raffiné à partir du sucre avarié, encore une fois parce que celui-ci a été incorporé en très petites quantités sur une longue période.

f M. Makin, dossier d'appel, aux pages 112 et 113:

g [TRADUCTION] Q. Qu'avez-vous fait avec le sucre?

- R. Il a ensuite été incorporé graduellement au cours du processus de raffinage.

h Q. Qu'entendez-vous par «incorporé»?

- R. Il n'a pas été déversé en une seule fois. Il a été incorporé à du sucre sain.

i

j

. . . .

. . . .

A. So we bled it in slowly over a period of time to minimize the effects.

at page 114:

Q. Would keeping it separate from the other sugar involve any special work or any special . . . was this something that was difficult or required any expense or . . .

A. Oh, yes, sure. It didn't go through, as I recall, it didn't go through the usual process. You did have to keep it separate from it. So you were handling 1,200 tonnes separately from 300-odd thousand tonnes that go through the refinery anyway.

In these circumstances I am prepared to recognize that the respondent has met part of its burden and to award some damages. I have just enough evidence to guide me in the guessing game I would rather not have been forced to play. The figure of \$50,000 adopted by my colleague Létourneau J.A., which corresponds more or less to one third of the amount the respondent has claimed for extra production costs and which is significantly higher than that estimated by Mr. Calder on the sole basis of the loss of polarity, seems to me most reasonable.

It may therefore be said, still leaving aside the extra costs for unloading, that it cost the respondent \$50,000 to be in a position to use the goods in the same way as it would have used them had they arrived in sound condition. The value to the respondent of the damaged goods (A.D.M.V.) was therefore \$279,660.18 (A.S.M.V.) less \$50,000, i.e. \$229,660.18.

Adding now to that sum of \$50,000 the agreed amount of \$25,990.89 for the extra costs incurred in the unloading of the damaged cargo, I would make an award of \$75,990.89 in favour of the respondent.

I would dispose of the appeal and of the cross-appeal in the manner suggested by my colleagues.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: The facts of this case are fairly simple and need not be repeated as my colleague has

R. Ainsi, nous l'avons incorporé lentement pendant un certain temps afin de réduire les effets.

à la page 114:

Q. Pour le garder séparé du reste du sucre, a-t-il fallu installer un ouvrage spécial ou . . . était-ce quelque chose de difficile ou qui nécessitait des dépenses ou . . .

R. Oh oui, bien sûr. Cela ne s'est pas passé, si je me rappelle bien, cela ne s'est pas passé selon la procédure habituelle. Il a fallu le garder séparé du reste du sucre. Ainsi nous devons manipuler 1 200 tonnes de sucre séparément des 300 000 tonnes restantes qui étaient de toute manière raffinées.

Compte tenu des circonstances, je suis disposé à admettre que l'intimée s'est acquittée d'une partie de son obligation et à lui attribuer des dommages-intérêts. La preuve est tout juste suffisante pour me guider dans ce jeu de devinettes auquel j'aurais préféré ne pas être contraint de jouer. La somme de 50 000 \$ adoptée par mon collègue le juge Létourneau, J.C.A., qui correspond plus ou moins à un tiers de la somme que l'intimée a réclamée pour les coûts supplémentaires de production et qui est considérablement plus élevée que le montant que M. Calder avait fixé en se fondant uniquement sur la perte de polarité, me semble la plus raisonnable.

On peut donc affirmer, tout en laissant de côté les frais supplémentaires engagés pour le déchargement, que l'intimée a dû déboursier 50 000 \$ pour être en mesure d'utiliser la marchandise comme elle l'aurait fait si celle-ci était arrivée en état sain. La valeur de la marchandise avariée (V.M.A.D.) pour l'intimée était donc 279 660,18 \$ (V.M.S.D.) moins 50 000 \$, soit 229 660,18 \$.

Ajoutant maintenant à cette somme de 50 000 \$ la somme de 25 990,89 \$ qui a été convenue pour les frais supplémentaires engagés dans le déchargement de la cargaison avariée, j'accorderais 75 990,89 \$ à l'intimée.

Je statuerais sur l'appel ainsi que sur l'appel incident de la manière indiquée par mes collègues.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Les faits de la présente affaire sont assez simples et il n'est pas néces-

already dealt with them. As will become apparent from these reasons, things have, from a legal point of view, become somewhat complicated. However, when the issues are stripped down of the legalese with which they have been dressed up, they boil down to these simple questions:

a) How does one calculate the damages suffered by the respondent?

b) What is the scope of the respondent's duty to mitigate the said damages? and,

c) What is the extent of the damages suffered by the respondent after the mitigation?

To those issues, the parties have added the question relating to the rate of interest payable on the sums due as damages. I shall address them in that order.

The Method of Calculating the Damages Suffered by the Respondent

Counsel for the respondent claims that the damages in carriage of goods are calculated by the mathematical application of the formula:

Arrived Sound Market Value	–	Arrived Damaged Market Value.
(A.S.M.V.)	(minus)	(A.D.M.V.)

According to it, the extent of the damages would be calculated by subtracting from the Arrived Sound Market Value of the goods their Arrived Damaged Market Value. The Arrived Damaged Market Value would be calculated at the time and place of delivery and counsel for the respondent contended that, in the present case, the market value of the damaged raw sugar which the respondent owned had been assessed at \$53,332.78 by his cargo underwriter. That sum represented the salvage value of the wet sugar if it had been sold to animal feed processors. There is no dispute as to the Arrived Sound Market Value which had been established at \$279,660.18.

saire de les rappeler, ma collègue les ayant déjà examinés. Comme le feront ressortir les présents motifs, les choses se sont quelque peu compliquées d'un point de vue juridique. Toutefois, lorsque l'on dépouille les points en litige du jargon juridique dont ils ont été enrobés, ils se résument aux simples questions suivantes:

a) Comment calcule-t-on les dommages subis par l'intimée?

b) Quelle est l'étendue de l'obligation de l'intimée de limiter lesdits dommages?

c) Quelle est l'étendue du préjudice subi par l'intimée une fois que des mesures destinées à limiter les dommages ont été prises?

À ces questions, les parties ont ajouté celle du taux d'intérêt payable sur les sommes dues à titre de dommages-intérêts. J'examinerai ces divers éléments dans cet ordre.

La méthode de calcul des dommages subis par l'intimée

L'avocate de l'intimée prétend qu'il faut appliquer la formule mathématique suivante pour calculer les dommages subis lors du transport de marchandises:

Valeur marchande saine à destination	–	Valeur marchande avariée à destination
(V.M.S.D.)	(moins)	(V.M.A.D.)

Suivant cette formule, le montant des dommages serait calculé en soustrayant la valeur marchande avariée à destination des marchandises de leur valeur marchande saine à destination. La valeur marchande avariée à destination serait déterminée au moment et au lieu de la livraison, et l'avocate de l'intimée a prétendu que, en l'espèce, la valeur marchande du sucre brut avarié dont sa cliente était propriétaire avait été fixée à 53 332,78 \$ par l'assureur de sa cargaison. Cette somme représentait la valeur de récupération du sucre imbibé d'eau s'il avait été vendu à des fabricants d'aliments pour animaux. La valeur marchande saine à destination, qui a été fixée à 279 660,18 \$, n'a pas été contestée.

Counsel for the appellants challenges the assessment and actual extent of the damages as made by the respondent and its underwriter. He submits that the use of the formula must not and cannot yield an amount which exceeds the damages in fact suffered by the respondent. He submitted, as the proper measure for the assessment of the damages, the loss of polarity namely, the diminution of the percentage of sucrose in the damaged sugar. It is appropriate at this point to mention that in purchasing sugar, the value of raw sugar is determined between the seller and the buyer by the polarity of the sugar by reference to accepted scales. Generally speaking, for each degree above 96 degrees of polarity, a premium is added. For each degree below 96 degrees a penalty is deducted. There are two such scales known as the British and the U.S. scales.

Applying in the present case the U.S. scale which was more favourable to the respondent than the British scale, the appellants estimated the loss value of the wet sugar at \$35,895.15 representing the value of the decrease in the polarization factor from 97.980 to 92.563 degrees.³⁴ They relied upon the authority of the decision of the U.S. District Court in *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T35* where, in a case similar to ours, this approach was applied to the measurement of the damages caused to raw sugar during its transportation at sea.

³⁴ See the testimony and report of Mr. Richard Calder, an expert witness for the appellants, at pp. 139-140 of the A.B. He concluded in the following terms:

The damaged sugar polarisation having been ascertained as 92.5 degrees, a fair and reasonable settlement, based on the contract as amended, would appear to start as per the above scale, i.e., 1.5% (of the 96 degrees contract basic price of \$246.298833 per M/T) for the degree between 96 degrees and 95 degrees, an additional 4% for the 2 degrees from 95 degrees to 93 degrees and an additional discount for the .5 degrees from 93 degrees to 92.5 degrees (.5% of the previous 2% per degree for degrees from 95 degrees to 93 degrees to possibly .5 of 5% which is the U.S. Refiner scale at this level). Accordingly, I believe that the maximum allowable discount should be equivalent to Cdn. \$35,895.15 as per the attached calculation. To this would, of course, be added any proven costs, expenses, charges, etc., including, but not limited to, additional stevedore penalties and charges for discharging damaged sugar et al.

³⁵ [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.).

L'avocat des appelants conteste les allégations faites par l'intimée et son assureur quant à l'étendue réelle des dommages. Il soutient que l'application de la formule ne doit pas permettre d'obtenir un montant qui excède le préjudice réellement subi par l'intimée. Il a fait valoir que c'est la perte de polarité qui doit être utilisée pour déterminer les dommages, c'est-à-dire la diminution du pourcentage de sucrose dans le sucre avarié. Il convient à ce stade de mentionner que, lorsqu'il y a vente de sucre, ce sont l'acheteur et le vendeur qui déterminent la valeur du sucre brut en fonction de sa polarité et d'échelles reconnues. De façon générale, pour chaque degré au-delà de 96 degrés de polarité, une prime est ajoutée. Pour chaque degré inférieur à 96 degrés, une pénalité est déduite. Il existe deux échelles de ce genre, une qui est employée en Angleterre et l'autre aux États-Unis.

Appliquant en l'espèce l'échelle utilisée aux États-Unis qui était plus avantageuse pour l'intimée que l'échelle utilisée en Angleterre, les appelants ont estimé que la perte de valeur du sucre humide était de 35 895,15 \$, ce qui représentait la valeur de la diminution du facteur de polarisation de 97,980 à 92,563 degrés³⁴. Ils se sont appuyés sur la décision de la U.S. District Court dans l'affaire *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T35* où, dans une affaire analogue à l'espèce, cette méthode a été appliquée pour évaluer les dommages causés à du sucre brut lors de son transport par mer.

³⁴ Voir le témoignage et le rapport de M. Richard Calder, témoin-expert des appelants, aux p. 139 et 140 du dossier d'appel. Il a conclu de la manière suivante:

[TRADUCTION] La polarisation du sucre avarié ayant été évaluée à 92,5 degrés, un règlement juste et raisonnable, reposant sur le contrat modifié, aurait pour base l'échelle susmentionnée, c'est-à-dire 1,5 % (du prix contractuel de base, pour 96 degrés, de 246,298833 \$ la tonne métrique) pour le degré situé entre 96 degrés et 95 degrés, un pourcentage supplémentaire de 4 % pour les deux degrés situés entre 95 degrés et 93 degrés et un escompte supplémentaire pour les demi-degrés situés entre 93 degrés et 92,5 degrés (0,5 % des 2 % prévus par degré pour les degrés situés entre 95 degrés et 93 degrés jusqu'à un pourcentage possible de 0,5 de 5 % ce qui, à ce niveau, est l'échelle qu'appliquent les raffineurs américains). Je crois donc que l'escompte admissible maximal devrait être l'équivalent de 35 895,15 \$ CAN, conformément au calcul ci-joint. Il faudrait évidemment y ajouter les frais, les dépenses, les droits, etc., dont on a fait la preuve, y compris, mais non exclusivement, les pénalités additionnelles à verser aux débardeurs ainsi que les frais de déchargement du sucre avarié, et le reste.

³⁵ [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.).

I am satisfied that the formula A.S.M.V. - A.D.M.V. is applicable to the determination of the *quantum* of damages and constitutes a useful device to that end. Having said that, there remains the difficulty of determining the basis on which to assess the damage, to wit the Arrived Damaged Market Value.

Counsel for the respondent submitted that it is the loss of intrinsic market value of the raw sugar, not the loss of profit or potential use or business by the respondent which is the basis for a proper assessment of the damages. I agree with that. This in my view, however, only begs the question: How does one determine the intrinsic value of the wet sugar? Like Rothstein J. in *Redpath Industries Ltd. et al. v. Fednav Ltd. et al.*,³⁶ I find it difficult to accept that the damaged sugar was worthless and could not or would not have been sold or used, except as a type of animal feed. Indeed, the respondent who owned the raw sugar, since its loading in the ship, used the wet sugar and simply blended it with sound raw sugar before successfully processing it. This in itself indicates that the wet sugar had an intrinsic value above and beyond the salvage value given by the respondent's underwriter. It shows that the wet sugar was neither a total loss nor damaged to the point that it could only be sold as animal feed.

Counsel for the respondent directed this Court to the evidence of Mr. James H. Hugues from Lantic Sugar Ltd., a competitor, who testified that his company would not have bought the wet sugar as it did not have the remelt facility used to decolorize sugar and as the company was already operating at 100% of its capacity at that time.³⁷ The respondent, therefore, concluded that there was no market in Toronto for the damaged raw sugar.

Be that as it may, the A.D.M.V. of the damaged sugar or, to use the very terms employed by counsel for the respondent, the intrinsic value of the wet sugar, is not necessarily determined by the mere fact that there was an attempt to resell it and that there

³⁶ (1993), 63 F.T.R. 131 (F.C.T.D.), at p. 146.

³⁷ See A.B., exhibit P-10, pp. 60-61. See also transcript of evidence at trial, Book II, pp. 44-45.

Je suis convaincu que la formule V.M.S.D. - V.M.A.D. s'applique pour déterminer le montant des dommages-intérêts et est un outil utile à cette fin. Ceci étant dit, il reste à déterminer en fonction de quoi les dommages-intérêts doivent être fixés, c'est-à-dire la valeur marchande avariée à destination.

L'avocate de l'intimée a soutenu que c'est la diminution de la valeur marchande intrinsèque du sucre brut et non le manque à gagner ni la perte de la possibilité pour l'intimée d'utiliser le sucre ou de le vendre qui doit servir à déterminer les dommages-intérêts. Je suis d'accord. Toutefois, à mon avis, cela ne fait qu'éviter la question: en effet, comment détermine-t-on la valeur intrinsèque du sucre humide? Comme le juge Rothstein dans l'affaire *Redpath Industries Ltd. et autre c. Fednav Ltd. et autres*³⁶, j'estime qu'il est difficile d'admettre que le sucre avarié ne valait rien et qu'il n'aurait pu être vendu ou utilisé, sauf comme nourriture pour les animaux. En fait, l'intimée, qui était propriétaire du sucre brut depuis son chargement dans le navire, a utilisé le sucre humide et l'a tout simplement incorporé au sucre brut sain avant de le traiter avec succès. Cela indique en soi que le sucre humide avait une valeur intrinsèque supérieure à la valeur de récupération que lui avait attribuée l'assureur de l'intimée. Cela prouve que le sucre humide n'était pas une perte totale ni avarié à un point tel qu'il ne pouvait être que vendu comme nourriture pour les animaux.

L'avocate de l'intimée a signalé à la Cour le témoignage de M. James H. Hugues d'une société concurrente, Sucre Lantic Ltée, qui a déclaré que son entreprise n'aurait pas acheté le sucre humide car elle ne possédait pas les installations de refusion utilisées pour blanchir le sucre et qu'elle fonctionnait déjà à 100 % de sa capacité³⁷. L'intimée a donc conclu qu'il n'y avait aucun débouché à Toronto pour le sucre brut avarié.

Quoi qu'il en soit, la V.M.A.D. du sucre avarié ou, pour reprendre les termes de l'avocate de l'intimée, la valeur intrinsèque du sucre humide, n'est pas nécessairement déterminée en fonction du fait que l'on a essayé de le revendre mais qu'il n'y avait

³⁶ (1993), 63 F.T.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 146.

³⁷ Voir le dossier d'appel, pièce P-10, p. 60 et 61. Voir aussi la transcription des témoignages à l'instruction, livre II, p. 44 et 45.

was no potential buyer, especially in a somewhat monopolistic situation.³⁸ In my view, the decrease in polarity is a more appropriate and realistic measure of assessment of the true damages than an indiscriminate and precipitated resale on the salvage market.

Counsel for the respondent contended that the British and U.S. scales for determining the value of raw sugar between a buyer and a seller have no application between a buyer and a carrier. I agree that they have no mandatory application. However, if it is an accepted and valid instrument for measuring the value of raw sugar at the port of loading, I fail to see how it cannot and should not be used for measuring the value of the same sugar at the port of delivery and therefore the loss of value during transportation. Surely, the loss of polarity of the damaged sugar is important in establishing the resale price between a seller and a new buyer, it being understood that the wet sugar may have lost so much of its polarity or be so contaminated that it has no value at all except on the salvage market. In other words, if the market value of sound sugar is fixed by reference to its polarity, the market value of the same sugar, although less sound upon delivery than upon loading, should also be fixed by reference to its polarity.

To the damages resulting from the loss of polarity should be added the damages, if any, resulting from contamination and the additional costs associated with the handling of the wet sugar and, subsequently, its refining. In this case, there was no evidence of any damage due to the increased invert sugar and ash content that could have been caused by the sea water. On the other hand, there is an agreement on the amount of the extra unloading expenses which are fixed at \$25,990.89. As for the additional costs incurred in the refining process, I shall deal with the issue later on.

³⁸ Mr. Hugues of Lantic Sugar Ltd. testified that only his company and that of the respondent were engaged in the purchase and processing of raw sugar in the Greater Toronto area. The closest market for raw sugar, other than Toronto, was Montréal. See A.B., at p. 61.

aucun acheteur potentiel, en particulier dans une situation de quasi monopole³⁸. À mon avis, la diminution de la polarité est un moyen plus approprié et plus réaliste pour déterminer les véritables dommages qu'une revente hâtive et au hasard sur le marché de la récupération.

L'avocate de l'intimée a prétendu que les échelles anglaise et américaine utilisées pour déterminer la valeur du sucre brut pour un acheteur et un vendeur ne s'appliquent pas dans le cas d'un acheteur et d'un transporteur. Je reconnais qu'elles ne s'appliquent pas obligatoirement. Cependant, s'il s'agit d'un moyen valide et admis de déterminer la valeur du sucre brut au port de chargement, je ne vois pas comment ces échelles ne devraient pas être employées pour déterminer la valeur du même sucre au port de livraison et, par conséquent, sa perte de valeur pendant le transport. Il est évident que la perte de polarité du sucre avarié est importante pour fixer le prix de revente entre un vendeur et un nouvel acheteur, étant entendu que le sucre humide peut avoir subi une telle diminution de sa polarité ou être si contaminé qu'il n'a aucune valeur, sauf sur le marché de la récupération. En d'autres termes, si la valeur marchande du sucre sain est fixée en fonction de sa polarité, il devrait en être de même de la valeur marchande de ce même sucre bien qu'il soit moins sain au moment de la livraison qu'au moment du chargement.

Aux dommages-intérêts accordés pour la perte de polarité il faudrait ajouter les dommages, le cas échéant, découlant de la contamination du sucre ainsi que les frais supplémentaires liés à la manutention du sucre humide et, par la suite, à son raffinage. En l'espèce, rien dans la preuve n'indique que l'augmentation de la quantité de sucre inverti ou de la teneur en cendres qu'aurait pu entraîner l'eau de mer n'a causé un dommage. Par contre, les parties se sont entendues sur le montant des frais supplémentaires de déchargement qui a été fixé à 25 990,89 \$. Quant aux frais supplémentaires engagés pour le raffinage, j'examinerai cette question plus loin.

³⁸ M. Hugues de Sucre Lantic Ltée a témoigné que seules son entreprise et celle de l'intimée achetaient et traitaient du sucre brut dans la région du Grand Toronto. Hormis Toronto, le débouché le plus rapproché pour le sucre brut était Montréal. Voir le dossier d'appel, à la p. 61.

At best, under this heading and subject to the duty to mitigate and the additional expenses incurred in fulfilling it, the respondent would, in my view, be entitled to \$61,886.04 representing the loss in value of the raw sugar and the additional expenses incurred as a result of the unloading of the wet sugar.

The Scope of the Duty to Mitigate

It is well established that a party who suffers damages as a result of a breach of contract has a duty to mitigate those damages, that is to say that the wrongdoer cannot be called upon to pay for avoidable losses which would result in an increase in the *quantum* of damages payable to the injured party.³⁹ The injured party must take all reasonable steps to avoid losses flowing from the breach.⁴⁰ It need not take unreasonable risks: it need only take the steps which a reasonable and prudent person would ordinarily take in the course of his business.⁴¹

a) Whether the duty to mitigate applies only to continuing loss

Counsel for the respondent made a number of contentions which must be addressed at this stage. She first submitted that the duty to mitigate is relevant only in cases of a continuing loss, not in a case as the present one where the loss has crystallized at the time the shipment arrived at its destination. Like Mustill L. J. in *Hussey v Eels*,⁴² I have some reservations about this proposition. In dealing with this matter, he wrote:

I feel some reservations about this proposition. It is true that the question of a duty to mitigate tends most often to arise in the context of a continuing loss. Thus, for example, where a plaintiff is suffering a loss of business profits which will go on until he does something to stop it, then if there is something which he could reasonably do, and yet he fails to do it, the damages are computed as if the loss had come to an end; con-

³⁹ See, for example, *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at p. 330.

⁴⁰ *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 647.

⁴¹ *Id.* See also *Cockburn v. Trusts and Guarantee Co.* (1917), 55 S.C.R. 264; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.).

⁴² [1990] 1 All E.R. 449 (C.A.), at pp. 452-453.

Au mieux, sous ce poste et sous réserve de l'obligation de limiter les dommages et des frais supplémentaires qu'elle a dû engager pour s'acquitter de celle-ci, l'intimée aurait droit à mon avis à 61 886,04 \$, ce qui représente la perte de valeur du sucre brut ainsi que les frais supplémentaires occasionnés par le déchargement du sucre humide.

L'étendue de l'obligation de limiter les dommages

Il est bien établi qu'une partie qui subit un préjudice par suite de l'inexécution d'un contrat a l'obligation de limiter ses dommages, c'est-à-dire que l'auteur du délit ne peut être appelé à payer les pertes évitables qui entraîneraient une augmentation du montant des dommages-intérêts payables à la partie lésée³⁹. La partie lésée doit prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter les pertes résultant de l'inexécution⁴⁰. Elle n'a pas à prendre des risques déraisonnables; il lui suffit de prendre les mêmes mesures que prendrait une personne raisonnable et prudente dans le cours normal de ses affaires⁴¹.

a) L'obligation de limiter les dommages s'applique-t-elle seulement dans le cas d'un préjudice continu?

L'avocate de l'intimée a soumis divers arguments qu'il convient maintenant d'examiner. Elle a tout d'abord soutenu que l'obligation de limiter le préjudice ne s'applique que dans les cas où il y a une perte continue et non en l'espèce où la perte s'est cristallisée au moment où la cargaison est arrivée à destination. Comme le juge Mustill dans l'arrêt *Hussey v Eels*⁴², j'ai certaines réserves au sujet de cet argument. Abordant cette question, il a écrit:

[TRADUCTION] J'ai certaines réserves face à cet argument. Il est vrai que la question de l'obligation de limiter le préjudice se pose le plus souvent dans le cas d'un préjudice continu. Ainsi, par exemple, lorsqu'un demandeur perd des bénéfices industriels et commerciaux et que cette perte se poursuivra tant qu'il ne prendra aucune mesure pour y mettre un terme, s'il y a quelque chose qu'il pourrait raisonnablement faire et qu'il

³⁹ Voir, par exemple, l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, à la p. 330.

⁴⁰ *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633, à la p. 647.

⁴¹ *Idem.* Voir aussi *Cockburn v. Trusts and Guarantee Co.* (1917), 55 R.C.S. 264; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (Chambre des lords).

⁴² [1990] 1 All E.R. 449 (C.A.), aux p. 452 et 453.

versely, if he does take action to prevent further loss, all the consequences of his act are brought into account. It is also true that superficially the proposition of counsel for the plaintiffs does appear at first sight to gain support from the cases on failure to perform contracts for the supply of goods or services for which there is an available market, where the courts have tended to proceed directly to a conventional measure of damage without investigating what the injured party has actually done after the breach. (I say 'at first sight' because these conventional measures of damages depend on the fiction that the innocent party has gone into the market to sell against the defaulting buyer, or to buy in against the defaulting seller. The loss is therefore crystallised, not in terms of the immediate consequences of the breach, but of a deemed mitigation.) Nevertheless, I would not be prepared without a very full review of the authorities to underwrite a generalisation such as counsel for the plaintiffs proposes, especially in the field of damages, where broad statements of principle tend to be unreliable. (Indeed I believe that *R Pagnan & Flli v Corbisa Industrial Agropacuaria Ltda* [1971] 1 All ER 165, [1970] 1 WLR 1306 shows the generalisation to be unsound.)

This broad proposition made by counsel for the respondent suggests that the duty to mitigate exists only in respect of future or additional damages. In other words, there is no duty to mitigate those damages that already exist even though the injured party is reasonably capable of doing so. According to the respondent, the scope of the duty to mitigate is merely to prevent an aggravation of the damages and not to avoid them notwithstanding that a reasonable and prudent person could do so. This proposition, in my view, runs counter to the principles formulated by the Supreme Court of Canada in *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.* where Estey J., writing for the Court, stated:

In cases dealing with the measure of damages for non-delivery of goods under contracts for sale, the application over the years of the above-mentioned principles has given the law some certainty, and it is now accepted that damages will be recoverable in an amount representing what the purchaser would have had to pay for the goods in the market, less the contract price, at the time of the breach. This rule which was authoritatively stated in *Barrow v. Arnaud* [(1846), 8 Q.B. 595], may be seen as a combination of two principles. The first, as stated earlier, is the right of the plaintiff to recover all of his losses which are reasonably contemplated by the parties as liable to result from the breach. The second is the responsibility imposed on a party who has suffered from a breach of

n'agit pas, les dommages-intérêts sont calculés comme si le préjudice avait pris fin; réciproquement, s'il prend des mesures pour faire cesser le préjudice, toutes les conséquences de ses actes sont prises en compte. Il est également vrai que, en théorie, l'argument de l'avocat des demandeurs semble à première vue étayé par les décisions portant sur l'inexécution de contrats de fournitures de biens ou de prestation de services pour lesquels il existait un débouché, où les tribunaux ont eu tendance à appliquer directement une méthode classique d'évaluation des dommages sans chercher à savoir ce qu'a fait la partie lésée après l'inexécution. (Je dis «à première vue» parce que ces méthodes classiques d'évaluation des dommages reposent sur l'hypothèse que la partie innocente est allée sur le marché soit pour vendre aux dépens de l'acheteur défaillant soit pour acheter aux dépens du vendeur défaillant. La perte s'est donc cristallisée, non pas en fonction des conséquences immédiates de la rupture du contrat, mais des mesures présumées d'atténuation du préjudice.) Néanmoins, je ne serais pas disposé, sans avoir examiné minutieusement la jurisprudence et la doctrine, à souscrire à une généralisation comme celle que l'avocat des demandeurs propose, en particulier dans le domaine des dommages-intérêts où les énoncés de principe généraux ont tendance à être peu fiables. (En fait, je crois que l'affaire *R Pagnan & Flli v Corbisa Industrial Agropacuaria Ltda* [1971] 1 All ER 165, [1970] 1 WLR 1306, montre qu'il n'y a pas lieu de généraliser.)

Cet argument général avancé par l'avocate de l'intimée semble indiquer que l'obligation de limiter le préjudice n'existe que pour les dommages futurs ou supplémentaires. En d'autres termes, il n'y a aucune obligation de limiter les dommages qui existent déjà même si la partie lésée peut raisonnablement le faire. Selon l'intimée, cette obligation ne vise qu'à empêcher l'aggravation des dommages et non à éviter ceux-ci, même si une personne raisonnable et prudente pourrait le faire. À mon avis, cette affirmation va à l'encontre des principes formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre* où le juge Estey, qui a rédigé la décision de la Cour, a dit ce qui suit:

Dans les affaires relatives à l'évaluation des dommages résultant du défaut de livrer des marchandises en violation d'un contrat de vente, l'application répétée des principes susmentionnés a clarifié le droit et il est maintenant établi que le montant des dommages-intérêts doit correspondre au montant que l'acheteur aurait dû dépenser pour se procurer les marchandises sur le marché à l'époque de la rupture du contrat, moins le prix fixé au contrat. Cette règle, fermement énoncée dans l'arrêt *Barrow v. Arnaud* [(1846), 8 Q.B. 595] ressort de l'effet conjugué de deux principes. Le premier, déjà exposé, est le droit du demandeur d'être indemnisé des pertes que les parties pouvaient raisonnablement envisager en cas d'inexécution du contrat. Le deuxième est l'obligation pour la partie lésée par

contract to take all reasonable steps to avoid losses flowing from the breach.⁴³ [My underlining.]

The Supreme Court did not formulate the duty to mitigate in terms of taking all reasonable steps to avoid “further” losses, but in terms of taking all reasonable steps to avoid losses flowing from the breach. This includes the original losses where it is reasonable to do so in the circumstances.

The following statement from the text *Remedies for Torts and Breach of Contract*, in my view, adequately describes what is referred to as the duty to mitigate:

The duty to mitigate is a further restriction on compensatory damages. On the one hand a plaintiff should not sit back and do nothing to minimise loss flowing from a wrong but should rather use his resources to do what is reasonable to put himself into as good a position as if the contract had been performed or the tort not committed. On the other hand, he should not unreasonably incur expense subsequent to the wrong. The policy is one of encouraging the plaintiff, once a wrong has occurred, to be to a reasonable extent, self-reliant or, in economists’ terminology, to be efficient, rather than pinning all loss on the defendant.⁴⁴

b) Whether the duty to mitigate was limited to finding a buyer for the damaged sugar

Counsel for the respondent submitted that the only duty the respondent had in this case was to try to find a buyer for the damaged sugar. There was no duty to blend the wet sugar with sound sugar even if it was reasonable in the circumstances to do so and even if this could have mitigated the damages.

I do not and cannot believe that the respondent’s duty to mitigate was so limited. Indeed, in the case of *Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*,⁴⁵ where leased farm equipment was sold after the appellants Langille defaulted under the lease, the appellants contended that Keneric did not take reasonable steps to mitigate

l’inexécution d’un contrat de prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter le préjudice en résultant⁴³. [Non souligné dans le texte original.]

La Cour suprême n’a pas dit que l’obligation de limiter le préjudice consistait à prendre toutes les mesures raisonnables pour éviter «d’autres» dommages, mais plutôt à prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter le préjudice résultant de l’inexécution. Cela comprend les pertes originales lorsque, compte tenu des circonstances, il est raisonnable de les mitiger.

À mon avis, l’extrait suivant tiré de l’ouvrage intitulé *Remedies for Torts and Breach of Contract* décrit adéquatement ce que l’on appelle l’obligation de limiter le préjudice:

[TRADUCTION] L’obligation de limiter le préjudice est une autre restriction apportée aux dommages-intérêts compensatoires. D’une part, le demandeur ne devrait pas se croiser les bras et ne rien faire pour limiter le préjudice découlant d’un acte préjudiciable; il devrait plutôt utiliser ses ressources et faire ce qui est raisonnable pour se retrouver dans une aussi bonne position que si le contrat avait été exécuté ou que si le délit n’avait pas été commis. D’autre part, il ne devrait pas engager de dépenses déraisonnables après que l’acte préjudiciable a été commis. Il s’agit d’encourager le demandeur, une fois qu’un acte préjudiciable a été commis, à se montrer raisonnablement indépendant ou, pour reprendre la terminologie utilisée par les économistes, à être efficient, plutôt que de rendre le défendeur responsable de tous les dommages⁴⁴.

b) L’obligation de limiter le préjudice ne consistait-elle qu’à trouver un acheteur pour le sucre avarié?

L’avocate de l’intimée a prétendu que la seule obligation de sa cliente en l’espèce était d’essayer de trouver un acheteur pour le sucre avarié. Elle n’était pas tenue d’incorporer le sucre humide à du sucre sain même s’il était raisonnable dans les circonstances d’agir ainsi et même si cela aurait permis de limiter les dommages.

Je ne peux pas croire que l’obligation de l’intimée de limiter les dommages était si restreinte. En fait, dans l’arrêt *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*⁴⁵, où du matériel agricole loué a été vendu après que les appelants Langille n’eurent pas respecté leurs contrats de location, les appelants ont prétendu que

⁴³ *Supra*, note 10, at p. 647.

⁴⁴ A.S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths, 1987, at p. 64.

⁴⁵ [1987] 2 S.C.R. 440.

⁴³ *Supra*, note 10, à la p. 647.

⁴⁴ A.S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths, 1987, à la p. 64.

⁴⁵ [1987] 2 R.C.S. 440.

its damages. They submitted that Keneric should have relet the equipment rather than reselling it.

The Supreme Court did not dismiss that contention as unsound, but dismissed it because there was no evidence to support it. Speaking for the Court, Wilson J. wrote:

The difficulty I have with this argument is that no evidence was led at trial concerning the economics of reletting. In the absence of such evidence it is impossible to say whether reletting would have been preferable to resale or not. Obviously the burden of proof here is of critical importance.

It seems quite clear that the burden of proof falls on the defendant. As Laskin J., speaking for the Court in *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, noted at p. 331:

If it is the defendant's position that the plaintiff could reasonably have avoided some part of the loss claimed, it is for the defendant to carry the burden of that issue, subject to the defendant being content to allow the matter to be disposed of on the trial judge's assessment of the plaintiff's evidence on avoidable consequences.⁴⁶

What is reasonable to do in the circumstances is a question of fact and borders on common sense. For example, let us assume that the respondent has stored in its warehouse some raw sugar that it owns and that is not insured. An unexpected flooding damages the sugar and reduces its polarity and therefore its intrinsic value. What would be reasonable for the respondent to do in these circumstances to minimize its losses: blend the damaged sugar with sound raw sugar before processing it or sell the damaged raw sugar at greater loss on the salvage market? To put the question is to answer it. Why should it now be different if the sugar is insured and the damages are paid by a third party? Why should it be different if the sugar that the respondent owns is damaged not in its warehouse, but in the ship that transports it. There is indeed no difference as far as minimizing the losses is concerned.

⁴⁶ *Idem*, at pp. 458-459.

Keneric n'avait pas pris les mesures raisonnables pour limiter ses dommages. Ils ont soutenu que Keneric aurait dû louer le matériel plutôt que de le revendre.

^a La Cour suprême n'a pas rejeté cette prétention parce qu'elle était dénuée de fondement, mais plutôt parce qu'il n'y avait aucun élément de preuve étayant celle-ci. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Wilson a écrit ce qui suit:

^b Le problème que j'éprouve à l'égard de cet argument c'est qu'aucun élément de preuve n'a été présenté en première instance concernant la rentabilité d'une nouvelle location. En l'absence de tels éléments de preuve, il est impossible de dire si une nouvelle location aurait été préférable à la revente. De toute évidence, la charge de la preuve est très importante en l'espèce.

^c Il semble évident que la charge de la preuve incombe au défendeur. Comme l'a souligné le juge Laskin, au nom de la Cour dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, à la p. 331:

^d Si le défendeur prétend que le demandeur aurait pu raisonnablement minimiser la perte alléguée, il incombe au défendeur d'en faire la preuve, à moins que ce dernier ne se contente de laisser au juge de première instance le soin de trancher cette question à la lumière de son évaluation de la preuve des conséquences évitables fournie par le demandeur⁴⁶.

^e Ce qu'il est raisonnable de faire dans les circonstances est une question de fait et de bon sens. Par exemple, supposons que l'intimée a remisé dans son entrepôt une certaine quantité de sucre brut lui appartenant et que ce sucre n'est pas assuré. Une inondation inattendue endommage le sucre et réduit sa polarité et, par conséquent, sa valeur intrinsèque. Que devrait raisonnablement faire l'intimée dans les circonstances pour limiter ses dommages: incorporer le sucre avarié à du sucre brut sain avant de le traiter, ou vendre le sucre brut avarié sur le marché de la récupération et subir une perte plus importante? Poser la question c'est y répondre. Pourquoi cela serait-il différent maintenant si le sucre est assuré et que les dommages-intérêts sont payés par un tiers? Pourquoi la situation devrait-elle être différente si le sucre dont l'intimée est propriétaire est endommagé non pas dans son entrepôt mais à bord du navire qui le transporte? En réalité, cela ne fait aucune différence en ce qui concerne l'obligation de limiter les dommages.

⁴⁶ *Idem*, aux p. 458-459.

The blending of the damaged sugar with sound sugar and its subsequent refining were reasonable steps to take in the circumstances to mitigate the losses. These steps were even more reasonable for the respondent who, as a refiner, had the necessary expertise and machinery to do so.

Counsel for the respondent submitted that, in fixing the damages, characteristics that are peculiar to the plaintiff ought not to be taken into account. I agree. For example, it is irrelevant in determining the extent of the damages that a plaintiff had a resale contract with a third party and made a profit in reselling the damaged goods.⁴⁷ The damages and their *quantum* exist irrespective of the special or peculiar characteristics of a plaintiff. However, this rule applies to the determination of the damages, not to the scope of the duty to mitigate them. When it comes to the duty to mitigate, it is worth remembering that the duty is on the plaintiff, not on some fanciful and abstract personage. The question then becomes: what is reasonable for the plaintiff to do in the circumstances? In the present case, what was reasonable for the respondent to do or, to put it another way, what were the reasonable steps that the respondent ought to have taken in the circumstances? In view of the limited damage to the raw sugar and of the fact that the sugar was recoverable, only one answer could be given: blend it with sound sugar and refine it as originally planned. That was the duty of the respondent in the circumstances of this case as the risks were minimal and manageable.⁴⁸

c) Rule applicable when mitigation goes beyond what is imposed by the duty to mitigate

In any event, I am satisfied that the principle enunciated in the *British Westinghouse* case⁴⁹ and followed by the Supreme Court of Canada in the

⁴⁷ *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.).

⁴⁸ See *Indiana Farm Bureau Cooperative Ass'n. Inc. v. S.S. Sovereign Faylenne*, [1978] A.M.C. 1514, where it was found to be unreasonable to have sold the cargo on the salvage market when it could have been reconditioned.

⁴⁹ *Supra*, note 6.

Dans les circonstances, l'incorporation du sucre avarié à du sucre sain et son raffinage subséquent étaient des mesures raisonnables à prendre pour limiter les dommages. Ces mesures étaient encore plus raisonnables dans le cas de l'intimée qui, en tant que raffineur, possédait les connaissances et l'équipement nécessaires pour le faire.

L'avocate de l'intimée a soutenu qu'il ne faut pas tenir compte des caractéristiques particulières du demandeur en fixant le montant des dommages-intérêts. Je suis d'accord. Par exemple, il importe peu, en déterminant l'étendue des dommages, qu'un demandeur soit lié par contrat avec un tiers et qu'il ait réalisé un profit en revendant les marchandises avariées⁴⁷. Les dommages et le montant auxquels ils sont fixés existent indépendamment des caractéristiques particulières ou spéciales du demandeur. Cependant, cette règle s'applique à l'évaluation des dommages mais non à l'étendue de l'obligation de les limiter. Il convient de se rappeler que cette obligation incombe au demandeur et non à une personne abstraite et fictive. La question qui se pose alors est la suivante: qu'est-il raisonnable pour le demandeur de faire dans les circonstances? En l'espèce, qu'était-il raisonnable de faire pour l'intimée ou, en d'autres termes, quelles étaient les mesures raisonnables qu'elle aurait dû prendre compte tenu des circonstances? Si on tient compte des dommages limités causés au sucre brut et du fait que le sucre était récupérable, une seule réponse est possible: l'incorporer à du sucre sain et le raffiner comme prévu à l'origine. Telle était l'obligation de l'intimée en l'espèce vu que les risques étaient minimes et qu'il était possible d'y faire face⁴⁸.

c) Règle applicable lorsque les mesures prises pour limiter le préjudice vont au-delà de ce qui est imposé par cette obligation

De toute façon, je suis convaincu que le principe formulé dans l'arrêt *British Westinghouse*⁴⁹ et suivi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

⁴⁷ *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.).

⁴⁸ Voir *Indiana Farm Bureau Cooperative Ass'n. Inc. v. S.S. Sovereign Faylenne*, [1978] A.M.C. 1514, où l'on a jugé déraisonnable d'avoir vendu la cargaison sur le marché de la récupération étant donné que celle-ci pouvait être remise en état.

⁴⁹ *Supra*, note 6.

Cockburn case⁵⁰ applies. After having stated as a first principle that, in case of a breach of contract, an injured party is entitled to receive such a sum by way of damages as will put him in the same position as if the contract had been performed, Duff J. of the Supreme Court wrote, quoting the House of Lords:

But this first principle is qualified by a second, which imposes on the plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps. In the words of James L.J. in *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (2), at p. 25: "The person who has broken the contract is not to be exposed to additional cost by reason of the plaintiffs not doing what they ought to have done as reasonable men, and the plaintiffs not being under any obligation to do anything otherwise than in the ordinary course of business."

As James L.J. indicates, this second principle does not impose on the plaintiff an obligation to take any step which a reasonable and prudent man would not ordinarily take in the course of his business. But when in the course of his business he has taken action arising out of the transaction which action has diminished his loss, the effect in actual diminution of the loss he has suffered may be taken into account even though there was no duty on him to act.⁵¹ [Emphasis added.]

Whether or not the respondent was under a duty to blend the damaged sugar with sound sugar and process it in the course of its business, it did so successfully and thereby avoided the losses that would have resulted from a breach of contract. The appellants are entitled to the benefit of that successful mitigation.

The Extent of the Damages Suffered by the Respondent

It is settled law that a plaintiff is entitled to recover expenses reasonably incurred in mitigating his damages.⁵² In my view, the plaintiff bears the burden of proving those expenses, especially when they relate to steps and measures taken by the plaintiff that are within its exclusive knowledge. As my colleague Décary J.A. puts it, "there are limits to what a wrong-

⁵⁰ *Supra*, note 7.

⁵¹ *Id.*, at p. 267.

⁵² See *McGregor on Damages*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1988, at pp. 323-325; J. G. Fleming, *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987, at p. 227; A. S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths, 1987, at p. 67.

*Cockburn*⁵⁰ s'applique. Après avoir posé comme premier principe que, en cas d'inexécution d'un contrat, la partie lésée a le droit de recevoir à titre de dommages-intérêts une somme qui la placera dans la même position que si le contrat avait été exécuté, le juge Duff de la Cour suprême, citant la Chambre des lords, a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Mais ce principe est limité par un autre qui impose au demandeur l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le préjudice résultant de l'inexécution du contrat et qui l'empêche d'être indemnisé pour la partie du préjudice qu'il aurait ainsi pu éviter. Comme l'a écrit lord James dans *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (2), à la p. 25: «Celui qui ne respecte pas un contrat n'est pas responsable des dommages supplémentaires attribuables à l'inaction des demandeurs, ces derniers étant tenus d'agir en personnes raisonnables sans toutefois être obligés de prendre d'autres mesures que celles se situant dans le cours normal des affaires».

Comme le précise lord James, ce second principe n'impose pas au demandeur l'obligation de prendre des mesures différentes de celles que prendrait une personne raisonnable et prudente dans le cours normal de ses affaires. Cependant, lorsque dans le cours de ses affaires, il prend une mesure liée à la transaction qui a pour effet de réduire les pertes, la diminution du préjudice peut être prise en considération même s'il n'était pas tenu d'agir ainsi⁵¹. [Non souligné dans le texte original.]

Que l'intimée ait eu ou non l'obligation d'incorporer le sucre avarié à du sucre sain et de le traiter dans le cours normal de ses affaires, elle y est parvenue et elle a ainsi évité les pertes qui auraient découlé de l'inexécution du contrat. Les appelants ont le droit de profiter des mesures qui ont permis de limiter le préjudice.

L'étendue du préjudice subi par l'intimée

Il est bien établi en droit qu'un demandeur a le droit de se faire rembourser les frais qu'il a raisonnablement engagés pour limiter son préjudice⁵². À mon avis, il incombe au demandeur de prouver ces frais, en particulier lorsqu'ils se rapportent à des mesures qu'il a prises et dont il est le seul au courant. Comme le dit mon collègue le juge Décary, J.C.A., «il y a des

⁵⁰ *Supra*, note 7.

⁵¹ *Idem*, à la p. 267.

⁵² Voir *McGregor on Damages*, 15^e éd., London: Sweet & Maxwell, 1988, aux p. 323 à 325; J. G. Fleming, *The Law of Torts*, 7^e éd., Sydney: Law Book Co., 1987, à la p. 227; A. S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths, 1987, à la p. 67.

doer can establish when it comes to assessing what the plaintiff did or could have done”.

In the case at bar, the only evidence tendered by the respondent of its mitigating costs is the excerpt quoted by my colleague Madam Justice Desjardins. The witness for the respondent, Mr. Makin, testified that the respondent kept no data on the costs generated by the mitigation. He went on to merely assert that he “probably felt all said and done that it was a wash” by which he meant to say that the mitigating costs amounted to the \$139,830.09 received from the cargo underwriter for the loss of value of the damaged sugar.

The least one can say with this self-serving evidence is that it is scant if not flimsy evidence. Need it be restated that damages cannot be recovered on “guesswork or surmise”.⁵³

Counsel for the respondent argued almost in despair that the respondent ought not to be penalized for having successfully avoided the losses and therefore should not be subjected to the extra expense or cost of monitoring the mitigation costs. I do not think that the respondent was required to put in place a sophisticated system of computing the mitigation costs nor to track them down in minute detail. However, one would have expected the respondent to describe the additional operations required by the blending and the subsequent processing and at least submit a rough estimate of the costs for each of these operations.

Having said that, there is evidence that the damaged sugar generated extra costs in the amount of \$25,990.89 at the time of its unloading and transportation to the respondent’s warehouse. These costs are detailed as follows:

Labour and clean up of scales and conveyors:
\$6,162.72

⁵³ *Erie County Natural Gas and Fuel Company v. Carroll*, [1911] A.C. 105 (P.C.), at p. 118.

limites à ce que l’auteur d’un délit peut prouver lorsqu’il s’agit de déterminer ce que le demandeur a fait ou aurait pu faire».

En l’espèce, la seule preuve produite par l’intimée au sujet des frais qu’elle a engagés pour limiter son préjudice est l’extrait cité par ma collègue, Madame le juge Desjardins. Le témoin de l’intimée, M. Makin, a témoigné qu’elle n’avait conservé aucune donnée sur les coûts occasionnés par les mesures prises pour limiter les dommages. Il a tout simplement ajouté [TRADUCTION] «qu’il estimait probablement que, tout compte fait, il n’y avait eu ni perte ni gain», signifiant ainsi que les frais engagés pour limiter le préjudice s’élevaient à 139 830,09 \$, soit la somme reçue de l’assureur de la cargaison pour la dépréciation du sucre avarié.

Le moins que l’on puisse dire de cette déclaration intéressée est qu’il s’agit d’une preuve insuffisante sinon faible. Est-il besoin de redire que les dommages-intérêts ne peuvent être attribués sur la base [TRADUCTION] «de conjectures ou d’hypothèses»⁵³?

L’avocate de l’intimée a soutenu, presque en désespoir de cause, qu’il ne faudrait pas pénaliser sa cliente parce qu’elle a réussi à éviter des pertes et qu’elle ne devrait donc pas être tenue de payer les frais supplémentaires nécessaires pour exercer un contrôle sur les dépenses engagées pour limiter le préjudice. Je ne pense pas que l’intimée devait mettre en place un système perfectionné lui permettant de calculer les frais engagés pour limiter le préjudice et d’en connaître les moindres détails. Cependant, il aurait été normal qu’elle décrive les opérations supplémentaires requises par l’incorporation du sucre et son traitement ultérieur, et qu’elle fournisse au moins une évaluation approximative du coût de chacune de ces opérations.

Ceci étant dit, la preuve indique qu’il a été nécessaire de déboursier une somme supplémentaire de 25 990,89 \$ pour décharger le sucre avarié et le transporter jusqu’à l’entrepôt de l’intimée. Les frais engagés sont les suivants:

Main-d’œuvre et nettoyage des balances et bandes transporteuses: 6 162,72 \$

⁵³ *Erie County Natural Gas and Fuel Company v. Carroll*, [1911] A.C. 105 (P.C.), à la p. 118.

Additional costs for Seaway Terminals-Discharging: \$2,237.64

Additional costs from Empire Stevedoring Co. for labour: \$16,437.87

Additional costs from Camerson and Sons for labour: \$693.16

Additional costs from Burns Security for labour: \$459

Frais supplémentaires pour le déchargement (terminaux Seaway): 2 237,64 \$

Frais supplémentaires pour la main-d'œuvre (Empire Stevedoring Co.): 16 437,87 \$

Frais supplémentaires pour la main-d'œuvre (Camerson and Sons): 693,16 \$

Frais supplémentaires pour la main-d'œuvre (Burns Security): 459 \$

It is only fair and reasonable to infer that the handling of the damaged sugar, at the time of the blending, also generated some extra costs. It is also reasonable to expect some additional costs of processing and refining.

Il n'est que juste et raisonnable de conclure que la manutention du sucre avarié, au moment de son incorporation, a aussi occasionné des frais supplémentaires. Il est également raisonnable de penser que le traitement et le raffinage ont entraîné des frais supplémentaires.

I do not think, however, that those costs were in the amount guessed or surmised by the witness for the respondent. Nor do I think that they were similar to those incurred for the unloading. Bearing in mind that they had the burden of proving those costs, not merely asserting them, I would fix them at \$50,000, which appears reasonable in the circumstances.

Toutefois, je ne pense pas que ces frais représentaient la somme avancée ou fixée par le témoin de l'intimée. Je ne pense pas non plus que ces frais étaient comparables à ceux engagés pour le déchargement. Compte tenu du fait qu'il incombait à l'intimée non seulement de réclamer ces frais mais de les prouver, je fixerais ceux-ci à 50 000 \$, ce qui semble être une somme raisonnable dans les circonstances.

The Rate of Interest

The parties had agreed that the commercial rate of interest at the time of the trial before the Trial Judge was 11.78%. The learned Judge fixed it at 9% compounded semi-annually, and made the interests payable from the date of the loss to the date of payment of his judgment. The appellants would like the rate of post-judgment interest to be based on the average rate of interest that the Federal Court of Canada pays on funds on deposit in Court. I see no reason to intervene.

Le taux d'intérêt

Les parties ont reconnu que le taux d'intérêt commercial au moment de l'instruction devant le juge de première instance était de 11,78 %. Le juge a fixé l'intérêt à 9 %, composé semestriellement, et il a statué que les intérêts étaient payables depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement de son jugement. Les appelants souhaiteraient que le taux de l'intérêt postérieur au jugement soit fixé en fonction du taux d'intérêt moyen que la Cour fédérale du Canada paie sur les sommes qui sont consignées en son greffe. Je ne vois aucune raison d'intervenir.

Conclusion

In my view, the learned Trial Judge erred in law in his appreciation of the damages suffered by the respondent. I would allow the appeal in part with costs and condemn the appellants to pay to the respondent the sum of \$75,990.89 representing the additional expenses for unloading the cargo and the additional expenses incurred in the mitigation of damages. The interest rate should be 9% *per annum*

Conclusion

À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur de droit dans son appréciation des dommages subis par l'intimée. J'accueillerais l'appel en partie, avec dépens, et je condamnerais les appelants à verser à l'intimée la somme de 75 990,89 \$, ce qui représente les frais supplémentaires occasionnés par le déchargement de la cargaison ainsi que les dépenses supplémentaires engagées pour limiter les dom-

compounded semi-annually from the date of the loss to the date of payment of this present judgment. I would dismiss the respondent's cross appeal with costs.

gages. Les intérêts devraient être de 9 % par année, composés semestriellement, depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement du présent jugement. Je rejetterais l'appel incident de l'intimée, avec dépens.

T-552-88
Canadian National Railway Company (*Plaintiff*)

T-552-88
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (*demanderesse*)

v.

a c.

Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., Crown Forest Industries Ltd., Fletcher Challenge Ltd., The Tug "Jervis Crown", The Barge "Crown Forest No. 4", Francis MacDonnel, Rivtow Straits Ltd. and R.V.C. Holdings Ltd., operating under the firm name and style of Westminster Tug Boats and the said Westminster Tug Boats, The Tug "Westminster Chinook" and Barry Smith (*Defendants*)

Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., Crown Forest Industries Ltd., Fletcher Challenge Ltd., le remorqueur «Jervis Crown», le chaland «Crown Forest no. 4», Francis MacDonnel, Rivtow Straits Ltd. et R.V.C. Holdings Ltd., faisant affaire sous la raison sociale de Westminster Tug Boats et ladite Westminster Tug Boats, le remorqueur «Westminster Chinook» et Barry Smith (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. JERVIS CROWN (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. JERVIS CROWN (LE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Vancouver, November 22; Ottawa, December 10, 1993.

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 22 novembre; Ottawa, 10 décembre 1993.

Damages — Compensatory — Corporate expenses resulting from collision of ship with railway bridge — Overhead, including general administrative overhead, recoverable as costs incurred by plaintiff due to accident — Claim for taxi services substantiated — Wages for temporary supervisors recoverable to extent of increase over regular salary — Charges relating to processing invoices recoverable as percentages applied reasonable, adopted by industry in such cases — Plaintiff stopped from arguing compound interest should be awarded as matter implicitly dealt with in earlier proceeding, on basis of simple interest.

Domages-intérêts — Compensatoires — Dépenses engagées par l'entreprise à la suite de la collision du navire avec un pont de chemin de fer — Les frais généraux, y compris les frais imputables à la gestion générale, peuvent être recouvrés au titre des coûts engagés par la demanderesse en raison de l'accident — Le bien-fondé de la demande relative aux frais de taxi a été établi — L'excédent de la rémunération des superviseurs temporaires sur leur salaire régulier pouvait être recouvré — Les frais relatifs au traitement des factures pouvaient être recouvrés dans la mesure où les pourcentages appliqués étaient raisonnables et conformes à la pratique adoptée par l'industrie en pareilles circonstances — La demande d'intérêts composés par la demanderesse était irrecevable, cette question ayant déjà été tranchée implicitement dans une instance antérieure, par une présupposition en faveur de l'octroi d'intérêts simples.

This was an assessment of damages subsequent to a trial as to liability before Addy J. at which the plaintiff was held entitled to judgment against the defendants as a result of an accident caused when the *Jervis Crown*, towing a barge at a high speed in heavy fog, collided with a railway bridge. The bridge was closed to traffic for one month, during which time the railways had to reroute traffic over another bridge and the transportation of freight was delayed, cancelled or done by other means.

Évaluation des dommages-intérêts à la suite d'une instruction sur la question de la responsabilité, tenue devant le juge Addy, à l'issue de laquelle la demanderesse a obtenu jugement contre les défendeurs en raison d'un accident survenu lorsque le *Jervis Crown*, qui remorquait un chaland par un épais brouillard, à haute vitesse, est entré en collision avec un pont de chemin de fer. Le pont a été fermé au trafic pendant un mois, période au cours de laquelle les sociétés ferroviaires ont dû réacheminer le trafic vers un autre pont et le transport des marchandises a été reporté, n'a pas été fait ou a été effectué par d'autres moyens.

The items of the claim upon which the parties had not agreed were: a claim with respect to overhead amounting to \$215,542.71; a claim for expenses incurred in checking, assessing and paying third party invoices amounting to

Les éléments de la demande sur lesquels les parties ne se sont pas entendues sont: une demande relative aux frais généraux s'élevant à 215 542,71 \$; une demande de 10 894,75 \$ au titre des dépenses engagées pour vérifier, évaluer et payer les

\$10,894.75; a claim for wages paid to four temporary supervisors in the amount of \$22,979.20; a claim for taxi expenses in the amount of \$14,193.55. There was also the question of whether compound or simple interest should be awarded.

Held, the claims should be allowed, but the amount with respect to wages was limited to the additional wages paid to the four temporary supervisors. Interest was to be calculated on a simple interest basis.

Taxi Services

There was no dispute with respect to taxi services to “unique locations”—places where plaintiff would not normally require such service. With respect to taxi services to non-unique locations, the evidence made it clear that the usage by the plaintiff increased substantially, to the full extent of the claim, as a result of the damage to the bridge.

Wages for Supervisors

The wages claimed were paid to four carmen who were asked to act as temporary supervisors at another location during the time of the detour. The evidence disclosed that the four temporary supervisors were paid approximately ten percent more than the amount they would have received as carmen. The defendants agree that a claim for these additional wages was recoverable by the plaintiff.

Charges Relating to Processing Invoices

Case law establishes that adopting percentages as an assessment of costs incurred is not contrary to the principles of damage assessment. The percentages which were sought to be applied were ones adopted by the industry as a reasonable charge for the expenses incurred. On at least one occasion, which ended up saving the defendants six times the amount plaintiff was claiming in this respect, it was clear that a considerable amount of time was spent by the plaintiff's employees verifying, negotiating and eventually obtaining the reissuance of an invoice. The charges were reasonable in the circumstances.

Overhead

There need not be a demonstrated direct link between the claim relating to any specific item of overhead and the damage arising out of the accident. Case law has established that overhead may be recoverable as costs incurred by a plaintiff as a result of injury caused to it. The plaintiff claimed overhead in relation to three types of activity occasioned by the accident and bridge closure: the extra miles which the plaintiff's trains

factures présentées par des tiers; une demande concernant la rémunération versée à quatre superviseurs temporaires pour un total de 22 979,20 \$; une demande couvrant des frais de taxi se chiffrant à 14 193,55 \$. La question de savoir s'il convenait d'accorder des intérêts simples ou des intérêts composés était aussi en litige.

Jugement: les demandes doivent être accueillies, mais le montant de la rémunération des quatre superviseurs temporaires a été limité à l'excédent de leur rémunération sur leur salaire régulier. Les intérêts devaient être calculés comme des intérêts simples.

Les services de taxi

Les parties s'entendaient sur la question des services de taxi à partir ou à destination de «lieux exceptionnels»—savoir de lieux vers lesquels ou à partir desquels la demanderesse n'aurait normalement pas utilisé de services de taxi. Quant aux services de taxi à partir ou à destination de lieux non exceptionnels, la preuve a établi clairement que les dommages causés au pont ont entraîné une augmentation importante des services utilisés par la demanderesse, équivalant au plein montant de la demande.

La rémunération des superviseurs

La rémunération réclamée a été versée à quatre wagonniers auxquels on a demandé de travailler temporairement comme superviseurs à un autre endroit pendant la période de détournement du trafic. La preuve révèle que les quatre superviseurs temporaires ont reçu une rémunération supérieure d'environ 10 p. 100 à celle qu'ils auraient reçue en qualité de wagonniers. Les défendeurs ont reconnu que la demanderesse pouvait recouvrer le montant de cette rémunération additionnelle.

Les frais relatifs au traitement des factures

La jurisprudence reconnaît que l'utilisation de pourcentages pour fixer le montant des frais engagés ne va pas à l'encontre des principes d'évaluation des dommages-intérêts. Les pourcentages que la demanderesse entendait utiliser étaient appliqués par l'ensemble de l'industrie, qui jugeait ces frais raisonnables en regard des dépenses engagées. À au moins une occasion, il est clair que les employés de la demanderesse ont consacré énormément de temps à la vérification d'une facture, puis à des négociations et à l'obtention d'une nouvelle facture, ce qui a permis aux défendeurs d'épargner, en bout de ligne, un montant représentant six fois celui réclamé par la demanderesse. Les frais réclamés étaient raisonnables dans les circonstances.

i Les frais généraux

Il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité direct entre chacun des éléments des frais généraux réclamés et les dommages causés par l'accident. Selon la jurisprudence, les frais généraux peuvent être recouverts au titre des dépenses engagées par une partie demanderesse en raison du préjudice qu'elle a subi. La demanderesse a réclamé des frais généraux relativement à trois types d'activités découlant de l'accident et

were required to travel as a result of the detours and rerouting; the construction of temporary repair facilities and additional construction, repair or maintenance of tracks and roadways. Cost calculations had been done in accordance with generally accepted accounting principles.

The defendants' argument that only items of overhead which increase as a result of the accident should be included in the claim was not supported by either the case law, the expert evidence or common sense. It was obvious that in the case of an accident of this type, employees of the plaintiff, other than first-line operatives, would have to spend time coping with the disruption of the plaintiff's normal business activities. The company's resources, both personnel and material, would be used for this purpose. Management time, clerical staff time, changes needed to computer programs, data processing charges, telephone services and a myriad of other items would be involved.

It may well be that different approaches to overhead are required in different cases. In the present case, the claims for overhead, including that described as relating to general management, have been shown to be part of the cost incurred by the plaintiff as a result of the accident and have been demonstrated as reasonable.

Compound or Simple Interest

It was not necessary to decide whether it would be appropriate in the present case to award compound interest since the matter had already been implicitly dealt with (on the basis that simple interest should be awarded) in an earlier proceeding. Issue estoppel therefore applied.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 500.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Mather et al., [1954] O.W.N. 382 (C.A.); *C.P.R. v. Can. Freightways Ltd. and O'Bray* (1962), 39 W.W.R. 191 (B.C.C.A.); *Bell Telephone Co. of Canada v. Montreal Dual Mixed Concrete Ltd. & Highway Paving Co.* (1959), 23 D.L.R. (2d) 346; 80 C.R.T.C. 363; [1959] R.L. 425 (Que. C.A.); *British Columbia Hydro and Power Authority v. Marathon Realty Co.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 419 (B.C.C.A.).

de la fermeture du pont: la distance additionnelle que les trains de la demanderesse ont dû parcourir en raison de leur détournement et de leur réacheminement; la construction additionnelle d'installations temporaires destinées aux réparations; la construction, la réparation ou l'entretien additionnels des voies ferrées et des chemins. Pour calculer ses coûts, la demanderesse a utilisé des principes comptables généralement reconnus.

L'argument des défendeurs selon lequel seuls les éléments des frais généraux qui ont augmenté en raison de l'accident auraient dû être inclus dans la demande ne pouvait s'appuyer ni sur la jurisprudence, ni sur le témoignage de l'expert ni sur le simple bon sens. Il était bien évident que, dans le cas d'un accident comme celui qui s'est produit en l'espèce, les employés de l'entreprise qui n'étaient pas des travailleurs de première ligne devaient nécessairement consacrer du temps aux problèmes découlant de la perturbation des activités commerciales normales de la demanderesse. L'entreprise devait y affecter à la fois des ressources humaines et des ressources matérielles. Des frais ont dû être engagés relativement au travail des gestionnaires et du personnel administratif, aux changements apportés aux programmes informatiques, aux frais de traitement des données, aux services téléphoniques et à une multitude d'autres éléments.

Il se peut fort bien qu'il y ait lieu d'aborder différemment la question des frais généraux dans des situations différentes. En l'espèce, il a été démontré que les frais généraux réclamés, y compris ceux désignés comme imputables à la gestion générale, faisaient partie des coûts supportés par la demanderesse en raison de l'accident et étaient raisonnables.

Les intérêts simples et les intérêts composés

Il n'était pas nécessaire en l'espèce de décider s'il y avait lieu d'accorder des intérêts composés étant donné que cette question avait déjà été tranchée implicitement (par une présupposition en faveur de l'octroi d'intérêts simples) dans une instance antérieure. Le principe de la préclusion fondée sur l'identité de la question s'appliquait.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 500.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Mather et al., [1954] O.W.N. 382 (C.A.); *C.P.R. v. Can. Freightways Ltd. and O'Bray* (1962), 39 W.W.R. 191 (C.A.C.-B.); *Bell Telephone Co. of Canada v. Montreal Dual Mixed Concrete Ltd. & Highway Paving Co.* (1959), 23 D.L.R. (2d) 346; 80 C.R.T.C. 363; [1959] R.L. 425 (C.A. Qué.); *British Columbia Hydro and Power Authority v. Marathon Realty Co.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 419 (C.A.C.-B.).

DISTINGUISHED:

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (1990), 32 C.P.R. (3d) 385; 38 F.T.R. 251 (F.C.T.D.); *Hi-Speed Tools Limited v. Empire Tool Works* (1923), 25 O.W.N. 172.

REFERRED TO:

Miller Dredging Ltd. v. Dorothy MacKenzie (The), [1993] B.C.J. No. 153 (Q.L.); *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.* (1989), 97 N.R. 384 (F.C.A.); approved [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Amoco Cadiz, In re*, [1992] A.M.C. 913.

AUTHORS CITED

Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Court Order Interest Act*. Victoria, B.C.: Queen's Printer, 1987. ^c

ASSESSMENT OF DAMAGES subsequent to a Trial Division decision on liability dated April 14, 1989 (*Cdn. National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* (1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); affd [1990] 3 F.C. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. (2d) 229; 104 N.R. 321 (C.A.); affd [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 137 N.R. 241). ^d

COUNSEL:

Marshall Bray for B.C. Power and Hydro Authority. ^f

David F. McEwen for CNR Co.

M. Ian Giroday for Burlington Northern Railroad. ^g

Murray L. Smith and Raj Samtani for defendants.

SOLICITORS:

Golman Mathiesen Lakhani Seligman, Vancouver, for B.C. Power and Hydro Authority.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for CNR Co.

Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver, for Burlington Northern Railroad. ⁱ

Campney & Murphy, Vancouver, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^j

DISTINCTION FAITE AVEC:

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (1990), 32 C.P.R. (3d) 385; 38 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.); *Hi-Speed Tools Limited v. Empire Tool Works* (1923), 25 O.W.N. 172.

DÉCISIONS CITÉES:

Miller Dredging Ltd. v. Dorothy MacKenzie (The), [1993] B.C.J. No. 153 (Q.L.); *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.* (1989), 97 N.R. 384 (C.A.F.); approuvée par [1991] 1 R.C.S. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Amoco Cadiz, In re*, [1992] A.M.C. 913.

DOCTRINE

Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Court Order Interest Act*. Victoria, B.C.: Queen's Printer, 1987.

ÉVALUATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS par suite d'une décision rendue par la Section de première instance le 14 avril 1989 relativement à la question de la responsabilité (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.* (1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [1990] 3 C.F. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. (2d) 229; 104 N.R. 321 (C.A.); conf. par [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 137 N.R. 241). ^e

AVOCATS:

Marshall Bray pour B.C. Power and Hydro Authority.

David F. McEwen pour la Cie des chemins de fer nationaux.

M. Ian Giroday pour Burlington Northern Railroad.

Murray L. Smith et Raj Samtani pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Golman Mathiesen Lakhani Seligman, Vancouver, pour B.C. Power and Hydro Authority.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour la Cie des chemins de fer nationaux.

Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver, pour Burlington Northern Railroad.

Campney & Murphy, Vancouver, pour les défendeurs.

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

REED J.: This decision relates to the assessment of damages which the plaintiff is entitled to recover from the defendants as a result of Mr. Justice Addy's decision of April 14, 1989 [*Cdn. National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* (1989), 49 C.C.L.T. 1 (F.C.T.D.)].

The accident which gave rise to the damages was caused when the *Jervis Crown*, owned and operated by the Norsk defendants and under the control of their captain Francis MacDonnel, towing the barge *Crown Forest No. 4* after dark on an ebb tide in heavy fog attempted to transit the New Westminster Railway Bridge at nearly full speed. As a result, the *Crown Forest No. 4* collided with the bridge. The bridge was badly damaged and was closed to rail traffic from November 28, 1987 to December 23, 1987. It is admitted that as a result of the accident,

The railways were required to reroute traffic over another bridge located further upstream. The transportation of freight by rail was delayed and/or freight was transported by other means or was not transported at all.

The trial on the subject of liability took place in 1989, and a judgment in favour of the plaintiff was handed down on April 14, 1989. That judgment was appealed to the Federal Court of Appeal which appeal was dismissed on January 5, 1990 [[1990] 3 F.C. 114]. That decision was appealed to the Supreme Court of Canada and that appeal was dismissed on April 30, 1992 [[1992] 1 S.C.R. 1021]. An application for re-hearing of the appeal before the Supreme Court of Canada was dismissed on July 23, 1992.

Prior to the hearing before me, agreement was reached by the parties on many aspects of the claim. The plaintiff's claim is for \$1,681,315.58 plus interest. Of this amount only \$263,610.20 remains in dispute, together with the question of whether simple or compound interest should be awarded. Counsel advises that the difference in the award referable to this last would amount to approximately \$300,000.

LE JUGE REED: La décision porte sur l'évaluation des dommages-intérêts que la demanderesse a le droit de recouvrer des défendeurs par suite de la décision rendue par M. le juge Addy le 14 avril 1989 [*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.* (1989), 49 C.C.L.T. 1 (C.F. 1^{re} inst.)].

L'accident qui a donné lieu à l'octroi des dommages-intérêts s'est produit de la façon suivante: le *Jervis Crown*, qui appartenait aux défendeurs Norsk, qui était exploité par eux et qui était sous le contrôle de leur capitaine Francis MacDonnel, remorquait le chaland *Crown Forest no. 4* par un épais brouillard, après la tombée de la nuit, à la marée descendante; il a tenté de passer le New Westminster Railway Bridge presque à pleine vitesse. Le *Crown Forest no. 4* est alors entré en collision avec le pont. Le pont a subi des dommages importants et a été fermé au trafic ferroviaire du 28 novembre 1987 au 23 décembre 1987. Il a été admis qu'en raison de l'accident,

[TRADUCTION] Les sociétés ferroviaires ont dû réacheminer le trafic vers un autre pont, situé plus en amont. Le transport de marchandises par rail a été reporté; dans certains cas, un autre moyen de transport a été utilisé ou le transport n'a tout simplement pas été fait.

L'instruction portant sur la question de la responsabilité a eu lieu en 1989 et jugement a été rendu en faveur de la demanderesse le 14 avril 1989. Ce jugement a été porté en appel à la Cour d'appel fédérale. L'appel a été rejeté le 5 janvier 1990 [[1990] 3 C.F. 114]. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada, mais celle-ci a rejeté le pourvoi le 30 avril 1992 [[1992] 1 R.C.S. 1021]. Une requête sollicitant une nouvelle audition du pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été rejetée le 23 juillet 1992.

Avant l'audition tenue devant moi, les parties se sont entendues sur de nombreux aspects de la demande. La demanderesse demande 1 681 315,58 \$, plus les intérêts. De cette somme, seul un montant de 263 610,20 \$ demeure en litige, avec la question de savoir s'il faut calculer les intérêts comme des intérêts simples ou des intérêts composés. L'avocat estime que l'octroi d'intérêts composés se traduirait par une différence d'environ 300 000 \$ dans le montant adjugé.

The items of the claim upon which the parties have not agreed are: a claim with respect to overhead amounting to \$215,542.71; a claim for expenses incurred in checking, assessing and paying third party invoices amounting to \$10,894.75; a claim for wages paid to four temporary supervisors in the amount of \$22,979.20; a claim for taxi expenses in the amount of \$14,193.55. I will deal with these issues in the reverse order to which they have been listed. Then the question of compound or simple interest will be considered.

Taxi Services

The dispute with respect to taxi services relates to the sufficiency of the evidence and whether the plaintiff has proven its claim. The plaintiff claimed \$38,470.51 as expenses incurred for taxi fares which were occasioned by the detour arrangements and rerouting of trains which it had to put in place as a result of the accident. Some of these expenses were incurred as a result of taxis taken to or from locations to which the plaintiff would not under normal circumstances have required such service (unique locations). Others were incurred as a result of an increased number of trips to or from locations to which the plaintiff normally used taxi services (non-unique locations). The expenses relating to the unique locations were identified and amounted to \$24,276.97. The defendants admit that these are properly recoverable. The defendants contest the expenses relating to the non-unique locations. The defendants argue that the latter were not properly identified or coded for accounting purposes by the plaintiff at the time the taxi services were rendered and therefore they have not been proven to have been caused by the accident.

The evidence makes it clear that as a result of the damage to the bridge, the taxi usage by the plaintiff to and from non-unique locations increased substantially. Mr. Hopewell pointed out that under normal operating conditions, the crews would often travel to the locations, where they were to commence their duties, on trains going to those locations. As a result of the closure of the bridge, this way of commuting

Les éléments de la demande sur lesquels les parties ne se sont pas entendues sont: une demande relative aux frais généraux s'élevant à 215 542,71 \$; une demande de 10 894,75 \$ au titre des dépenses engagées pour vérifier, évaluer et payer les factures présentées par des tiers; une demande concernant la rémunération versée à quatre superviseurs temporaires pour un total de 22 979,20 \$; une demande couvrant des frais de taxi se chiffrant à 14 193,55 \$. Je traiterai ces questions dans l'ordre inverse de leur énumération. J'examinerai par la suite la question des intérêts simples ou composés.

c Les services de taxi

Le litige concernant les services de taxi porte sur le caractère suffisant de la preuve et sur la question de savoir si la demanderesse a prouvé sa réclamation. La demanderesse a réclamé 38 470,51 \$ au titre des dépenses qu'elle a engagées en frais de taxi en raison du détournement et du réacheminement des trains auxquels elle a dû procéder à cause de l'accident. Certaines de ces dépenses ont été engagées pour des services de taxi à partir ou à destination de lieux vers lesquels ou à partir desquels la demanderesse n'aurait normalement pas utilisé de services de taxi (lieux exceptionnels). D'autres découlent de l'augmentation des déplacements à partir ou à destination de lieux vers lesquels ou à partir desquels la demanderesse utilise normalement des services de taxi (lieux non exceptionnels). Les dépenses concernant les lieux exceptionnels ont été identifiées et se chiffrent à 24 276,97 \$. Les défendeurs admettent que ces dépenses peuvent être recouvrées à juste titre. Ils contestent cependant les dépenses visant les lieux non exceptionnels. Les défendeurs soutiennent que la demanderesse n'a pas correctement identifié ou codé ces dépenses dans sa comptabilité au moment où les services de taxi ont été obtenus et qu'elle n'a donc pas établi qu'elles découlent de l'accident.

La preuve démontre clairement que les dommages causés au pont ont entraîné une augmentation importante des services de taxi utilisés par la demanderesse à partir et à destination des lieux non exceptionnels. M. Hopewell a souligné que, dans le cours normal des activités, les équipes se rendent souvent aux lieux où elles commencent à travailler en utilisant des trains qui passent par ces lieux. À la suite de la fer-

was not as likely to be available. Crews therefore had to travel to and from those locations by taxi. He also pointed out that because of the detours and the consequent delays, crews might be sent to locations at which the relevant trains did not arrive until the end of the crew's shift. In that case the crew would have to return and a second crew sent out. This would involve three taxi trips where there would normally have been none or perhaps only one.

The apportionment of the expenses relating to the non-unique locations as between normal expenses and those which were incurred as a result of the bridge closure was done by an employee of the plaintiff who normally reviewed the taxi invoices. In addition, a comparison was done, by one of the plaintiff's witnesses, of the taxi expenses incurred by the plaintiff during the two months preceding the accident and the two months after. When the average thus determined is compared with the actual taxi costs incurred by the plaintiff during the time of the bridge closure the estimated additional costs are calculated to have been approximately \$41,889. This is in the same ball park as the \$38,470.52 which was claimed.

Counsel for the defendants argues that this comparison should have been to the months of December for the previous year and the year following the accident. There is no evidence that those months are better comparables than the months which were chosen. In my view, the plaintiff has proven, on the balance of probabilities, that the \$14,193.55 for taxi service to non-unique locations was caused by the bridge closure.

Wages for Supervisors

The plaintiff claims wages paid to four individuals who before the accident worked as carmen at the Thornton Yard but who were sent to Lynn Creek during the time of the detour as temporary supervisors. While four individuals were involved there was only one person acting as a supervisor at any given time.

meture du pont, ce mode de déplacement n'était vraisemblablement plus aussi accessible. Les équipes ont donc dû voyager en taxi pour se rendre à ces lieux ou en revenir. Il a ajouté que, par suite des détournements et des retards qui en ont résulté, des équipes ont pu être envoyées à des lieux où les trains en cause sont arrivés après la fin de leur quart de travail. Il fallait alors ramener ces équipes et en envoyer de nouvelles. Dans ce cas, trois déplacements en taxi ont dû être faits alors qu'on n'aurait normalement pas utilisé de services de taxi ou qu'un seul voyage aurait peut-être suffi.

La ventilation des dépenses visant les lieux non exceptionnels, selon qu'il s'agissait de dépenses normales ou de dépenses découlant de la fermeture du pont, a été effectuée par un employé de la demanderesse qui vérifiait habituellement les factures de taxi. De plus, un des témoins de la demanderesse a comparé les dépenses de taxi engagées par la demanderesse durant les deux mois précédant l'accident à celles engagées au cours des deux mois qui l'ont suivi. Si on compare la moyenne ainsi établie au coût réel des services de taxi utilisés par la demanderesse pendant la période de fermeture du pont, on arrive à une estimation des coûts additionnels de l'ordre de 41 889 \$. Ce montant approximatif s'apparente à celui de la réclamation, savoir 38 470,52 \$.

L'avocat des défendeurs affirme qu'il aurait fallu utiliser, aux fins de la comparaison, le mois de décembre de l'année qui a précédé l'accident et le mois de décembre de l'année suivante. Aucun élément de preuve n'établit que la comparaison aurait été plus valable si l'on avait utilisé ces mois plutôt que les mois choisis. À mon avis, la demanderesse a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que les dépenses de 14 193,55 \$ engagées pour des services de taxi visant les lieux non exceptionnels résultent de la fermeture du pont.

La rémunération des superviseurs

La demanderesse réclame la rémunération versée aux quatre personnes qui travaillaient comme wagonniers avant l'accident à la gare de triage de Thornton et qui ont été envoyées à Lynn Creek en qualité de superviseurs temporaires pendant la période de détournement du trafic ferroviaire. Bien que quatre

The need for four arises because there were three shifts per day, seven days a week to be covered.

Counsel for the defendants argues that only the extra amount that these individuals were paid above their normal wages as carmen should be included in the claim. The plaintiff's evidence is that the total wages paid to these individuals was included in the claim because their duties at Thornton Yard were performed by others, for whose wages no claim was made. Mr. Tassone explained that although considerably fewer trains and cargo moved into and out of Thornton Yard during the time when the bridge was closed and although less carmen were needed at the Thornton Yard, the number of carmen working throughout the Vancouver Terminal area (Thornton Yard, Lynn Creek and Vancouver) remained constant. Mr. Tassone explained that the four carmen who were promoted to temporary supervisors were replaced by carmen off the overtime board.

I accept counsel for the defendants' argument, that there is simply insufficient proof, concerning the alleged extra overtime paid, to substantiate the plaintiff's claim. There is a lack of specificity in the evidence. No comparable data has been submitted to substantiate the claim for wages, even as a reasonable estimate.

The evidence discloses that the four temporary supervisors were paid approximately ten percent more than the amount they would have received as carmen. The defendants agree that a claim for these additional wages is recoverable by the plaintiff.

Charges Relating to Processing Invoices

The evidence establishes that in the case of invoices which have been paid by a company but which are being submitted for reimbursement to

personnes soient en cause, elles travaillaient à tour de rôle, une seule à la fois. Si on a dû avoir recours à quatre personnes, c'est qu'il fallait couvrir trois quarts de travail par jour, sept jours par semaine.

^a L'avocat des défendeurs soutient que seule la rémunération additionnelle versée à ces personnes en sus de leur traitement habituel de wagonniers doit être incluse dans la demande. Selon la preuve présentée par la demanderesse, si la totalité de la rémunération versée à ces personnes a été incluse dans la demande, c'est que leur travail à la cour de triage de Thornton a été accompli par d'autres travailleurs dont la rémunération n'a pas été réclamée. M. Tassone a expliqué que le nombre de trains et la quantité de marchandises qui sont passés par la cour de triage de Thornton pendant la fermeture du pont ont été considérablement réduits et que le nombre de wagonniers requis à la cour de triage de Thornton a diminué, mais que le nombre de wagonniers travaillant dans l'ensemble de la région desservie par le terminal de Vancouver (cour de triage de Thornton, Lynn Creek et Vancouver) est demeuré constant. M. Tassone a précisé que les quatre wagonniers qui ont été temporairement promus au poste de superviseurs ont été remplacés par des wagonniers travaillant en temps supplémentaire.

^f Je retiens l'argument de l'avocat des défendeurs selon lequel la preuve de la rémunération additionnelle que la demanderesse prétend avoir versée pour du temps supplémentaire est insuffisante pour justifier la demande. Cette preuve n'est pas assez précise. ^g La demanderesse n'a pas produit de données comparables, ni même d'estimations raisonnables, pour étayer sa demande relative à la rémunération de son personnel.

^h La preuve révèle que les quatre superviseurs temporaires ont reçu une rémunération supérieure d'environ 10 p. 100 à celle qu'ils auraient reçue en qualité de wagonniers. Les défendeurs reconnaissent que la demanderesse peut recouvrer le montant de cette rémunération additionnelle. ⁱ

Les frais relatifs au traitement des factures

Selon la preuve, lorsqu'une entreprise paye des factures et les présente ensuite à une autre entreprise pour en demander le remboursement, il est d'usage,

another, the practice in the railway industry is to add an additional charge, to the amount sought for reimbursement, to compensate for the processing of the invoice. The charge added is based on a schedule established by the Canadian Transport Commission (now the National Transportation Agency). The schedule authorizes the adding of 3% for the first \$50,000 payable under the invoice, 2% for the next \$50,000 and 1% for any amount exceeding \$100,000. The plaintiff is claiming from the defendants payment according to this scale for expenses incurred in processing and paying invoices which arose as a result of the accident, the amount of such invoices being ultimately recoverable from the defendants as part of the plaintiff's damage claim.

Counsel for the defendants argues that these charges are excessive, especially when applied to invoices for large amounts. It is argued that they bear no relation to the actual cost of the processing of the individual invoices which it is suggested in most instances would be a very perfunctory matter. Counsel for the defendants argues that the expenses claimed breach two principles applicable to the assessment of damages: they are based on arbitrary percentages and they are unreasonable.

Counsel for the plaintiff argues that while the charges are based on percentages, this is pursuant to a practice which is general in the industry. He argues that they are not unreasonable since while the verifying and checking of many invoices may be fairly straightforward, this will not always be the case. A number of steps are involved. The invoices are first checked not only for their arithmetical accuracy but also as to whether they conform to the terms of the contract pursuant to which they have been issued. They are then sent to the relevant operating department to verify that the work to which they relate was in fact performed and lastly the comptroller issues a cheque to pay the invoice. In this case, on one occasion the plaintiff's invoice checking and verification procedures led to errors being found which required negotiation with the invoicing party (Canadian Pacific Limited) including a field inspection of the track to which the invoice related. A new invoice was

dans le secteur ferroviaire, d'ajouter au montant du remboursement réclamé des frais additionnels à titre de compensation pour le traitement des factures. Ces frais sont fixés à l'aide d'un tarif établi par la Commission canadienne des transports (maintenant l'Office national des transports du Canada). Le tarif permet une majoration de 3 p. 100 pour la première tranche de 50 000 \$ facturée, de 2 p. 100 pour la tranche de 50 000 \$ qui suit et de 1 p. 100 pour tout montant facturé en sus de 100 000 \$. La demanderesse réclame des défendeurs le paiement d'un montant établi à l'aide de ce tarif pour les dépenses qu'elle a engagées pour le traitement et le paiement des factures découlant de l'accident et dont le montant fait partie des dommages-intérêts que la demanderesse pourra, en définitive, recouvrer des défendeurs.

L'avocat des défendeurs prétend que ces frais sont excessifs, plus particulièrement dans le cas des factures dont le montant est élevé. Il soutient qu'il n'existe aucun rapport entre ces frais et le coût réel de traitement de chaque facture qui se résumerait apparemment à une pure question de forme dans la plupart des cas. L'avocat des défendeurs affirme que les dépenses dont le remboursement est réclamé vont à l'encontre de deux principes applicables à l'évaluation des dommages-intérêts: elles sont fondées sur des pourcentages arbitraires et elles sont déraisonnables.

L'avocat de la demanderesse admet que ces frais sont fondés sur des pourcentages, mais précise que c'est là une pratique adoptée par l'ensemble de l'industrie ferroviaire. Il soutient qu'ils ne sont pas déraisonnables car, si la vérification de bon nombre de factures peut être effectuée sans problème, ce n'est pas toujours le cas. Ce processus comprend plusieurs étapes. Les factures sont d'abord vérifiées non seulement quant à l'exactitude des calculs arithmétiques, mais aussi quant à leur conformité avec les stipulations du contrat en vertu duquel elles sont délivrées. Elles sont ensuite transmises au service pertinent de l'exploitation qui s'assure que les travaux facturés ont bel et bien été exécutés. Enfin, le contrôleur prépare un chèque pour le paiement de chaque facture. En l'espèce, le processus de vérification des factures de la demanderesse a, à une occasion, permis de découvrir des erreurs qui l'ont obligée à négocier avec l'entreprise qui lui avait présenté une facture

eventually issued. It is clear that a considerable amount of time was spent by the plaintiff's employees in verifying and eventually negotiating the new invoice. The amount saved thereby was approximately \$60,000. The procedure which the plaintiff had followed ended up saving the defendants six times as much as the amount the plaintiff is claiming for expenses incurred in checking, verifying and processing all the relevant invoices.

As I read the jurisprudence, I do not find that adopting percentages as an assessment of costs incurred is contrary to the principles of damage assessment. The question is whether such percentages are reasonable. In this case, it would be totally impractical for each of the plaintiff's employees who handled one of the invoices in question to segregate and document the time he or she spent on that exercise. It is clear there is a cost involved in processing the invoices. The percentages which are sought to be applied are ones adopted by the industry as a reasonable charge for the expenses incurred. In this case there are invoices for small amounts and others for large amounts. It is not a situation in which only one or two large invoices had to be processed. On at least one occasion, it is clear that a considerable amount of time was spent by the plaintiff's employees verifying, negotiating and eventually obtaining the reissuance of an invoice. In the light of all these considerations it is my view that the charges are reasonable in the circumstances.

Overhead

The dispute between the parties concerning overhead was initially differently characterized by counsel for the plaintiff and counsel for the defendants. As I understood counsel for the plaintiff's arguments he anticipated that the defendants would argue that the plaintiff had used the wrong accounting methods in calculating its overhead costs and, that in any event, amounts relating to general management should not

(Canadien Pacifique Limitée) et notamment à effectuer une inspection physique de la voie ferrée en cause. Une nouvelle facture a été préparée par la suite. Il va de soi que les employés de la demanderesse ont consacré beaucoup de temps à la vérification et aux négociations qui ont précédé la préparation de la nouvelle facture. Le montant ainsi épargné s'élevait à environ 60 000 \$. Le processus adopté par la demanderesse a permis aux défendeurs d'épargner, en bout de ligne, un montant qui représente six fois celui que la demanderesse réclame pour les frais de vérification et de traitement de toutes les factures pertinentes.

Après avoir lu la jurisprudence, je conclus que l'utilisation de pourcentages pour fixer le montant des frais engagés ne va pas à l'encontre des principes d'évaluation des dommages-intérêts. La question qui se pose est celle de savoir si ces pourcentages sont raisonnables. En l'espèce, il ne serait absolument pas pratique de demander à chaque employé de la demanderesse qui a traité une facture de relever séparément le temps consacré à cette tâche et d'en faire la preuve à l'aide d'un document. Il est évident que le traitement des factures entraîne un coût. Les pourcentages que la demanderesse entend utiliser sont appliqués par l'ensemble de l'industrie, qui juge ces frais raisonnables en regard des dépenses engagées. Le montant des factures visées en l'espèce est peu élevé dans certains cas, très élevé dans d'autres. Il ne s'agit pas du traitement d'à peine une ou deux factures représentant des montants importants. Il est clairement établi qu'à au moins une occasion les employés de la demanderesse ont consacré énormément de temps à la vérification d'une facture, puis à des négociations et à l'obtention d'une nouvelle facture. Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime que les frais réclamés sont raisonnables dans les circonstances.

Les frais généraux

À l'origine, l'avocat de la demanderesse et l'avocat des défendeurs qualifiaient différemment le litige qui oppose les parties concernant les frais généraux. À l'examen des arguments de la demanderesse, il me semble qu'elle prévoyait que la plaidoirie des défendeurs serait fondée sur l'utilisation, par la demanderesse, de méthodes comptables inappropriées pour le calcul de ses frais généraux et sur l'obligation d'ex-

be included in overhead. As I understood counsel for the defendants, his argument was in part related to these facets of the overhead being claimed but it was also more fundamental. Counsel argues that there must be a demonstrated direct causal link between the claim relating to any specific item of overhead and the damage arising out of the accident. He argues that the link must be such that an increase in the amount of overhead payable by the plaintiff can be shown to have occurred as a result of the accident.

It is necessary first, I think, to review the jurisprudence. There is no doubt that overhead may be recoverable as costs incurred by a plaintiff as a result of injury caused to it. In *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Mather et al.*, [1954] O.W.N. 382 (C.A.), at page 383, the following was said:

It is a cardinal principle that only such damages are recoverable as arise naturally from the act complained of. In my opinion it would appear to be uncontroversial that certain expenses in the nature of the cost of superintendence and office expenses and overhead, such as mentioned hereinbefore, are a natural consequence arising from the act complained of in this instance. Undoubtedly the cost which is involved in connection with the repair of injuries, as here incurred, is more than that of the physical labour of the repairmen who expended time and labour in actually repairing or replacing the broken poles or wires. In the very nature of a business such as that of the respondent there must be certain preliminaries and superintendence involved which, in turn, involve the cost of clerks and stenographers. I am unable to hold that such costs are so remote from the damage as to fall within the category of costs that cannot be allowed as compensation.

There might be some real question if an attempt were made to collect a percentage of general costs of management. That overhead costs are a proper subject for inclusion in compensation has been well recognized, as illustrated by the decision of the Exchequer Court of Canada in *The King v. Petite*, [1933] Ex. C.R. 186. In this last-named report Angers J. reviewed a number of Admiralty cases and other authorities wherein an additional sum for overhead was allowed. [Underlining added.]

In *C.P.R. v. Can. Freightways Ltd. and O'Bray* (1962), 39 W.W.R. 191 (B.C.C.A.) the plaintiffs' claim for overhead was dismissed on the ground that it had not been adequately proven. At the same time

clure, de toute façon, des frais généraux les montants relatifs à la gestion générale. Quant à l'avocat des défendeurs, il me semble que son argumentation touchait en partie ces aspects des frais généraux réclamés mais qu'elle s'appuyait également sur des questions plus fondamentales. L'avocat prétend que la demanderesse doit prouver un lien de causalité direct entre chacun des éléments des frais généraux réclamés et les dommages causés par l'accident. Selon lui, ce lien doit être assez étroit pour qu'il soit possible de faire la preuve que le montant des frais généraux payables par la demanderesse a augmenté en raison de l'accident.

J'estime nécessaire d'examiner d'abord la jurisprudence. Il est clair que les frais généraux peuvent être recouverts au titre des dépenses engagées par une partie demanderesse en raison du préjudice qu'elle a subi. Dans l'arrêt *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Mather et al.*, [1954] O.W.N. 382 (C.A.), on peut lire, à la page 383:

[TRADUCTION] C'est un principe bien établi que seuls les dommages-intérêts qui découlent naturellement de l'acte reproché peuvent être recouverts. À mon avis, il est incontestable que certaines dépenses de la nature des frais de surveillance, des frais de bureau et des frais généraux, telles celles mentionnées précédemment, découlent naturellement de l'acte reproché en l'espèce. Il n'y a pas l'ombre d'un doute que le coût lié à la réparation d'un préjudice, notamment en l'espèce, ne se limite pas au travail physique du réparateur qui a consacré du temps et des efforts à la réparation ou au remplacement effectif des poteaux et des câbles endommagés. En raison de la nature même d'une entreprise comparable à celle de l'intimée, une certaine préparation et une certaine surveillance sont nécessaires et elles entraînent, à leur tour, des frais de commis et de sténographes. Je ne peux conclure que ces coûts sont éloignés des dommages au point d'appartenir à la catégorie des coûts qui ne peuvent pas donner lieu à une indemnisation.

Une véritable question pourrait se poser si la demanderesse essayait de percevoir un pourcentage de ses frais de gestion générale. Il est bien établi que les frais généraux peuvent à juste titre être inclus dans l'indemnité accordée, comme l'illustre la décision de la Cour de l'Échiquier du Canada dans l'affaire *The King v. Petite*, [1933] R.C.É. 186. Dans cette décision, le juge Angers a passé en revue un certain nombre de causes en droit maritime et d'autres affaires dans lesquelles une somme additionnelle a été accordée au titre des frais généraux. [Non souligné dans le texte original.]

Dans l'affaire *C.P.R. v. Can. Freightways Ltd. and O'Bray* (1962), 39 W.W.R. 191 (C.A.C.-B.), la demande de la demanderesse relativement aux frais généraux a été rejetée au motif qu'elle n'avait pas été

Mr. Justice Norris, after referring to the decision in the *Hydro-Electric Power Commission* case and noting that all that was required was that a “reasonable foundation” be shown for the percentages added for overhead, continued, at page 197:

It must be remembered that the operations of the appellant are those of a transcontinental railway and are extremely far-flung, complex and diverse in their nature and doubtless its system of accounting is equally complex. The learned trial judge seems to have considered in his judgment, in his references throughout to the large amount of the claim, to the salaries of high officials of the appellant company and telephone charges, that the damages were required to be estimated on the basis of evidence as to the actual cost of the particular items involved without a consideration of such items as overhead charges. He refers to the burden on the appellant to mitigate its damages, which of course is correct, but that consideration does not, it seems to me, arise in this case. The question is purely and simply as to whether or not the appellant discharged the burden of proof on it to demonstrate its loss, whether by proving a system of cost-accounting and damages on the basis of a proportion of overall cost applied to the particular loss in this case, or otherwise. [Underlining added.]

In *Bell Telephone Co. of Canada v. Montreal Dual Mixed Concrete Ltd. & Highway Paving Co.* (1959), 23 D.L.R. (2d) 346 (Que. C.A.) the following was said about the claim for overhead [at page 348]:

These percentages according to Hewitt represent actual expense to appellant and are charged on direct labour according to recognized accounting practice, the general principles of which were accepted by counsel for respondents at trial. It is no argument that the expenses would have been incurred regardless of this particular operation. The total productivity [sic] of any industrial enterprise is based on the effectiveness of its first line operatives. If they are engaged on repairing damage they cannot do their work. To disregard these indirect items is to penalize the appellant and refuse to indemnify it for its full loss sustained. The evidence is that there is no amount included for profit in these figures. [Underlining added.]

In *British Columbia Hydro and Power Authority v. Marathon Realty Co.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 419 (B.C.C.A.) the following was said with respect to the overhead claimed in that case [at pages 424-425]:

établie par une preuve suffisante. À cette occasion, après s’être référé à la décision *Hydro-Electric Power Commission* et avoir affirmé qu’il suffisait d’établir que l’ajout des pourcentages relatifs aux frais généraux reposait sur un [TRADUCTION] «fondement raisonnable», M. le juge Norris a poursuivi en déclarant, à la page 197:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que les activités de l’appellant consistent à exploiter un chemin de fer transcontinental; elles sont extrêmement étendues, complexes et diversifiées et il ne fait aucun doute que son système comptable est aussi complexe. Le juge de première instance semble avoir estimé, en faisant abondamment allusion au montant élevé de la demande, aux salaires des cadres supérieurs de la société appelante et aux frais de téléphone, que les dommages-intérêts devaient être évalués en fonction de la preuve du coût réel de chaque élément visé sans égard à des éléments comme les frais généraux. Il a mentionné le fardeau qui incombait à l’appelante d’atténuer ses dommages, ce qui est évidemment juste, mais je ne pense pas que cette question se pose dans les circonstances. La question à trancher est purement et simplement celle de savoir si oui ou non l’appelante s’est déchargée du fardeau qui lui incombait d’établir sa perte, de quelque façon que ce soit, notamment en faisant la preuve d’un système de comptabilité analytique et des dommages subis, par l’application d’une proportion des frais généraux à la perte en cause. [Non souligné dans le texte original.]

Dans l’arrêt *Bell Telephone Co. of Canada v. Montreal Dual Mixed Concrete Ltd. & Highway Paving Co.* (1959), 23 D.L.R. (2d) 346 (C.A. Qué.), on peut lire ce qui suit concernant la demande relative aux frais généraux [à la page 348]:

[TRADUCTION] Selon M. Hewitt, ces pourcentages représentent la dépense réellement engagée par l’appelante et sont appliqués à la main-d’œuvre directe en conformité avec la pratique comptable reconnue, dont les principes généraux ont été acceptés par l’avocat des intimés lors du procès. On ne peut faire valoir que ces dépenses auraient été engagées indépendamment de ces activités particulières. La productivité totale de toute entreprise industrielle est fondée sur l’efficacité de ses travailleurs de première ligne. Si on les affecte à la réparation de dommages, ils ne peuvent pas faire leur travail. En ne tenant pas compte de ces éléments indirects, on pénaliserait l’appelante et on refuserait de l’indemniser intégralement pour la perte qu’elle a subie. La preuve démontre que ces chiffres ne comprennent aucun montant au titre des profits. [Non souligné dans le texte original.]

Voici un passage de la décision *British Columbia Hydro and Power Authority v. Marathon Realty Co.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 419 (C.A.C.-B.) [aux pages 424 et 425] concernant la demande relative aux frais généraux:

The evidence in this case goes much further than that in *Canadian Pacific R. Co. v. Canadian Freightways*. Here a witness, who was knowledgeable, calculated the loss and explained how he calculated it. He conceded that some of the figures were arbitrary and that sometimes the rules changed within Hydro and that sometimes the amounts that Hydro charged as overhead were high. He also gave evidence, and this was the evidence missing in the *Canadian Pacific* case, that overall the amount claimed was only nominal, that the expenses incurred were far in excess of those claimed in the statement prepared by him. He said that the amounts claimed were insufficient to fully compensate Hydro for its indirect cost.

In my view, what we have here is a case in which it is quite impossible to calculate the loss with great precision. Nor can we calculate the cost of each item. It might not be impossible but it would be unreasonable to spend the court's time valuing each letter, each phone call, each intervention by a Hydro person.

This is not a case of there not being proof of a loss. There is proof of a loss but it is one that is difficult to quantify.

I think it is necessary to calculate overhead. It is not practical to calculate different amounts for different tasks. That would have to be done and was done by the witness. There is bound to be an element of arbitrariness. It is inescapable.

There was evidence that made it clear that there was a significant loss. In view of the trial judge's conclusion, I accept that the amount claimed may exceed the actual loss, notwithstanding the evidence to the contrary. The amount claimed was something in excess of 12% of the whole of the job made up, of course, of various percentages applicable to various parts.

I would allow the appeal in this regard and increase the plaintiff's award by allowing 10% for overhead. [Underlining added.]

See also *Miller Dredging Ltd. v. Dorothy MacKenzie (The)* (Supreme Court of British Columbia, C914695, January 27, 1993), [[1993] B.C.J. No. 153 (Q.L.)] at pages 16-18 of that unreported decision. I was informed that this decision is under appeal.

In the present case, the plaintiff claims overhead in relation to three types of activity all of which were occasioned by the accident and consequent closure of the bridge: the extra miles which the plaintiff's trains

[TRADUCTION] La preuve produite en l'espèce est plus complète que celle déposée dans l'affaire *Canadian Pacific R. Co. v. Canadian Freightways*. Un témoin, dont les connaissances sont très étendues, a calculé la perte et nous a expliqué comment il a effectué ses calculs. Il a admis que certains chiffres étaient fixés de façon arbitraire, que certaines règles changeaient parfois au sein même de l'Hydro et qu'il arrivait que les montants exigés par l'Hydro au titre des frais généraux soient élevés. Il a aussi fait la preuve, et c'est cette preuve qui manquait dans l'affaire *Canadian Pacific*, que le montant réclamé était seulement symbolique dans l'ensemble et que les dépenses engagées étaient de beaucoup supérieures à celles réclamées dans l'état qu'il avait préparé. Il a affirmé que les montants demandés ne suffiraient pas à indemniser intégralement l'Hydro de ses coûts indirects.

À mon avis, dans la situation dont le tribunal est saisi, il est pratiquement impossible de calculer la perte avec une très grande précision. Le coût de chaque élément ne peut pas non plus être calculé. Il ne serait pas impossible mais déraisonnable que la Cour consacre du temps à l'évaluation de chaque lettre, de chaque appel téléphonique, de chaque intervention faite par un représentant de l'Hydro.

Il ne s'agit pas d'un cas où la perte n'a pas été prouvée. La perte a été établie en preuve, mais elle est difficile à quantifier.

Je crois qu'il est nécessaire de calculer les frais généraux. Il ne convient pas de calculer différents montants pour différentes tâches. C'est au témoin qu'il reviendrait de le faire et le témoin l'a fait en l'espèce. Il doit nécessairement exister une part d'arbitraire. C'est inévitable.

Des éléments de preuve ont clairement établi qu'une perte importante avait été subie. Compte tenu de la conclusion du juge de première instance, je reconnais que le montant réclamé est peut-être supérieur à la perte réelle, malgré la preuve visant à établir que ce n'est pas le cas. La demande s'élève à plus de 12 p. 100 de l'ensemble du travail et a été calculée, bien sûr, à partir de différents pourcentages applicables à différents éléments.

J'accueillerais l'appel à cet égard et j'augmenterais la somme accordée à la demanderesse en lui attribuant 10 p. 100 au titre des frais généraux. [Non souligné dans le texte original.]

Voir également la décision non publiée *Miller Dredging Ltd. v. Dorothy MacKenzie (The)* (Cour suprême de la Colombie-Britannique, C914695, le 27 janvier 1993) [[1993] B.C.J. No. 153 (Q.L.)], aux pages 16 à 18. Selon les renseignements que j'ai obtenus, cette décision a été portée en appel.

Dans la cause que la Cour est appelée à trancher, la demanderesse réclame des frais généraux relativement à trois types d'activités qui découlent tous de l'accident et de la fermeture du pont: la distance addi-

were required to travel as a result of the detours and rerouting; the additional construction required of temporary repair facilities and related services; additional construction, repair or maintenance of tracks and roadways. The overhead with respect to the first is included by the plaintiff in its calculation of net train costs. That with respect to the second relates to the extra activities undertaken by what the plaintiff calls its equipment department. That with respect to the third relates to the extra activities undertaken by what the plaintiff calls its engineering department. The overhead relating to the three functions is not duplicated as among them.

The overhead with respect to operating the trains for longer distances is calculated in a different fashion from that relating to the equipment and engineering functions. With respect to the costs of operating a train a given distance, the plaintiff had available to it a sophisticated costing system which it had developed over the course of many years and which it used and uses for its own internal decision-making and pricing purposes. In addition, this unit costing system was and is used for regulatory purposes, e.g., branch line abandonment applications. As such, the cost allocations set out in the unit costing manual are approved by the Canadian Transport Commission (now the National Transportation Agency).

The plaintiff's costing system allocates the variable costs incurred in the operation of the railway to various output functions. What are characterized as fixed costs by the plaintiff (20-25% of total costs) are not included in the allocation system. Thus, the plaintiff had available to it a method of ascertaining the cost, including overhead, to the plaintiff of running various units (a rail car owned by the plaintiff, a rail car owned by someone else, a caboose, a diesel unit) over a mile of track. These could be determined by reference to the unit costing manual. The cost figures are updated annually on the basis of the preceding

tionnelle que les trains de la demanderesse ont dû parcourir en raison de leur détournement et de leur réacheminement; la construction additionnelle d'installations temporaires destinées aux réparations et les services connexes; la construction, la réparation ou l'entretien additionnel des voies ferrées et des chemins. Les frais généraux liés au premier type d'activités ont été intégrés par la demanderesse au calcul du prix de revient net des trains. Ceux qui sont rattachés au deuxième correspondent aux activités supplémentaires de ce que la demanderesse appelle son service du matériel. Les frais généraux qui concernent le troisième correspondent aux activités supplémentaires de ce que la demanderesse appelle son service d'ingénierie. Il n'y a aucun chevauchement entre les frais généraux relatifs à chacune de ces trois fonctions.

Les frais généraux relatifs à l'exploitation des trains sur de plus longues distances sont calculés de façon différente de ceux imputés aux fonctions du matériel et de l'ingénierie. Pour calculer le coût de l'exploitation d'un train sur une distance donnée, la demanderesse bénéficiait d'un système d'établissement du prix de revient qu'elle avait mis au point au cours des ans, et qu'elle utilisait et qu'elle utilise toujours à des fins internes pour prendre des décisions et fixer ses prix. Elle utilise aussi ce système d'établissement du prix de revient unitaire et continue de l'utiliser dans des domaines réglementés, par exemple, pour présenter une demande d'abandon de ligne secondaire. Ainsi, la ventilation des coûts prévue dans le manuel d'établissement du prix de revient unitaire est approuvée par la Commission canadienne des transports (maintenant l'Office national des transports du Canada).

Le système d'établissement du prix de revient de la demanderesse ventile les charges variables engagées pour l'exploitation du chemin de fer entre différentes fonctions de sortie. Les frais que la demanderesse qualifie de charges fixes (représentant de 20 à 25 p. 100 du coût total) ne sont pas compris dans le système de ventilation des coûts. Par conséquent, la demanderesse bénéficiait déjà d'une méthode lui permettant de déterminer le coût qu'elle devait supporter, y compris les frais généraux, pour faire voyager différentes unités (un wagon appartenant à la demanderesse, un wagon appartenant à une autre personne,

year's audited financial statements. Those calculated in 1988, which depend on the 1987 year's costs, were used for the purposes of calculating the plaintiff's claim.

The defendants agree that with respect to the train costs the plaintiff should be compensated for amounts paid as crew wages, other labour, employee benefits and what the defendants characterize as other direct costs. They do not accept the plaintiff's overhead claim (\$192,181.71). In presenting its claim for overhead, the plaintiff divided this claim into two parts: that for general management overhead (\$67,902.53) and that for "other overhead" or what is also referred to as general administrative overhead (\$124,279.18). As I understand the expert evidence of the plaintiff's witness, this is not a normal distinction made when allocating costs to a given function. In fact it is not defensible from a cost allocation point of view at all. The distinction was drawn in this case at the request of counsel for the plaintiff because of *dicta* in some of the cases concerning the lack of appropriateness of claiming general management overhead in a damage claim.

In so far as the overhead part of the claim respecting the additional equipment and engineering functions is concerned, this was assessed by first calculating the ratio of overhead costs to direct labour costs which the plaintiff normally incurs with respect to these two functions. In deriving this ratio only certain categories of overhead were included. For example, no amounts for costs incurred by the legal department, head office or financial planning functions were included. No costs respecting supervision above the regional level were included. It is clear that the selection of the overhead components which were

un wagon de queue, une locomotive à moteur diesel) sur une distance d'un mille sur la voie ferrée. Ces coûts pouvaient être fixés à l'aide du manuel d'établissement du prix de revient unitaire. Chaque montant est mis à jour annuellement en fonction des états financiers vérifiés de l'année qui précède. Pour déterminer le montant de sa demande, la demanderesse a utilisé les montants fixés en 1988 en fonction des données recueillies en 1987.

Les défendeurs conviennent que l'indemnisation de la demanderesse relativement au prix de revient de l'exploitation des trains devrait comprendre la rémunération des équipes, les autres frais de main-d'œuvre, les avantages sociaux ainsi que les montants que les défendeurs qualifient d'autres frais directs. Ils n'acceptent pas le montant réclamé par la demanderesse au titre des frais généraux (192 181,71 \$). La demanderesse a divisé sa demande relative aux frais généraux en deux parties: la première comprend les frais généraux imputables à la gestion générale (67 902,53 \$) et la deuxième les [TRADUCTION] «autres frais généraux» ou ce qu'on appelle les frais généraux imputables aux frais d'administration (124 279,18 \$). Il ressort du témoignage d'expert du témoin de la demanderesse qu'il n'est pas normal d'établir pareille distinction lorsqu'il s'agit d'imputer les coûts à une fonction donnée. En fait, elle ne se justifie aucunement sur le plan de la ventilation du prix de revient. Cette distinction a été établie en l'espèce à la demande de l'avocat de la demanderesse en raison de certaines remarques incidentes formulées dans la jurisprudence relativement à la non-pertinence des frais généraux imputables à la gestion générale dans le cadre d'une demande de dommages-intérêts.

Quant à la fraction que représentent les frais généraux sur le montant réclamé relativement aux fonctions du matériel et de l'ingénierie, la demanderesse l'a déterminée en calculant d'abord la proportion que les frais généraux représentent par rapport aux frais de main-d'œuvre directs que la demanderesse engage habituellement relativement à ces deux fonctions. Ce rapport a été établi en tenant compte uniquement de certaines catégories de frais généraux. Par exemple, aucun montant n'a été inclus au titre des frais engagés pour les fonctions du service du contentieux, du siège social ou de la planification financière. Les

taken into account in calculating this aspect of the claim are the subject of debate. One of the plaintiff's witnesses indicated that he disagreed with what had been done and would have added additional items. He noted as well that although overhead was not included with respect to supervision above the regional level or with respect to the financial planning functions of the company, there would have been costs incurred in those areas as a result of the accident. I think it is sufficient to note that the calculations with respect to the equipment and engineering functions are very conservative in so far as the items of overhead which have been included are concerned.

Once a ratio of overhead to direct labour was calculated, as described above, that ratio was applied to the direct labour costs which were incurred as a result of the accident. Again at counsel's request, a divided calculation was prepared. One part excludes items which it might be said relate to general management overhead. The other includes such overhead. The overhead claim in relation to the equipment department, if the general management components are deleted, is \$16,606; it is \$18,569 if they are included. The overhead claim in relation to the engineering department, if general management components are deleted, is \$4,320; it is \$4,692 if they are included. The claims with respect to the engineering department are low because much of the rerouting which the plaintiff did was over tracks owned by others, mainly Canadian Pacific Limited. Part of the plaintiff's own tracks therefore were not used as much as would normally have been the case. Credit for the costs saved as a result of the non-use of the plaintiff's track was taken into account in calculating the claim.

Only the plaintiff called expert opinion evidence with respect to the cost calculations which it had done for the purposes of the present case. The expert's evidence was that the plaintiff had made

frais de supervision au-delà du niveau régional ont également été exclus. Il ne fait aucun doute que le choix des éléments des frais généraux qui ont été considérés pour calculer cet aspect de la demande sont controversés. Un des témoins de la demanderesse a précisé qu'il n'approuvait pas la méthode utilisée et qu'il aurait ajouté des éléments additionnels. Il a souligné que malgré l'exclusion des frais de supervision au-delà du niveau régional ou des frais de planification financière de l'entreprise, des frais avaient effectivement été engagés relativement à ces fonctions en raison de l'accident. Il suffit selon moi de constater que les calculs relatifs aux fonctions du matériel et de l'ingénierie sont très raisonnables en ce qui a trait au choix des éléments des frais généraux qui ont été pris en compte.

Une fois calculée la proportion que représentent les frais généraux par rapport au coût de la main-d'œuvre directe, selon la méthode décrite ci-dessus, cette proportion a été appliquée aux frais de main-d'œuvre directe découlant de l'accident. Une fois de plus, l'avocat a exigé deux calculs séparés. On a exclu du premier calcul les éléments considérés comme relatifs aux frais généraux imputables à la gestion générale. On les a inclus dans le deuxième. Les frais généraux réclamés relativement au service du matériel s'élèvent à 16 606 \$ en excluant les éléments imputables à la gestion générale; ce montant passe à 18 569 \$ si on les inclut. Les frais généraux réclamés relativement au service de l'ingénierie se chiffrent à 4 320 \$, sans compter les éléments imputables à la gestion générale; ils montent à 4 692 \$ si on les inclut. Les réclamations relatives au service de l'ingénierie ne sont pas élevées car la demanderesse a réacheminé ses trains en utilisant des voies ferrées appartenant à d'autres entreprises, principalement à la Canadien Pacifique Limitée. Par conséquent, une partie des voies ferrées appartenant à la demanderesse n'ont pas été utilisées autant qu'elles l'auraient normalement été. En calculant sa demande, la demanderesse a soustrait un montant relativement aux coûts épargnés du fait qu'elle n'a pas utilisé ses propres voies ferrées.

Seule la demanderesse a fait témoigner un expert relativement au calcul des coûts effectué aux fins de l'instance. Selon le témoignage de l'expert, la demanderesse a fondé la ventilation des frais généraux sur

appropriate assumptions in allocating overheads for the purposes of its claim; the cost calculations had been done in accordance with generally accepted accounting principles and there was no element of profit therein. Mr. Elton's evidence respecting the nature of overhead is relevant:

Overheads are: "costs that are not directly traced to a given cost objective". A cost objective is "any activity for which a separate measurement of costs is desired. Examples include departments, products, territories, etc."

There is not necessarily any real distinction between a direct cost and an overhead cost. Costing is a practical activity that tries to make financial information more useful. Some enterprises try to allocate almost all costs directly to a cost objective; this is precise, but sometimes expensive and unnecessarily detailed. Other enterprises directly allocate fewer costs. This is simpler, but may lose precision. As enterprises become larger and more complex, the job of allocating costs usually becomes more difficult.

In deciding whether to allocate costs directly, enterprises therefore make a trade off. There are some costs which are almost always directly allocated, some which are rarely directly allocated, and many which vary depending on management's choice of a costing philosophy and a costing system.

Sometimes direct costs will be those relating to particular individuals e.g., hourly paid workers; sometimes they will relate to costs carried out at a particular location e.g., an off-site location. The same may apply to overhead, where e.g., head office costs may be allocated as overhead costs regardless of their nature.

In a world where an enterprise had unlimited time and resources to operate its costing system, all costs could be treated as direct costs, and there would be no overheads.

Costs are collected and aggregated at different levels in an organization. The distinction between 'direct' and 'overhead' costs may differ, depending on the level at which the distinction is made.

To a front-line supervisor in location A, his own salary or wages may be an overhead because he does not allocate portions of that salary to the different projects that his employees are working on. To do so might be burdensome, and also irrelevant.

Vice presidents responsible for all front-line operations in all locations, on the other hand, may be interested in the total costs by location, and might allocate supervisor salaries as 'direct costs' to the relevant location. However, those vice presidents would probably not try to allocate their own salaries to the separate locations.

des hypothèses appropriées pour déterminer le montant de sa demande; pour calculer ses coûts, elle a utilisé des principes comptables généralement reconnus et n'a inclus aucun élément de profit. Le témoignage de M. Elton sur la nature des frais généraux est pertinent:

[TRADUCTION] Les frais généraux sont: «les frais qui ne sont pas directement imputés à un centre de frais donné». Par centre de frais, on entend «toute activité pour laquelle une évaluation distincte des frais est souhaitable. Il s'agit par exemple de services, de produits, de territoires, etc.».

Il n'existe pas nécessairement de distinction réelle entre les frais directs et les frais généraux. L'établissement du prix de revient est une activité d'ordre pratique pour laquelle on essaie de rendre les renseignements financiers plus utiles. Certaines entreprises essaient d'imputer presque tous les frais directement à un centre de frais; cette méthode est précise, mais parfois coûteuse et inutilement détaillée. D'autres entreprises imputent directement une moins grande partie de leurs frais. Cette méthode est plus simple, mais peut-être moins précise. Plus l'entreprise est grande et complexe, plus la ventilation des coûts devient habituellement difficile.

La décision des entreprises d'imputer directement ou non certains frais repose donc sur des compromis. Certains frais sont presque toujours imputés directement alors que d'autres le sont rarement, mais la situation varie pour beaucoup selon la philosophie de l'établissement du prix de revient et le système d'établissement du prix de revient choisis par la direction.

Parfois, les frais directs sont ceux qui concernent certaines personnes en particulier, par exemple, la main-d'œuvre rémunérée à l'heure; parfois, il s'agit des frais engagés à un endroit particulier, par exemple, à un endroit séparé des installations. Cela vaut également pour les frais généraux, les frais du siège social pouvant être par exemple imputés comme des frais généraux sans égard à leur nature.

Si une entreprise pouvait consacrer du temps et des ressources illimités à son système d'établissement du prix de revient, tous les frais pourraient être traités comme des frais directs et il n'y aurait pas de frais généraux.

Les frais sont perçus et additionnés à différents niveaux dans une organisation. La distinction entre les frais directs et les frais généraux peut varier selon le niveau auquel elle est établie.

Un superviseur de première ligne qui travaille à l'établissement A peut considérer sa propre rémunération comme des frais généraux car il n'en impute pas différentes fractions à différents projets auxquels travaillent ses employés. Ce serait là une tâche ardue et inutile.

Les vices-présidents responsables de toutes les activités de première ligne de l'ensemble des établissements peuvent par contre vouloir connaître le total des frais imputables à chaque établissement et il se peut qu'ils imputent la rémunération des superviseurs comme des frais directs à chaque établissement. Toutefois, ces vices-présidents n'essaieront probablement pas

It follows from the above that: the description of a cost as 'overhead' is to some extent arbitrary.

I have explained in Section 3 above that overhead costs are not different in nature from any other costs. They have been accounted for in a different way, and that is why they appear different to someone who is not familiar with accounting practices.

When talking about the 'cost' of something, it is normal to use the full costs, i.e., including overhead.

Cost can be defined as "a sacrifice made for goods or services. May take the form of an outlay cost or an opportunity". An outlay cost is a cash disbursement. An opportunity cost, in this context, can mean that if people did not have to spend time on dealing with the effects of the disruption which is the subject of this case, then they would be doing other things that would be valuable to CN. [Subheadings, paragraph numbers and footnotes omitted.]

In my view, the defendants' argument that only items of overhead which increase as a result of the accident should be included in the claim is not supported by either the jurisprudence, the expert evidence or common sense. It is trite law that the purpose of an award of damages is to try to put the plaintiff in the position it would have been in had the accident not occurred: *restitutio in integrum*. It is obvious that in the case of an accident of the type which occurred in this case that employees of the company, other than those who are called first-line operatives, would necessarily have to spend time coping with the disruption which was caused to the plaintiff's normal business activities. The company's resources both personnel and material (property) would be used for this purpose.

As a result of the accident and the closure of the bridge detours had to be arranged, in part using Canadian Pacific tracks. Trains which would otherwise have been marshalled near Vancouver at Thornton Yard had to be marshalled in Edmonton. Trains had to be fully serviced in Kamloops instead of in Vancouver. Temporary repair and serving facilities had to be built at Lynn Creek. This included the construction of at least one temporary crossing. Several different

de ventiler leur propre rémunération entre chaque établissement.

Il ressort des remarques qui précèdent qu'il y a une certaine part d'arbitraire dans la qualification de certains frais comme des «frais généraux».

Dans la partie 3, ci-dessus, j'ai expliqué que les frais généraux ne sont pas différents quant à leur nature des autres frais. Ils ont été comptabilisés de façon différente et c'est pourquoi ils peuvent sembler différents aux personnes qui ne connaissent pas bien les pratiques comptables.

Lorsqu'on parle du «prix de revient» de quelque chose, il est normal qu'on utilise le coût total, y compris les frais généraux.

Le prix de revient peut être défini comme «le sacrifice consenti pour des biens ou des services. Il peut prendre la forme d'une dépense ou d'un manque à gagner». Une dépense correspond à une sortie d'argent. Dans la situation qui nous intéresse, on pourrait parler d'un manque à gagner pour désigner le fait que les personnes qui ont dû consacrer du temps aux conséquences des problèmes à l'origine de l'instance auraient autrement accompli des tâches qui auraient eu une certaine valeur pour le CN. [Les sous-titres, les numéros de paragraphe et les notes de bas de page ont été omis.]

À mon avis, l'argument des défendeurs selon lequel seuls les éléments des frais généraux qui ont augmenté en raison de l'accident devraient être inclus dans la demande ne peut s'appuyer ni sur la jurisprudence, ni sur le témoignage de l'expert ni sur le simple bon sens. Il va de soi que l'octroi de dommages-intérêts vise à rétablir la demanderesse dans la situation où elle se trouverait si l'accident n'était pas survenu: c'est le principe de la *restitutio in integrum*. Il est bien évident que, dans le cas d'un accident comme celui qui s'est produit en l'espèce, les employés de l'entreprise qui ne sont pas des travailleurs de première ligne doivent nécessairement consacrer du temps aux problèmes découlant de la perturbation des activités commerciales normales de la demanderesse. L'entreprise doit y affecter à la fois des ressources humaines et des ressources matérielles.

À la suite de l'accident et de la fermeture du pont, il a fallu détourner le trafic ferroviaire en utilisant notamment la voie ferrée de Canadien Pacifique. Les trains qui auraient normalement été formés près de Vancouver à la cour de triage de Thornton ont dû être formés à Edmonton. L'entretien des trains s'est fait à Kamloops plutôt qu'à Vancouver. Il a fallu construire des installations temporaires à Lynn Creek pour la réparation et l'entretien des trains. Ces travaux ont

detour routes were used depending on the nature of the train and its ultimate destination. Some trains had to be sent first to Thornton Yard and then back track to cross the Fraser River *via* the Canadian Pacific bridge at Mission/Matsqui. Carmen and crews which normally worked out of Thornton Yard had to travel to other locations. Prior to the accident the plaintiff used the New Westminster Railway Bridge for thirty-two trains per day. During the period the bridge was closed, Canadian Pacific was able to accommodate no more than 18 and on one occasion only nine trains per day across the Mission/Matsqui bridge. As a result of the bridge closure the plaintiff used significantly more manpower and equipment to move substantially less cargo. It is admitted that revenue was therefore lost, although the claim is not for lost profits, and trains were delayed.

It is clear that arranging for and supervising the detours and related activities would involve more than the direct costs which the defendants agree should be paid. One can think for example of management time, clerical staff time, changes needed to computer programs, data processing charges, telephone services and the myriad of other items which make up an overhead claim.

Counsel for the defendants argues that each employee who spent any time on any matter related to the accident should have made a note of that (much as lawyers keep a docket). I note that this argument is not premised on the position that the expenses are not properly claimed but merely that they have not been proven. It is not practical for such a detailed recording system to be kept. The whole purpose of claiming overhead is to try to assess those expenses which individually may be very small and which in Mr. Elton's words "are not directly traced to a given costs objective." They nevertheless are very real costs incurred by the plaintiff in relation to the activities in question.

entraîné la construction d'au moins un passage à niveau temporaire. Les trains ont été détournés sur plusieurs parcours différents selon leur nature et leur destination finale. Certains ont d'abord été envoyés à la cour de triage de Thornton avant de revenir traverser le fleuve Fraser en utilisant le pont du Canadien Pacifique entre Mission et Matsqui. Les wagonniers et les équipes qui travaillent normalement à la cour de triage de Thornton ont dû se rendre à d'autres endroits. Avant l'accident, 32 trains de la demanderesse traversaient chaque jour le New Westminster Railway Bridge. Pendant la fermeture du pont, au plus 18 de ses trains, et seulement neuf à une occasion, ont pu utiliser le pont du Canadien Pacifique entre Mission et Matsqui. La fermeture du pont a obligé la demanderesse à utiliser beaucoup plus de main-d'œuvre et de matériel pour transporter beaucoup moins de marchandises. Il est admis que cette situation a entraîné une perte de revenus, bien que la demande ne vise pas la perte de bénéfices, et un retard des trains.

Il est clair que l'organisation et la surveillance des nouveaux parcours ainsi que les activités connexes ont entraîné des frais supérieurs aux frais directs que les défendeurs reconnaissent comme recouvrables. On peut songer, par exemple, au travail des gestionnaires et du personnel administratif, aux changements apportés aux programmes informatiques, aux frais de traitement des données, aux services téléphoniques et à la multitude des autres éléments qui font partie d'une demande de frais généraux.

L'avocat des défendeurs prétend que chaque employé qui a consacré du temps à une question soulevée par l'accident devrait l'avoir noté (de la même façon que les avocats consignent l'utilisation de leur temps). Soulignons que cet argument se fonde non pas sur la prétention que ces dépenses ne peuvent pas être réclamées mais sur celle qu'elles n'ont pas été prouvées. Il est peu pratique de tenir un registre aussi détaillé. La demande relative aux frais généraux oblige justement à évaluer les frais qui peuvent, séparément, représenter des montants minimes et qui, selon les termes mêmes de M. Elton, «ne sont pas directement imputés à un centre de frais donné». Il s'agit néanmoins de frais réellement engagés par la demanderesse pour les activités visées.

If counsel for the defendants' argument is correct, that only those items of overhead can be claimed which are demonstrated to have increased as a result of the accident, then the plaintiff would not be adequately compensated. No compensation would be awarded for the time and material resources of the company which were diverted from the normal business objectives of the company in order to cope with the results of the accident. If counsel's argument is correct then overhead is not a proper head of damage. The jurisprudence has established otherwise.

Counsel for the defendants' argument relies on the decision in *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 385 (F.C.T.D.). In that case, it was held that in assessing costs, the incremental accounting method was more appropriate than the full absorption method. I note, first of all, that the plaintiff's expert gave evidence that the incremental method does not reflect all the costs relating to a specific function. At the same time he gave evidence that it was the only appropriate method for assessing an increase or decrease in profits. I do not think the *Diversified Products* case is relevant to the present situation. In that case, while costs were being assessed this was only for the purpose of determining what additional profits had been made by the defendant as a result of selling products which infringed the plaintiff's patent. The question was not what was the cost of one specific unit of production in relation to the defendant's business as a whole. In so far as the cost of any given unit of production may be lower as a result of more units being produced, there is no reason that an infringer should get the benefit of that advantage when an accounting of profits arising out of the infringement is being assessed. In the present case the question does not relate to profits at all. The exercise is designed to determine as closely as reasonably possible the total cost to the plaintiff which was occasioned by the accident. I accept the plaintiff's argument that the full absorption method of accounting is more appropriate for that purpose.

Si l'on acceptait l'argument des défendeurs portant que seuls les éléments des frais généraux dont l'augmentation découlant de l'accident a pu être établie peuvent être réclamés par la demanderesse, celle-ci ne serait pas indemnisée de façon adéquate. Elle ne recevrait aucune indemnité relativement aux ressources matérielles et au temps qu'elle n'a pas pu utiliser pour poursuivre ses activités commerciales habituelles du fait qu'elle a dû faire face aux conséquences de l'accident. Si l'argument de l'avocat était fondé, les frais généraux ne constitueraient pas un chef de dommages admissible. La jurisprudence en a décidé autrement.

L'argument de l'avocat des défendeurs repose sur la décision *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 385 (C.F. 1^{re} inst.). Dans cette affaire, le tribunal a décidé que, pour l'évaluation du prix de revient, la méthode du coût différentiel convenait mieux que la méthode du coût complet. Je constate que l'expert de la demanderesse a expliqué dans son témoignage que la méthode du coût différentiel ne reflète pas tous les frais liés à une fonction particulière. Son témoignage établit en outre que cette méthode est la seule qui convienne à l'évaluation de l'augmentation ou de la diminution des bénéfices. Je ne pense pas que la décision *Diversified Products* soit pertinente en l'espèce. Dans cette affaire, le prix de revient a été évalué uniquement aux fins de déterminer quels étaient les bénéfices additionnels réalisés par la défenderesse du fait qu'elle avait vendu des produits qui violaient le brevet de la demanderesse. Il ne s'agissait pas de déterminer le prix de revient d'une unité de production particulière par rapport à l'ensemble de l'entreprise de la défenderesse. L'augmentation du nombre d'unités produites peut entraîner une diminution du prix de revient d'une unité de production donnée, mais rien ne justifie que la personne qui viole un brevet tire partie de cet avantage lorsqu'on évalue les bénéfices découlant de la violation du brevet. En l'espèce, la question à trancher n'a aucun rapport avec les bénéfices. Il s'agit de déterminer avec le plus d'exactitude possible le total des coûts que la demanderesse a dû supporter en raison de l'accident. Je suis d'accord avec la demanderesse pour dire que la méthode du coût complet convient mieux à la poursuite de cet objectif.

Another way in which the defendants frame their argument, as I understand it, is that some of the components of the overhead claim, although characterized by the plaintiff as long term variable costs, are closer to fixed costs and therefore should not be taken into account in computing the overhead claim. For example, an amount attributable to municipal taxes or office furniture, however small, should not be included because these items of expense would not vary as a result of the detours and rerouting of the trains.

I think the plaintiff's expert witness has successfully answered that argument. While the costs may be fixed in the sense that they do not increase as a result of the accident that does not mean that some, albeit small, portion was not a cost incurred by the plaintiff as a result of the accident. To the extent that the plaintiff had to divert resources away from its normal business activities, a cost was incurred. To the extent that overhead costs such as amounts paid for municipal taxes or office furniture were supporting the plaintiff's extraordinary activities, coping with the results of the accident, rather than supporting its normal business activities, they are part of the costs which the plaintiff incurred as a result of the accident.

The defendants note that in the Canadian Transport Commission schedule dated March 1976 which was being used in 1987, it was provided that overhead of approximately 50% should be added to expenses claimed for work done by the railway company. In the present case the overhead which is included as part of net train costs amounts to 69% and those respecting the equipment and engineering functions are higher. The evidence indicates however that the percentage specified in the 1976 schedule was not based on full cost recovery. That schedule has since been revised and now specifies that the appropriate percentage for overhead is above 100 percent. None of the overheads claimed by the plaintiff exceed that amount.

Si je comprends bien la plaidoirie des défendeurs, ils prétendent en outre que certains éléments des frais généraux réclamés, qualifiés de charges variables à long terme par la demanderesse, ressembleraient plutôt à des charges fixes et ne devraient donc pas être pris en compte pour le calcul des frais généraux. Par exemple, aucun montant imputable aux impôts municipaux ou à l'ameublement de bureau, si petit soit-il, ne devrait être inclus étant donné que ces éléments des dépenses ne peuvent pas varier en conséquence du détournement et du réacheminement des trains.

J'estime que l'expert qui a témoigné pour la demanderesse a bien réfuté cet argument. Bien que ces charges soient fixes, en ce qu'elles n'augmentent pas du fait de l'accident, cela ne signifie pas qu'une portion de ces frais, assez petite en fait, ne constitue pas un coût supporté par la demanderesse du fait de l'accident. Dans la mesure où la demanderesse a dû réaffecter des ressources normalement consacrées à ses activités commerciales, il en est résulté un certain coût. Dans la mesure où des frais généraux, tels les montants versés au titre des impôts municipaux ou de l'ameublement de bureau, ont permis à la demanderesse d'exercer ses activités inhabituelles pour faire face aux conséquences de l'accident plutôt que d'exercer ses activités commerciales habituelles, ils font partie des coûts que la demanderesse a dû supporter du fait de l'accident.

Les défendeurs soulignent que, selon le tarif de la Commission canadienne des transports daté de mars 1976 qui a été utilisé en 1987, des frais généraux d'environ 50 p. 100 devaient être ajoutés aux dépenses réclamées pour les travaux effectués par une société de chemins de fer. En l'espèce, les frais généraux qui ont été inclus dans le coût net d'exploitation des trains s'élèvent à 69 p. 100 et ceux qui concernent les fonctions du matériel et de l'ingénierie sont plus élevés. La preuve démontre toutefois que le pourcentage fixé dans le tarif de 1976 n'était pas fondé sur le recouvrement du coût complet. Ce tarif a depuis été révisé et fixe maintenant le pourcentage qu'il convient d'ajouter pour les frais généraux à plus de 100 p. 100. Aucun des montants réclamés au titre des frais généraux par la demanderesse ne dépasse ce pourcentage.

What, then, of the division which has been made between general management overhead and other overhead? Counsel for the plaintiff requested that such distinction be made with the expectation that this would be the focus of the defendants' argument. As I have noted, the argument put forward by counsel for the defendants was more fundamentally based and he did not dwell on this distinction. At the same time, that issue must be dealt with as a result of the comments in some cases, for example, that in the *Hydro-Electric Power Commission* decision, *supra*. It was suggested in that case that there might be some question as to whether general management overhead was properly recoverable. I note, first of all, that the comments respecting general management overhead in the cases cited to me are *dicta*. Secondly, the expert evidence before me was that the distinction in question is arbitrary and not particularly defensible from a cost analysis point of view. The defendants called no evidence to refute this nor to in any way criticize the choice of items which was made as components of the overhead claimed by the plaintiff. Lastly, the statements in the jurisprudence suggesting that general management overhead may not be compensable conflicts with the suggestion, also found in the jurisprudence, that one way of approaching the question of overhead is to consider what would have been paid to a third party to fulfil the tasks which the plaintiff was required to undertake, or voluntarily undertook, as a result of the accident. In such a case, the third party's profits are not to be included but the costs which would be borne by that third party would necessarily include overhead.

It is necessary to turn to one other comment which occurs in many of the decisions which were cited to me, that is the remarks of Mr. Justice Masten in *Hi-Speed Tools Limited v. Empire Tool Works* (1923), 25 O.W.N. 172. The comment in question was made in reference to a contract claim although Mr. Justice Hope adopted them, in the *Hydro-Electric Power Commission* case (*supra*) [at page 384], as appropriate to a claim for damages in a tort action. The comments are:

Qu'advient-il de la distinction établie entre les frais généraux imputables à la gestion générale et les autres frais généraux ? L'avocat de la demanderesse a exigé qu'on établisse cette distinction car il s'attendait que les défendeurs axent leur plaidoirie sur cet élément. Comme je l'ai déjà mentionné, la plaidoirie de l'avocat des défendeurs touchait des aspects plus fondamentaux et ne reposait pas sur cette distinction. Il faut pourtant trancher cette question compte tenu des remarques formulées dans certaines décisions, par exemple, dans l'affaire *Hydro-Electric Power Commission*, *supra*. Cette décision laisse entendre qu'il n'est pas clair que les frais généraux imputables à la gestion générale peuvent être recouverts. Précisons d'abord que les remarques formulées à l'égard des frais généraux imputables à la gestion générale dans les jugements qui ont été portés à mon attention sont des remarques incidentes. En outre, l'expert dont j'ai entendu le témoignage a affirmé que cette distinction est arbitraire et difficile à justifier du point de vue de l'analyse des coûts. Les défendeurs n'ont pas produit de preuve pour réfuter cette affirmation ni pour critiquer de quelque façon que ce soit le choix des éléments inclus dans les frais généraux réclamés par la demanderesse. Enfin, les déclarations qu'on trouve dans la jurisprudence et qui peuvent laisser entendre que les frais généraux imputables à la gestion générale ne donnent peut-être pas lieu à une indemnisation sont incompatibles avec l'hypothèse, également formulée dans la jurisprudence, selon laquelle il faut examiner les frais généraux en se demandant quel montant aurait été versé à un tiers pour qu'il accomplisse les tâches que la demanderesse a été forcée d'accomplir ou a volontairement accomplies du fait de l'accident. Dans ce cas, les bénéfices du tiers ne peuvent pas être inclus, mais les coûts qu'il supporte comprennent nécessairement des frais généraux.

Il y a maintenant lieu de se prononcer sur d'autres remarques qu'on retrouve dans bon nombre de décisions qui ont été portées à mon attention, soit celles formulées par M. le juge Masten dans l'affaire *Hi-Speed Tools Limited v. Empire Tool Works* (1923), 25 O.W.N. 172. Ces remarques ont été faites en rapport avec une demande contractuelle, mais M. le juge Hope les a reprises, dans l'affaire *Hydro-Electric Power Commission* (*supra*) [à la page 384], les jugeant appropriées dans le contexte d'une demande

"Overhead' was undoubtedly a proper part of the plaintiffs' claim, payment being on a 'cost plus' basis; but the items of overhead chargeable against the defendants in such a case are not all the items which the fancy of an accountant may place under that heading, varying with different systems of accounting; only such items as under the contract bear some definite relation to the particular work to be performed by the plaintiffs for the defendants should be allowed—they could not be ascertained by an estimated or customary percentage on the annual turn-over of the business. The onus was on the plaintiffs to establish the claim; and, unless the overhead expense claimed was shown to have some relation to the fulfilment of the contract, it could not be charged against the defendants."

This, in my opinion, is the common-sense approach to the problem and one which leaves the onus of proof in all cases upon the plaintiff, the proof to be to the satisfaction of the trial judge in the particular circumstances of the case.

With respect, I am not convinced that too much importance should be placed on the statement that "the items of overhead chargeable against the defendants in such a case are not all the items which the fancy of an accountant may place under that heading". The issue in the *Hi-Speed Tools* case related to the interpretation of a contract. The issue under consideration was the intention of the parties when they entered into the 'cost plus' contract. Despite the fact that it was stated in the *Hydro-Electric Power Commission* decision that similar consideration applied to the case of a contract and in the case of a tort, I think it has to be kept in mind that assessing the intention of the parties with respect to a particular term of a contract is different from determining the costs incurred by a plaintiff as a result of damages caused to it as a result of a tort.

It may very well be that different approaches to overhead are required in different cases. I think it sufficient for present purposes, to say that I have been persuaded that in the circumstances of the present case the claims for overhead, including that described as relating to general management, have been shown to be part of the cost incurred by the plaintiff as a result

de dommages-intérêts en matière délictuelle. Voici ces remarques:

[TRADUCTION] «Les «frais généraux» constituent indéniablement un élément admissible de la demande des demandeurs, le paiement devant être effectué sur la base du prix coûtant majoré; par contre, les éléments des frais généraux qui peuvent être recouverts des défendeurs en pareil cas ne comprennent pas tous les éléments qu'un comptable peut, suivant sa fantaisie, placer dans cette catégorie et qui varieraient en fonction du système comptable utilisé; seuls les éléments qui ont, en vertu du contrat, un lien quelconque défini avec les travaux particuliers que les demandeurs doivent exécuter pour les défendeurs sont admissibles—ils ne peuvent pas être établis par l'application d'un pourcentage estimatif ou habituel au chiffre d'affaires de l'entreprise. Les demandeurs étaient tenus d'établir le bien-fondé de leur demande; à moins de démontrer que les frais généraux réclamés avaient un rapport avec l'exécution du contrat, ils ne pouvaient en exiger le paiement des défendeurs».

Cette façon d'aborder le problème tient, à mon avis, du simple bon sens et continue d'imposer le fardeau de la preuve, dans tous les cas, à la partie demanderesse, qui doit convaincre le juge du procès du bien-fondé de sa demande en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce.

Je ne suis pas convaincue qu'il y a lieu d'accorder beaucoup d'importance à l'affirmation selon laquelle «les éléments des frais généraux qui peuvent être recouverts des défendeurs en pareil cas ne comprennent pas tous les éléments qu'un comptable peut, suivant sa fantaisie, placer dans cette catégorie». La question en litige dans l'affaire *Hi-Speed Tools* concernait l'interprétation d'un contrat. Il s'agissait d'examiner l'intention des parties au moment où elles ont passé le contrat sur la base du «prix coûtant majoré». Bien que le tribunal ait affirmé, dans l'affaire *Hydro-Electric Power Commission*, qu'un raisonnement semblable s'appliquait en matière contractuelle et en matière délictuelle, j'estime qu'il faut se rappeler que la question de l'intention des parties relativement à une stipulation particulière d'un contrat est bien différente de celle des frais engagés par un demandeur en raison du préjudice que lui a causé un délit.

Il se peut fort bien qu'il y ait lieu d'aborder différemment la question des frais généraux dans des situations différentes. Selon moi, il me suffit en l'espèce d'affirmer que je suis convaincue, compte tenu des circonstances, qu'il a été démontré que les frais généraux réclamés, y compris ceux qui ont été désignés comme imputables à la gestion générale,

of the accident and have been demonstrated to be reasonable.

Compound or Simple Interest

The main issue relating to whether compound or simple interest should be awarded is whether or not that matter has already been decided by this Court. The action in this case was started in March of 1988. In June of 1988, Mr. Justice Collier issued an order consolidating several actions and setting parameters for the completion of a number of pre-trial proceedings. That order reads in part:

The actions (save and except issues relating to the quantification of damages) shall be tried together in such manner as the trial judge may direct.

The assessment of damages shall be deferred pending further order governing examinations for discovery, expert witnesses and trial in respect thereof. [Underlining added.]

On April 14, 1989, Mr Justice Addy, as has been noted, dealt with the issue of liability and rendered a judgment stating, in part, that "the plaintiff [shall] recover against the defendants . . . its damages to be assessed for its operational costs incurred by reasons of the collision with the Westminster Railway Bridge". In early 1990, the successful defendants were apparently pressing for some resolution with respect to the costs they had incurred in defending the action. This led the plaintiff to bring a motion before the Court requesting an order that the unsuccessful defendants pay the costs of the successful defendants and that the plaintiff recover its costs from the unsuccessful defendants. The motion reads, in part:

Pursuant to Rule 337(5) that the Plaintiff shall recover from the Defendants Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Ltd., the tug "Jervis Crown" and Francis MacDonnel, interest on the judgment at the prime lending rate set from time to time by chartered banks in Canada as published in the Bank of Canada Review from November 28, 1987 to the date of the payment of the judgment.

font partie des coûts supportés par la demanderesse en raison de l'accident et sont raisonnables.

Les intérêts simples et les intérêts composés

a

La principale question en litige en ce qui a trait à l'octroi des intérêts simples ou des intérêts composés est celle de savoir si cette question a déjà été tranchée par la Cour. L'action a été intentée en mars 1988. En juin 1988, M. le juge Collier a rendu une ordonnance opérant la jonction de plusieurs instances et fixant les paramètres relatifs au déroulement de nombreuses mesures préliminaires. Cette ordonnance se lit en partie comme suit:

c

Les actions (sauf les questions relatives à l'évaluation des dommages) seront instruites ensemble conformément aux directives formulées par le juge du procès.

d

L'évaluation des dommages sera reportée jusqu'au prononcé ultérieur d'une ordonnance régissant les interrogatoires préalables, les témoins experts et l'instruction de cette question. [Non souligné dans le texte original.]

e

Le 14 avril 1989, M. le juge Addy a tranché la question de la responsabilité et a prononcé le jugement susmentionné portant, en partie, que «la demanderesse a le droit de recouvrer des défendeurs . . . ses dommages-intérêts qui seront évalués à l'égard des frais d'exploitation qu'elle a engagés à la suite de la collision avec le Westminster Railway Bridge». Au début de l'année 1990, les défendeurs qui avaient eu gain de cause ont apparemment insisté pour que soit résolue la question des dépens qu'ils avaient engagés pour contester l'action. Ces pressions ont incité la demanderesse à présenter une requête à la Cour en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant aux défendeurs qui n'avaient pas eu gain de cause de payer les dépens des défendeurs qui avaient eu gain de cause et permettant à la demanderesse de recouvrer ses dépens des défendeurs déclarés responsables. La requête comprenait le paragraphe suivant:

f

g

h

i

[TRADUCTION] En vertu de la Règle 337(5), que les défendeurs Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Ltd., le remorqueur «Jervis Crown» et Francis MacDonnel sont tenus de verser à la demanderesse des intérêts sur le jugement, calculés au taux préférentiel fixé à l'occasion par les banques à charte sur les emprunts contractés au Canada et publié dans la *Revue de la Banque du Canada* à compter du 28 novembre 1987 jusqu'à la date du paiement du montant accordé dans le jugement.

j

On April 27, 1990, Mr. Justice Addy ordered [Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co., T-552-88, Addy J., order dated 27/4/90, F.C.T.D., not reported]:

UPON MOTION by the plaintiff for directions regarding taxation of costs against the defendants Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Limited, the Ship "Jervis Crown" and Francis MacDonnel and assessment of damages and for findings regarding pre-judgment and post-judgment interest, the said motion having been heard at the same time as other motions regarding related matters in other actions which were tried at the same time as the present action;

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE:

1. THAT this action be referred to the Administrator of this Court or to such other officer of this Court as he may designate for assessment of damages and for determination of the actual interest rates applicable both before and after final judgment, in accordance with my reasons dated and filed on April 27, 1990.

2. THAT, upon damages being assessed as above mentioned or alternatively, upon agreement of the parties as to quantum, final judgment do issue in this matter on summary application for same.

Mr. Justice Addy's reasons for this order read in part:

Regarding the reference for damages and the rates of interest applicable thereto, it is well settled law that, in admiralty cases, where damages *ex delicto* are awarded, the principle of *restitutio in integrum* requires that, where claimed, interest is to be awarded from the date the loss occurred, without the necessity of there being any enabling legislation such as is required in ordinary common law claims.

Since the rate of interest to be applied can depend on the circumstances of the case, it is proper for me to at least fix the means by which the rate can be ultimately proven and determined upon the reference.

For interest on the economic loss damages caused the railways, since they are business organizations, the fairest way of ensuring the application of the principle of *restitutio in integrum* would be to use the prime bank lending rate as it existed from time to time between the date when the damage occurred until the date of judgment on the reference. Since the damage would necessarily be continuously increasing from the time of the collision until the bridge was put back in use, the amount of damage will have to be estimated as it occurred throughout the period and the prevailing rates applied to the amount of damage as it accumulated during that time.

Le 27 avril 1990, M. le juge Addy a prononcé l'ordonnance qui suit *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, T-552-88, juge Addy, ordonnance en date du 27-4-90, C.F. 1^{re} inst., inédit]:

[TRADUCTION] VU LA REQUÊTE présentée par la demanderesse en vue d'obtenir des instructions spéciales sur la taxation des dépens que devront payer les défendeurs Norsk Pacific Steamships Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Limited, le navire «Jervis Crown» et Francis MacDonnel ainsi que sur l'évaluation des dommages, et en vue de faire trancher la question des intérêts avant et après jugement, ladite requête ayant été entendue en même temps que d'autres requêtes touchant des questions connexes soulevées dans d'autres actions qui ont été instruites en même temps que la présente action;

LA COUR STATUE:

1. QUE l'action est renvoyée à l'administrateur de la Cour ou à tout autre fonctionnaire que celui-ci pourra désigner afin qu'il détermine le montant des dommages et qu'il fixe les taux d'intérêt réels applicables avant et après le jugement définitif, conformément aux motifs que j'ai prononcés et déposés le 27 avril 1990.

2. QUE, par suite de l'évaluation des dommages en conformité avec les dispositions qui précèdent ou, subsidiairement, par suite de l'entente des parties quant au montant des dommages, jugement définitif sera rendu sur demande sommaire.

Les motifs de M. le juge Addy se lisent, en partie comme suit:

Quant à la référence relative aux dommages et aux taux d'intérêt applicables, il est un principe bien établi que dans les affaires de droit maritime, lorsque des dommages-intérêts *ex delicto* sont adjugés, le principe de la *restitutio in integrum* exige que les intérêts, lorsqu'il en est demandé, soient accordés à compter de la date de survenue de la perte en question, sans qu'il doive exister à cette fin une disposition législative d'habilitation comme cela est exigé par les actions ordinaires en common law.

Étant donné que le taux d'intérêt à appliquer peut dépendre des circonstances de l'espèce, il est indiqué que je fixe au moins de quelles façons ce taux peut être prouvé et déterminé en définitive au moment de la référence.

Pour ce qui est des intérêts sur la perte financière des sociétés ferroviaires, comme ces dernières sont des entités commerciales, le moyen le plus juste de garantir l'application du principe de la *restitutio in integrum* serait d'utiliser le taux préférentiel des banques qui était en vigueur entre la date où les dommages en question sont survenus et la date du jugement relatif à la référence. Comme le montant des dommages augmenterait nécessairement de façon progressive entre la date de la collision et celle où le pont a été remis en service, ce montant devra être estimé pendant toute la période et les taux en vigueur devront s'appliquer au montant des dommages qui s'est accumulé durant cette période.

For post-judgment interest, it is important to ensure that a fixed rate be determined to facilitate the execution of the judgment and to avoid the requirement of further proof of existing rates of interest after judgment.

I direct that, for post-judgment interest, the average of the prime bank lending rate as it existed throughout the period from the date when the bridge was damaged until the date when the amount of damage has been determined, shall be applied to the total amount of the judgment.

The Crown, however, is not a business enterprise like the other three plaintiffs and is in a category distinct from that of any ordinary person, organization or corporation. It does not raise money by borrowing directly from banks but, in order to meet its short-term needs, it issues treasury bills from time to time. The rate of interest which it pays on those bills is somewhat lower than the prime bank lending rates. For pre-judgment interest, the rate which the Crown has to pay on three-month treasury bills from time to time shall be applied rather than the prime bank rate, otherwise the Crown would actually be reaping an unfair benefit and the principle of *restitutio in integrum* would be violated. For post-judgment interest, a fixed rate based on the average interest paid on the three-month treasury bills from the date the bridge was struck until the judgment fixing the damage has been rendered, will be applied.

In conclusion there will be an order in each case to the effect that the taxing officer in taxing costs in these actions, will be governed by the principles enunciated in these reasons. There will also be orders where applicable referring the question of damages to the administrator of this Court or to such other officer of the Court as he may designate to fix the amount of damages and the amounts of pre-judgment interest as well as the post-judgment rates applicable to the principal amounts of the damages. The said assessments will be carried out in accordance with the conclusions reached in these reasons.

Upon the referee having concluded the reference, judgment shall issue in accordance with the findings, on summary application for confirmation of same.

The action was not referred to the Administrator of the Court for an assessment of damages and determination of the actual interest rates applicable as contemplated by Mr. Justice Addy's reasons and order. On February 18, 1993, the Associate Chief Justice signed an order:

UPON written request by counsel,

En ce qui concerne les intérêts après jugement, il est important de s'assurer que l'on établit un taux fixe afin de faciliter l'exécution du jugement et d'éviter d'avoir à fournir d'autres preuves des taux d'intérêts en vigueur après le jugement.

J'ordonne donc qu'en ce qui a trait aux intérêts après jugement, la moyenne des taux préférentiels des banques qui étaient en vigueur pendant toute la période qui s'est écoulée entre la date où le pont a été endommagé et celle où le montant des dommages a été fixé s'applique au montant total du jugement.

La Couronne, toutefois, n'est pas une entreprise commerciale comme les trois autres demanderesse, et elle se situe dans une catégorie distincte de celle à laquelle appartient n'importe quelle personne, organisation ou société ordinaire. Elle ne recueille pas d'argent en empruntant directement des fonds auprès des banques, mais, pour répondre à ses besoins à court terme, elle émet de temps à autres des bons du Trésor. Le taux d'intérêt que paye la Couronne sur ces bons est quelque peu inférieur aux taux préférentiels des banques. En ce qui concerne les intérêts avant jugement, le taux que doit payer de temps à autre la Couronne sur les bons du Trésor à terme d'échéance de trois mois sera retenu, plutôt que le taux préférentiel des banques, sinon la Couronne tirerait un avantage injuste de la situation et l'on contreviendrait au principe de la *restitutio in integrum*. Quant aux intérêts après jugement, on utilisera un taux fixe, basé sur les intérêts moyens payés sur les bons du Trésor à terme d'échéance de trois mois, et ce entre la date où le pont a été endommagé et celle où le jugement fixant le montant des dommages a été rendu.

En conclusion, une ordonnance est rendue dans chaque cause: en taxant les dépens relatifs aux actions, l'officier taxateur sera soumis aux principes énoncés dans les présents motifs. Il est ordonné aussi, dans les cas où cela s'applique, de renvoyer la question des dommages à l'administrateur de la présente Cour ou à tout autre fonctionnaire judiciaire que ce dernier pourra désigner, afin de fixer le montant des dommages et les montants des intérêts avant jugement, ainsi que les taux après jugement qui s'appliquent aux montants principaux des dommages. Les liquidations seront exécutées d'une manière conforme aux conclusions tirées dans les présents motifs.

Lorsque l'arbitre aura terminé la référence, le jugement sera rendu en accord avec les conclusions, à la suite d'une demande sommaire de confirmation.

L'affaire n'a pas été renvoyée à l'administrateur de la Cour pour l'évaluation des dommages-intérêts et la fixation des taux d'intérêt effectivement applicables en conformité avec les motifs et l'ordonnance de M. le juge Addy. Le 18 février 1993, le juge en chef adjoint a signé l'ordonnance qui suit:

VU la demande écrite présentée par les avocats,

IT IS DIRECTED pursuant to the Court's Judgment dated the 14th day of April, 1989, that Madame Justice Reed of this Court be and she is hereby designated as the Assessor for the purpose of determining the assessment of damages,

AND IT IS ORDERED that the hearing or trial for the assessment of damages take place before this Court at the Pacific Centre—16th Floor, 700 West Georgia Street, in the City of Vancouver, British Columbia, on Monday, the 22nd day of November, 1993, at 10:00 o'clock in the forenoon or at such other time and place as the said Assessor may appoint.

The proceedings before me commenced on November 22, 1993 and were conducted as a trial. Counsel for the plaintiff states that it was always contemplated by the parties that the procedure to be followed was that of a split trial with the issue of liability being tried first and the issue of damages being tried at a later date. In argument counsel for the defendants (who had not been counsel during the earlier proceedings) argued that the proceeding before me was by way of reference pursuant to Rule 500 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and that I had no jurisdiction to decide whether compound or simple interest should be awarded. Eventually, in order to expedite matters counsel for the defendants agreed that the proceeding which was taking place before me should be considered to be a trial. He argued, however, that it was equally improper for me, even sitting as a judge, to make any determination that compound interest should be awarded since Mr. Justice Addy had implicitly decided that point in April of 1990.

It is common ground that when the motion for directions with respect to costs and other matters was argued before Mr. Justice Addy in April 1990, no argument was addressed to the question of whether simple or compound interest should be awarded. It was assumed by all parties that only simple interest was being discussed. The plaintiff had not sought compound interest in its statement of claim. The decision in *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.* (1989), 97 N.R. 384 (F.C.A.); approved [1991] 1 S.C.R. 779 had not at the time of the filing of the statement of claim been decided.

Counsel for the defendants argues that even if there is no issue estoppel with respect to whether or not compound interest should be awarded it would

IL EST ORDONNÉ, en vertu du jugement rendu par la Cour le 14 avril 1989, que Madame la juge Reed de la présente Cour soit désignée assesseur aux fins de l'évaluation des dommages,

ET IL EST STATUÉ que l'audition ou l'instruction portant sur l'évaluation des dommages aura lieu devant la présente Cour au Pacific Centre, 16^e étage, 700, rue Georgia ouest, à Vancouver, en Colombie-Britannique, le lundi 22 novembre 1993, à 10 h ou au lieu et au moment que peut fixer l'assesseur.

L'instance dont je suis saisie a été introduite le 22 novembre 1993 et a été menée comme une instruction. L'avocat de la demanderesse affirme que les parties ont toujours considéré que la procédure à suivre consistait en deux instructions séparées dont la première devait porter sur la question de la responsabilité et la deuxième sur la question des dommages. Dans sa plaidoirie, l'avocat des défendeurs (qui ne les représentait pas au cours de la procédure antérieure) a prétendu que l'instance dont j'étais saisie constituait une référence sous le régime de la Règle 500 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] et que je n'avais pas compétence pour décider s'il y avait lieu d'accorder des intérêts simples ou composés. Par la suite, pour accélérer le processus, l'avocat des défendeurs a convenu que l'instance que je présidais devait être considérée comme une instruction. Il a soutenu toutefois qu'il était aussi irrégulier que je décide, même en qualité de juge, d'accorder des intérêts composés alors que M. le juge Addy avait implicitement tranché cette question en avril 1990.

Il est bien établi qu'au moment où les parties ont fait valoir leurs prétentions devant M. le juge Addy en avril 1990, lors de l'audition de la requête en vue d'obtenir des instructions concernant les dépens et d'autres questions, aucun argument n'a été formulé en ce qui a trait à l'octroi des intérêts simples ou composés. Toutes les parties ont présumé que le débat portait uniquement sur les intérêts simples. La demanderesse n'avait pas demandé d'intérêts composés dans sa déclaration. La décision prononcée dans l'affaire *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.* (1989), 97 N.R. 384 (C.A.F.); approuvée par [1991] 1 R.C.S. 779 n'avait pas encore été rendue au moment du dépôt de la déclaration.

L'avocat des défendeurs soutient que, malgré l'absence de préclusion fondée sur l'identité de la question en ce qui a trait à l'octroi des intérêts composés,

still be inappropriate to order such because I was not the Trial Judge and therefore do not have knowledge of all the circumstances of the case. In addition, the plaintiff did not make a claim for compound interest in its statement of claim and it would not be appropriate to now allow what is essentially an amendment to pleading. Counsel for the plaintiff argues, on the other hand, that this is a highly appropriate case for an award of compound interest. He argues that this is so because of the length of time during which the plaintiff has been prevented from obtaining the monies to which it has been found entitled under the decision of April 14, 1989. This occurred as a result first of the lengthy appeals and then by the defendants failing to settle any part of the damage claim. I note that as recently as three months ago, August 31, 1993, the defendants' position was that no items of the damage claim had been agreed to.

Counsel for the plaintiff presents many persuasive reasons for awarding compound interest. As was stated by Mr. Justice Hugessen [at page 391] in the *Monk* case (*supra*), it is "well in accord with the realities of modern commercial practice." Reference was made to United States jurisprudence where the awarding of compound interest seems to be the norm in federal courts; see *Amoco Cadiz, In re*, [1992] A.M.C. 913, at pages 980-981:

By committing a tort, the wrongdoer creates an involuntary creditor. It may take time for the victim to obtain an enforceable judgment, but once there is a judgment the obligation is dated as of the time of the injury. In voluntary credit transactions, the borrower must pay the market rate for money. (The market rate is the minimum appropriate rate for prejudgment interest, because the involuntary creditor might have charged more to make a loan.) Prejudgment interest at the market rate puts *both* parties in the position they would have occupied had compensation been paid promptly.

Victims who finance their own cleanup lend to themselves; forced to devote money to a project not of their own choosing (money they otherwise could have lent out at the market rate of interest), they are entitled to compensation for the "hire" of the capital. . . . An injurer allowed to keep the return on this

il serait irrégulier que je les accorde parce que ce n'est pas moi qui ai présidé l'instruction et que je ne connais donc pas toutes les circonstances de l'espèce. De plus, la demanderesse n'a pas demandé d'intérêts composés dans sa déclaration et il serait irrégulier que j'autorise maintenant ce qui constituerait essentiellement une modification à la procédure écrite. L'avocat de la demanderesse affirme pour sa part qu'il serait très approprié en l'espèce d'octroyer des intérêts composés. À l'appui de cette prétention, il allègue la longue période au cours de laquelle la demanderesse n'a pas pu toucher les sommes auxquelles la décision du 14 avril 1989 lui donnait droit. Cette situation est imputable en premier lieu au long processus d'appel, puis au défaut des défendeurs de conclure une transaction sur quelque portion que ce soit des dommages-intérêts réclamés. Je constate qu'il y a à peine trois mois, le 31 août 1993, les défendeurs affirmaient que les parties n'avaient convenu d'aucun des éléments de la demande en dommages-intérêts.

L'avocat de la demanderesse invoque de nombreux motifs convaincants qui pourraient justifier l'octroi d'intérêts composés. Comme l'a déclaré M. le juge Hugessen [à la page 391] dans l'affaire *Monk* (*supra*), une telle ordonnance «s'[harmoniserait] bien avec les réalités de la pratique commerciale moderne». On a fait allusion à la jurisprudence émanant des États-Unis où l'octroi d'intérêts composés semble être la norme devant les tribunaux fédéraux; voir l'affaire *Amoco Cadiz, In re*, [1992] A.M.C. 913, aux pages 980 et 981:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne commet un délit, elle crée de ce fait un créancier involontaire. Il peut s'écouler beaucoup de temps avant que la victime obtienne un jugement exécutoire, mais lorsque jugement est rendu, l'obligation remonte au moment où le préjudice a été causé. Dans les opérations de crédit volontaires, l'emprunteur doit payer le loyer de l'argent au taux du marché. (Le taux du marché est le taux minimum approprié applicable aux intérêts avant jugement, parce que le créancier involontaire aurait pu exiger davantage pour consentir un prêt.) Les intérêts avant jugement calculés au taux du marché placent *les deux* parties dans la situation où elles se trouveraient si l'indemnité avait été versée rapidement.

Les victimes qui financent le nettoyage qu'elles effectuent se consentent un prêt à elle-même; forcées de consacrer des sommes d'argent à un projet qu'elles n'ont pas choisi librement (des sommes qu'elles auraient autrement pu prêter au taux d'intérêt du marché), elles ont droit à une indemnité pour

money has profited by the wrong. So we reiterate the holding of *Gorenstein* — one almost compelled by *Devex* and *West Virginia* — that compound prejudgment interest is the norm in federal litigation.

And in the Law Reform Commission of British Columbia's *Report on the Court Order Interest Act* (1987), at pages 31-33, that body recommends changes to the British Columbia legislation to provide for the awarding of compound interest because it more accurately reflects the operation of the market place and the actual cost of delay to a plaintiff.

With some regret, I do not find it necessary to decide whether it would be appropriate in the present case to award compound interest. I think I am precluded from making any such decision by the April 1990 decision of Mr. Justice Addy. Both counsel admit that on that application everyone was proceeding on the assumption that they were talking about simple interest. In my view, the order Mr. Justice Addy made was implicitly decided on that basis. As I understand the law relating to issue estoppel it is that a party is estopped from raising, in a later proceeding, a matter which was implicitly dealt with in an earlier proceeding. An opportunity existed at the earlier time to raise the question of whether compound or simple interest should be ordered but the application was argued and disposed of by reference to simple interest only.

Conclusion

An order will therefore issue awarding the plaintiff damages as has been agreed between the parties, together with an amount of \$14,193.55 on account of taxi services, an amount referable to the additional wages paid to the four temporary supervisors, an amount of \$10,894.75 as expenses incurred in processing invoices and an amount of \$215,542.71 as overhead.

The parties have agreed upon the relevant interest rates to be applied and the dates as of which they are

l'«utilisation» du capital . . . Une personne qui cause un préjudice profiterait de son acte fautif si elle était autorisée à conserver le revenu généré par son argent. C'est pourquoi nous réitérons le principe énoncé dans l'affaire *Gorenstein* — presque imposé par les affaires *Devex* et *West Virginia* — selon lequel les intérêts composés avant jugement constituent la norme dans le cas des litiges portés devant les tribunaux fédéraux.

En outre, la Law Reform Commission of British Columbia recommande, aux pages 31 à 33 de son *Report on the Court Order Interest Act* (1987), des changements à la législation de la Colombie-Britannique afin qu'elle prévoie l'octroi d'intérêts composés car ceux-ci reflètent mieux le fonctionnement du marché et le coût réel de l'écoulement du temps pour une partie demanderesse.

Je constate, à regret, qu'il n'est pas nécessaire que je décide s'il y a lieu d'accorder des intérêts composés en l'espèce. Je pense que la décision rendue par M. le juge Addy en avril 1990 m'empêche de trancher cette question. Les avocats des deux parties ont admis qu'au moment de la présentation de la demande tous ont tenu pour acquis que seuls les intérêts simples étaient en jeu. Je suis d'avis que M. le juge Addy a rendu son ordonnance en se fondant implicitement sur cette présupposition. Il me semble que, selon la règle de droit relative à la préclusion fondée sur l'identité de la question, une partie ne peut soulever, dans une instance postérieure, une question qui a été tranchée implicitement dans une instance antérieure. Les parties ont eu l'occasion, précédemment, de soulever la question de savoir s'il y avait lieu d'accorder des intérêts simples ou des intérêts composés, mais la demande a été plaidée et tranchée sans qu'il soit fait mention des intérêts composés.

Conclusion

En conséquence, une ordonnance sera prononcée accordant à la demanderesse les dommages-intérêts dont les parties ont convenu, un montant de 14 193,55 \$ au titre des services de taxi, un montant relatif à la rémunération supplémentaire versée aux quatre superviseurs temporaires, un montant de 10 894,75 \$ au titre des dépenses engagées pour le traitement des factures et un montant de 215 542,71 \$ au titre des frais généraux.

Les parties ont convenu des taux d'intérêts applicables et des dates auxquelles ils s'appliquent. Les

to be applicable. Interest in accordance with those dates and rates shall be calculated on a simple, not compound basis.

I invite counsel for the plaintiff to submit a formal order in accordance with these reasons for my signature.

Counsel asked that no order with respect to costs be made until submissions thereon had been considered. Counsel are invited, if they cannot agree on the terms of an order respecting costs, to either file submissions in writing or to consult with the Registrar for the purpose of arranging a telephone conference with respect thereto.

intérêts établis en fonction de ces dates et de ces taux seront calculés comme des intérêts simples et non comme des intérêts composés.

a J'invite l'avocat de la demanderesse à me présenter une ordonnance formelle conforme aux présents motifs pour que j'y appose ma signature.

b Les avocats ont demandé à la Cour de ne rendre aucune ordonnance relativement aux dépens avant d'avoir examiné leurs observations à cet égard. Je les invite donc, s'ils ne peuvent s'entendre sur les dispositions d'une ordonnance relative aux dépens, à déposer leurs observations par écrit ou à consulter le registraire pour organiser une conférence téléphonique à ce sujet.

c

A-1393-92	A-1393-92
Attorney General of Canada (Applicant)	Procureur général du Canada (requérant)
v.	c.
Guochang Xuan (Respondent)	Guochang Xuan (intimé)
<i>INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. XUAN (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) c. XUAN (C.A.)</i>
Court of Appeal, MacGuigan, Linden and Robertson J.J.A.—Toronto, January 26 and 27, 1994.	Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 26 et 27 janvier 1994.
<i>Unemployment insurance — Application to set aside Umpire's decision allowing respondent to extend qualifying period and to receive benefits under Unemployment Insurance Act, s. 7(2) — Respondent, landed immigrant, sent by employer to China on business — Passport expired while there — Detained by Chinese authorities for fourteen months — Unemployed upon return to Canada — Unemployment benefits denied as no insurable employment during qualification period — Meaning of "other similar institution" in Act, s. 7(2)(b) not restricted to building — "Words-in-total context" proper approach.</i>	<i>Assurance-chômage — Demande d'annulation de la décision du juge-arbitre prolongeant la période de référence de l'intimé et lui permettant de recevoir des prestations en application de l'art. 7(2) de la Loi sur l'assurance-chômage — L'intimé, un immigrant ayant obtenu le droit d'établissement, a été envoyé en Chine pour affaires par son employeur — Son passeport est devenu périmé pendant son séjour là-bas — Il a été détenu pendant quatorze mois par les autorités chinoises — Il était sans emploi à son retour au Canada — Il a été jugé inadmissible à des prestations d'assurance-chômage parce qu'il n'avait pas eu d'emploi assurable pendant sa période de référence — La signification des mots «autre institution de même nature» à l'art. 7(2)(b) de la Loi ne se limite pas à un édifice — Il convient d'appliquer la méthode qui consiste à «examiner les termes dans leur contexte global».</i>
<i>Construction of statutes — Interpretation of Unemployment Insurance Act, s. 7(2)(b) — Respondent, detained for fourteen months when in China on business trip, denied extension of qualification period as not "confined in any jail, penitentiary or other similar institution" — Umpire's broad interpretation of "other similar institution" correct — Legal interpretation requiring consideration of numerous factors — Words of Act to be read in entire context, in grammatical and ordinary sense — Meaning of word "institution" not restricted to building.</i>	<i>Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 7(2)(b) de la Loi sur l'assurance-chômage — L'intimé, détenu pendant quatorze mois en Chine lorsqu'il y est allé pour affaires, s'est fait refuser la prolongation de sa période de référence parce qu'il n'était pas une personne «détenue dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature» — L'interprétation large donnée aux mots «autre institution de même nature» par le juge-arbitre est correcte — L'interprétation des textes juridiques nécessite l'examen de nombreux facteurs — Les termes d'une loi doivent être interprétés selon leur contexte, dans leur acception logique courante — La signification du mot «institution» ne se limite pas aux édifices.</i>
STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED	LOIS ET RÈGLEMENTS
<i>Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.</i>	<i>Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34.</i>
<i>Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.</i>	<i>Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 25 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 7; 1976-77, ch. 54, art. 36), 45 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 17).</i>
<i>Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 25 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 7; 1976-77, c. 54, s. 36), 45 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 17).</i>	<i>Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.</i>
<i>Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 7.</i>	<i>Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 7.</i>

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Garland v. Canada Employment and Immigration Commission, [1985] 2 F.C. 508; (1985), 23 D.L.R. (4th) 393; 42 Alta. L.R. (2d) 268; 12 C.C.E.L. 149; 86 C.L.L.C. 14,035; 63 N.R. 129 (C.A.) (as to the principle of statutory interpretation); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 C.L.L.C. 14,010; 46 N.R. 185.

DISTINGUISHED:

Crupi v. Canada Employment and Immigration Commission, [1986] 3 F.C. 3; (1986), 10 C.C.E.L. 286; 66 N.R. 93 (C.A.); *Garland v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 F.C. 508; (1985), 23 D.L.R. (4th) 393; 42 Alta. L.R. (2d) 268; 12 C.C.E.L. 149; 86 C.L.L.C. 14,035; 63 N.R. 129 (C.A.) (as to the scope of the statutory framework under consideration).

AUTHORS CITED

Driedger, E.A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATION to set aside Umpire's decision allowing the respondent to extend his qualifying period and to receive benefits under paragraph 7(2)(b) of the *Unemployment Insurance Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Cheryl D. Mitchell for applicant.
Allen V. Craig for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Weir & Foulds, Mississauga, Ontario, for respondent.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

ROBERTSON J.A.: This is an application to review and set aside a decision of an Umpire dated June 3, 1992 [CUB 21630] involving the proper interpretation of paragraph 7(2)(b) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1. To be entitled to benefits under that Act, a claimant must accumulate 10 to 20 insurable weeks of employment in the qualifying period preceding the claim. The maximum qualifying

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Garland c. Commission canadienne de l'emploi et de l'immigration, [1985] 2 C.F. 508; (1985), 23 D.L.R. (4th) 393; 42 Alta. L.R. (2d) 268; 12 C.C.E.L. 149; 86 C.L.L.C. 14,035; 63 N.R. 129 (C.A.) (relativement au principe d'interprétation des lois); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 C.L.L.C. 14,010; 46 N.R. 185.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Crupi c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, [1986] 3 C.F. 3; (1986), 10 C.C.E.L. 286; 66 N.R. 93 (C.A.); *Garland c. Commission canadienne de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 2 C.F. 508; (1985), 23 D.L.R. (4th) 393; 42 Alta. L.R. (2d) 268; 12 C.C.E.L. 149; 86 C.L.L.C. 14,035; 63 N.R. 129 (C.A.) (relativement à la portée du cadre législatif visé).

DOCTRINE

Driedger, E.A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDE d'annulation de la décision du juge-arbitre prolongeant la période de référence de l'intimé et lui permettant de recevoir des prestations en application de l'alinéa 7(2)(b) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Cheryl D. Mitchell pour le requérant.
Allen V. Craig pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Weir & Foulds, Mississauga (Ontario) pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La Cour est saisie d'une demande de révision et d'annulation visant la décision d'un juge-arbitre, rendue le 3 juin 1992 [CUB 21630], relativement à l'interprétation qu'il convient de donner à l'alinéa 7(2)(b) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1. Pour avoir droit aux prestations prévues par la Loi, il faut avoir accumulé de dix à vingt semaines d'emploi

period is 52 weeks unless an extension is granted. The grounds for extension are enumerated in subsection 7(2) of the Act. It provides:

7. . . .

(2) Where a person proves in such a manner as the Commission may direct that during any qualifying period mentioned in paragraph (1)(a) he was not employed in insurable employment for the reason that he was for any week

(a) incapable of work by reason of any prescribed illness, injury, quarantine or pregnancy,

(b) confined in any jail, penitentiary or other similar institution,

(c) in attendance at a course of instruction or other program to which he was related by such authority as the Commission may designate, or

(d) in receipt of temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury,

that qualifying period shall, for the purposes of this section, be extended by the aggregate of any of those weeks.

The relevant facts may be briefly stated. Guochang Xuan (the respondent), a landed immigrant, worked as an engineer for Joe Ng Engineering Ltd. in Hamilton, Ontario. On October 9, 1989, he was sent by his employer to China on business. While there, the respondent's Chinese passport expired. He was detained by officials in China for fourteen months in a city in the province of Hunan. During this period he was required to report to the Chinese authorities daily. The respondent was not allowed to return to Canada until November 25, 1990 and then only after payment of \$7000 Canadian to Chinese authorities in exchange for an exit visa. Unfortunately, his employer did not feel obligated to leave unfilled his position until such time as he could return to Canada.

The respondent applied for unemployment insurance benefits effective December 27, 1990. On March 25, 1991, he was advised by the Canada Employment and Immigration Commission (the Commission) that he did not qualify for benefits because he did not have any weeks of insurable

assurable au cours de la période de référence précédant la demande. La période de référence ne peut excéder cinquante-deux semaines à moins qu'une prolongation ne soit accordée. Les motifs de prolongation sont énumérés au paragraphe 7(2) de la Loi, lequel est ainsi conçu:

7. . . .

(2) Lorsqu'une personne prouve de la manière que la Commission peut ordonner qu'au cours d'une période de référence visée à l'alinéa (1)a) elle n'a pas exercé, pendant une ou plusieurs semaines, un emploi assurable parce que, selon le cas:

a) elle était incapable de travailler par suite d'une maladie, blessure, mise en quarantaine ou grossesse prévue par les règlements;

b) elle était détenue dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature;

c) elle suivait un cours d'instruction ou autre programme sur les instances d'une autorité que peut désigner la Commission;

d) elle touchait, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle,

cette période de référence sera, pour l'application du présent article, prolongée d'un nombre équivalent de semaines.

Voici un résumé des faits pertinents. M. Guochang Xuan (l'intimé) est un immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Il travaillait en qualité d'ingénieur chez Joe Ng Engineering Ltd. à Hamilton (Ontario). Le 9 octobre 1989, son employeur l'a envoyé en voyage en Chine pour affaires. La durée de validité de son passeport chinois ayant pris fin pendant son séjour, il fut détenu par les autorités chinoises pendant quatorze mois dans une ville de la province de Hunan. Pendant cette période, il devait se présenter quotidiennement aux autorités chinoises. L'intimé n'a été autorisé à revenir au Canada que le 25 novembre 1990 et qu'après avoir versé une somme de 7 000 dollars canadiens en échange d'un visa de sortie. Son employeur, malheureusement, ne s'est pas senti tenu de conserver le poste vacant de l'intimé jusqu'à ce que ce dernier puisse revenir au Canada.

L'intimé a présenté une demande d'assurance-chômage le 27 décembre 1990. Le 25 mars 1991, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (la Commission) l'a informé qu'il n'était pas admissible aux prestations parce qu'il n'avait accumulé aucune semaine d'emploi assurable pendant sa

employment during his qualification period. The Commission also denied the respondent's application for an extension of his qualification period on the grounds that he had failed to prove that the reason he had not been employed for the year preceding his claim was that he was "confined in any jail, penitentiary or other similar institution" as required by paragraph 7(2)(b) of the Act.

The Board of Referees allowed the respondent's appeal in a decision dated May 29, 1991. It held that he was "incarcerated" and confined to a city in China and that he therefore satisfied the requirements of the Act. The Commission appealed that decision to the Umpire.

Umpire Rouleau framed the narrow issue before him as the interpretation of the phrase "other similar institution" in paragraph 7(2)(b) of the Act. He adopted a contextual approach advocated by Heald J.A. in *Garland v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 F.C. 508 (C.A.). That case concerned the interpretation of the paragraph which is the subject of this appeal.

In *Garland*, the claimant was released from imprisonment on a temporary absence program under the terms of which he was required to stay on his parents' farm. Heald J.A., writing for the majority (Pratte J.A. in dissent), compared all of the circumstances enumerated in paragraphs (a) - (d) of subsection 7(2) of the Act and reasoned (at page 516):

They all envisage a factual scenario in which the applicant is not available for employment through external circumstances beyond his control. . . . By the enactment of section 18(2) [now 7(2)], Parliament has, in my view, manifested a clear intention to relieve the individuals caught in the circumstances therein enumerated from the unfair consequences of those circumstances—namely, ineligibility for benefits. The method chosen by Parliament in subsection (2) to prevent such an unjust result, is to provide for an extension of the qualifying period in such circumstances.

Umpire Rouleau then applied the *ejusdem generis* canon of statutory interpretation and found that all of the institutions listed in paragraph 7(2)(b) of the Act shared the characteristic of being places in which people are confined. He went on to consider that the

période de référence. La Commission a également refusé de prolonger ladite période de référence car, selon elle, l'intimé n'avait pas prouvé que la raison pour laquelle il n'avait pas exercé d'emploi assurable pendant l'année précédant sa réclamation était qu'il «était détenu[] dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature» au sens de l'alinéa 7(2)b) de la Loi.

Le conseil arbitral a accueilli l'appel de l'intimé dans une décision rendue le 29 mai 1991, jugeant que ce dernier avait été [TRADUCTION] «incarcéré» et détenu dans une ville chinoise et qu'il satisfaisait donc aux exigences de la Loi. La Commission a porté cette décision en appel devant le juge-arbitre.

Le juge-arbitre Rouleau a déterminé que la question, très précise, qui se posait était celle de l'interprétation des mots «autre institution de même nature» de l'alinéa 7(2)b) de la Loi, et il a adopté la méthode contextuelle préconisée par le juge Heald, J.C.A., dans la décision *Garland c. Commission canadienne de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 2 C.F. 508 (C.A.). Cette dernière affaire portait, en effet, sur l'interprétation de l'alinéa visé par le présent appel.

Dans l'affaire *Garland*, le demandeur de prestations avait été libéré de prison en vertu d'un programme d'absence temporaire qui lui imposait de demeurer à la ferme de ses parents. Le juge Heald, J.C.A., rendant jugement pour la majorité (le juge Pratte, J.C.A. était dissident), a comparé toutes les circonstances énumérées aux alinéas (a) à (d) du paragraphe 7(2) de la Loi et a fait le raisonnement suivant (à la page 516):

Elles prévoient toutes une situation où le requérant est incapable d'occuper un emploi en raison de circonstances extérieures indépendantes de sa volonté . . . J'estime qu'en édictant le paragraphe 18(2) [maintenant le paragraphe 7(2)], le législateur a clairement manifesté sa volonté de remédier aux conséquences injustes des circonstances qui sont énumérées—à savoir l'inadmissibilité au bénéfice de prestations. Le moyen auquel a eu recours le législateur au paragraphe (2) pour prévenir ces conséquences injustes a été de prévoir, dans de telles circonstances, la prolongation de la période de référence.

Le juge-arbitre Rouleau a ensuite appliqué la règle d'interprétation *ejusdem generis* et a conclu que toutes les institutions énumérées à l'alinéa 7(2)b) de la Loi avaient en commun la caractéristique d'être des endroits de détention. Il a pris en considération le

respondent was required to report to the Chinese authorities daily and was permitted only to leave the city on two occasions to visit relatives in Shanghai during his fourteen-month "detention". In the Umpire's words, "[f]or all intents and purposes, he may just as well have had four walls around him" (Umpire's reasons, at page 11).

The applicant submits that the Umpire's broad interpretation of the phrase "other similar institution" constitutes an error of law. The ordinary, grammatical meaning of paragraph 7(2)(b) unambiguously confines the definition of "similar institution" to a building similar in nature to a jail or penitentiary. Therefore, the application of the contextual canon of statutory interpretation bars the Umpire's interpretation of paragraph 7(2)(b).

The applicant's argument is based on the reasoning that although a person may be confined against his or her will, it does not necessarily follow that he or she is confined in an institution. In support of that proposition, counsel cites *Crupi v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 3 (C.A.). In that case this Court determined that a mental health centre (hospital) was not a "similar institution" within the meaning of the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. Analogously, the applicant asserts that a city in China is not "similar" to a jail or penitentiary. Paragraph 24 of the applicant's written submission summarizes the argument:

24. It is therefore submitted that, pursuant to the presumption against a change of terminological usage and this Court's reasoning in *Crupi, infra*, the learned Umpire erred in considering the city of Hunan to be in the nature of a prison.

It is understandable why counsel for the applicant would seize on the *Crupi* decision as authority for its position. On the basis of *Garland*, it is not difficult to anticipate the argument that if a person can successfully invoke paragraph 7(2)(b) of the Act on the basis of having been confined to his parent's farm then surely he can invoke that section if confined to a city located in an undemocratic country. At the very least, the reasoning of the Court in *Crupi* might undermine this analogous argument. After all, it is not illogical

fait que l'intimé avait dû se présenter aux autorités chinoises tous les jours et n'avait pu quitter la ville qu'à deux occasions pendant ses quatorze mois de «détention», pour aller visiter des parents à Shanghai. Selon le juge-arbitre: «à toutes fins utiles, c'est comme s'il avait été entre quatre murs» (motifs de la décision du juge-arbitre, à la page 11).

Le requérant soutient qu'en interprétant de façon large les mots «autre institution de même nature», le juge-arbitre a commis une erreur de droit. Le sens grammatical ordinaire de l'alinéa 7(2)b) limite sans équivoque la définition d'«institution de même nature» à un édifice similaire à une prison ou à un pénitencier. Par conséquent, l'application de la règle d'interprétation contextuelle des lois exclut l'interprétation de l'alinéa 7(2)b) faite par le juge-arbitre.

L'argument du requérant repose sur le raisonnement voulant que le fait qu'une personne puisse être détenue contre sa volonté ne veut pas nécessairement dire qu'elle est détenue dans une institution. Il cite, à l'appui de cette prétention, la décision *Crupi c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 3 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour avait jugé qu'un hôpital psychiatrique ne constituait pas une «institution de même nature» au sens de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48]. Procédant par analogie, le requérant affirme qu'une ville chinoise n'est pas «de même nature» qu'une prison ou qu'un pénitencier. Il résume son argument au paragraphe 24 de ses observations écrites:

[TRADUCTION] 24. Le requérant fait valoir, en conséquence, qu'au regard de la présomption s'opposant au changement d'usage terminologique et du raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Crupi, infra*, le juge-arbitre s'est trompé lorsqu'il a déterminé que la ville de Hunan était de la même nature qu'une prison.

On peut comprendre pourquoi l'avocat du requérant cite de la décision *Crupi* à l'appui de son argumentation. S'agissant de la décision *Garland*, il était facile de prévoir l'argument qui peut en découler, savoir que si le fait d'avoir été détenu sur la ferme de ses parents permet de se prévaloir de l'alinéa 7(2)b) de la Loi, le fait d'avoir été détenu dans une ville d'un pays non démocratique le permettra aussi certainement. Les propos tenus par la Cour dans l'affaire *Crupi* pourraient à tout le moins permettre d'ébranler

to maintain that if a hospital is not to be regarded as similar to an institution of confinement such as a prison, the same reasoning might be accepted in regard to a city located within another country.

In *Crupi* the issue was whether the applicant was entitled to receive unemployment insurance benefits during the period he was hospitalized, pursuant to a court order, for psychiatric observation. The court order was issued after the applicant had been arrested and charged with an offence under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. On judicial review this Court had to decide which of two provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* were applicable: section 45 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 17] of the Act which denied benefits to those found to be an inmate of a prison or similar institution; or section 25 [as am. *idem*, s. 7; 1976-77, c. 54, s. 36] which extended benefits to those incapable of working due to illness. Heald J.A., once again writing for a majority (MacGuigan J.A., dissenting), held that the applicant was entitled to the unemployment insurance benefits. In short, a hospital was deemed not to be a "similar institution" within the meaning of section 45 of that Act. The majority reasoned that the claimant's remand in that institution was for medical, rather than custodial or punitive, reasons.

As is self-evident, the facts of *Crupi* and *Garland* are materially different and in particular as they pertain to the scope of the statutory framework under consideration. Of particular significance is the fact that the issue before us is not concerned with whether the claimant is an inmate. Furthermore, the contextual analysis pursued by both the majority and minority in *Crupi* lacks relevance to the issue at hand. Putting aside substantive differences, we note that the legal result arrived at in each case is the same—the claimant was held to be entitled to the benefits sought.

ce raisonnement par analogie. Après tout, on ne pêche pas contre la logique en affirmant que si un hôpital ne peut être considéré comme une institution de même nature qu'un établissement de détention, tel une prison, le même raisonnement peut s'appliquer à l'égard d'une ville située dans un autre pays.

Dans l'affaire *Crupi*, il s'agissait de déterminer si le prestataire avait droit à des prestations d'assurance-chômage pour la période pendant laquelle il avait été placé en observation dans un hôpital psychiatrique, en application d'une ordonnance judiciaire. L'ordonnance avait été rendue après que le prestataire eut été arrêté et accusé en vertu du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34]. La Cour, siégeant en contrôle judiciaire, devait décider laquelle des deux dispositions suivantes de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* était applicable: l'article 45 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 17] qui refusait le bénéfice des prestations aux personnes détenues dans une prison ou dans un établissement semblable ou l'article 25 [mod., *idem*, art. 7; 1976-77, ch. 54, art. 36] qui étendait le versement des prestations aux personnes incapables de travailler par suite d'une maladie. Le juge Heald, J.C.A., rendant encore une fois jugement pour la majorité (le juge MacGuigan, J.C.A., était dissident), a conclu que le requérant avait droit à des prestations. Il a jugé, en résumé, qu'un hôpital n'était pas réputé être un «établissement semblable» au sens de l'article 45 de la Loi. La majorité de la Cour a considéré que le renvoi du prestataire dans l'établissement visé reposait sur des motifs d'ordre médical et n'avait pas été ordonné à des fins de mise sous garde ou de punition.

À l'évidence, les faits des affaires *Crupi* et *Garland* diffèrent considérablement, particulièrement en ce qui concerne la portée du cadre législatif visé. Le fait que le point en litige, en l'espèce, ne porte pas sur la question de savoir si l'intimé était détenu revêt une importance particulière. De plus, l'analyse contextuelle appliquée par les juges majoritaires et par le juge dissident, dans l'affaire *Crupi*, n'est pas d'une grande pertinence en l'espèce. Si l'on met de côté les différences de fond, on constate que le résultat juridique atteint, dans les deux décisions, est le même: la reconnaissance du droit aux prestations demandées.

It was common ground that the only principle of statutory interpretation now is that expressed as follows by Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., 1983, at page 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.

This principle was first described as a “words-in-total context” approach by this Court in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), at page 352, and has been followed many times since; see also *Crupi, supra, per MacGuigan J.A.*, at pages 30 *et seq.* It means that a statutory word or expression can be fully grasped only in relation to the whole of which it is a constituent part. In particular, as Heald J.A. put it in *Garland, supra*, at page 515:

... it is necessary to read the statute containing the words in issue in its entirety as an initial step. Only after that has been done can it be determined with any precision whether or not the words being interpreted are clear and unambiguous.

We accept this approach of Heald J.A.

Stated succinctly, the purpose of the Act is to provide benefits to people who, for legitimate reasons, have become unemployed. To facilitate this end, subsection 7(2) of the Act permits the extension of the qualification period for certain enumerated legitimate reasons. It would be paradoxical, indeed, if a person incarcerated in a Canadian penal institution, presumably for committing a criminal offence, has a legitimate reason for obtaining an extension of the qualification period, while a person who has committed no offence, except to fulfil his employment obligations, does not. The implications of that decision would clearly conflict with Parliament’s intent in drafting the provision. The failure of the applicant to offer any policy reasons (e.g. difficulty in administering the insurance scheme, conflict with other statutory provisions or legislative objectives), for denying the respondent unemployment insurance benefits leads us to conclude that the interpretation adopted by the

Il était bien établi que le seul principe d’interprétation des lois applicable maintenant est celui qui a été énoncé par Elmer A. Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e éd., 1983, à la page 87:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l’interprétation d’une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur.

La Cour a d’abord décrit ce principe en employant l’expression «examiner les termes dans leur contexte global», dans la décision *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), à la page 352, et elle l’a appliqué à de nombreuses reprises par la suite (voir également la décision *Crupi*, précitée, les motifs du juge MacGuigan, J.C.A., aux pages 30 et s.). Ces mots veulent dire que le sens d’un mot ou d’une expression employée par le législateur ne peut être pleinement compris qu’en relation à l’ensemble du texte dans lequel il s’insère. À ce sujet, le juge Heald, J.C.A., a déclaré, en particulier, dans l’affaire *Garland* précitée, à la page 515:

... il faut tout d’abord lire intégralement la loi contenant les mots litigieux. C’est seulement après que l’on est en mesure de décider avec quelque justesse si les mots à interpréter sont clairs et non équivoques.

Nous faisons nôtre cette démarche décrite par le juge Heald, J.C.A.

Disons, pour décrire succinctement l’objet de la Loi, que celle-ci vise le versement de prestations aux personnes qui, pour des raisons légitimes, sont devenues sans emploi. Pour faciliter l’atteinte de cet objectif, le paragraphe 7(2) de la Loi permet la prolongation de la période de référence pour certains motifs légitimes prévus par la Loi. En vérité, il serait paradoxal qu’une personne incarcérée dans un établissement correctionnel au Canada pour avoir, on peut le présumer, commis une infraction pénale, puisse disposer d’un motif légitime de prolongation de la période de référence, alors qu’une personne qui n’a commis aucune infraction et n’a fait que remplir ses obligations professionnelles ne le puisse pas. Les conséquences d’une telle décision iraient nettement à l’encontre de l’intention qu’avait le législateur quand il a formulé cette disposition. Le requérant n’a pu présenter aucune raison de principe (difficulté d’administration du régime d’assurance, conflit avec

Umpire is the correct one. This view is strengthened by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 and by the decision of Wilson J. in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2 wherein she offers the following guiding principle (at page 10):

Since the overall purpose of the Act is to make benefits available to the unemployed, I would favour a liberal interpretation of the re-entitlement provisions. I think any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant. [Emphasis added.]

While acknowledging counsel for the applicant's able analysis, it is, in our opinion, flawed in three material respects. First it focuses exclusively on the word "institution" at the expense of the word "confined". A word does not have a meaning apart from a context. Second, the analysis fails to acknowledge the collective significance of each of the paragraphs in section 7 as they impact on the task of determining legislative purpose and intent. In the present circumstances the proper context is not subparagraph 7(2)(b) but rather section 7 and the Act as a whole. We agree with the respondent that legal interpretation entails consideration of numerous factors, and it may be necessary to ignore the restrictive view suggested by the immediate context if a more liberal approach is dictated by Parliament's overall intent. Finally, we cannot cast aside the ruling in *Garland* that the meaning of the word "institution" need not be restricted to a building.

For the above reasons, the application should be dismissed.

d'autres dispositions ou d'autres objectifs législatifs) qui justifierait de ne pas verser de prestations d'assurance-chômage à l'intimé. Cela nous amène à conclure que l'interprétation retenue par le juge-arbitre est la bonne, conclusion que viennent renforcer l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 ainsi que la décision rendue par le juge Wilson dans l'affaire *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, dans laquelle elle formule le principe directeur suivant (à la page 10):

Puisque le but général de la Loi est de procurer des prestations aux chômeurs, je préfère opter pour une interprétation libérale des dispositions relatives à la réadmissibilité aux prestations. Je crois que tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire. [Je souligne.]

L'avocat du requérant a soumis, je le reconnais, une argumentation habile, mais j'estime qu'elle présente trois vices importants. Premièrement, elle s'attache exclusivement au mot «institution» et laisse tomber le mot «détenue». Un mot détaché de son contexte est sans signification. Deuxièmement, le raisonnement suivi ne reconnaît pas la contribution cumulative de chaque alinéa de l'article 7 à la signification globale de la disposition ni leur incidence sur la détermination des buts et des objets de la Loi. En l'espèce, le contexte à examiner ne se limite pas à l'alinéa 7(2)(b), mais englobe plutôt la totalité de l'article 7 et la Loi dans son ensemble. Je souscris à l'argument de l'intimé selon lequel l'interprétation des lois requiert l'examen de nombreux facteurs et peut nécessiter qu'on se détourne de la perspective limitative suggérée par le contexte immédiat si l'intention globale du législateur impose une optique plus large. Finalement, je ne puis mettre de côté la décision *Garland* où il a été établi que rien n'impose de restreindre le sens du mot «institution» à celui d'un édifice.

Pour les motifs exprimés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter la demande.

T-2381-93

Kathy Marion Armstrong (*Applicant*)

v.

Commissioner N. D. Inkster of the Royal Canadian Mounted Police in his capacity as the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, Deputy Commissioner J. D. Farrel of the Royal Canadian Mounted Police in his capacity as the Appropriate Officer, Superintendent E. P. Craig of the Royal Canadian Mounted Police in his capacity as the Designated Officer, Discharge and Demotion Board appointed pursuant to section 45.2 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, as amended, composed of Superintendent J. D. Maxwell (Chairman), Inspector D. M. A. McLay (Member) and Inspector J. P. R. Poitras (Member) and Inspector Mortimer of the Royal Canadian Mounted Police in his capacity as Officer in Charge of Langley Detachment, "E" Division (*Respondents*)

INDEXED AS: ARMSTRONG v. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Vancouver, December 7, 1993; Toronto, January 27, 1994.

RCMP — Commissioner upholding Discharge and Demotion Board decision — Whether discharge procedure followed — Administration Manual substantially complied with and no prejudice to applicant demonstrated — Evidence need not be placed before Board *viva voce* — Board meeting requirements of independence — Commissioner's decision-making function not delegated to subordinate — Commissioner applied proper objective test in determining whether applicant suitable for position.

Judicial review — Decision of RCMP Commissioner upholding decision of Discharge and Demotion Board — Administration Manual substantially complied with and no prejudice to applicant demonstrated — Evidence need not be placed before Board *viva voce* — Independence of Board provided for by careful, deliberate drafting of RCMP Act provisions prescribing fair, appropriate discharge procedure — Inappropriate for Court to impose additional requirements — Commissioner's decision-making function not delegated to subordinate — Commissioner applied proper objective test in determining applicant unsuitable for position.

T-2381-93

Kathy Marion Armstrong (*requérante*)

c.

Le commissaire N. D. Inkster de la Gendarmerie royale du Canada en sa qualité de commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, le sous-commissaire J. D. Farrel de la Gendarmerie royale du Canada en sa qualité d'officier compétent, le surintendant E. P. Craig de la Gendarmerie royale du Canada en sa qualité d'officier désigné, Commission de licenciement et de rétrogradation nommée en vertu de l'article 45.2 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée, composée du surintendant J. D. Maxwell (président), de l'inspecteur D. M. A. McLay (membre) et de l'inspecteur J. P. R. Poitras (membre), et l'inspecteur Mortimer de la Gendarmerie royale du Canada en sa qualité d'officier responsable du détachement de Langley, division «E» (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: ARMSTRONG c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Vancouver, 7 décembre 1993; Toronto, 27 janvier 1994.

GRC — Confirmation par le commissaire de la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation — La procédure de renvoi a-t-elle été suivie? — Le Manuel d'administration a été suivi en substance, et il n'a pas été prouvé que la requérante a subi un préjudice — Il n'est pas nécessaire de présenter une preuve testimoniale directe devant la commission — La Commission satisfait aux conditions d'indépendance — Le commissaire n'a pas délégué sa fonction décisionnelle à un subordonné — Le commissaire a appliqué le critère objectif approprié pour déterminer si la requérante était apte à occuper son poste.

Contrôle judiciaire — Décision du commissaire de la GRC confirmant la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation — Le Manuel d'administration a été suivi en substance, et il n'a pas été prouvé que la requérante a subi un préjudice — Il n'est pas nécessaire de présenter une preuve testimoniale directe devant la Commission — L'indépendance de la commission est assurée par la rédaction soignée et délibérée des dispositions de la Loi sur la GRC, lesquelles établissent une procédure de renvoi équitable et appropriée — Il ne convient pas que la Cour impose de nouvelles conditions — Le commissaire n'a pas délégué sa fonction décisionnelle à un subordonné — Le commissaire a appliqué le critère objectif approprié pour déterminer que la requérante n'était pas apte à occuper son poste.

The applicant was an RCMP constable. Her difficulty in writing tickets and reports, which caused problems in prosecuting offences, led to the decision of a Discharge and Demotion Board that the applicant should be discharged for unsuitability. An appeal to the Commissioner was dismissed.

This was an application for judicial review of the Commissioner's decision on the grounds that certain conditions precedent to the Commissioner having jurisdiction had not been satisfied; the requirements of natural justice had not been met and there were errors in the Commissioner's decision. This was the first case of its kind under the current RCMP Act.

Held, the application should be dismissed.

The argument that the discharge procedure provided for in the Administration Manual had not been properly followed—applicant had not been put back on progress reporting before being served with a notice of shortcomings—was without basis. First, the Administration Manual did not have the force of law. Second, even if it did, there had been substantial compliance with it and no prejudice to the applicant had been demonstrated.

The fact that the evidence upon which the Discharge and Demotion Board relied in finding against the applicant had not been presented through sworn testimony, so that there was no opportunity for cross-examination, did not constitute a breach of the rules of natural justice. The scheme of the Act and Standing Order was that the RCMP's case was to be presented by documentary evidence and there was no requirement that counsel for the appropriate officer call *viva voce* evidence in chief. Nor had there been any request by the applicant to the Board that the authors of the documents be produced for cross-examination. *Semble*: while there may not be an obligation to grant such requests, a board must treat them seriously and decide each case according to its own circumstances, having regard to the statements in dispute, alternative means of contradicting them and other relevant factors.

The independence of the Discharge and Demotion Board was questioned on the ground that the Chairman and one member were not full-time adjudicators. Paragraph 11(d) of the Charter, which guarantees "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", did not apply since the applicant was not a "person charged with an offence". A consideration of the procedures contained in the RCMP Act indicated careful and deliberate drafting of provisions by which Parliament prescribed a fair and appropriate discharge procedure, including the constitution of the discharge and demotion board, and an independent External Review Committee. The Court would not redraft the Act to engraft upon it additional requirements of independence thought more consonant with the requirements of natural justice.

La requérante était gendarme dans la GRC. La difficulté qu'elle éprouvait dans la rédaction de procès-verbaux de contraventions et de rapports et qui causait des problèmes dans la poursuite des infractions, a fait en sorte que la Commission de licenciement et de rétrogradation a statué qu'elle devrait être renvoyée pour inaptitude. Elle s'est pourvue en appel devant le commissaire, lequel a rejeté l'appel.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire parce que certaines conditions préalables à l'exercice de la compétence du commissaire n'auraient pas été remplies, que les règles de justice naturelle n'auraient pas été respectées et que la décision du commissaire comporterait des erreurs. C'est la première cause de ce genre en vertu de l'actuelle Loi sur la GRC.

Jugement: la demande doit être rejetée.

L'argument voulant que la procédure de renvoi prévue dans le Manuel d'administration n'ait pas été correctement suivie—on aurait pu avoir recours, de nouveaux, aux rapports provisoires avant la signification de l'avis de carences professionnelles—n'est pas fondé. Premièrement, le Manuel d'administration n'a pas force de loi. Deuxièmement, même si c'était le cas, il a été respecté en substance, et il n'a pas été prouvé que la requérante a subi un préjudice.

Le fait que les éléments de preuve sur lesquels la Commission de licenciement et de rétrogradation s'est fondée pour rendre une décision défavorable à la requérante n'ont pas été présentés au moyen de témoignages sous serment et que la requérante n'a pas eu la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire ne constitue pas un manquement aux règles de justice naturelle. Suivant l'économie de la Loi et de la consigne, la GRC devait soumettre ses éléments de preuve sous forme documentaire, et l'avocat de l'officier compétent n'était pas tenu de faire entendre des témoins en interrogatoire principal. La Commission n'a, en outre, été saisie d'aucune demande visant à faire comparaître les auteurs des documents pour qu'ils soient contre-interrogés. Remarque: bien qu'une commission ne soit pas tenue d'accorder de telles demandes, elle devrait les prendre au sérieux et les trancher en fonction des circonstances de l'espèce, en tenant compte des déclarations litigieuses, des autres moyens de les contester et des autres facteurs pertinents.

L'indépendance de la Commission de licenciement et de rétrogradation a été mise en doute parce que le président et un autre membre n'étaient pas des arbitres à temps plein. L'alinéa 11(d) de la Charte, qui garantit le droit à «un procès public et équitable» devant «un tribunal indépendant et impartial» ne s'applique pas puisque la requérante n'est pas un «inculpé». L'examen des procédures prévues dans la Loi sur la GRC révèle une rédaction soignée et délibérée des dispositions par lesquelles le législateur a prescrit une procédure de renvoi équitable et appropriée, comprenant la constitution de la Commission de licenciement et de rétrogradation et l'examen par un comité externe indépendant. La Cour ne récriera pas la Loi pour y incorporer de nouvelles conditions d'indépendance qu'elle pourrait juger plus compatibles avec les exigences de la justice naturelle.

The résumé prepared by a member of the Commissioner's staff and upon which the Commissioner relied in making his decision did not contain facts and material not before the Discharge and Demotion Board.

Nor did the Commissioner delegate to a member of his staff his decision-making function with respect to the applicant's discharge. While the Commissioner did receive assistance from a member of his staff, who prepared a complete résumé of the case, with comments, and raised the important concerns and questions which the Commissioner should address, the Commissioner himself was left to make his decision independently. There was no improper delegation and no breach of natural justice.

The Commissioner adopted the appropriate objective test for deciding whether the applicant was suitable for her position. He considered the applicant's performance with respect to her ability to function, and do the required paperwork, at any detachment as a level 01 general policing constable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d).

Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure), SOR/88-367, ss. 18, 22.

Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 21(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 12), 25 (as am. *idem*, s. 16), 45.18 (as enacted *idem*), 45.19 (as enacted *idem*), 45.2 (as enacted *idem*), 45.22 (as enacted *idem*), 45.23 (as enacted *idem*), 45.24 (as enacted *idem*), 45.25 (as enacted *idem*), 45.26 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Funnell v. Whangarei High Schools Board, [1973] A.C. 660 (P.C.); *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; 94 D.L.R. (4th) 193; 76 C.C.C. (3d) 10; 57 O.A.C. 115 (C.A.); *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All ER 12 (C.A.); *Aro Canada Ltd. and Int'l Assoc. of Machinists, Lodge 1817, Re* (1975), 10 L.A.C. (2d) 81 (Ont.).

DISTINGUISHED:

Willette v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, [1985] 1 F.C. 423; (1984), 10 Admin. L.R. 149; 56 N.R. 161 (C.A.); *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241; *Emerson and Law Society of Upper Canada, Re* (1983), 44 O.R. (2d) 729; 5 D.L.R. (4th) 294; 41 C.P.C. 7 (H.C.); *Sawyer and Ontario Racing*

Le résumé préparé par un membre de l'état-major du commissaire et sur lequel le commissaire s'est fondé pour rendre sa décision ne renferme pas de faits et d'éléments de preuve qui n'ont pas été soumis à la Commission de licenciement et de rétrogradation.

Le commissaire n'a pas non plus délégué sa fonction décisionnelle à un membre de son état-major relativement au renvoi de la requérante. Bien que le commissaire ait reçu de l'aide d'un membre de son état-major, sous la forme d'un résumé complet de l'affaire assorti de commentaires et faisant état des questions importantes à examiner, il a pris la décision personnellement. Il n'y a pas eu délégalion illégale ni violation des règles de justice naturelle.

Le commissaire a adopté le critère objectif approprié pour statuer sur l'aptitude de la requérante à occuper son poste. Il a tenu compte du rendement de celle-ci en fonction de sa capacité d'effectuer le travail et d'exécuter les travaux d'écriture requis d'un gendarme de niveau 1 à la police générale, dans n'importe quel détachement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11(d).

Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions), DORS/88-367, (mod. par DORS/90-790, art. 1) art. 18, 22.

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 21(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 12), 25 (mod., *idem*, art. 16), 45.18 (édicte, *idem*), 45.19 (édicte, *idem*), 45.2 (édicte, *idem*), 45.22 (édicte, *idem*), 45.23 (édicte, *idem*), 45.24 (édicte, *idem*), 45.25 (édicte, *idem*), 45.26 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Funnell v. Whangarei High Schools Board, [1973] A.C. 660 (P.C.); *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; 94 D.L.R. (4th) 193; 76 C.C.C. (3d) 10; 57 O.A.C. 115 (C.A.); *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All ER 12 (C.A.); *Aro Canada Ltd. and Int'l Assoc. of Machinists, Lodge 1817, Re* (1975), 10 L.A.C. (2d) 81 (Ont.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Willette c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, [1985] 1 C.F. 423; (1984), 10 Admin. L.R. 149; 56 N.R. 161 (C.A.); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241; *Emerson and Law Society of Upper Canada, Re* (1983), 44 O.R. (2d) 729; 5 D.L.R. (4th) 294; 41 C.P.C. 7 (H.C.); *Sawyer and Ontario Racing*

Commission, Re (1979), 24 O.R. (2d) 673; 99 D.L.R. (3d) 561 (C.A.).

CONSIDERED:

Spring v. Law Society of Upper Canada (1988), 64 O.R. (2d) 719; 50 D.L.R. (4th) 523; 30 Admin. L.R. 151; 28 O.A.C. 375 (Div. Ct.). ^a

REFERRED TO:

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. ^b

AUTHORS CITED

Mullan D. J. *Administrative Law*, 2d ed., Toronto: Carswell, 1979. ^c

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of the Commissioner of the RCMP upholding the decision of a Discharge and Demotion Board to discharge the applicant from the RCMP on the ground of unsuitability. Application dismissed. ^d

COUNSEL:

Karl F. Warner for applicant.
George C. Carruthers for respondents.

SOLICITORS:

Warner, Scarborough, Herman & Harvey, New Westminster, British Columbia, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents. ^e

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.: This is an application for judicial review of a decision of N. D. Inkster, Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), dated September 24, 1993, upholding a decision of a Discharge and Demotion Board to discharge the applicant from the RCMP. The applicant seeks an order quashing Commissioner Inkster's decision and reinstating her with full pay, privileges and seniority as a member of the RCMP. ^f

Commission, Re (1979), 24 O.R. (2d) 673; 99 D.L.R. (3d) 561 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Spring v. Law Society of Upper Canada (1988), 64 O.R. (2d) 719; 50 D.L.R. (4th) 523; 30 Admin. L.R. 151; 28 O.A.C. 375 (C. div.).

DÉCISION CITÉE:

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. ^g

DOCTRINE

Mullan, D. J. *Administrative Law*, 2d ed., Toronto: Carswell, 1979. ^h

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE de la décision du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada de confirmer la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation de renvoyer la requérante de la GRC pour cause d'inaptitude. Demande rejetée. ⁱ

AVOCATS:

Karl F. Warner pour la requérante.
George C. Carruthers pour les intimés. ^j

PROCUREURS:

Warner, Scarborough, Herman & Harvey, New Westminster (Colombie-Britannique), pour la requérante.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés. ^k

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

LE JUGE ROTHSTEIN: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision en date du 24 septembre 1993 par laquelle le commissaire N. D. Inkster de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a confirmé la décision d'une Commission de licenciement et de rétrogradation prononçant le renvoi de la requérante. Cette dernière cherche à obtenir une ordonnance pour annuler la décision du commissaire et prescrire sa réintégration dans la GRC avec son plein salaire, ses privilèges et son ancienneté. ^l

THE FACTS

The applicant joined the RCMP on November 20, 1985. She completed her training on June 2, 1986, and on June 18, 1986, was posted to the Executive/Diplomatic Protection Section in Vancouver. After approximately five months, she was posted to the Langley Detachment in British Columbia where she worked for some four years. On November 11, 1990, she was seconded to the Vancouver International Airport. One month later, on December 18, 1990, she was posted back to Langley.

Commencing in October 1987, Performance Evaluation Profiles (PEP) were periodically completed by the applicant's supervisors covering the applicant's performance for a prior period (usually about one year). Because of critical comments on her PEPs, primarily relating to apparent difficulty she was having with paperwork, such as writing up tickets and reports, which resulted in difficulties at the prosecution and trial stages of proceedings, a system of progress reporting was instituted for the applicant on a more frequent basis. On March 3, 1991,¹ the applicant was served with a notice of shortcomings. This twelve-page notice detailed various deficiencies in the applicant's work over the period of her posting at Langley and advised her of the steps she was to take to correct the situation. The notice concluded by advising the applicant that over the three months following March 3, 1991, her performance would be closely monitored and reported on in three progress reports. She was to be given reasonable assistance, guidance and supervision in an attempt to correct the shortcomings. Should she fail to attain a satisfactory level of performance, the notice indicated that she would be recommended for discharge from the RCMP.

The three progress reports indicated no improvement by the applicant. As a result, on July 8, 1991, the applicant was provided with an order by officer in charge giving her notice that he was recommending

¹ The applicant's affidavit refers to March 3, 1991; other documents refer to March 11, 1991. There are also minor differences in the dates of other occurrences and other documents. Nothing turns on these differences.

LES FAITS

La requérante est entrée dans la GRC le 20 novembre 1985. Elle a terminé sa formation le 2 juin 1986 et a été affectée à la Section de la protection des personnalités canadiennes et des agents diplomatiques à Vancouver le 18 juin 1986. Environ cinq mois plus tard, elle a été affectée au détachement de Langley en Colombie-Britannique, où elle a travaillé pendant quatre ans. Le 11 novembre 1990, elle a été détachée à l'aéroport international de Vancouver. Un mois plus tard, soit le 18 décembre 1990, on l'a renvoyée à Langley.

À partir d'octobre 1987, la requérante a fait l'objet d'évaluations sommaires du rendement périodiques dans lesquelles ses superviseurs évaluaient son rendement pour une période antérieure (habituellement un an). En raison des critiques formulées dans les évaluations de rendement de la requérante, principalement attribuables à la difficulté qu'elle semblait avoir à s'acquitter des travaux d'écritures, comme l'établissement de procès-verbaux de contravention et la rédaction de rapports, ce qui causait des difficultés aux stades de l'introduction des procédures et du procès, on a décidé que la requérante ferait l'objet de rapports provisoires à intervalles plus rapprochés. Le 3 mars 1991¹, on lui a signifié un avis de carences professionnelles. Dans cet avis de douze pages, on faisait état de plusieurs faiblesses relevées dans le travail qu'elle avait accompli au cours de son affectation à Langley et on l'avisait des mesures à prendre pour corriger la situation. Enfin, on l'informait que son rendement serait étroitement surveillé au cours des trois prochains mois et ferait l'objet de trois rapports provisoires. De l'aide, des conseils et de la surveillance lui seraient prodigués pour l'aider à s'amender. Si elle ne parvenait pas à atteindre un niveau de rendement satisfaisant, l'avis indiquait qu'elle ferait l'objet d'une recommandation de renvoi.

Les trois rapports provisoires n'ont fait état d'aucune amélioration dans le rendement de la requérante. En conséquence, celle-ci a reçu, le 8 juillet 1991, un avis par lequel l'officier responsable l'infor-

¹ La date mentionnée dans l'affidavit de la requérante est le 3 mars 1991; d'autres documents indiquent le 11 mars 1991. Il y a aussi de légères différences dans les dates d'autres événements et documents. Ces différences ne tirent pas à conséquence.

that a notice of intent to discharge be initiated. Also, by the order by officer in charge, the applicant was removed from active police work. On October 16, 1991, the appropriate officer (applicant's Commanding Officer) signed a notice of intention respecting discharge or demotion in respect of the applicant.

As a result of the July 8, 1991 order by officer in charge, the applicant took two steps. One was to grieve the order of July 8, 1991, removing her from active police work. The other was to request a hearing before a Discharge and Demotion Board in respect of her proposed discharge.

The applicant's grievance to a level I adjudication was unsuccessful. However, her grievance to a level II adjudication was successful and she was ordered reinstated to active police work. The level II adjudicator did not deal with the merits of the applicant's case but only with the jurisdiction of the officer in charge to remove the applicant from active police duties pending further discharge proceedings. The level II adjudicator found that the jurisdiction of the officer in charge only permitted him to recommend that a member be discharged. He did not have the jurisdiction to remove or suspend the applicant from her work pending further discharge proceedings.

Pursuant to her other request, a Discharge and Demotion Board was appointed. On June 8, 1992, after hearings on March 2 to 6, 1992, this board decided that the applicant should be discharged from the RCMP on the ground of unsuitability.

The applicant appealed the decision of the Discharge and Demotion Board to the Commissioner. Before deciding an appeal, the Commissioner is required, pursuant to subsection 45.25(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 8, s. 16] of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, as amended (RCMP Act) to refer the case to the External Review Committee. In this case, the External Review Committee rendered its decision on July 8, 1993, finding that the discharge ordered by the

mait qu'il recommandait l'envoi d'un avis d'intention de licenciement. Du même coup, on a retiré à la requérante toutes ses fonctions policières. Le 16 octobre 1991, l'officier compétent (le commandant divisionnaire de la requérante) a signé, relativement à la requérante, un avis d'intention concernant le licenciement ou la rétrogradation.

Lorsque la requérante a reçu l'avis en date du 8 juillet 1991 de l'officier responsable, elle a pris deux mesures. Elle a d'abord présenté un grief relativement au fait qu'on lui retirait toutes ses fonctions policières, puis elle a demandé la tenue d'une audience sur la sanction projetée devant une Commission de licenciement et de rétrogradation.

Le grief de la requérante a été rejeté au premier niveau de la procédure applicable aux griefs. Cependant, la requérante a eu gain de cause au deuxième niveau et a fait l'objet d'une ordonnance de réintégration. Le membre qui constituait le deuxième niveau n'a pas examiné le fond de la cause, mais simplement la compétence qu'avait l'officier responsable de retirer à la requérante ses fonctions policières en attendant que soient prises d'autres mesures de renvoi. Il a conclu que l'officier responsable était uniquement habilité à recommander le renvoi d'un membre. Il n'avait pas compétence pour imposer une suspension en attendant la prise d'autres mesures de renvoi.

Une Commission de licenciement et de rétrogradation a été nommée consécutivement à la deuxième mesure prise par la requérante. Après avoir tenu des audiences du 2 au 6 mars 1992, la Commission a statué, le 8 juin 1992, que la requérante devait être renvoyée pour inaptitude.

La requérante a interjeté appel de la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation. Avant de trancher l'appel, le commissaire doit, conformément au paragraphe 45.25(1) [édicé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16] de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée (Loi sur la GRC), le renvoyer devant le Comité externe d'examen. Dans la décision qu'il a rendue le 8 juillet 1993, le Comité a conclu que le renvoi ordonné par la Commission de licenciement et

Discharge and Demotion Board was not appropriate and recommended that the applicant be transferred to another posting.

The Commissioner then considered the appeal. On September 24, 1993, he found that the ground of unsuitability had been established in respect of the applicant and that the appeal of the applicant from the decision of the Discharge and Demotion Board should be dismissed.

THE ISSUES

The applicant says that the decision of Commissioner Inkster should be quashed because (a) certain conditions precedent to the Commissioner having jurisdiction to make his decision had not been satisfied; (b) there has not been adherence to the requirements of natural justice; and (c) there were errors in the Commissioner's decision itself.

Counsel advised me that this was the first case of its kind under the current RCMP Act. For this reason, I will deal with each argument raised by counsel for the applicant in some detail.

1. Applicant's counsel submits that between December 11, 1990, when the applicant was provided with her last unsatisfactory PEP, and March 3, 1991, when she was given a notice of shortcomings, she was entitled to a progress report process which was not afforded her. He argues that this is a condition precedent to all the following actions that took place, culminating in Commissioner Inkster's decision. This condition not being satisfied, there was no jurisdiction for the issuance of the notice of shortcomings, the proceedings and decision of the Discharge and Demotion Board and the decision of the Commissioner.

The statute, regulations and rules that govern the RCMP, in respect of discharges, are the RCMP Act, regulations made by the Governor in Council pursuant to the Act and rules made by the Commissioner pursuant to subsection 21(2) [as am. *idem*, s. 12] of the RCMP Act. These rules are referred to as Commissioner's Standing Orders. Counsel for the respon-

de rétrogradation était inopportun et il a recommandé la mutation de la requérante.

Le commissaire a ensuite étudié l'appel. Le 24 septembre 1993, il a conclu que le motif d'inaptitude avait été établi et que l'appel interjeté par la requérante contre la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation devait être rejeté.

LES QUESTIONS EN LITIGE

Selon la requérante, il convient d'annuler la décision du commissaire Inkster pour les motifs suivants: a) certaines conditions préalables à l'exercice de la compétence du commissaire n'ont pas été remplies; b) les règles de justice naturelle n'ont pas été respectées; et c) la décision même du commissaire renferme des erreurs.

Les avocats des parties m'ont informé qu'il s'agissait de la première cause de ce genre en vertu de l'actuelle Loi sur la GRC. Pour cette raison, je vais m'attarder à chaque moyen invoqué par l'avocat de la requérante.

1. L'avocat de la requérante soutient que sa cliente était en droit de faire l'objet de rapports provisoires—ce qui n'a pas été le cas—entre la date de la dernière évaluation faisant état d'un rendement insatisfaisant, soit le 11 décembre 1990, et la date à laquelle on lui a signifié un avis de carences professionnelles, soit le 3 mars 1991. Selon lui, il s'agit d'une condition préalable à la prise de toutes les mesures qui ont abouti à la décision du commissaire Inkster. Puisque cette condition n'a pas été remplie, aucune compétence n'existait en ce qui a trait à l'avis de carences professionnelles remis à la requérante, aux audiences et à la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation ainsi qu'à la décision rendue par le commissaire.

Les dispositions qui régissent la GRC au chapitre des renvois sont contenues dans la Loi sur la GRC, dans les règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la Loi et dans les règles établies par le commissaire conformément au paragraphe 21(2) [mod., *idem*, art. 12] de la Loi sur la GRC. Ces règles sont appelées consignes du commissaire. L'avocat

dents produced a series of Commissioner's standing orders published in the *Canada Gazette, Part II*. Nothing in the RCMP Act, the regulations or the Commissioner's standing orders sets forth the progress reporting procedure which the applicant says ^a was denied her in this case.

Counsel for the applicant submits, however, that the procedures which the applicant was denied are contained in the RCMP's National Policy Career Management Manual and the Career Management Manual for "E" Division (British Columbia). These manuals are contained in the Administration Manual. A note on the front page of the Administration Manual states:

3. Each member shall observe and comply with all the regulations, standing orders, and procedural directives in this Manual, and is expected to interpret them reasonably and intelligently in the best interests of the RCMP.

Applicant's counsel submits that this note makes compliance with the manuals mandatory and, in effect, gives them the force of law upon which the applicant may rely.

I cannot agree. The direction to officers and members of the RCMP to observe and comply with the manuals does not confer on them the force of law. This is the same type of directive one would expect to find in any business organization, implicitly or explicitly. It is a notice to employees that they are expected to follow the procedures applicable to them. Such procedures may have the force of law if they are contained in statutes or regulations, or Commissioner's standing orders, but a direction to follow procedures, of itself, does not give the procedures the force of law.

The procedure which applicant's counsel says was not followed was that the applicant was not put back on progress reporting before she was served with a notice of shortcomings. The National Policy Career Management Manual, under the heading "Unsatisfactory Performance" provides instructions to supervisors on this point (L.2.a. to L.2.e.). A supervisor who fails to follow these instructions would have to answer to his or her superior. But these instructions do not constitute a code of procedure that confers ^j rights on a member of the RCMP.

des intimés a produit une série de consignes publiées dans la *Gazette du Canada, Partie II*. La procédure concernant la présentation de rapports provisoires dont la requérante n'aurait pas bénéficié en l'espèce ^a n'est prévue nulle part dans la Loi sur la GRC, les règlements ou les consignes du commissaire.

L'avocat de la requérante affirme cependant que les procédures qui n'ont pas été suivies se trouvent dans le Manuel de la gestion des carrières—Politique nationale de la GRC et dans le Manuel de la gestion des carrières pour la Division «E» (Colombie-Britannique). Ces deux manuels font partie du Manuel d'administration, dans lequel on peut lire la note suivante à la première page:

3. Chaque membre doit obéir et se conformer à tous les règlements, ordres permanents et lignes de conduite du présent manuel, et doit pouvoir *[sic]* les interpréter raisonnablement et intelligemment, dans le meilleur intérêt de la G.R.C.

Selon l'avocat de la requérante, cette note rend l'observation des manuels obligatoire en leur donnant, en réalité, une autorité égale à la loi que la requérante peut invoquer.

Je ne suis pas d'accord avec lui. Les manuels n'ont pas force de loi parce que les officiers et les membres de la GRC ont reçu la directive d'y obéir et de s'y conformer. Il s'agit du genre de directive qu'on s'attend à trouver, implicitement ou explicitement, dans n'importe quelle organisation commerciale. C'est un avis qui informe les employés qu'ils sont censés suivre les procédures qui s'appliquent à eux. Ces procédures peuvent avoir force de loi si elles se trouvent dans des lois ou des règlements, ou bien dans les consignes du commissaire, mais, en soi, une directive portant qu'on les respecte ne leur donne pas force de loi.

Selon l'avocat de la requérante, la procédure qui n'a pas été suivie a trait aux rapports provisoires dont la requérante faisait l'objet et que l'on a cessé de rédiger avant la signification de l'avis de carences professionnelles à la requérante. Le Manuel de la gestion des carrières—Politique nationale fournit des instructions aux superviseurs sur ce point sous la rubrique «Rendement Insatisfaisant» (L.2.a à L.2.e.). Le superviseur qui omettrait de se conformer à ces instructions aurait certainement des comptes à rendre à son supérieur. Cependant, ces instructions ne cons-

Non-compliance with the manuals was considered by the Discharge and Demotion Board and the External Review Committee. The Discharge and Demotion Board found that there was substantial compliance with the manual. The Board stated at pages 5 and 6 of its reasons:

... the board is of the opinion that substantially the requirements of the policy have been met by the submission of the Performance Evaluation dated November, 1990, which includes the details of unsatisfactory performance, what advice was given the member, the expectations of what is required of the member and talks about action taken to provide reasonable guidance to the member. This was preceded by a series of performance memoranda called 1004's which documented the shortcomings in the member's performance, which would seem to be normal supervision, and was succeeded by the Notice of Shortcomings in March of 1991.

The board is satisfied that if the letter of the policy was not followed, that certainly the spirit was followed, and the motion is denied.

The External Review Committee found that the applicant was not seriously prejudiced by any deficiency in procedure. It stated at pages 43 and 44 of its decision:

The progress report referred to in these provisions has two main purposes: to inform a member that management is concerned about the member's performance; and to provide management with enough information to decide what course of action is appropriate.

In this case, the Appellant is correct in saying that her 1990 Performance Evaluation Profile did not meet all the requirements of a progress report, especially CMM 2.L.2.c.2, CMM 2.L.2.e.1. and CMM 2.L.2.e.2.. On the other hand, the evidence reveals that she knew, or at least ought to have known, what she was facing and the record shows that she responded to the document in the following fashion: "Although I am not pleased with the results of this assessment. [*sic*] I plan to make every effort to improve the quality of my work and performance of my duties to a more acceptable level in the future."

The defects invoked by the Appellant are of a merely procedural nature and did not detrimentally affect her. The evidence suggests that the Appellant's 1990 Performance Evaluation Profile would have triggered the issuance of the Notice of Shortcomings even if provisions CMM 2.L.2.c. and CMM 2.L.2.e. had been fully complied with. I therefore find that the

tituent pas un code de procédure qui confère des droits à un membre de la GRC.

La Commission de licenciement et de rétrogradation tout comme le Comité externe d'examen se sont penchés sur la question du non-respect des manuels. La Commission est arrivée à la conclusion qu'on avait respecté le manuel en substance. Elle a déclaré, aux pages 5 et 6 de ses motifs:

[TRADUCTION] ... la Commission est d'avis que l'évaluation de rendement de novembre 1990 satisfait foncièrement aux exigences de la politique en fournissant des détails sur l'insuffisance du rendement, en citant les conseils qui ont été donnés au membre et les attentes à son endroit et en mentionnant les mesures prises pour guider le membre le mieux possible. L'évaluation de rendement a été précédée d'une série de fiches de rendement (formule 1004), qui faisaient état des lacunes du membre et s'inscrivent dans le cadre d'une supervision normale, et a été suivie d'un avis de carences professionnelles en mars 1991.

La Commission croit que même si la politique n'a pas été suivie à la lettre, son esprit a été respecté. La requête est donc rejetée.

Le Comité externe d'examen a conclu que la requérante n'avait subi aucun préjudice grave à cause d'un quelconque manquement à la procédure. Il a fait les remarques suivantes aux pages 43 et 44 de sa décision:

[TRADUCTION] Le rapport provisoire susmentionné a deux objectifs principaux: informer le membre que la gestion s'inquiète de son rendement et fournir à la gestion suffisamment de renseignements pour qu'elle décide quelle mesure est appropriée.

En l'espèce, l'appelante a raison de dire que son Évaluation sommaire du rendement de 1990 ne répondait pas à toutes les exigences d'un rapport provisoire, en particulier celles énoncées aux dispositions 2.L.2.c.2., 2.L.2.e.1. et 2.L.2.e.2. du MGC. Par ailleurs, la preuve révèle qu'elle connaissait, ou à tout le moins aurait dû connaître, la situation à laquelle elle devait faire face, et le dossier indique qu'elle a répondu ainsi au document: «Bien que je ne sois pas heureuse des résultats de cette évaluation, je prévois faire tous les efforts possibles pour améliorer la qualité de mon travail et l'exécution de mes fonctions, afin d'atteindre un niveau plus acceptable dans l'avenir.»

Les vices invoqués par l'appelante sont purement de nature procédurale et ne lui ont pas nuï. La preuve laisse entendre que l'Évaluation sommaire du rendement de 1990 aurait entraîné l'émission de l'Avis de faiblesses, même si les dispositions 2.L.2.c. et 2.L.2.e. du MGC avaient été tout à fait respectées. Je conclus donc que l'appelante n'a subi aucun préjudice

Appellant suffered no substantial prejudice. Her first preliminary motion should thus be denied.

I would agree with the Board and the External Review Committee. Even if the Administration Manual had the force of law (which I do not think it has), it was substantially complied with and no prejudice to the applicant has been demonstrated. Therefore no consequences should flow from the failure of the RCMP to follow the manual to the letter.

2. Applicant's counsel submits that the evidence upon which the Discharge and Demotion Board relied in finding against the applicant was not presented through sworn testimony and there was no opportunity for cross-examination in respect of such evidence. He says this constituted a breach of the rules of natural justice resulting in the Discharge and Demotion Board's decision being made without jurisdiction and therefore Commissioner Inkster's decision on appeal also being made without jurisdiction.

Before the Board, the RCMP's evidence was presented in written form. Initially, I had thought it somewhat unusual that the RCMP would produce its evidence in written form, especially in light of section 18 of the *Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure)*, SOR/88-367 which provides:

18. All testimony given before a board shall be given under oath or affirmation.

However, I have now concluded that the RCMP Act and the *Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure)* do indeed contemplate the procedure followed in this case.

It was suggested that in discharge cases, the evidence of unsatisfactory performance would typically accumulate over a number of years. There was some impracticality in requiring the RCMP to call all of a member's various supervisors as witnesses at a board hearing. While this may be the reason for the procedure contemplated by the legislation, it is the words of the statute and the standing order that lead me to the conclusion I have reached.

important. Par conséquent, sa première requête préliminaire devrait être rejetée.

Je me rallierais à l'opinion de la Commission et du Comité externe d'examen. Même si le Manuel d'administration avait eu force de loi—ce que je ne crois pas—il a été respecté en substance et il n'a pas été prouvé que la requérante a subi un préjudice. Dès lors, le fait que la GRC n'a pas suivi le manuel à la lettre ne devrait pas entraîner de conséquences.

2. L'avocat de la requérante soutient que les éléments de preuve sur lesquels la Commission de licenciement et de rétrogradation s'est fondée pour rendre une décision défavorable à la requérante n'ont pas été présentés au moyen de témoignages sous serment, et que la requérante n'a pas eu la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire à l'égard de ces éléments de preuve. Il s'agit selon lui d'un manquement aux règles de justice naturelle, et il s'ensuit que la Commission de licenciement et de rétrogradation a rendu une décision alors qu'elle n'avait pas compétence pour le faire et, partant, que le commissaire Inkster a lui aussi rendu une décision en appel sans avoir compétence pour le faire.

La GRC a soumis ses éléments de preuve à la Commission par écrit. Il m'a d'abord paru inhabituel que la GRC procède ainsi, surtout compte tenu de l'article 18 des *Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)*, DORS/88-367 [mod. par DORS/90-791, art. 1], qui est ainsi libellé:

18. Les témoignages devant une commission sont faits sous serment ou par affirmation solennelle.

Cependant, je suis maintenant convaincu que la Loi sur la GRC et les *Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)* prévoient effectivement la procédure qui a été suivie dans la présente espèce.

On a donné à entendre que, dans les causes de renvoi, les preuves d'un rendement insatisfaisant sont habituellement amassées sur une période de plusieurs années. Il serait peu réaliste d'obliger la GRC à appeler tous les superviseurs d'un membre à témoigner devant la Commission. Bien qu'il puisse s'agir de la raison pour laquelle le législateur a prévu cette procédure, la conclusion à laquelle je suis parvenu est fondée sur les termes de la Loi et de la consigne.

The RCMP Act [section 45.19 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 8, s. 16)] provides that before any member is discharged, the member shall be served with a notice of intention to recommend discharge:

45.19 (1) Before any officer is recommended for discharge or demotion under this Part or any other member is discharged or demoted under this Part, the appropriate officer shall serve the officer or other member with a notice in writing of the intention to recommend the discharge or demotion of the officer or to discharge or demote the other member, as the case may be.

The notice is to include particulars of the acts or omissions constituting the ground of unsuitability:

45.19 . . .

(2) A notice of intention served on an officer or other member under subsection (1) shall include

(a) particulars of the acts or omissions constituting the ground of unsuitability on which it is intended to base the recommendation for discharge or demotion or the discharge or demotion, as the case may be;

The member is then given the opportunity to examine the material relied on in support of the recommendation:

45.19 . . .

(3) An officer or other member who is served with a notice under subsection (1) shall be given a full and ample opportunity to examine the material relied on in support of the recommendation for discharge or demotion or the discharge or demotion, as the case may be.

When a discharge and demotion board is appointed, the material that the member examined, forming the basis of the discharge recommendation, is to be given to the board [section 45.22 (as enacted *idem*)]:

45.22 . . .

(2) A discharge and demotion board shall, prior to reviewing the case before it, be provided by the appropriate officer with the material that the officer or other member requesting the review was given an opportunity to examine pursuant to subsection 45.19(3).

Nothing in the statute expressly provides that the RCMP is to put its evidence before a discharge and demotion board through witnesses. By contrast, the member, who is the subject of the discharge recommendation, is given such express right:

45.22 . . .

La Loi sur la GRC [article 45.19 (édicteé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16)] prévoit qu'un membre ne peut faire l'objet d'un renvoi avant qu'on lui ait signifié un avis d'intention de recommander son renvoi:

45.19 (1) Un officier ne peut faire l'objet d'une recommandation de renvoi ou de rétrogradation et un autre membre ne peut être renvoyé ni rétrogradé, en vertu de la présente partie, avant que l'officier compétent ne lui ait signifié, par écrit, un avis d'intention à cet effet.

L'avis doit contenir un exposé détaillé des actes ou des omissions constituant le motif d'inaptitude:

45.19 . . .

(2) L'avis d'intention visé au paragraphe (1) contient les éléments suivants:

a) un exposé détaillé des actes ou des omissions constituant le motif d'inaptitude devant servir de fondement à la sanction projetée;

Le membre a ensuite la possibilité d'examiner la documentation ou les pièces présentées à l'appui de la recommandation:

45.19 . . .

(3) L'officier ou l'autre membre à qui est signifié l'avis visé au paragraphe (1) doit avoir toute latitude pour examiner la documentation ou les pièces présentées à l'appui de la sanction projetée.

Lorsqu'une commission de licenciement et de rétrogradation est constituée, la documentation ou les pièces que le membre a examinées, et sur lesquelles repose la sanction projetée, sont remises à la commission [article 45.22 (édicteé, *idem*)]:

45.22 . . .

(2) Avant de procéder à la révision dont elle est saisie, la commission de licenciement et de rétrogradation reçoit de l'officier compétent la documentation ou les pièces que l'officier ou l'autre membre qui a demandé la révision a eu la possibilité d'examiner conformément au paragraphe 45.19(3).

Aucune disposition de la Loi ne prévoit expressément que la GRC doit présenter ses éléments de preuve à la commission de licenciement et de rétrogradation par l'intermédiaire de témoins. Par contre, ce droit est expressément accordé au membre qui fait l'objet de la recommandation de renvoi:

45.22 . . .

(3) A discharge and demotion board shall, after due notice to the officer or other member requesting the review, review the case before it and for that purpose shall give to the officer or other member a full and ample opportunity, in person or by counsel or a representative, to appear before the board, to make representations to it, to present documentary evidence to it and, with leave of the board, to call witnesses.

I would observe that under subsection 45.22(3), even the member seems to be given the right to produce documentary evidence and that this right is not conditional upon witnesses being called to identify and introduce the documentary evidence.

Section 22 of the *Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure)* also describes the manner in which the RCMP may participate in a hearing before a board:

22. The representative of an appropriate officer may, at a review of an officer's or other member's case by a discharge and demotion board,

- (a) make representations;
- (b) present documentary evidence in response to the officer's or other member's case; or
- (c) cross-examine or call witnesses in response to the officer's or other member's case.

It is noteworthy that counsel for the appropriate officer (Commanding Officer of the applicant in this case) may call witnesses in response to the member's case, but nowhere is there a mention of the appropriate officer being able to call direct *viva voce* evidence.

I recognize that section 18 of the *Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure)* says that all testimony shall be given under oath or affirmation. On reflection, I am of the view that this provision simply means that when *viva voce* evidence is called, the witness shall swear or affirm that what he or she will say will be true. The provision, by itself, does not imply that *viva voce* evidence is the only way in which evidence is to be placed before a board.

I am satisfied that the scheme of the Act and Standing Order is that the RCMP's case is to be presented by documentary evidence and there is no

(3) La commission de licenciement et de rétrogradation procède à la révision dont elle est saisie après avoir dûment avisé l'officier ou l'autre membre ayant demandé la révision; elle accorde à cet officier ou à ce membre toute latitude pour comparaître devant la commission, y produire des éléments de preuve documentaire, y faire des observations et, avec la permission de la commission, y citer des témoins, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un avocat ou autre représentant.

Je ferais remarquer qu'aux termes du paragraphe 45.22(3), même le membre semble avoir le droit de produire des éléments de preuve documentaire, et que l'exercice de ce droit n'est pas subordonné à l'assignation de témoins pour identifier et présenter ces éléments de preuve.

L'article 22 des *Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)* décrit aussi la façon dont la GRC peut participer à une audience devant une commission:

22. Au cours de la révision, effectuée par la commission de licenciement et de rétrogradation, de la cause d'un officier ou d'un autre membre, le représentant de l'officier compétent peut:

- a) faire des observations;
- b) produire des éléments de preuve documentaire en réponse à l'autre partie;
- c) contre-interroger et appeler des témoins en réponse à l'autre partie.

Il convient de mentionner que l'avocat de l'officier compétent (le commandant divisionnaire de la requérante en l'espèce) peut citer des témoins en réponse à l'autre partie, mais on ne précise nulle part que l'officier compétent peut présenter une preuve testimoniale directe.

Je suis conscient du fait que l'article 18 des *Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)* dispose que tous les témoignages doivent être faits sous serment ou par affirmation solennelle. Réflexion faite, je suis d'avis que cette disposition signifie simplement que la personne appelée à témoigner doit déclarer sous serment ou affirmer solennellement qu'elle dira la vérité. En soi, cette disposition n'implique pas que l'assignation de témoins est la seule façon de présenter des éléments de preuve à la commission.

Vu l'économie de la Loi et de la consigne, je suis convaincu que la GRC doit soumettre ses éléments de preuve sous forme documentaire et que l'avocat de

requirement, and indeed no apparent right, for counsel for the appropriate officer to call *viva voce* evidence in chief.

This still leaves outstanding the applicant's argument that she was denied the right of cross-examination on the written material placed before the Board by the RCMP. The affidavit of Staff Sgt. Allan Kenneth Mathews is relevant to this issue. Staff Sgt. Mathews was the appropriate officer's representative, *i.e.* Commanding Officer's counsel before the Board. Staff Sgt. Mathews deposed:

11. At no time prior to or during the hearing did Staff Sergeant German [counsel for the applicant] express to me or to the Board members, any desire to cross-examine the authors of any of the documents relied on by the Commanding Officer, including the four referred to above. Staff Sergeant German did not ask to cross-examine the authors of the documents nor did he request that the authors be produced for the purposes of cross-examination.

The applicant did not attempt to challenge this evidence. There was some doubt as to whether, before the Board hearing, Staff Sgt. German asked Staff Sgt. Mathews to produce the authors of some of the documents relied upon by the Commanding Officer. However, even if there had been a refusal by Staff Sgt. Mathews to produce witnesses, this does not constitute a breach of the rules of natural justice. Here, the evidence is that there was no request to the Board that the authors be produced for cross-examination and therefore there was no denial of natural justice by the Board.

The External Review Committee dealt with this argument at page 46 of its decision:

The Appellant also alleged that she did not have the opportunity to cross-examine the authors of the statements before they were admitted as evidence. The Board, by delaying the assessment of the statements' probative value, protected her right to do so. As the Appropriate Officer pointed out, the Appellant was at liberty to adduce evidence questioning the statements' value or to call their authors to testify. I cannot find that the Appellant was deprived of a full and ample opportunity to adequately prepare and present her case.

I agree with the External Review Committee. I think that the words "with leave of the board, to call witnesses" in subsection 45.22(3) are broad enough to

l'officier compétent n'est pas tenu, et, en fait, ne paraît pas avoir le droit, de faire entendre des témoins en interrogatoire principal.

Il me reste encore à statuer sur le moyen voulant qu'on ait refusé à la requérante le droit de contre-interroger les auteurs des documents que la GRC a présentés à la Commission. L'affidavit du sergent d'état-major Allan Kenneth Mathews, qui était le représentant de l'officier compétent, c'est-à-dire l'avocat du commandant divisionnaire devant la Commission, est pertinent à cet égard. Voici ce qu'il a déclaré:

[TRADUCTION] 11. À aucun moment avant ou pendant l'audience le sergent d'état-major German [l'avocat de la requérante] n'a fait savoir aux membres de la Commission ou à moi-même qu'il désirait contre-interroger les auteurs de l'un des documents sur lesquels s'est fondé le commandant divisionnaire, notamment les quatre documents précités. Le sergent d'état-major German n'a pas demandé à contre-interroger les auteurs des documents, ni demandé qu'ils soient cités pour être soumis à un contre-interrogatoire.

La requérante n'a pas cherché à contester cette preuve. On ne sait pas très bien si, avant l'audience de la Commission, le sergent d'état-major German a demandé au sergent d'état-major Mathews de faire entendre les auteurs de quelques-uns des documents sur lesquels s'est fondé le commandant divisionnaire. Cependant, même si le sergent d'état-major Mathews avait refusé d'accéder à cette demande, son refus ne constitue pas un manquement aux règles de justice naturelle. Dans la présente espèce, il ressort de la preuve que la Commission n'a été saisie d'aucune demande en ce sens, de sorte qu'il n'y a pas eu déni de justice naturelle.

Le Comité externe d'examen a examiné ce moyen à la page 46 de sa décision:

[TRADUCTION] L'appelante a aussi allégué qu'elle n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger les auteurs des déclarations avant que celles-ci ne soient admises en preuve. En retardant l'évaluation de la valeur probante des déclarations, la Commission a protégé son droit de le faire. Comme l'officier compétent l'a fait remarquer, l'appelante avait la liberté de déposer des preuves contestant la valeur probante des déclarations, ou d'appeler leurs auteurs à témoigner. Je ne peux conclure que l'appelante a été privée de la possibilité pleine et entière de bien préparer et de bien présenter son dossier.

Je souscris au point de vue du Comité externe d'examen. À mon sens, les termes «avec la permission de la commission, y citer des témoins» qui sont

include the situation of a member asking permission of the board to call, as witnesses for the purpose of cross-examination, the authors of written material placed before the board by counsel for the appropriate officer and relied upon by him or her.

It is true that such witnesses could only be called with leave of the board. However, it seems to me that where a member can demonstrate that it is necessary to contradict something appearing in the written material and that cross-examination is the means in which it is proposed to do so, a board would run a serious risk of breaching rules of natural justice if it refused leave. And, of course, because the member would be requesting that the authors be called for the purposes of challenging what they had written, the member or member's counsel would have to be given the right of cross-examination even though it was the member who asked that the witnesses be called. Of course, counsel for the appropriate officer would have to be given the opportunity to adduce reply evidence in respect of new matters raised in the cross-examination. I do not mean to imply that a board must agree to every request to call authors of written material as witnesses. Each case must be decided on its own circumstances, having regard to the statements in dispute, alternative means of contradicting such statements and other relevant factors. However, boards must treat such requests seriously.

Applicant's counsel did not point out to me anything in the materials submitted in writing to the Board that the applicant wished to contradict. Because there was no request to the Board by applicant's counsel in the case at bar asking that the authors of reports be called as witnesses, there was no denial and therefore no breach of natural justice.

I would observe that the case at bar is distinguishable from *Willette v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, [1985] 1 F.C. 423 (C.A.). In that case there was a request to cross-examine that was denied by the board. In addition, the procedures in *Willette* were quite different in that there, the board had the express authority to request more complete

employés au paragraphe 45.22(3) sont assez généraux pour englober la situation du membre qui demande à la commission la permission de citer comme témoins, pour les contre-interroger, les auteurs de documents que l'avocat de l'officier compétent a soumis à la commission et sur lesquels l'officier compétent s'est fondé.

Il est vrai que ces témoins ne peuvent être cités qu'avec la permission de la commission. Cependant, il me semble que la commission risquerait fort de contrevenir aux règles de justice naturelle si elle refusait d'accorder cette permission au membre qui est en mesure de démontrer la nécessité de contredire le contenu d'un document et qui propose de le faire au moyen d'un contre-interrogatoire. Naturellement, comme ce membre demanderait que les auteurs soient cités afin de contester leurs écrits, il faudrait que lui soit accordé, à lui ou à son avocat, le droit de procéder à un contre-interrogatoire alors même qu'il serait celui qui a demandé l'assignation des témoins. Il va sans dire que l'avocat de l'officier compétent devrait avoir la possibilité de produire une contre-preuve sur les nouveaux points soulevés au cours du contre-interrogatoire. Je ne veux pas donner à entendre que la commission doit accéder à chaque demande en ce sens qui lui est présentée. Chaque cas doit être tranché en fonction des circonstances de l'espèce, eu égard aux déclarations litigieuses, aux autres moyens de les contester et à d'autres facteurs pertinents. La commission doit toutefois prendre ces demandes au sérieux.

L'avocat de la requérante ne m'a pas dit ce que la requérante désirait contester au juste dans la documentation et les pièces écrites qui ont été soumises à la Commission. Comme il n'a pas demandé à la Commission d'ordonner que les auteurs des rapports soient cités comme témoins, il n'y a pas eu déni de justice et, partant, les règles de justice naturelle n'ont pas été violées.

Je tiens à faire remarquer que la présente espèce est différente de l'affaire *Willette c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada*, [1985] 1 C.F. 423 (C.A.), dans laquelle la commission a refusé d'accéder à une demande de contre-interrogatoire. En outre, les procédures dans l'affaire *Willette* étaient fort différentes parce que la commission était expressément

and specific information and if additional witnesses were required, the board had the authority to adjourn the hearing and request the Commanding Officer to obtain the witnesses. In that case there was conflicting and contradictory evidence. None of these circumstances or procedures were present or applicable in the case at bar.

I am satisfied that, in the case at bar, there was no error of natural justice in this respect.

3. Applicant's counsel submits that the Discharge and Demotion Board was not independent. He says this is contrary to the rules of natural justice. He submits that to be independent, the members would have to have some permanency as discharge and demotion board members and could not be selected, *ad hoc*, from officers of the RCMP who are performing other functions.

It appears that one member of the Board in this case was a full time adjudicator with the Professional Standards Directorate of the RCMP. The Chairman had been a full time adjudicator up to 1989 but since then was assigned to other duties. For this Board, he and the other member were selected, *ad hoc*, from a list maintained for the purpose.

In making this argument, applicant's counsel relies on *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259. In *Généreux*, the proceedings of a General Court Martial were challenged on the grounds that the members and judge advocate were not independent as required by paragraph 11(d) 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]. Paragraph 11(d) guarantees a person who is charged with an offence the right:

11. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

In *Généreux*, Lamer C.J.C. found that the constitution of the General Court Martial violated paragraph 11(d) of the Charter because its members were not independent. The attributes of independence, taken from *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673 are

habilitée non seulement à demander que des précisions soient apportées, mais à ajourner l'audience et à demander au commandant divisionnaire de faire entendre d'autres témoins au besoin. Dans cette affaire, il y avait des éléments de preuve incompatibles et contradictoires. Aucune de ces circonstances ou de ces procédures ne s'applique dans l'affaire qui nous occupe.

Je suis convaincu qu'il n'y a pas eu erreur de justice naturelle sous cet aspect dans la présente espèce.

3. L'avocat de la requérante soutient que la Commission de licenciement et de rétrogradation n'était pas indépendante, ce qui contrevient aux règles de justice naturelle. Selon lui, pour être indépendants, les membres de la Commission devaient bénéficier d'une certaine permanence à ce titre et ne pouvaient être choisis pour cette fin particulière parmi des officiers de la GRC qui accomplissent d'autres fonctions.

L'un des membres de la Commission en l'espèce est un arbitre à temps plein à la Direction des normes professionnelles de la GRC. Le président a occupé un poste d'arbitre à temps plein jusqu'en 1989, mais il exerce depuis d'autres fonctions. Pour les besoins de la Commission, le président et l'autre membre ont été choisis sur une liste établie à cette fin.

L'avocat de la requérante invoque l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, au soutien de cette prétention. Dans cette affaire, les procédures d'une cour martiale générale ont été contestées pour le motif que les membres de la cour et le juge-avocat n'étaient pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) 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]. L'alinéa 11d) de la Charte garantit à tout inculpé le droit:

11. . . .

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.

Dans l'arrêt *Généreux*, le juge en chef Lamer a statué que la constitution de la cour martiale générale portait atteinte à l'alinéa 11d) de la Charte parce que ses membres n'étaient pas indépendants. Les attributs de l'indépendance, définis dans l'arrêt *Valente c. La*

security of tenure, financial security and institutional independence. While these conditions are susceptible to flexible application in order to suit the needs of different tribunals, the essence of each condition must be protected. Lamer C.J.C. observed that the Charter was not intended to undermine the existence of self-disciplinary organizations such as the Canadian Armed Forces and the RCMP and that the right granted by paragraph 11(d) to be tried by an impartial and independent tribunal is to be interpreted in that context.

In his written memorandum of argument in the case at bar, applicant's counsel challenged the independence of the Discharge and Demotion Board on a wide range of grounds, but in oral submissions he restricted his independence argument to the *ad hoc* appointment of the Chairman and one member of the Discharge and Demotion Board who are not full time adjudicators.

On this point Lamer C.J.C. stated at page 303 of *Généreux*:

Furthermore, under the regulations in force at the time of the appellant's trial, the judge advocate was appointed solely on a case by case basis. As a result, there was no objective guarantee that his or her career as military judge would not be affected by decisions tending in favour of an accused rather than the prosecution. A reasonable person might well have entertained an apprehension that a legal officer's occupation as a military judge would be affected by his or her performance in earlier cases. Nothing in what I have said here should be taken to impugn the integrity of the judge advocate who presided at the appellant's trial, nor to suggest that judge advocates in fact are influenced by career concerns in the discharge of their adjudicative duties. The point is, however, that a reasonable person could well have entertained the apprehension that the person chosen as judge advocate had been selected because he or she had satisfied the interests of the executive, or at least has not seriously disappointed the executive's expectations, in previous proceedings. Any system of military tribunals which does not banish such apprehensions will be defective in terms of s. 11(d). At the very least, therefore, the essential condition of security of tenure, in this context, requires security from interference by the executive for a fixed period of time. An officer's position as military judge should not, during a certain period of time, depend on the discretion of the executive.

Applicant's counsel submits that in the case at bar, the Discharge and Demotion Board was not independent because two of its members did not have secur-

Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673, sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle. Bien que ces conditions soient susceptibles d'être appliquées avec souplesse afin de répondre aux besoins de divers tribunaux, il faut protéger l'essence de chacune d'elles. Le juge en chef Lamer a fait remarquer que la Charte ne visait pas à miner l'existence d'organismes qui veillent eux-mêmes au maintien d'une discipline, comme les Forces armées canadiennes, et que c'est dans ce contexte qu'il fallait interpréter le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que garantit l'alinéa 11d).

Dans les observations écrites qu'il a présentées en l'espèce, l'avocat de la requérante a soulevé une foule de moyens pour contester l'indépendance de la Commission de licenciement et de rétrogradation, mais, dans sa plaidoirie, il a limité son argumentation sur ce point à la nomination *ad hoc*, à titre de président et de membre de la Commission, de deux officiers qui ne sont pas des arbitres à temps plein.

Dans l'arrêt *Généreux*, le juge en chef Lamer s'est exprimé en ces termes sur ce point à la page 303:

En outre, selon les règlements en vigueur lors du procès de l'appellant, le juge-avocat n'occupait qu'une charge *ad hoc*. Par conséquent, il n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite. Une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la charge de juge militaire d'un avocat militaire ne dépendît de son rendement lors de procès antérieurs. Rien dans ce que j'ai dit en l'espèce ne devrait être interprété comme attaquant l'intégrité du juge-avocat qui a présidé le procès de l'appellant, ni comme laissant entendre que les juges-avocats sont, en réalité, influencés par des préoccupations de carrière dans l'exercice de leurs fonctions décisionnelles. Il reste, cependant, qu'une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la personne nommée au poste de juge-avocat ait été choisie parce qu'elle avait satisfait aux intérêts de l'exécutif, ou du moins parce qu'elle n'avait pas sérieusement déçu les attentes de l'exécutif lors de procédures antérieures. Tout système de tribunaux militaires qui ne dissipe pas pareilles craintes est entaché d'un vice au regard de l'al. 11d). Par voie de conséquence, la condition essentielle de l'inamovibilité, dans ce contexte, exige à tout le moins la protection contre l'ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. La charge de juge militaire que remplit un officier ne doit pas, durant une certaine période, dépendre du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif.

L'avocat de la requérante prétend que la Commission de licenciement et de rétrogradation n'était pas indépendante parce que deux de ses membres ne bénéfici-

ity from interference by the executive of the RCMP for a fixed period of time.

Applicant's counsel also restricted his independence argument to what he asserted were requirements of natural justice. Although in his written material there is reference to the Charter, counsel for the applicant and respondents advised me that they had agreed that this issue should be decided on the basis of the requirements of natural justice and not on the basis of the Charter.

In passing, I would observe that section 11 of the Charter commences with the words:

11. Any person charged with an offence has the right

In this case the applicant is not a person charged with an offence. It seems plain that paragraph 11(d) would not apply in this case in any event.

I therefore turn to a consideration of the issue in the context of the relevant statutory provisions and the requirements of natural justice. Assuming, without deciding, that independence of the Discharge and Demotion Board is a requirement of natural justice, I think the question is: did Parliament, in the RCMP Act, simply omit such a requirement, in which case the Court will supply the omission, or did Parliament prescribe a code which has been carefully and deliberately drafted so as to establish a procedure which is fair and appropriate? If the latter is the case, this Court will not redraft the Act to engraft upon it additional requirements of independence it might think are more consonant with the requirements of natural justice.

In my opinion, a consideration of the discharge procedures contained in the RCMP Act indicate careful and deliberate drafting of provisions by which Parliament prescribed a fair and appropriate discharge procedure. The discharge and demotion board is provided for in Part V of the RCMP Act. Part V is entitled "Discharge and Demotion". Under subsection 45.19(1) cited above, before a member is discharged, the member is to be served with a notice in writing of the intention to recommend discharge of the member. A member who is served with a notice of intention to discharge may then request a review of his or her case by a discharge and demotion board.

ciaient pas d'une inamovibilité qui les mettait à l'abri de l'ingérence de l'exécutif de la GRC pendant une période déterminée.

Par ailleurs, l'avocat de la requérante s'en est tenu dans son argumentation sur l'indépendance à ce qu'il a appelé les exigences de la justice naturelle. Bien qu'il soit question de la Charte dans ses observations écrites, les avocats des deux parties m'ont informé qu'ils s'étaient entendus pour que ce point soit tranché non pas en fonction de la Charte, mais d'après les exigences de la justice naturelle.

Je fais remarquer, en passant, que l'article 11 de la Charte commence ainsi:

11. Tout inculpé a le droit . . .

En l'occurrence, la requérante n'est pas un inculpé. Il est clair que l'alinéa 11(d) ne s'appliquerait pas à la présente espèce de toute façon.

J'en viens donc à l'examen du point litigieux dans le contexte des dispositions législatives pertinentes et des exigences de la justice naturelle. En supposant, sans décider ce point, que l'indépendance de la Commission de licenciement et de rétrogradation soit une exigence de la justice naturelle, je suis d'avis que la question est la suivante: le législateur, dans la Loi sur la GRC, a-t-il simplement omis cette exigence, auquel cas la Cour remédiera à cette omission, ou a-t-il prescrit un code qui a été soigneusement et délibérément rédigé afin d'établir une procédure équitable et appropriée? Dans ce dernier cas, la présente Cour ne récriera pas la Loi pour y incorporer de nouvelles conditions d'indépendance qu'elle pourrait juger plus compatibles avec les exigences de la justice naturelle.

À mon sens, l'examen des procédures de renvoi prévues dans la Loi sur la GRC révèle une rédaction soignée et délibérée des dispositions par lesquelles le législateur a prescrit une procédure de renvoi équitable et appropriée. Les dispositions qui régissent la commission de licenciement et de rétrogradation se trouvent dans la partie V de la Loi, qui s'intitule «Renvoi et rétrogradation». Aux termes du paragraphe 45.19(1) précité, avant de renvoyer un membre, on doit lui signifier, par écrit, un avis l'informant qu'on a l'intention de recommander son renvoi. Le membre qui reçoit cet avis peut ensuite demander que sa cause soit révisée par une commission de licenciement.

The request is to be sent to the “appropriate officer” who, for purposes of discharges, would be the Commanding Officer of the member:

45.19 ...

(4) An officer or other member, except a probationary member, who is served with a notice under subsection (1) may, within fourteen days after the day the notice is served, send to the appropriate officer a request in writing for a review of the officer's or member's case by a discharge and demotion board.

Upon receiving a request, the appropriate officer must forward it to the officer designated to appoint discharge and demotion boards:

45.19 ...

(5) An appropriate officer shall forthwith after receiving a request under subsection (4) forward the request to the officer designated by the Commissioner for the purposes of this section.

Within seven days after he or she receives the request, the designated officer is to appoint three officers as members of a discharge and demotion board and notify the member of the names of the appointed officers [section 45.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16)]:

45.2 (1) Within seven days after the day a designated officer receives a request under subsection 45.19(5), the designated officer shall appoint three officers as members of a discharge and demotion board to conduct the review requested and shall serve the officer or other member requesting the review with a notice in writing setting out the names of the officers so appointed.

Presumably this gives a member an opportunity of objecting to specific appointees if there are grounds for thinking that an appointee might not be impartial.

Certain officers are not eligible to be members of a discharge and demotion board:

45.2 ...

(4) An officer is not eligible to be appointed as a member of a discharge and demotion board if the officer

(a) is the immediate superior officer of the member whose case is to be reviewed by the board; or

(b) is involved in the initiation or processing of the case that is to be reviewed by the board.

The decision-making function of the discharge and demotion board is provided for in subsection 45.23(1) [section 45.23 (as enacted *idem*)]. The board

ment et de rétrogradation. Il doit en faire la demande à l'«officier compétent» qui, en pareil cas, serait le commandant divisionnaire dont il relève:

45.19 ...

(4) L'officier ou l'autre membre, autre qu'un membre stagiaire, à qui est signifié l'avis visé au paragraphe (1) peut, dans les quatorze jours suivant la signification de cet avis, demander par écrit à l'officier compétent la révision de sa cause par une commission de licenciement et de rétrogradation.

Lorsqu'il reçoit une demande, l'officier compétent doit la transmettre à l'officier désigné pour nommer les commissions de licenciement et de rétrogradation:

45.19 ...

(5) Dès qu'il reçoit la demande visée au paragraphe (4), l'officier compétent la transmet à l'officier désigné par le commissaire pour l'application du présent article.

Dans les sept jours qui suivent la réception de la demande, l'officier désigné doit nommer trois officiers à titre de membres d'une commission de licenciement et de rétrogradation et communiquer au membre les noms des officiers nommés [article 45.2 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16)]:

45.2 (1) L'officier désigné à qui est transmise la demande visée au paragraphe 45.19(5) nomme, dans les sept jours suivant la réception de la demande, trois officiers à titre de commission de licenciement et de rétrogradation pour procéder à la révision demandée, et signifie par avis écrit à l'officier ou à l'autre membre qui a demandé la révision le nom des trois officiers ainsi nommés.

On peut penser que cette façon de procéder donne au membre la possibilité de récuser un officier ainsi nommé s'il a des motifs de croire que cet officier pourrait manquer d'impartialité.

Certains officiers ne peuvent être nommés à titre de membres d'une commission de licenciement et de rétrogradation:

45.2 ...

(4) Ne peut être nommé à titre de membre d'une commission de licenciement et de rétrogradation l'officier qui:

a) soit est le supérieur immédiat du membre dont la cause est révisée par la commission;

b) soit est mêlé à l'affaire soumise à la commission pour avoir provoqué son instruction ou y avoir participé.

La fonction décisionnelle de la commission de licenciement et de rétrogradation est prévue au paragraphe 45.23(1) [article 45.23 (édicte, *idem*)]. La

is to decide whether or not the ground of unsuitability has been established. Subsection 45.23(2) requires the board to issue a written decision, including a statement of its findings of fact, reasons, and when deciding that unsuitability is established, a statement recommending that the member be discharged:

45.23 (1) After reviewing the case before it, a discharge and demotion board shall decide whether or not the ground of unsuitability is established on a balance of probabilities.

(2) A decision of a discharge and demotion board shall be recorded in writing and shall include a statement of the findings of the board on questions of fact material to the decision, reasons for the decision and a statement of the action taken by the board under subsection (3) or (4).

(3) Where a discharge and demotion board decides that the ground of unsuitability is established, the board shall

(a) recommend that the officer be discharged or discharge the other member, as the case may be, or

(b) recommend that the officer be demoted or demote the other member, as the case may be,

but the board shall not take the action referred to in paragraph (a) if the notice of intention served on that officer or other member was a notice to recommend demotion of the officer or to demote the other member, as the case may be.

The member is to be served with a copy of the decision:

45.23 ...

(5) A discharge and demotion board shall serve each of the parties to the review by the board with a copy of its decision.

The member may then appeal the decision of the board to the Commissioner on any ground of appeal [section 45.24 (as enacted *idem*)]:

45.24 (1) A party to a review by a discharge and demotion board may appeal the decision of the board to the Commissioner, but no appeal may be instituted under this section after the expiration of fourteen days from the later of

(a) the day the decision is served on that party, and

(b) if that party requested a transcript pursuant to subsection 45.23(6), the day that party receives the transcript.

(2) An appeal lies to the Commissioner on any ground of appeal.

commission doit décider si le motif d'inaptitude a été établi. Le paragraphe 45.23(2) prévoit que la commission doit rendre une décision écrite, qui comprend l'exposé de ses conclusions quant aux faits, les motifs de sa décision et, lorsqu'elle conclut que le motif d'inaptitude est établi, la mention qu'elle recommande le renvoi du membre:

45.23 (1) La commission de licenciement et de rétrogradation décide si les éléments de preuve qui lui sont soumis établissent le motif d'inaptitude selon la prépondérance des probabilités.

(2) La décision de la commission de licenciement et de rétrogradation est consignée par écrit; elle comprend notamment l'exposé des conclusions de la commission sur les questions de fait essentielles à la décision, les motifs de cette dernière et la mention de la mesure qu'elle a imposée en vertu des paragraphes (3) ou (4).

(3) Lorsque la commission de licenciement et de rétrogradation conclut que le motif d'inaptitude est établi, elle prend l'une des mesures suivantes:

a) recommander le renvoi de l'officier ou renvoyer l'autre membre, selon le cas;

b) recommander la rétrogradation de l'officier ou rétrograder l'autre membre, selon le cas.

Toutefois, la commission n'impose pas la mesure visée à l'alinéa a) si l'avis était un avis d'intention signifié à cet officier ou autre membre recommandant ou prononçant la rétrogradation.

Une copie de la décision doit être signifiée au membre:

45.23 ...

(5) La commission de licenciement et de rétrogradation signifie copie de sa décision à chacune des parties à la révision.

Le membre peut ensuite en appeler de la décision de la commission devant le commissaire, quel que soit le motif d'appel [article 45.24 (édicte, *idem*)]:

45.24 (1) Chacune des parties à la révision peut en appeler de la décision de la commission de licenciement et de rétrogradation devant le commissaire et elle dispose à cet effet:

a) de quatorze jours à compter de la date où la décision lui a été signifiée;

b) si elle a réclamé la transcription visée au paragraphe 45.23(6), de quatorze jours à compter de la date où elle l'a reçue, lorsque cette date est postérieure à celle visée à l'alinéa a).

(2) Le commissaire entend tout appel, quel qu'en soit le motif.

Before the Commissioner considers the appeal he shall refer the case to the RCMP External Review Committee consisting of a Chairman, Vice-Chairman and not more than three other members appointed by the Governor in Council for terms not exceeding five years. Members may not be removed except for cause. Nor are members or officers of the RCMP eligible to be appointed as members of the External Review Committee [section 25 (as am. *idem*)]:

25. (1) There is hereby established a committee, to be known as the Royal Canadian Mounted Police External Review Committee, consisting of a Chairman, a Vice-Chairman and not more than three other members, to be appointed by order of the Governor in Council.

(2) The Committee Chairman is a full-time member of the Committee and the other members may be appointed as full-time or part-time members of the Committee.

(3) Each member of the Committee shall be appointed to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years but may be removed for cause at any time by order of the Governor in Council.

(5) No member of the Force is eligible to be appointed or to continue as a member of the Committee.

The Commissioner then considers the appeal on the basis of the relevant material, the transcript before the discharge and demotion board, the statement of appeal, the written submissions, the decision of the discharge and demotion board and the findings and recommendations of the External Review Committee [section 45.26 (as enacted *idem*)]:

45.26 (1) The Commissioner shall consider an appeal under section 45.24 on the basis of

(a) the material that the officer or other member was given an opportunity to examine pursuant to subsection 45.19(3),

(b) the transcript of any hearing before the discharge and demotion board whose decision is being appealed,

(c) the statement of appeal,

(d) any written submissions made to the Commissioner, and
(e) the decision of the discharge and demotion board being appealed,

and the Commissioner shall also take into consideration the findings or recommendations set out in the report, if any, of the Committee or the Committee Chairman in respect of the case.

Avant d'étudier l'appel, le commissaire le renvoie devant le Comité externe d'examen de la GRC, qui est composé d'un président, d'un vice-président et d'au plus trois autres membres nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat de cinq ans au maximum. Les membres ne peuvent être révoqués, sauf pour un motif valable. Enfin, ni les membres ni les officiers de la GRC ne peuvent faire partie du Comité [article 25 (mod., *idem*)]:

25. (1) Est constitué le Comité externe d'examen de la Gendarmerie royale du Canada, composé d'au plus cinq membres, dont le président et un vice-président, nommés par décret du gouverneur en conseil.

(2) Le président est membre à plein temps du Comité. Les autres membres peuvent être nommés à temps plein ou à temps partiel.

(3) Les membres du Comité sont nommés, à titre inamovible, pour un mandat de cinq ans au maximum, sous réserve de révocation par décret du gouverneur en conseil pour motif valable.

(5) Un membre de la Gendarmerie ne peut faire partie du Comité.

Le commissaire étudie ensuite l'appel en se fondant sur la documentation ou les pièces pertinentes, la transcription des audiences tenues devant la commission de licenciement et de rétrogradation, le mémoire d'appel, les argumentations écrites, la décision de la commission de licenciement et de rétrogradation ainsi que les conclusions et les recommandations du Comité externe d'examen [article 45.26 (édicte, *idem*)]:

45.26 (1) Le commissaire étudie l'affaire portée en appel devant lui en se fondant sur les documents suivants:

a) la documentation ou les pièces que l'officier ou l'autre membre a eu la possibilité d'examiner conformément au paragraphe 45.19(3);

b) la transcription des audiences tenues devant la commission de licenciement et de rétrogradation dont la décision est portée en appel;

c) le mémoire d'appel par lequel l'affaire est portée en appel devant lui;

d) les argumentations écrites qui lui ont été soumises;

e) la décision de la commission de licenciement et de rétrogradation dont il est interjeté appel.

Il tient également compte, s'il y a lieu, des conclusions ou des recommandations exposées dans le rapport du Comité ou de son président.

When the Commissioner does not follow the recommendation of the External Review Committee he shall include in his decision the reasons for not following the recommendation:

45.26 ...

(5) The Commissioner is not bound to act on any findings or recommendations set out in a report with respect to a case referred to the Committee under section 45.25, but if the Commissioner does not so act, the Commissioner shall include in the decision on the appeal the reasons for not so acting.

Parliament has thus laid out a detailed code respecting discharges from the RCMP. This elaborate procedure for discharging a member of the RCMP in the current RCMP Act seems to reflect a desire on the part of Parliament for fairness and accountability in the procedure of decision-making relative to discharges. In establishing these discharge provisions, Parliament has addressed the questions of impartiality and independence. The board is to be appointed by an officer designated for that purpose. Members are not to be immediate superiors of the member and are not to have participated in instituting or processing the case against the member. The names of board members are to be given to the member so that objections to specific individuals may be made. Parliament has also accepted that members of discharge and demotion boards are to be officers of the RCMP. It would have been open to Parliament to require that such boards consist of persons outside and independent of the RCMP but Parliament did not choose such an option.

There is an appeal from the board to the Commissioner. Before considering an appeal, the Commissioner is to refer the matter to the External Review Committee. This required reference to the External Review Committee provides for a review, independent of the RCMP, by a committee consisting of members appointed by the Governor in Council for fixed terms, *i.e.* with security of tenure as members of the External Review Committee. While Parliament did not give the External Review Committee final authority in discharge matters, where the Commissioner chooses not to follow the findings of the External Review Committee, he must set forth his reasons for not following them.

In my view, in prescribing the constitution of the discharge and demotion board in the context of the

Lorsque le commissaire choisit de ne pas donner suite à la recommandation du Comité externe d'examen, il doit motiver son choix dans sa décision:

a 45.26 ...

(5) Le commissaire n'est pas lié par les conclusions ou les recommandations contenues dans un rapport portant sur une affaire qui a été renvoyée devant le Comité conformément à l'article 45.25; s'il choisit de s'en écarter, il doit toutefois motiver son choix dans sa décision.

Le législateur a donc adopté un code détaillé pour ce qui est de renvoyer un membre de la GRC. La procédure élaborée qui est prévue à cette fin dans l'actuelle Loi sur la GRC semble dénoter un souci d'équité et de responsabilisation chez le législateur dans le processus de prise de décision à ce chapitre. Pour adopter pareilles dispositions, le législateur s'est penché sur les questions de l'impartialité et de l'indépendance. Ainsi, les membres de la commission doivent être nommés par un officier désigné à cette fin. Ils ne doivent pas être les supérieurs immédiats du membre, ni avoir provoqué l'instruction de l'affaire ou y avoir participé. Les noms des membres de la commission doivent être communiqués au membre pour fins de récusation s'il y a lieu. Le législateur a en outre prévu que les membres des commissions de licenciement et de rétrogradation doivent être des officiers de la GRC. Il lui aurait été loisible d'exiger que ces commissions soient composées de personnes de l'extérieur de la GRC et indépendantes de celle-ci, mais il n'a pas fait ce choix.

On fait appel de la décision de la commission devant le commissaire. Avant d'étudier l'appel, le commissaire doit le renvoyer devant le Comité externe d'examen. Cette étape obligatoire donne lieu à un examen effectué par un comité indépendant de la GRC et formé de membres nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat fixe, c'est-à-dire que ceux-ci sont inamovibles à titre de membres du Comité externe d'examen. Le législateur n'a pas habilité le Comité à rendre des décisions définitives dans les causes de renvoi, mais si le commissaire choisit de ne pas donner suite à ses recommandations, il doit motiver son choix dans sa décision.

À mon avis, en prescrivant la constitution de la commission de licenciement et de rétrogradation dans

requirement of independence, Parliament has not omitted to address requirements of natural justice, leaving it for the Court to set down supplementary rules. This case, in my view, is of the type characterized in *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660 (P.C.) in which Lord Morris of Borth-y-Gest, who delivered the majority judgment, stated at page 679:

In support of these claims the rules of natural justice were invoked. It becomes necessary therefore to consider whether the detailed and elaborate code which prescribes the procedure to be followed when there is a suggestion of an offence under section 158 is a code which gives scope for unfairness and whether in its operation the court in the interests of fairness must supplement the written provisions. In the present case do the well-known words of Byles J. in *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863) 14 C.B.N.S. 180, 194 apply, viz.: ". . . although there are no positive words in a statute requiring that the party shall be heard, yet the justice of the common law will supply the omission of the legislature"? Or is the code one that has been carefully and deliberately drafted so as to prescribe procedure which is fair and appropriate? In whatever way the status of the appellant as a teacher is in law to be defined he agreed to serve under the conditions laid down in the regulations and unless some provisions are to be read into them or are incorporated in them it is clear that they were faithfully followed. It is not lightly to be affirmed that a regulation that has the force of law is unfair when it has been made on the advice of the responsible Minister and on the joint recommendation of organisations representing teachers employed and those employing. Nor is it the function of the court to re-draft the code. As was said in *Brettingham-Moore v. Municipality of St. Leonards* (1969) 121 C.L.R. 509, 524:

"The legislature has addressed itself to the very question and it is not for the court to amend the statute by engrafting upon it some provision which the court might think more consonant with a complete opportunity for an aggrieved person to present his views and to support them by evidentiary material."

At page 681, Lord Morris quoted Viscount Dilhorne in *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.):

Viscount Dilhorne, having cited what Lord Reid said in *Wiseman v. Borneman* [1971] A.C. 297, 308, said, at p. 545:

"I would only emphasise that one should not start by assuming that what Parliament has done in the lengthy process of legislation is unfair. One should rather assume that what has been done is fair until the contrary is shown. And Parliament thought it fair that the person affected should have the right to be heard where leave was sought under section 51 of the

le contexte de l'exigence d'indépendance, le législateur n'a pas négligé les exigences de la justice naturelle pour laisser à la Cour le soin de fixer des règles supplémentaires. La présente espèce s'apparente, selon moi, à la situation décrite dans l'arrêt *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660 (P.C.), dans lequel lord Morris of Borth-y-Gest, qui a rendu le jugement de la majorité, a déclaré à la page 679:

[TRADUCTION] On a invoqué les règles de justice naturelle au soutien de ces prétentions. Il devient donc nécessaire de déterminer si le code détaillé et élaboré qui prescrit la procédure à suivre lorsqu'on allègue la perpétration d'une infraction prévue à l'article 158 est un code qui donne prise à l'injustice et si, dans son application, le tribunal doit, dans l'intérêt de l'équité, compléter les dispositions écrites. Dans la présente espèce, est-ce que les célèbres remarques faites par le juge Byles dans *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863) 14 C.B.N.S. 180, à la p. 194, s'appliquent: «. . . bien qu'il n'y ait pas de termes formels dans une loi qui prescrivent que la partie doit être entendue, la justice de la common law remédiera à l'omission du législateur?» Ou le code a-t-il été soigneusement et délibérément rédigé afin de prescrire une procédure équitable et appropriée? Quelle que soit la façon dont le statut de l'appelant en tant qu'enseignant doit être défini en droit, celui-ci a accepté d'être régi par les conditions prévues dans les règlements et, à moins qu'on leur fasse dire quelque chose qu'ils ne disent pas ou qu'on y incorpore certaines dispositions, il est clair qu'ils ont été scrupuleusement respectés. On ne saurait affirmer légèrement qu'un règlement qui a force de loi est injuste quand il a été pris sur les conseils du ministre responsable et sur la recommandation conjointe d'organismes représentant les enseignants salariés et ceux qui les emploient. De plus, ce n'est pas le rôle du tribunal de récrire le code. Comme on l'a déclaré dans *Brettingham-Moore v. Municipality of St. Leonards* (1969) 121 C.L.R. 509, à la p. 524:

«Le législateur s'est penché sur cette question précise, et il n'appartient pas au tribunal de modifier la loi en y greffant des dispositions qu'il pourrait juger plus compatibles avec la possibilité pleine et entière pour une personne lésée de faire valoir son point de vue et de l'étayer par des éléments de preuve.»

À la page 681, lord Morris a cité le vicomte Dilhorne dans l'affaire *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534 (H.L.):

[TRADUCTION] Après avoir invoqué les remarques faites par lord Reid dans l'affaire *Wiseman v. Borneman* [1971] A.C. 297, à la p. 308, le vicomte Dilhorne a déclaré, à la p. 545:

«Je soulignerais simplement le fait qu'on ne devrait pas commencer par présumer que ce qu'a fait le législateur dans le cadre du long processus législatif est inéquitable. On devrait plutôt présumer que ce qui a été fait est équitable jusqu'à preuve du contraire. Et le législateur a jugé qu'il était équitable d'accorder à l'intéressé le droit d'être entendu

Finance Act 1960 and have the right to make representations to the tribunal under section 28 of that Act. The omission so to provide in section 6 of the Income Tax Management Act 1964 cannot, as I have said, in my opinion be regarded as anything other than deliberate and, if deliberate, it should be assumed that Parliament did not think that the requirements of fairness made it advisable to provide any such rights for the person affected. If this was the view of Parliament, it would require a very strong case to justify the addition to the statute of requirements to meet one's own opinion of fairness."

It seems to me that what applicant's counsel is asking me to do is to impose requirements of independence on discharge and demotion boards that Parliament did not see fit to impose. In essence, I am being asked to find that because members of discharge and demotion boards did not have a specified tenure as adjudicators, they did not have security of tenure and were therefore not independent as contemplated by *Généreux*, *supra*. Parliament, in providing for the appointment and constitution of the discharge and demotion board, and an independent External Review Committee, has, according to its perception of what impartiality and independence require, addressed those issues of concern to it. Given the attention that Parliament has paid to these requirements of impartiality and independence, I do not think it is appropriate for this Court to impose additional requirements.

I would add that while discharge proceedings are serious matters, members subject to such proceedings are not accused of offences as contemplated by paragraph 11(d) of the Charter. Indeed, the final decision in respect of a discharge is that of the Commissioner. Parliament obviously did not intend that discharges should be decided by independent tribunals such as arbitration boards, but left that right and responsibility with the Commissioner of the RCMP. This suggests to me that Parliament recognized the requirements of the RCMP, in the final analysis, to control its own discharges, subject to the necessity of review by an independent External Review Committee and an explanation by the Commissioner when the External Review Committee's recommendations are not followed.

lorsque la permission est demandée en vertu de l'article 51 de la Finance Act de 1960 et le droit de présenter des observations au tribunal en application de l'article 28 de cette loi. Le fait de ne pas avoir prévu de telles dispositions à l'article 6 de la Income Tax Management Act de 1964 ne saurait, selon moi, comme je l'ai indiqué, être considéré comme autre chose qu'un geste délibéré, auquel cas on devrait présumer que le législateur n'a pas cru que les exigences de l'équité justifiaient l'octroi de droits semblables à l'intéressé. Si c'était le point de vue du législateur, il faudrait invoquer des arguments très convaincants pour justifier l'ajout dans la loi d'exigences qui soient compatibles avec sa propre conception de l'équité.»

J'ai l'impression que l'avocat de la requérante me demande d'assujettir les commissions de licenciement et de rétrogradation à des exigences d'indépendance que le législateur n'a pas jugé bon d'imposer. En substance, on me demande de statuer que, puisque les membres des commissions de licenciement et de rétrogradation n'avaient pas une certaine permanence en tant que décideurs, ils ne bénéficiaient pas de l'inamovibilité voulue et n'étaient donc pas indépendants au sens de l'arrêt *Généreux* (précité). En prévoyant la constitution d'une commission de licenciement et de rétrogradation et d'un Comité externe d'examen indépendant, le législateur a traité ces questions qui le préoccupaient selon sa perception de ce que l'impartialité et l'indépendance exigent. Étant donné l'attention qu'il a accordée à ces exigences d'impartialité et d'indépendance, il ne me paraît pas indiqué d'imposer des exigences supplémentaires.

J'ajouterais qu'en dépit de la gravité des procédures de renvoi, les membres qui en font l'objet ne sont pas des inculpés au sens de l'alinéa 11(d) de la Charte. En fait, c'est au commissaire qu'il appartient de rendre une décision définitive à ce chapitre. De toute évidence, le législateur n'a pas voulu que les renvois soient décidés par des tribunaux indépendants comme des comités d'arbitrage, mais a préféré investir le commissaire de la GRC de ce droit et de cette responsabilité. Selon moi, le législateur a reconnu que la GRC devait avoir droit de regard, en dernière analyse, sur le renvoi de ses membres, à condition que la cause soit examinée par un Comité externe d'examen indépendant et que le commissaire motive sa décision lorsqu'il ne donne pas suite aux recommandations du Comité.

I would observe that counsel for the applicant stipulated that he did not challenge the impartiality of the Discharge and Demotion Board in this case.

As a result, I conclude that there is no requirement that the Discharge and Demotion Board have additional attributes of independence over and above those provided by Parliament in the RCMP Act.

4. Applicant's counsel says that the résumé prepared by a member of Commissioner Inkster's staff was relied upon by him in making his decision. Counsel argues that the résumé contains facts and material not before the Discharge and Demotion Board and which the applicant did not have an opportunity to challenge.

For purposes of considering the appeal of the applicant from the Discharge and Demotion Board, Commissioner Inkster had one of his staff, Sgt. B. R. M. Swann, prepare a résumé of the facts relating to the applicant's employment with the RCMP, the various procedures that had been followed, the evidence before the Discharge and Demotion Board, the decision of the Board, and the findings and recommendations of the External Review Committee. The résumé also contained comments and recommendations. Applicant's counsel points to three statements, on pages 18, 19 and 20 of the résumé, which he says constitute new facts not before the Board which the applicant did not have an opportunity to challenge:

[1] Since raters may not interpret scores in the same way, it is important to consider the narrative assessment in part 7A because it may explain the ratings and furnish their underlying rational.

[2] Further, supervisors may be reluctant to assign unsatisfactory ratings given the requirement for extensive documentation in such cases, the impact such ratings may have on a member's career and the problems with motivation which may result.

Il convient de faire remarquer que l'avocat de la requérante a affirmé qu'il ne contestait pas l'impartialité de la Commission de licenciement et de rétrogradation dans la présente espèce.

En conséquence, j'arrive à la conclusion qu'il n'y a pas lieu d'imposer à la Commission de licenciement et de rétrogradation d'autres attributs d'indépendance en dehors de ceux que le législateur a prévus dans la Loi sur la GRC.

4. L'avocat de la requérante affirme que le commissaire Inkster s'est fondé sur un résumé préparé par un membre de son état-major pour rendre sa décision. Selon lui, ce résumé renferme des faits et des éléments de preuve qui n'ont pas été soumis à la Commission de licenciement et de rétrogradation et que la requérante n'a pas eu la possibilité de contester.

Pour étudier l'appel interjeté par la requérante contre la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation, le commissaire Inkster a demandé à un membre de son état-major, la sergente d'état-major B. R. M. Swann, de préparer un résumé des faits concernant l'emploi occupé par la requérante à la GRC, des diverses procédures qui ont été suivies, des éléments de preuve qui ont été présentés à la Commission de licenciement et de rétrogradation, de la décision de la Commission ainsi que des conclusions et des recommandations du Comité externe d'examen. Ce résumé contient en outre des observations et des recommandations. L'avocat de la requérante signale trois déclarations, aux pages 18, 19 et 20 du résumé, qui seraient des faits nouveaux dont la Commission n'a pas été saisie et que la requérante n'a pas eu la possibilité de contester:

[TRADUCTION] [1] Comme il se peut que les noteurs n'interprètent pas les points de la même façon, il est important de tenir compte de l'appréciation circonstanciée qui figure dans la partie 7A parce qu'elle peut expliquer les cotes attribuées et fournir leur raison d'être sous-jacente.

[2] Par ailleurs, il se peut que les superviseurs soient peu disposés à attribuer des cotes insatisfaisantes compte tenu des nombreux documents qui doivent être présentés en pareil cas, de l'incidence que ces cotes peuvent avoir sur la carrière d'un membre et des problèmes de motivation qui peuvent en résulter.

[3] One psychologist was unaware of the Appellant's history of problems with paperwork, a fact which may have influenced his opinion had it been known during his evaluation of her.

The first two comments, which I would characterize, not as facts, but as opinions of Sgt. Swann, follow from Sgt. Swann's opinion that the External Review Committee's analysis was deficient because it ignored narrative comments in the applicant's PEPs. The entire paragraph in the résumé reads:

The Committee's analysis seems problematic because the extensive narrative comments in the PEPs from 1987 to 1989 and other supporting documents (Notice of Shortcomings, Tab A; PEPs, Tabs K to N) have been ignored. Part 2B of the PEP is a subjective evaluation. Since raters may not interpret scores in the same way, it is important to consider the narrative assessment in part 7A because it may explain the ratings and furnish their underlying rationale. Further, supervisors may be reluctant to assign unsatisfactory ratings given the requirement for extensive documentation in such cases, the impact such ratings may have on a member's career and the problems with motivation which may result. If the promotion process is considered as an analogy, it is clear that a member's scores in part 2B alone are insufficient to determine merit for promotion. Policy requires a careful evaluation of the accompanying narrative assessments. Should not the same standard apply to discharge?

Sgt. Swann raises the concern for the Commissioner, that the External Review Committee came to its conclusion on the basis of ratings, without evaluating narrative comments in the profiles and reports. She explains why, in her opinion, reliance on ratings alone may be unsatisfactory. I can see nothing inappropriate about Sgt. Swann advising the Commissioner of her view as to the shortcomings in the findings of the External Review Committee that the Commissioner should consider when making his decision.

As to the third comment complained of by applicant's counsel, respondents' counsel produced a portion of the transcript before the Discharge and Demotion Board which indicated that one psychologist had been unaware of the applicant's problems with paperwork. As to Sgt. Swann's opinion that this may

[3] Un psychologue n'était pas au courant des problèmes qu'avait l'appelante avec les travaux d'écritures, et son opinion aurait pu être différente s'il avait été informé de ce fait pendant qu'il évaluait cette dernière.

a La sergente Swann a fait les deux premières remarques, que je considérerais non pas comme des faits, mais comme des opinions, parce qu'elle estimait que l'analyse du Comité externe d'examen était défectueuse vu qu'on ne tenait aucun compte des appréciations circonstanciées contenues dans les évaluations sommaires du rendement de la requérante. Le paragraphe entier du résumé est ainsi libellé:

[TRADUCTION] L'analyse du Comité semble défectueuse parce qu'on n'a tenu aucun compte des longs commentaires descriptifs contenus dans les évaluations sommaires du rendement effectuées entre 1987 et 1989 et dans d'autres documents connexes (avis de carences professionnelles, onglet A; évaluations sommaires du rendement, onglets K à N). La partie 2B de l'évaluation sommaire du rendement est une évaluation subjective. Comme il se peut que les noteurs n'interprètent pas les points de la même façon, il est important de tenir compte de l'appréciation circonstanciée qui figure dans la partie 7A parce qu'elle peut expliquer les cotes attribuées et fournir leur raison d'être sous-jacente. Par ailleurs, il se peut que les superviseurs soient peu disposés à attribuer des cotes insatisfaisantes compte tenu des nombreux documents qui doivent être présentés en pareil cas, de l'incidence que ces cotes peuvent avoir sur la carrière d'un membre et des problèmes de motivation qui peuvent en résulter. Par analogie avec le processus d'avancement, les points obtenus par un membre dans la partie 2B ne suffiraient certainement pas à eux seuls à établir le mérite aux fins d'avancement. La politique exige une évaluation soignée des appréciations circonstanciées s'y rapportant. La même norme ne devrait-elle pas s'appliquer à un renvoi?

La sergente Swann attire l'attention du commissaire sur le fait que le Comité externe d'examen est parvenu à sa conclusion en se fondant sur les cotes, sans évaluer les commentaires descriptifs contenus dans les évaluations et les rapports. Elle explique pourquoi il lui paraît insuffisant de ne tenir compte que des cotes. Selon moi, il n'y a rien de déplacé dans les remarques que la sergente Swann adresse au commissaire au sujet des lacunes relevées dans les conclusions du Comité externe d'examen, dont le commissaire devait tenir compte pour rendre sa décision.

En ce qui concerne la troisième remarque dont l'avocat de la requérante s'est plaint, l'avocat des intimés a produit un extrait de la transcription des débats devant la Commission de licenciement et de rétrogradation qui révèle qu'un psychologue ignorait tout des problèmes qu'avait la requérante avec les

have influenced the psychologist's opinion had it been known, this again is commentary or advice given to the Commissioner to assist him in his consideration of the evidence before the Discharge and Demotion Board. It is not a new fact.

It has not been demonstrated to me that Sgt. Swann placed new facts before the Commissioner that were not before the Discharge and Demotion Board.

5. Applicant's counsel says that Commissioner Inkster was required to make the decision respecting the applicant's discharge himself. The résumé, in applicant's counsel's submission, demonstrates that the Commissioner erred by delegating to his staff the decision-making function in respect of the applicant's discharge. Applicant's counsel points out that the first sixteen pages of both the résumé and Commissioner Inkster's decision are identical. He says that Commissioner Inkster delegated his decision-making function in this case to Sgt. Swann, a function which he did not have the authority to delegate.

Guidelines for the determination of whether, and to what extent, the involvement of non-decision-makers in the decision-making process is or is not appropriate have been well summarized by Doherty J.A., of the Ontario Court of Appeal, in *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), in which, at pages 672-673, he states:

There is no single formula or procedure referable to the drafting process that can be uniformly applied across the very broad spectrum of decision-making, when determining whether the involvement of the non-decision-maker in the drafting process compromised the fairness of the proceedings or the integrity of the process. The nature of the proceedings, the issues raised in those proceedings, the composition of the tribunal, the terms of the enabling legislation, the support structure available to the tribunal, the tribunal's workload, and other factors will impact on the assessment of the propriety of procedures used in the preparation of reasons. Certainly, the judicial paradigm of reason writing cannot be imposed on all boards and tribunals: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, *supra*, at pp. 323-24 S.C.R., pp. 342-43 O.A.C.

travaux d'écritures. Quant au point de vue de la sergente Swann selon lequel l'opinion du psychologue aurait peut-être été différente s'il avait été informé de ce fait, il s'agit encore une fois d'une remarque faite ou d'un conseil donné au commissaire pour l'aider à étudier les éléments de preuve qui ont été présentés à la Commission de licenciement et de rétrogradation. Il ne s'agit pas d'un fait nouveau.

On ne m'a pas convaincu que le résumé préparé par la sergente Swann pour le compte du commissaire contenait des faits nouveaux qui n'ont pas été présentés à la Commission de licenciement et de rétrogradation.

5. L'avocat de la requérante affirme que le commissaire Inkster devait rendre la décision concernant le renvoi de la requérante lui-même. Selon lui, le résumé démontre que le commissaire a commis une erreur en déléguant à son état-major la fonction décisionnelle à cet égard. Il fait remarquer que les seize premières pages du résumé et de la décision du commissaire Inkster sont identiques. Il soutient que le commissaire a délégué la fonction de décision dans cette cause à la sergente Swann, alors qu'il n'était pas autorisé à le faire.

Dans l'affaire *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a bien résumé les principes directeurs permettant d'établir si la participation au processus décisionnel de personnes qui n'ont aucun pouvoir de décision est ou non opportune et dans quelle mesure elle l'est. Il s'est exprimé en ces termes aux pages 672 et 673:

[TRADUCTION] S'agissant du processus de rédaction, il n'existe aucune méthode ou procédure particulière qui soit susceptible de s'appliquer uniformément au très vaste éventail décisionnel pour déterminer si la participation au processus de rédaction de personnes qui n'ont aucun pouvoir de décision a compromis l'équité des procédures ou l'intégrité du processus. La nature des procédures, les questions qu'elles soulèvent, la composition du tribunal, le libellé de la loi habilitante, la structure qui soutient le tribunal, la charge de travail de celui-ci et d'autres facteurs auront une incidence sur l'évaluation de la validité des procédures utilisées dans la rédaction des motifs. Il ne saurait être question d'imposer la norme judiciaire de rédaction à tous les organismes et tribunaux: *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, précité, aux p. 323 et 324 R.C.S., p. 342 et 343 O.A.C.

It must also be recognized that the volume and complexity of modern decision-making all but necessitates resort to "outside" sources during the drafting process. Contemporary reason-writing is very much a consultive process during which the writer of the reasons resorts to many sources, including persons not charged with the responsibility of deciding the matter, in formulating his or her reasons. It is inevitable that the author of the reasons will be influenced by some of these sources. To hold that any "outside" influence vitiates the validity of the proceedings or the decision reached is to insist on a degree of isolation which is not only totally unrealistic, but also destructive of effective reason-writing.

Counsel for the applicant relies on *Spring v. Law Society of Upper Canada* (1988), 64 O.R. (2d) 719 (Div. Ct.). In *Spring*, a convocation of the Law Society of Upper Canada disbarred a lawyer for professional misconduct and conduct unbecoming a solicitor. The credibility of the solicitor was in issue. The decision of the discipline committee, on which convocation's actions were based, had been drafted initially by an employee of the Law Society, the clerk to that committee. This was done on the basis of the committee's findings, which were communicated to him. It was submitted that this had resulted in a breach of the rules of natural justice, in that such involvement by an employee of the prosecutor (the Law Society), gave rise to a reasonable apprehension of bias and also because the decision had, in effect, been taken or had been excessively influenced by someone other than those charged with that responsibility.

The majority of the Ontario Divisional Court dismissed the application for judicial review, holding that the bias argument failed on the ground that the clerk was not a member of the prosecutorial branch of the Law Society and that the actual decision had been taken by the discipline committee, notwithstanding the involvement of the clerk in the process of drafting the reasons. In so doing, the majority did, however, suggest that there were constraints on the extent to which the discipline committee could rely on such assistance. In the case at bar, counsel for the applicant submits that the involvement of Sgt. Swann was a breach of those constraints and amounted to impermissible input from a third party, resulting in a denial of natural justice to the applicant.

I think the concerns expressed by the majority in *Spring*, *supra*, about input into decisions by third par-

Il faut aussi reconnaître qu'en raison de l'ampleur et de la complexité du processus décisionnel moderne, il est pratiquement obligatoire de faire appel à des sources «extérieures» au cours du processus de rédaction. De nos jours, la rédaction de motifs est dans une large mesure un exercice consultatif dans le cadre duquel l'auteur des motifs consulte de nombreuses sources, notamment des personnes à qui n'incombe pas la responsabilité de statuer sur la question, pour formuler ses motifs. Il sera forcément influencé par quelques-unes de ces sources. Statuer qu'une influence «extérieure» vicie la validité des procédures ou la décision qui a été rendue revient à exiger un degré d'isolement qui est non seulement totalement irréaliste, mais aussi nuisible à la rédaction efficace des motifs.

L'avocat de la requérante invoque l'affaire *Spring v. Law Society of Upper Canada* (1988), 64 O.R. (2d) 719 (C. div.), dans laquelle un conseil du Barreau du Haut-Canada avait radié un avocat pour manquement professionnel et conduite indigne d'un avocat. La crédibilité de l'avocat était en cause. La décision du comité de discipline, sur laquelle reposaient les mesures prises par le conseil, avait initialement été rédigée par un employé du Barreau, à savoir le secrétaire de ce comité. Celui-ci l'avait fait en se fondant sur les conclusions du comité, qui lui avaient été communiquées. On a fait valoir que les règles de justice naturelle n'avaient pas été respectées parce que pareille participation d'un employé du poursuivant (le Barreau) avait fait naître une crainte raisonnable de partialité et aussi parce que la décision avait, dans les faits, été prise ou fortement influencée par une personne qui n'était pas l'une de celles à qui incombait cette responsabilité.

La majorité de la Cour divisionnaire de l'Ontario a rejeté la demande de contrôle judiciaire et statué que le moyen fondé sur la partialité était écarté parce que le secrétaire n'était pas un membre du service du Barreau responsable des poursuites et que la véritable décision avait été prise par le comité de discipline, malgré la participation du secrétaire à la rédaction des motifs. Dans sa décision, la majorité a cependant donné à entendre qu'il y avait des limites à la mesure dans laquelle le comité de discipline pouvait compter sur cette aide. Dans la présente espèce, l'avocat de la requérante prétend que la participation de la sergente Swann constitue un dépassement de ces limites et équivaut à une participation inadmissible d'un tiers, d'où le déni de justice naturelle.

Je suis d'avis qu'il existe au moins quatre motifs de distinction entre la présente espèce et les préoccupations

ties and possible apprehension of bias, and other cases such as *Emerson and Law Society of Upper Canada, Re* (1983), 44 O.R. (2d) 729 (H.C.) and *Sawyer and Ontario Racing Commission, Re* (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.), are distinguishable from the case at bar on at least four grounds. First, in those cases, the tribunal accused of improperly delegating its decision-making function was the one charged with deciding, at the first instance, issues of credibility and fact, and seeing and hearing witnesses. In the case at bar, the Commissioner is an appeal tribunal and does not hear and see witnesses. He makes his decision on the basis of the record, the decision of the External Review Committee and written submissions. Second, the decision-making bodies in those cases had, as their prime function, the decisions they were charged with making and which they delegated. Here, the Commissioner has many functions, only one of which is to consider appeals in discharge and discipline matters.

Third, in *Re Sawyer* and *Re Emerson*, a representative of the party that brought the prosecution also wrote the reasons for the decisions. In the case at bar, Sgt. Swann was not involved in the proceedings against the applicant. In this respect, her position would be analogous to the clerk of the discipline committee in *Spring*, i.e., not being involved in the prosecution, which the majority of the Ontario Divisional Court in that case held, did not raise an apprehension of bias. Of course, Sgt. Swann is an employee of the RCMP, but for that matter, so is the Commissioner. Nonetheless, the Act provides that the Commissioner is to decide appeals and the fact that he utilizes a subordinate to assist him does not, without something more, raise a natural justice issue. In *Re Sawyer*, the draft reasons written by the "prosecutor" were adopted *verbatim* by the Ontario Racing Commission. Commissioner Inkster incorporated part of Sgt. Swann's résumé into his decision document. But, as explained below, he wrote his own "Decision" section.

pations exprimées par la majorité dans l'affaire *Spring*, précitée, quant à la participation d'un tiers dans des décisions et à la crainte raisonnable de partialité, et d'autres affaires comme *Emerson and Law Society of Upper Canada, Re* (1983), 44 O.R. (2d) 729 (H.C.) et *Sawyer and Ontario Racing Commission, Re* (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.). Premièrement, dans ces affaires, le tribunal à qui l'on reprochait d'avoir délégué illégalement la fonction de décision était précisément celui qui devait statuer, en première instance, sur des questions de crédibilité et de fait, et entendre les témoins. En l'espèce, le commissaire est un tribunal d'appel et n'entend aucun témoin. Il rend sa décision à partir du dossier, de la décision du Comité externe d'examen et des observations écrites. Deuxièmement, la principale fonction des organes décisionnels dans ces affaires consistait à rendre les décisions qu'ils étaient chargés de rendre et qui avaient fait l'objet d'une délégation. En l'espèce, le commissaire est investi de nombreuses fonctions, dont l'une consiste à étudier les appels interjetés par les membres qui ont fait l'objet d'un renvoi ou de mesures disciplinaires.

Troisièmement, dans les affaires *Re Sawyer* et *Re Emerson*, un représentant de la partie qui avait intenté la poursuite avait aussi rédigé les motifs de ces décisions. Dans la présente espèce, la sergente Swann n'a pas été mêlée aux procédures engagées contre la requérante. Sous cet aspect, sa situation serait comparable à celle du secrétaire du comité de discipline dans l'affaire *Spring*, qui n'avait pas été mêlé à la poursuite; la majorité de la Cour divisionnaire de l'Ontario a statué dans cette affaire que cela ne faisait pas naître une crainte de partialité. Évidemment, la sergente Swann est un membre du personnel de la GRC, mais le commissaire l'est aussi. Malgré tout, la Loi prévoit que le commissaire doit trancher les appels, et le fait qu'il sollicite l'aide d'un subalterne ne soulève pas, en soi, une question de justice naturelle. Dans l'affaire *Re Sawyer*, la Commission des courses de chevaux de l'Ontario avait adopté intégralement la version provisoire des motifs rédigée par le «poursuivant». Le commissaire Inkster a incorporé une partie du résumé de la sergente Swann dans le document renfermant sa décision, mais, comme on l'explique ci-après, il a lui-même rédigé la section intitulée «Décision».

Fourth, it is not realistic for the Commissioner to make appeal decisions in discharge matters without delegating to his subordinates some of the work involved in preparing the material in a manner to enable him to expeditiously perform his function. In this case, Sgt. Swann states, in her affidavit, that she spent approximately 250 hours reviewing and preparing the résumé. It is to be expected that the Commissioner of the RCMP would require such assistance, it not being practical for him to expend that amount of time reviewing the material in discharge, grievance or disciplinary matters appealed to him. Such delegation does not, of itself, imply that the Commissioner did not put his mind, independently, to the decision-making process.

For these reasons, cases such as *Re Sawyer, supra*, and *Re Emerson, supra*, and the concerns expressed by the majority of the Divisional Court in *Spring, supra*, are distinguishable from the circumstances of the case at bar.

Counsel for the respondents relies upon *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All ER 12 (C.A.) in which Lord Denning MR, stated at page 19:

Moreover it [the board] need not do everything itself. It can employ secretaries and assistants to do all the preliminary work and leave much to them. But, in the end, the investigating body itself must come to its own decision and make its own report.

However, in *Selvarajan* it was held that staff could not tell the decision maker what the result should be. In D. J. Mullan, *Administrative Law*, 2d ed. (Carswell, 1979) there appears the following at page 3-112:

Generally, the requirement to give a hearing can be met by provision of an opportunity to make written submissions. Alternatively, a statutory decision-maker may legitimately in some cases delegate the task of collection, sorting, sifting and summarizing of evidence to someone else provided the extent of the delegation is not such that the final decision is in effect taken by the delegate rather than the statutory decision-maker. In other words, the statutory decision-maker is obliged to take the decision personally on the basis of an adequate knowledge of all sides of the matter in controversy. [Footnotes omitted.]

Quatrièmement, il n'est pas réaliste de penser que le commissaire peut statuer sur des appels en matière de renvoi sans déléguer à ses subalternes une partie du travail qu'entraîne la préparation de la documentation devant lui permettre de s'acquitter rapidement de sa tâche. Dans la présente espèce, la sergente Swann a déclaré dans son affidavit qu'elle avait consacré environ deux cent cinquante heures à l'examen du dossier et à la préparation du résumé. On ne s'étonnera pas de ce que le commissaire de la GRC ait besoin de cette aide puisqu'il ne serait pas pratique qu'il consacre tout ce temps à l'étude de la documentation se rapportant aux renvois, aux griefs ou aux mesures disciplinaires dont on interjette appel devant lui. En soi, cette délégalion n'implique pas que le commissaire ne s'est pas personnellement occupé de prendre la décision.

Pour ces motifs, des affaires comme *Re Sawyer* (précitée) et *Re Emerson* (précitée) ainsi que les craintes exprimées par la majorité de la Cour divisionnaire dans l'affaire *Spring* (précitée) ne présentent pas les mêmes caractéristiques que la présente espèce.

L'avocat des intimés invoque l'arrêt *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All ER 12 (C.A.), dans lequel lord Denning MR, s'est exprimé en ces termes à la page 19:

[TRADUCTION] De plus, il n'est pas nécessaire qu'il [l'organisme] fasse tout lui-même. Il peut faire appel à des secrétaires et des adjoints pour le travail préliminaire et plus. Mais en définitive, l'organisme enquêteur doit arrêter sa propre décision et faire son propre rapport.

On a cependant statué dans cette affaire que le personnel ne pouvait pas dicter le résultat au décideur. Dans D. J. Mullan, *Administrative Law*, 2^e éd. (Carswell, 1979), on fait les remarques suivantes à la page 3-112:

[TRADUCTION] En règle générale, on peut respecter l'obligation de tenir une audience en donnant la possibilité de présenter des observations écrites. Par ailleurs, le décideur désigné par la loi peut légitimement, dans certains cas, déléguer à quelqu'un d'autre la tâche de recueillir, de classer, d'examiner et de résumer la preuve, pourvu que l'étendue de cette délégalion ne soit pas telle que la décision définitive est prise, en réalité, par le délégué plutôt que par le décideur désigné par la loi. En d'autres termes, il incombe au décideur désigné par la loi de prendre personnellement la décision sur la base d'une connaissance suffisante de tous les aspects de la question litigieuse. [Notes en bas de page omises.]

In the case at bar, the documents reveal that the Commissioner did indeed put his mind independently to the decision he had to make and did not improperly delegate the decision-making function to Sgt. Swann. Sgt. Swann's résumé did contain the work history of the applicant, a review of the Discharge and Demotion Board hearing, and a summary of the External Review Committee's findings and recommendations. Commissioner Inkster included this portion of the résumé in his decision *verbatim*. However, the decision-making part of the Commissioner's decision is contained on pages 17 to 19 in a section entitled "Decision". This portion of his decision, although it clearly makes reference to certain portions of Sgt. Swann's commentary and recommendations, is in different words than the résumé. Indeed, the commentary and recommendations portion of Sgt. Swann's résumé does not purport to be a decision on the merits. It raises concerns and questions. For example, as to the External Review Committee ignoring the narrative portion of the applicant's PEPs, Sgt. Swann states at page 19 of her résumé:

Policy requires a careful evaluation of the accompanying narrative assessments. Should not the same standard apply to discharge?

As to whether the applicant is or is not unsatisfactory, Sgt. Swann's résumé states at page 19:

The question is whether the Appellant has demonstrated sufficient competence to meet the standard of a reasonably able, skilful and efficient level 01 general policing constable in the law enforcement group. The evidence shows that she does have positive skills and abilities. The Commissioner must decide if she has met this standard and explain on what basis he has made this finding.

The Commissioner must decide whether the evidence establishes the ground of unsuitability based on the objective test.

In commenting on the evidence of the psychologist who testified for the applicant, Sgt. Swann states at page 20:

Dans la présente espèce, il ressort des documents que le commissaire s'est effectivement appliqué à la décision qu'il devait prendre et n'a pas délégué illégalement cette fonction à la sergente Swann. Le résumé qui lui a été remis renfermait les antécédents professionnels de la requérante, un compte rendu de l'audience devant la Commission de licenciement et de rétrogradation ainsi qu'un sommaire des conclusions et des recommandations du Comité externe d'examen. Le commissaire Inkster a repris textuellement une partie de ce résumé dans sa décision. Cependant, la portion de sa décision qui contient le fruit de sa réflexion en tant que décideur figure aux pages 17 à 19, dans une section intitulée «*Décision*». Bien qu'on y fasse clairement allusion à certaines remarques et recommandations de la sergente Swann, le libellé n'est pas identique à celui du résumé. D'ailleurs, la portion du résumé qui contient les observations et les recommandations de la sergente Swann ne se veut pas une décision au fond. Des questions y sont soulevées. Par exemple, en ce qui concerne le fait que le Comité externe d'examen n'a pas tenu compte des appréciations circonstanciées contenues dans les évaluations sommaires du rendement de la requérante, la sergente Swann déclare, à la page 19 du résumé:

[TRADUCTION] La politique exige une évaluation soignée des appréciations circonstanciées s'y rapportant. La même norme ne devrait-elle pas s'appliquer à un renvoi?

Quant à la question de savoir si le rendement de la requérante est ou non insatisfaisant, la sergente Swann indique dans son résumé, à la page 19:

[TRADUCTION] La question est celle de savoir si l'appelante a démontré qu'elle possède les compétences voulues pour satisfaire à la norme du gendarme de niveau 01, affecté à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi et assez capable, habile et efficace. Il ressort de la preuve qu'elle possède de réelles compétences et aptitudes. Le commissaire doit décider si elle a satisfait à cette norme et expliquer sur quoi repose cette conclusion.

Le commissaire doit décider si la preuve établit le motif d'inaptitude à partir du critère objectif.

Dans les commentaires qu'elle fait sur le témoignage du psychologue cité par la requérante, la sergente Swann déclare, à la page 20:

It remains for the Commissioner to weigh the evidence and decide if the Appropriate Officer has met the burden of proof establishing the Appellant's unsuitability.

Sgt. Swann then deals with options open to the Commissioner at pages 20 and 21:

Based on his determination of the Appellant's unsuitability, the Commissioner must decide whether or not to accept Recommendation 6 and uphold the appeal. If he so decides, then he must also address Findings 15 and 16 regarding the appropriateness of transfer and Recommendation 7 that he order the Appellant's transfer to a posting that will allow her to demonstrate her ability to be a productive member of the Force.

If the Commissioner accepts Recommendation 6 and upholds the appeal, he may, in the alternative, order a new review of the case by a discharge and demotion board instead of implementing Recommendation 7 ordering transfer. However, should the Commissioner decide that the ground of unsuitability has been established, he may dismiss the appeal and order the Appellant's discharge or, pursuant to section 45.28, offer the Appellant the opportunity to resign.

Sgt. Swann concludes, at page 21, by recommending that the Commissioner read the relevant material:

It is recommended that at a minimum the Commissioner read the Notice of Shortcomings and appendices (Tab A), the three progress reports (Tabs B to D), the Notice of Intent to Discharge (Tab E), the Board's decision (Tab F), the appeal by the Appellant (Tab G), the Appropriate Officer's reply (Tab H), the report of the ERC (Tab I) and the Appellant's Level II grievance decision (Tab J). For information purposes, the Appellant's performance evaluations from 1987 to 1990 are found at Tabs K to O and the four statements which were the subject of her preliminary motion are at Tabs P to S.

It seems evident that the résumé was intended to provide the Commissioner with a summary of the proceedings, comments on differences between the Discharge and Demotion Board decision and the External Review Committee findings, and alternatives open to the Commissioner. It does not purport to be a decision or to draw conclusions. That has clearly been left to the Commissioner.

In these circumstances it appears that the Commissioner, while having received assistance from Sgt. Swann, was left to make his decision independently.

[TRADUCTION] Il appartient au commissaire d'apprécier la preuve et de décider si l'officier compétent s'est acquitté du fardeau de prouver l'inaptitude de l'appelante.

La sergente Swann examine ensuite les choix qui se présentent au commissaire, aux pages 20 et 21:

[TRADUCTION] Suivant sa détermination de l'inaptitude de l'appelante, le commissaire doit décider s'il accepte ou non la recommandation 6 et s'il accueille l'appel. S'il répond par l'affirmative, il doit ensuite examiner les conclusions 15 et 16 concernant l'opportunité d'une mutation et la recommandation 7 portant qu'il ordonne la mutation de l'appelante là où elle pourra démontrer qu'elle a la capacité d'être un membre productif de la Gendarmerie.

Si le commissaire accepte la recommandation 6 et accueille l'appel, il peut, subsidiairement, ne pas donner suite à la recommandation 7 concernant la mutation et ordonner une nouvelle révision de la cause par une commission de licenciement et de rétrogradation. Toutefois, si le commissaire décide que le motif d'inaptitude a été établi, il peut rejeter l'appel et ordonner le renvoi de l'appelante ou, en application de l'article 45.28, lui donner la possibilité de démissionner.

En conclusion, la sergente Swann recommande, à la page 21, que le commissaire lise la documentation pertinente:

[TRADUCTION] Il est recommandé que le commissaire lise tout au moins l'avis de carences professionnelles et les annexes (onglet A), les trois rapports provisoires (onglets B à D), l'avis d'intention de licenciement (onglet E), la décision de la commission (onglet F), l'appel interjeté par l'appelante (onglet G), la réponse de l'officier compétent (onglet H), le rapport du Comité externe d'examen (onglet I) et la décision rendue au deuxième niveau quant au grief présenté par l'appelante (onglet J). À titre d'information, les évaluations du rendement de l'appelante pour les années 1987 à 1990 figurent aux onglets K à O, et les quatre déclarations qui ont fait l'objet de sa requête préliminaire se trouvent aux onglets P à S.

De toute évidence, l'objet de ce résumé destiné au commissaire était de récapituler les procédures, de commenter les différences entre la décision de la Commission de licenciement et de rétrogradation et les conclusions du Comité externe d'examen, et de faire état des choix qui s'offraient au commissaire. Ce résumé n'avait pas pour objet de rendre une décision ni de tirer des conclusions. Il ne fait aucun doute que cette tâche a été laissée au commissaire.

En l'occurrence, il semble bien que la décision a été prise par le commissaire personnellement, en dépit de l'aide qu'il a reçue de la sergente Swann. Il

There was no improper delegation and no breach of the rules of natural justice.

6. Applicant's counsel submits that in his decision, Commissioner Inkster erred by adopting a subjective rather than an objective test for deciding whether or not the applicant was suitable for her position. He says Commissioner Inkster erred by measuring the applicant's performance with respect to her posting at Langley Detachment rather than in relation to the requirement for all level 01 general policing constables in the law enforcement group of the RCMP.

Subsection 45.18(1) [as enacted *idem*] of the RCMP Act sets forth the ground of unsuitability which was the basis of the applicant's discharge:

45.18 (1) Any officer may be recommended for discharge or demotion and any other member may be discharged or demoted on the ground, in this Part referred to as the "ground of unsuitability", that the officer or member has repeatedly failed to perform the officer's or member's duties under this Act in a manner fitted to the requirements of the officer's or member's position, notwithstanding that the officer or member has been given reasonable assistance, guidance and supervision in an attempt to improve the performance of those duties.

The Discharge and Demotion Board found that the applicant was required to meet the standard of a general duty constable stationed at Langley Detachment. The External Review Committee found that subsection 45.18(1) should be given an interpretation that does not take into account requirements allegedly specific to the location of a constable's posting. The External Review Committee found at page 53 of its decision:

This test, when applied to the present case, requires an assessment of whether the Appellant possesses the same ability to perform the duties listed in the role description as a reasonably able, skilful and efficient level 01 general policing constable in the law enforcement group would have.

I therefore find that the Appellant's position is the one described in the role description: a level 01 general policing constable in the law enforcement group, and not "... a general duty constable stationed at Langley Detachment . . .", as found by the Board. I further find that the test for assessing the Appellant's performance is whether she possesses the ability of a reasonably able, skilful and efficient level 01 general policing constable in the law enforcement group.

n'y a pas eu délégation illégale ni violation des règles de justice naturelle.

6. L'avocat de la requérante soutient que le commissaire a commis une erreur dans sa décision en appliquant un critère subjectif au lieu d'un critère objectif pour décider si la requérante était apte à occuper son poste. Selon lui, le commissaire Inkster a eu tort d'évaluer le rendement de la requérante du point de vue des fonctions qu'elle a exercées au détachement de Langley plutôt qu'en fonction du rendement exigé de tous les gendarmes de niveau 01 affectés à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi de la GRC.

Le motif d'inaptitude qui a servi de fondement au renvoi de la requérante est prévu au paragraphe 45.18(1) [édicte, *idem*] de la Loi sur la GRC:

45.18 (1) Le renvoi ou la rétrogradation d'un officier peut être recommandé, ou tout autre membre peut être renvoyé ou rétrogradé, pour le motif, appelé dans la présente partie «motif d'inaptitude», qu'il a omis, à plusieurs reprises, d'exercer de façon satisfaisante les fonctions que lui impose la présente loi, en dépit de l'aide, des conseils et de la surveillance qui lui ont été prodigués pour l'aider à s'amender.

La Commission de licenciement et de rétrogradation a conclu que la requérante devait satisfaire à la norme du gendarme affecté à des fonctions générales au détachement de Langley. Le Comité externe d'examen a conclu que le paragraphe 45.18(1) devait faire l'objet d'une interprétation qui ne tienne pas compte des exigences censément particulières au lieu d'affectation d'un gendarme. Le Comité externe d'examen a conclu à la page 53 de sa décision:

[TRADUCTION] Pour appliquer ce test [*sic*] au présent dossier, il faut évaluer si l'appelante possède la même capacité d'exécuter les fonctions énumérées dans la description de tâches qu'un gendarme de niveau 01 à la police générale, dans le groupe de l'application de la loi, qui est raisonnablement compétent, habile et efficace.

Par conséquent, je conclus que le poste de l'appelante est celui décrit dans la description de tâches: une gendarme de niveau 01 à la police générale, dans le groupe de l'application de la loi, et non une [TRADUCTION] «gendarme aux services généraux en poste au détachement de Langley», comme l'a décidé la Commission. De plus, je conclus que le test à appliquer pour évaluer le rendement de l'appelante consiste à savoir si elle possède la capacité d'un gendarme de niveau 01 à la police

The approach which the External Review Committee found appropriate was referred to as an objective test, as opposed to the subjective test used by the Board.

Commissioner Inkster states in his decision that he adopted the objective test of the External Review Committee. He then provided some further guidance as to its applicability in practical terms. Unofficial requirements specific to a particular location are to be disregarded. Level 01 general policing constables have to meet the requirements of work regardless of where they are posted *i.e.*, to a large or small detachment. At page 17 of his decision, Commissioner Inkster states:

As for the position occupied by Cst. Armstrong, I accept the finding that level 01 general policing constables in the law enforcement group may be posted anywhere to meet the human resources needs of the Force. I also agree with the Committee's interpretation of subsection 45.18(1) of the *Act*. However, I would add that while this interpretation precludes consideration of any unofficial requirements specific to a particular location, it also means that level 01 general policing constables must be as able to meet the requirements of work in a large detachment, such as Langley, as they would those of a small detachment, like Telegraph Creek. In other words, members must be able to perform these duties satisfactorily no matter where they are posted. The Force expects no more of Cst. Armstrong than it does of other level 01 general policing constables posted elsewhere. This having been said, I agree with the Committee's finding regarding Cst. Armstrong's position and with the test to be used for assessing her performance. I also agree that her entire service at Langley Detachment could be considered in the review of the decision to discharge her.

At page 18, he continues:

The test proposed by the Committee is objective; therefore, unofficial requirements specific to a posting at Langley must not be considered in assessing the member's performance. However, I consider that the basic skills required in organizing time and workload, documenting files and being responsible for decisions are not that different from one detachment to another. Admittedly, the demands of working in a large, busy detachment and the volume of work are different from those of a smaller detachment and may require more highly developed

générale, dans le groupe de l'application de la loi, qui est raisonnablement compétent, habile et efficace.

Le Comité externe d'examen a qualifié de critère objectif la démarche qu'il a jugé indiquée, par opposition au critère subjectif utilisé par la Commission.

Dans sa décision, le commissaire Inkster mentionne qu'il a appliqué le critère objectif proposé par le Comité externe d'examen. Il fournit ensuite quelques précisions sur son applicabilité en pratique. Ainsi, on ne doit pas tenir compte des exigences implicites particulières à un lieu d'affectation. Les gendarmes de niveau 01 affectés à des fonctions générales doivent pouvoir exécuter leurs fonctions indépendamment de leur lieu d'affectation, c'est-à-dire dans un grand ou un petit détachement. Voici ce que le commissaire déclare à la page 17 de sa décision:

[TRADUCTION] Pour ce qui est du poste occupé par la gendarme Armstrong, j'accepte la conclusion selon laquelle les gendarmes de niveau 01, affectés à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi, peuvent être postés n'importe où en fonction des besoins de la GRC au chapitre des ressources humaines. Je suis également d'accord avec l'interprétation que fait le CBE du paragraphe 45.18(1) de la *Loi*. Toutefois, j'aimerais ajouter que même si cette interprétation ne tient pas compte des exigences implicites particulières à un lieu d'affectation, cela signifie également que les gendarmes de niveau 01, affectés à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi, doivent pouvoir travailler indifféremment dans un grand détachement, tel que Langley, comme dans un petit, tel que Telegraph Creek. Autrement dit, les membres doivent pouvoir exécuter leurs fonctions de façon satisfaisante peu importe leur lieu d'affectation. La GRC n'attend pas plus de la gendarme Armstrong que de tout autre gendarme de niveau 01, affecté à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi, qui serait posté ailleurs. Cela étant, je suis du même avis que le CEE en ce qui concerne la conclusion sur le poste de la gendarme Armstrong et le critère d'évaluation de son rendement. En outre, je conviens que la révision de la décision de la licencier devrait porter sur l'ensemble de son service au Détachement de Langley.

À la page 18, il ajoute:

[TRADUCTION] Le critère que propose le CEE est objectif; par conséquent, on ne doit pas tenir compte des exigences implicites particulières à une affectation à Langley pour évaluer le rendement de la membre. Toutefois, je suis d'avis que les compétences fondamentales nécessaires pour organiser son temps et sa charge de travail, constituer des dossiers et prendre la responsabilité de ses décisions ne diffèrent pas tellement d'un détachement à l'autre. Il faut reconnaître que la charge de travail et les exigences d'un poste dans un grand détachement très

skills, but at least a certain degree of competence is required no matter what the posting. Although Cst. Armstrong did show some positive skills and abilities, there was a consistent pattern of poor performance, according to her supervisors. The question is whether she has shown sufficient competence to meet the standard of a reasonably able, skilful and efficient level 01 general policing constable in the law enforcement group. I consider that she has not.

The objective test of the ERC suggests to me that all detachments are the same save and except for workload and size. Therefore, the question should be whether Cst. Armstrong can function at "this" detachment, which just happens to be Langley, or at any other. All the evidence suggests that she is having great difficulty in spite of a variety of supervisors (five patrol NCOs and three watch commanders), and additional close supervision. I consider that the evidence shows persistent unsatisfactory performance.

Counsel for the applicant submits that Commissioner Inkster's reference, at page 18 of his decision, to:

... whether Cst. Armstrong can function at "this" detachment, which just happens to be Langley, or at any other.

indicates that although he says he adopted the objective test, he did not apply it. I do not agree. Langley is one detachment of many. Commissioner Inkster found that all detachments are the same except for workload and size. Nothing in the record suggests that his consideration of the applicant's performance was with respect to unofficial or unusual requirements specific to Langley, but on the contrary, to her ability to function at any detachment. Of course it was her experience at Langley that formed the factual basis of his assessment since she worked at Langley for the vast majority of the time she was with the RCMP. But this does not render the application of the test for level 01 general policing constables subjective. If it did, the test could never be applied to members of the RCMP who worked at only one location.

Applicant's counsel also submits that there was no evidence before the Commissioner as to the necessary standard of performance for level 01 general

occupé ne sont pas les mêmes que dans un petit détachement et pourraient nécessiter des compétences beaucoup plus développées, mais peu importe le lieu d'affectation il faut au moins un certain degré de compétence. Bien que la gendarme Armstrong ait fait preuve d'aptitudes et de compétences favorables, selon ses superviseurs, son rendement était uniformément médiocre. La question est donc de savoir si elle a démontré des compétences suffisantes pour satisfaire à la norme du gendarme de niveau 01, affecté à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi, qui est assez capable, habile et efficace. Je suis d'avis qu'elle ne l'a pas fait.

Selon moi, le critère objectif du CEE laisse entendre, qu'exception faite de la charge de travail et de la taille, tous les détachements sont semblables. Par conséquent, il faut se demander si la gendarme Armstrong peut exécuter ses fonctions dans «ce» détachement, en l'occurrence Langley, ou dans n'importe quel autre. Selon les preuves présentées, il semble qu'elle éprouve beaucoup de difficulté en dépit du fait qu'elle ait eu plusieurs superviseurs (cinq s.-off. affectés à la patrouille et trois chefs de veille) et de la supervision étroite supplémentaire dont elle a fait l'objet. Je suis d'avis que la preuve démontre que son rendement est demeuré insatisfaisant.

L'avocat de la requérante soutient que la remarque suivante faite par le commissaire Inkster, à la page 18 de sa décision, montre qu'il n'a pas appliqué le critère objectif, bien qu'il affirme l'avoir fait:

[TRADUCTION] ... si la gendarme Armstrong peut exécuter ses fonctions dans «ce» détachement, en l'occurrence Langley, ou dans n'importe quel autre.

Je ne suis pas de cet avis. Langley est un détachement parmi d'autres. Le commissaire Inkster a conclu que, exception faite de la charge de travail et de la taille, tous les détachements sont semblables. Rien dans le dossier ne donne à entendre qu'il a évalué le rendement de la requérante en fonction d'exigences implicites ou inhabituelles particulières à Langley, plutôt qu'en fonction de sa capacité de travailler dans n'importe quel détachement. Il va sans dire que c'est l'expérience de la requérante à Langley qui a formé la base factuelle de l'évaluation du commissaire étant donné que la requérante a travaillé dans ce détachement pendant la quasi-totalité de sa période d'emploi à la GRC. Cependant, le critère applicable aux gendarmes de niveau 01 affectés à des fonctions générales ne devient pas subjectif pour autant. Autrement, on ne pourrait jamais l'appliquer à des membres de la GRC ayant travaillé à un seul endroit.

L'avocat de la requérante affirme en outre que le commissaire ne disposait d'aucun élément de preuve sur la norme de rendement à laquelle devaient satis-

policing constables for adequately dealing with paperwork, which was the primary difficulty of the applicant. While it is not for this Court to substitute its decision on the merits of a discharge for that of the Commissioner, I have had regard to some of the evidence before the Commissioner as contained in the applicant's PEPs and progress reports. These reports indicate quite clearly that there was evidence before the Commissioner as to the standard of performance required of level 01 general policing constables, including the standard applicable for paperwork. In the PEP of November 20, 1987, G. B. Jackett, Watch Commander states:

In comparing her to other recruits recently transferred to this Detachment, she does not measure up in ability and maturity and aggressiveness required in functioning in a satisfactory manner.

Comments by Corporal P. J. Giffin, dated October 14, 1988, contained in the PEP, state:

I have never seen as much time devoted by senior Csts. and NCO's to one junior Constable. Every attempt has been made to assist this member from taking calls in the zone to doing her paperwork.

In the November 1, 1989, PEP, Sgt. Treleaven states:

Cst. ARMSTRONG spends a greater amount of time on office related duties than I observe of other members and attribute this to her efforts to present a more organized and more prompt submission of her written work. This could adversely affect her self generated work on the road. She is presently producing self generated work in the low average of some others in this traffic section. This is attributed in part on her willingness to be involved in any situation that is taking place. She will willingly go and assist any member on any type of investigation. This is commendable and expected but for her the unfortunate probability is that she will accept the file and incur further paperwork she can ill afford.

In the December 11, 1990, PEP, Corporal Halliwell states:

She has received direction from both her peers and supervisors but this has failed to alter or improve her performance for any extended period of time.

faire les gendarmes de niveau 01 affectés à des fonctions générales pour exécuter convenablement leurs travaux d'écritures, qui étaient le principal écueil de la requérante. Bien qu'il n'appartienne pas à la présente Cour de substituer sa décision sur le bien-fondé d'un renvoi à celle du commissaire, j'ai examiné une partie de la preuve soumise au commissaire, qui figurait dans les évaluations sommaires du rendement et les rapports provisoires de la requérante. Il ressort assez clairement de ces rapports que le commissaire avait en main des éléments de preuve sur la norme de rendement exigée des gendarmes de niveau 01 affectés à des fonctions générales, y compris la norme applicable aux travaux d'écritures. Dans l'évaluation du rendement datée du 20 novembre 1987, le chef de veille G. B. Jackett déclare:

[TRADUCTION] Comparativement à d'autres recrues qui ont récemment été mutées à notre détachement, elle ne possède pas les compétences, la maturité et le dynamisme nécessaires pour fonctionner de façon satisfaisante.

Voici ce que fait remarquer le caporal P. J. Giffin dans l'évaluation du rendement datée du 14 octobre 1988:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais vu des gendarmes supérieurs et des sous-officiers consacrer autant de temps à un gendarme subalterne. On a tenté par tous les moyens d'aider cette membre, notamment en prenant des appels dans le secteur et en faisant ses travaux d'écritures.

Dans l'évaluation du rendement datée du 1^{er} novembre 1989, le sergent Treleaven déclare:

[TRADUCTION] J'ai remarqué que la gendarme Armstrong consacre plus de temps à des tâches administratives que ne le font d'autres membres, ce qu'elle attribue aux efforts qu'elle fait pour mieux planifier son travail d'écritures et l'exécuter plus rapidement. Cet état de choses pourrait nuire à ses initiatives personnelles sur la route. Elle produit actuellement des dossiers spontanés en moins grand nombre que certains autres membres de la section de la circulation. C'est en partie dû au fait qu'elle démontre une volonté de prendre part à chaque situation qui se présente. Elle accepte volontiers d'aider un membre à mener n'importe quel type d'enquête. C'est une attitude louable et attendue, mais dans son cas, il est très probable, malheureusement, qu'elle acceptera le dossier, ce qui lui donnera un surcroît de travail administratif dont elle peut difficilement s'acquitter.

Dans l'évaluation du rendement datée du 11 décembre 1990, le caporal Halliwell déclare:

[TRADUCTION] En dépit des conseils que lui ont donnés ses collègues et ses superviseurs, elle n'a pas réussi à améliorer son rendement de façon soutenue.

The foregoing observations suggest that by comparison to her peers, there was objective evidence upon which it could be determined that the applicant was not performing at a level generally expected of level 01 general policing constables, including the paperwork expected of such members.

Counsel for the applicant relied on *Aro Canada Ltd. and Int'l Assoc. of Machinists, Lodge 1817, Re* (1975), 10 L.A.C. (2d) 81 (Ont.), a decision of a board of arbitration, for the proposition that the RCMP is not entitled to expect perfection from the applicant, but only reasonable ability. At pages 88 and 89, the board stated:

This conclusion accords with the views of a number of arbitrators that, unless the agreement provides otherwise, management is not entitled to insist on perfection on every conceivable task that is assigned to a job classification. . . . That is both qualitatively as well as quantitatively the company must accept the relative strengths and weaknesses of each employee so long as they are able to meet some general standard of ability. The test that is adopted by the majority of arbitrators to assess the qualifications and capabilities of an employee to perform a particular job is that or [*sic*] reasonable ability or the ability of a reasonably able, skilful and efficient workman of the same classification.

It is apparent from the notice of shortcomings, that because of the applicant's disorganization and apparent inability to effectively handle her paperwork, charges had to be dropped and proceedings stayed on several occasions. In August of 1990, a complaint was received from the Manager of the Langley Provincial Court which stated in part:

On many occasions, since my arrival in Langley in January of this year, the name "Armstrong" has crossed my desk. Unfortunately, not for good reasons. This Constable persists in procrastinating with the timely submission of her Ticket Information's [*sic*] to the system.

My staff and I have experienced undue stress and unnecessary altercations at our counter when dealing with the Public because the original T.I.'s are not here, to say nothing about the frustration and waste of time for the public, the breakdown

Les observations qui précèdent laissent entendre qu'il y avait, du fait de la comparaison établie avec ses collègues, une preuve objective permettant d'établir que la requérante ne fournissait pas le rendement généralement exigé des gendarmes de niveau 01 affectés à des fonctions générales, notamment au chapitre des travaux d'écritures dont ces membres doivent s'acquitter.

L'avocat de la requérante invoque la décision rendue par un comité d'arbitrage dans l'affaire *Aro Canada Ltd. and Int'l Assoc. of Machinists, Lodge 1817, Re* (1975), 10 L.A.C. (2d) 81 (Ont.), au soutien de la proposition selon laquelle la GRC n'avait pas le droit d'exiger la perfection de la requérante, mais seulement une compétence raisonnable. Aux pages 88 et 89, le comité d'arbitrage s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] Cette conclusion s'accorde avec les opinions d'un certain nombre d'arbitres, à savoir qu'à moins d'indication contraire dans la convention, la direction n'a pas le droit d'insister pour que soit accomplie à la perfection chaque tâche imaginable qui est attribuée à une classification [. . .] Tant sur le plan de la qualité que sur le plan de la quantité, la compagnie doit accepter les forces et les faiblesses respectives de ses employés, pour autant que ceux-ci soient capables de satisfaire à une norme générale de compétence. Le critère adopté par la plupart des arbitres pour évaluer les compétences et les aptitudes d'un employé qui accomplit des tâches particulières est celui de la compétence raisonnable ou de la compétence d'un travailleur raisonnablement capable, habile et efficace de la même classification;

L'avis de carences professionnelles révèle qu'en raison du manque d'organisation de la requérante et de son incapacité manifeste à s'acquitter efficacement de ses travaux d'écritures, il a fallu retirer des accusations et suspendre des procédures à plusieurs reprises. En août 1990, le gestionnaire de la Cour provinciale de Langley a déposé une plainte qui était notamment libellée ainsi qu'il suit:

[TRADUCTION] À maintes reprises depuis mon arrivée à Langley en janvier dernier, le nom «Armstrong» est venu sur mon bureau. Malheureusement, pas pour le bon motif. Cette gendarme persiste à ne pas présenter en temps voulu les déclarations d'accusation de ses contraventions au système.

Mon personnel et moi-même avons subi des inconvénients et eu des altercations inutiles au comptoir avec des membres du public parce que nous n'avions pas les originaux des déclarations d'accusation des contraventions, sans parler de la frustra-

of our systems and the eventual quashing of her tickets if we do ever receive them.

I think it is self-evident that the dropping of charges, the staying of proceedings, as well as complaints from the Court are not consistent with the reasonable ability standard established in *Re Aro*. The comparison of the applicant's performance to that of her peers, and the numerous documented deficiencies in her work, leave me in no doubt that in assessing the applicant, Commissioner Inkster's decision was consistent with *Re Aro* when he found at page 18 of his decision:

... that Cst. Armstrong's performance has not shown she possesses the ability expected of a reasonably able, skilful and efficient level 01 general policing constable in the law enforcement group, a fact that is well documented.

It is apparent that Commissioner Inkster concluded that a reasonable degree of competence is necessary, no matter what the posting, for an 01 level general policing constable in the law enforcement group, and it was against this standard that he considered the evidence respecting the applicant. In my opinion, he applied the objective test of whether the applicant possessed the ability of a reasonably able, skilful and efficient level 01 general policing constable in the law enforcement group of the RCMP and in doing so, committed no errors of the type asserted by applicant's counsel.

CONCLUSION

For all of the foregoing reasons this application for judicial review is dismissed.

tion et de la perte de temps pour le public, de la défaillance de nos systèmes et de l'annulation de ses contraventions, si jamais nous les recevons.

Selon moi, il ne fait aucun doute que le retrait des accusations, la suspension des procédures ainsi que les plaintes émanant de la Cour sont incompatibles avec la norme de compétence raisonnable établie dans l'affaire *Re Aro*. La comparaison entre le rendement de la requérante et celui de ses collègues ainsi que les nombreuses carences professionnelles établies dans le dossier de la requérante me convainquent que, pour évaluer le rendement de la requérante, le commissaire a rendu une décision qui s'accorde avec l'affaire *Re Aro* lorsqu'il a déclaré à la page 18 de sa décision:

[TRADUCTION] ... que par son rendement, la gendarme Armstrong n'a pas démontré qu'elle possède les compétences qu'on est en droit d'attendre d'un gendarme de niveau 01, affecté à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi et assez capable, habile et efficace. Ce fait est bien établi au dossier.

De toute évidence, le commissaire Inkster a conclu qu'un gendarme de niveau 01 affecté à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi doit posséder un degré raisonnable de compétence, indépendamment de son lieu d'affectation, et il s'est fondé sur cette norme pour examiner la preuve concernant la requérante. Je suis d'avis qu'il a appliqué le critère objectif, qui était de savoir si la requérante possédait les compétences d'un gendarme de niveau 01 affecté à des fonctions générales dans le groupe de l'application de la loi de la GRC et si elle était assez capable, habile et efficace. Il n'a pas commis le genre d'erreurs que lui reproche l'avocat de la requérante.

CONCLUSION

Pour tous les motifs qui précèdent, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

T-1201-93

T-1201-93

Keith Jones (Applicant)**Keith Jones (requérant)**

v.

c.

Treasury Board (Health and Welfare Canada)
(Respondent)^a **Le Conseil du Trésor (Santé et Bien-être Canada)**
(intimé)

INDEXED AS: JONES v. CANADA (TREASURY BOARD) (T.D.)

^b RÉPERTORIÉ: JONES c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR)
(1^{re} INST.)Trial Division, Denault J.—Ottawa, January 17 and
27, 1994.Section de première instance, juge Denault—Ottawa,
17 et 27 janvier 1994.

Public Service — Labour relations — Eligibility for injury-on-duty leave with pay — Employee sustaining work-related injury in plane crash — Instead of claiming compensation from Worker's Compensation Board (WCB), applicant elected, pursuant to Government Employees Compensation Act (GECA), to sue third parties — Adjudicator's determination effect of GECA to preclude eligibility for injury-on-duty leave with pay where employee has elected to bring civil suit not clearly irrational and resulting from interpretation reasonably attributable to words of collective agreement — WCB's authority to make determination (required by collective agreement) applicant unable to perform duties due to work-related injury ended when applicant made election.

^c *Fonction publique — Relations du travail — Admissibilité au congé payé pour accident de travail — L'employé s'est blessé dans l'exercice de ses fonctions lors d'un accident d'avion — Au lieu de demander l'indemnité auprès de la Commission des accidents du travail (CAT), il a choisi, en application de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, de poursuivre des tiers — La conclusion de l'arbitre de griefs, selon laquelle cette Loi a pour effet d'exclure le congé payé pour accident de travail dans le cas où l'employé a opté pour l'action civile, n'est pas «clairement irrationnelle» et résulte d'une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention collective — Une fois que le requérant eut fait son choix, la CAT n'était plus habilitée à décider (comme le prévoit la convention collective) qu'il était incapable d'exercer ses fonctions en raison d'une blessure subie au travail.*

The applicant, a Public Service employee working as a nurse for Health and Welfare Canada in Manitoba, sustained serious work-related injuries in a plane crash. The *Government Employees Compensation Act* (GECA) provided two mutually exclusive options for seeking compensation: to claim compensation from the Manitoba Worker's Compensation Board (WCB) or to bring a civil action against the airline and pilot. He chose to claim from the third parties.

^d ^e ^f ^g Le requérant, infirmier au service de Santé et Bien-être Canada au Manitoba, a été grièvement blessé dans l'exercice de ses fonctions lors d'un accident d'avion. La *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* lui permettait de choisir entre deux méthodes d'indemnisation mutuellement exclusives: soit demander l'indemnité auprès de la Commission des accidents du travail (CAT) du Manitoba, soit intenter une action civile contre la compagnie aérienne et le pilote de l'avion. Il a opté pour l'action contre les tiers.

When his sick leave and vacation leave credits were exhausted, the applicant requested, and was denied, injury-on-duty leave with pay pursuant to clause 17.12 of the collective agreement between Treasury Board and PIPS. This was an application for judicial review of the Adjudicator's decision denying the applicant's grievance against the employer's refusal. The Adjudicator found that clause 17.12 of the collective agreement was subject to the GECA and that since the applicant elected not to receive compensation under that Act, he was not eligible for injury-on-duty leave with pay. The Adjudicator also found that the WCB did not make the determination required by the collective agreement that the applicant was unable to perform his duties because of a work-related injury.

^h ⁱ ^j Après qu'il eut épuisé ses crédits de congé de maladie et de congé annuel, le requérant a demandé un congé payé pour accident du travail en invoquant la clause 17.12 de la convention collective entre le Conseil du Trésor et l'Institut professionnel de la Fonction publique. L'employeur le lui a refusé. Il y a en l'espèce demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle l'arbitre de griefs a rejeté le grief formé par le requérant au sujet du refus de l'employeur. L'arbitre de griefs a conclu que la clause 17.12 de la convention collective était subordonnée à la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* et que le requérant ayant choisi de ne pas recevoir l'indemnité prévue par cette Loi, il n'était pas admissible à demander un congé payé pour accident du travail. Le second motif de décision était que la CAT n'avait pas décidé, conformément à la convention collective, que le requérant n'était pas en mesure d'exercer ses fonctions en raison d'une blessure subie au travail.

Held, the application should be dismissed.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Decisions of adjudicators of the PSSRB are protected by a privative clause, section 101 of the *Public Service Staff Relations Act*. Recent decisions of the Supreme Court of Canada have indicated that significant deference should be accorded to decisions of the PSSRB and, in particular, to adjudicators interpreting a collective agreement.

The Adjudicator's determination that the effect of the GECA, as a result of paragraph 57(2)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*, was to preclude the eligibility for injury-on-duty leave with pay when an employee has elected to bring civil suit against possibly liable third parties was not "clearly irrational" and resulted from "an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement".

It was not unreasonable, on the basis of the evidence, for the Adjudicator to conclude that the WCB did not make a determination as required by clause 17.12 of the collective agreement. It was also reasonable in so far as it was based on a legal finding that the WCB had no authority to make such a determination after the applicant had made his election.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Government Employees Compensation Act, R.S.C., 1985, c. G-5, ss. 2, 4(1)(i),(ii),(b),(2)(a),(b),(3)(a),(b),(4), 9(1),(2).
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 57(2)(a),(b), 101, Sch. II.
The Worker's Compensation Act, R.S.M. 1987, c. W200, s. 50(2),(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of an adjudicator of the Public Service Staff Relations Board ([1993] C.P.S.S.R.B. No. 69 (QL)) denying the applicant's grievance against his employer's refusal of injury-on-duty leave with pay requested following a work-related accident but after he had elected to bring a civil suit against possibly liable third parties. Application dismissed.

Les décisions des arbitres de griefs de la CRTFP sont protégées par une disposition privative, savoir l'article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Des arrêts récents de la Cour suprême du Canada prescrivent une grande retenue à l'égard des décisions de la CRTFP, en particulier des décisions des arbitres de griefs qui interprètent une convention collective.

La conclusion de l'arbitre de griefs, selon laquelle la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* a pour effet, par suite de l'alinéa 57(2)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, d'exclure le congé payé pour accident du travail dans le cas où l'employé a choisi d'intenter une action civile contre des tiers potentiellement responsables, n'est pas «clairement irrationnelle» et résulte d'une «interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention».

Il n'était pas déraisonnable de la part de l'arbitre de griefs de conclure, sur la foi des preuves produites, que la CAT n'avait pas rendu une décision comme le prévoit la clause 17.12 de la convention collective. Cette conclusion est aussi raisonnable dans la mesure où elle est fondée sur une conclusion de droit, savoir que la CAT n'était pas habilitée à rendre cette décision une fois que le requérant eut fait son choix.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-5, art. 2, 4(1)(i),(ii),(b),(2)(a),(b),(3)(a),(b),(4), 9(1),(2).
Loi sur les accidents du travail, L.R.M. 1987, ch. W200, art. 50(2),(3).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 57(2)(a),(b), 101, annexe II.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE contre la décision ([1993] C.R.T.F.P.C. n° 69 (QL)) par laquelle un arbitre de griefs de la Commission des relations de travail dans la fonction publique a rejeté le grief formé par le requérant contre le refus de l'employeur de lui accorder un congé payé pour accident du travail après qu'il eut choisi d'intenter une action civile contre des tiers potentiellement responsables. Demande rejetée.

COUNSEL:

Dougald E. Brown for applicant.
Lubomyr Chabursky for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan/Power, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DENAULT J.: This is an application for judicial review of a decision of an adjudicator, Louis Tenace, of the Public Service Staff Relations Board dated April 23, 1993 [[1993] C.P.S.S.R.B. No. 69 (QL)] denying the applicant's grievance.

The grounds for the application are:

1. The Board erred in holding that the Applicant was not entitled to claim injury-on-duty leave with pay pursuant to the Collective Agreement governing relations between the parties.

2. Alternatively, the Board erred in holding that the Workers Compensation Board of Manitoba did not made [*sic*] a determination in the Applicant's case and that he was therefore, not entitled to injury-on-duty leave with pay.

The applicant is seeking an order setting aside the decision of the Adjudicator.

FACTS

The applicant is employed as a nurse by Health and Welfare Canada in Little Grand Rapids, Manitoba. During his return from a work-related conference on February 5, 1992, his plane crashed and he was seriously injured. He reported his injuries to the Manitoba Worker's Compensation Board (WCB) on March 5, 1992. On April 8, 1992, he received a letter from Labour Canada informing him that because his injuries were work-related and involved third parties (the airline and pilot) the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C., 1985, c. G-5 (GECA), provided him with two mutually exclusive options for seeking compensation: to bring a civil action against the third parties or to claim compensation from the WCB. The applicant elected on April 10, 1993, to claim from the third parties. Correspondence

AVOCATS:

Dougald E. Brown pour le requérant.
Lubomyr Chabursky pour l'intimé.

a PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE DENAULT: Il y a en l'espèce demande de contrôle judiciaire contre la décision en date du 23 avril 1993 [[1993] C.R.T.F.P.C. n° 69 (QL)] par laquelle Louis Tenace, arbitre de griefs de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, a rejeté le grief formé par le requérant.

d Les motifs de demande sont les suivants:

[TRADUCTION] 1. La Commission a commis une erreur en concluant que le requérant n'avait pas droit au congé payé pour accident du travail, tel que le prévoit la convention collective régissant les rapports entre les parties.

e 2. Subsidièrement, la Commission a commis une erreur en concluant que la Commission des accidents du travail du Manitoba n'avait pas rendu une décision sur le cas du requérant et que de ce fait, celui-ci n'avait pas droit au congé payé pour accident du travail.

f Le requérant conclut à ordonnance portant annulation de la décision de l'arbitre de griefs.

LES FAITS DE LA CAUSE

g Le requérant, infirmier au service de Santé et Bien-être social Canada à Little Grand Rapids (Manitoba), a été grièvement blessé lorsque l'avion qui le ramenait d'une conférence professionnelle s'écrasa le 5 février 1992. Il en fit la déclaration le 5 mars 1992 à la Commission des accidents du travail du Manitoba (CAT). Le 8 avril 1992, il reçut de Travail Canada une lettre l'informant que, son accident ayant eu lieu dans l'exercice de ses fonctions et que des tiers (la compagnie aérienne et le pilote de l'avion) y étant impliqués, la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. (1985), ch. G-5, lui permettait de choisir entre deux méthodes d'indemnisation mutuellement exclusives: soit tenter une action civile contre ces tiers, soit demander l'indemnité auprès de la CAT. Le 10 avril 1992, le requérant opta pour l'ac-

from A. Tataryn, Adjudicator, WCB, to Labour Canada dated June 19, 1992, reads as follows:

Due to the nature of the accident, Stephen Jones had the right to claim compensation benefits, and may have had the right to take legal action against the other legal party involved.

Mr. Jones has now indicated his intention not to claim compensation benefits. Therefore, we regret we are unable to assume responsibility for any time loss from work or treatment rendered as a result of this accident.

After his sick leave and vacation leave credits were exhausted, the applicant requested injury-on-duty leave with pay pursuant to clause 17.12 of the Master Agreement between the Treasury Board and the Professional Institute of the Public Service of Canada (the collective agreement). This was denied by his employer. The applicant filed a grievance against this action with the Public Service Staff Relations Board (PSSRB). The Adjudicator denied the grievance.

DECISION

The relevant portion of the Adjudicator's decision is as follows (pages 10 to 11 of the decision):

I do not agree with the grievor's representative that clause 17.12 can operate independently and separately from the *Government Employees Compensation Act*. There is no question that the Act applies to employees of whom Mr. Jones is one. The grievor's representative argued that for that Act to apply, it was necessary to have a reference in it somewhere in clause 17.12. Again, with respect, I disagree. The *Government Employees Compensation Act* is an act of Parliament applying to government employees with the exception of regular members of the Canadian Forces or of the Royal Canadian Mounted Police. In that respect, it is no different from any other act of Parliament which applies to government employees which is not alluded to by specific reference in this collective agreement. On this basis alone, the grievance cannot succeed. Mr. Jones has decided, after seeking legal advice, to pursue a personal lawsuit against Ministic Airlines. In so doing, he elected not to receive compensation pursuant to the provisions of the *Government Employees Compensation Act*.

In addition, based on the evidence adduced, I must conclude that the WCB did not make a determination as required by clause 17.12. It appears the WCB would have honoured the grievor's claim based on the information it had, however, it was never required to do so as the grievor elected not to pursue his claim with the WCB.

tion contre les tiers. On peut lire ce qui suit dans une lettre adressée le 19 juin 1992 par A. Tataryn, arbitre de griefs de la CAT, à Travail Canada:

[TRADUCTION] Vu la nature de l'accident, Stephen Jones avait le droit de réclamer l'indemnité, et probablement le droit de poursuivre l'autre partie impliquée dans l'accident.

M. Jones a maintenant fait savoir qu'il ne demandera pas l'indemnité. Nous ne pouvons donc assumer la responsabilité pour le temps de travail perdu ou pour le traitement administré par suite de cet accident.

Après qu'il eut épuisé ses crédits de congé de maladie et de congé annuel, le requérant a demandé un congé payé pour accident du travail en invoquant la clause 17.12 de la convention-cadre entre le Conseil du Trésor et l'Institut professionnel de la fonction publique (la convention collective). L'employeur le lui a refusé. Par la suite, son grief devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP) a été rejeté par l'arbitre de griefs.

LA DÉCISION EN CAUSE

Voici le passage de la décision de l'arbitre de griefs qui nous intéresse en l'espèce (pages 10 et 11):

[TRADUCTION] Je ne suis pas d'accord avec le représentant du fonctionnaire s'estimant lésé lorsqu'il dit que la clause 17.12 peut être appliquée sans égard à la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Nul doute que la Loi s'applique aux agents de l'État, dont M. Jones fait partie. Le représentant du fonctionnaire s'estimant lésé affirme que, pour que cette loi s'applique, il aurait fallu qu'elle soit mentionnée à un endroit quelconque de la clause 17.12. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette affirmation. La *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* est une loi du Parlement qui s'applique aux agents de l'État, à l'exception des membres de la force régulière des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada. À cet égard, elle n'est pas différente des autres lois du Parlement qui s'appliquent aux agents de l'État et qui ne sont nullement mentionnées dans la convention collective. Cet élément suffirait à justifier le rejet du grief. M. Jones a décidé, après avoir obtenu un avis juridique, d'intenter une action en justice à titre personnel contre Ministic Airlines. Ce faisant, il a choisi de ne pas recevoir l'indemnisation en vertu des dispositions de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*.

Par ailleurs, d'après la preuve qui a été présentée, je dois conclure que la Commission des accidents du travail n'a pas déterminé que le fonctionnaire était incapable d'exercer ses fonctions, comme l'exigeait la clause 17.12. Il semble que la Commission des accidents du travail aurait agréé la demande du fonctionnaire s'estimant lésé d'après l'information qu'elle possédait, mais elle n'a jamais eu à se prononcer puisque ce dernier a choisi de ne pas donner suite à sa demande auprès de la Commission.

The first basis for the Adjudicator's denial of the grievance is his determination that clause 17.12 of the collective agreement is subject to the GECA since that Act applies to all Government employees. The applicant elected not to receive compensation under the GECA and, as such, is not eligible for injury-on-duty leave with pay. The second basis for his decision is his finding that the WCB did not make the determination required by the collective agreement that the applicant was unable to perform his duties because of a work-related injury.

ISSUES

1. Did the Adjudicator err in his finding that an election pursuant to subsection 9(1) of the GECA to claim compensation from third parties precludes entitlement to injury-on-duty leave with pay pursuant to clause 17.12 of the collective agreement?

2. Did the Adjudicator err in his finding that the WCB did not make the determination required by clause 17.12 of the collective agreement that the applicant was unable to work because of a work-related injury?

STATUTORY PROVISIONS

Subsection 57(2) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 reads:

57. ...

(2) No collective agreement shall provide, directly or indirectly, for the alteration or elimination of any existing term or condition of employment or the establishment of any new term or condition of employment,

(a) the alteration or elimination or the establishment of which would require or have the effect of requiring the enactment or amendment of any legislation by Parliament, except for the purpose of appropriating moneys required for its implementation; or

(b) that has been or may be established pursuant to any Act specified in Schedule II.

The *Government Employees Compensation Act* is listed in Schedule II.

Le premier motif invoqué par l'arbitre de griefs pour rejeter le grief est sa conclusion que la clause 17.12 de la convention collective est subordonnée à la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* puisque celle-ci s'applique à tous les agents de l'État. Le requérant a choisi de ne pas recevoir l'indemnité prévue par cette Loi et, de ce fait, n'est pas admissible à demander un congé payé pour accident du travail. Le second motif de décision est que la CAT n'a pas conclu, conformément à la convention collective, que le requérant n'était pas en mesure d'exercer ses fonctions en raison d'une blessure subie au travail.

LES POINTS LITIGIEUX

1. L'arbitre de griefs a-t-il commis une erreur en jugeant que, ayant choisi en application du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* de poursuivre des tiers en indemnisation, le requérant a perdu le droit au congé payé pour accident du travail, que prévoit la clause 17.12 de la convention collective?

2. L'arbitre de griefs a-t-il commis une erreur en jugeant que la CAT n'avait pas conclu, comme le prévoit la clause 17.12 à titre de condition préalable, que le requérant était incapable d'exercer ses fonctions en raison d'une blessure subie au travail?

LES TEXTES DE LOI APPLICABLES

Le paragraphe 57(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, porte:

57. ...

(2) Une convention collective ne peut avoir pour effet direct ou indirect de:

a) modifier, supprimer ou établir une condition d'emploi de manière que cela nécessiterait ou entraînerait l'adoption ou la modification d'une loi fédérale, exception faite des lois affectant les crédits nécessaires à son application;

b) modifier ou supprimer une condition d'emploi établie, ou établir une condition d'emploi pouvant l'être, en conformité avec une loi mentionnée à l'annexe II.

La *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* est mentionnée à cette annexe II.

The relevant provisions of the GECA are as follows:

2. In this Act,

. . .

“employee” means

(a) any person in the service of Her Majesty who is paid a direct wage or salary by or on behalf of Her Majesty,

. . .

4. (1) Subject to this Act, compensation shall be paid to

(a) an employee who

(i) is caused personal injury by an accident arising out of and in the course of his employment, or

(ii) is disabled by reason of an industrial disease due to the nature of the employment; and

(b) the dependants of an employee whose death results from such an accident or industrial disease.

(2) The employee or the dependants referred to in subsection (1) are, notwithstanding the nature or class of the employment, entitled to receive compensation at the same rate and under the same conditions as are provided under the law of the province where the employee is usually employed respecting compensation for workmen and the dependants of deceased workmen, employed by persons other than Her Majesty, who

(a) are caused personal injuries in that province by accidents arising out of and in the course of their employment; or

(b) are disabled in that province by reason of industrial diseases due to the nature of their employment.

(3) Compensation under subsection (1) shall be determined by

(a) the same board, officers or authority as is or are established by the law of the province for determining compensation for workmen and dependants of deceased workmen employed by persons other than Her Majesty; or

(b) such other board, officers or authority, or such court, as the Governor in Council may direct.

. . .

9. (1) Where an accident happens to an employee in the course of his employment under such circumstances as entitle the employee or his dependants to an action against a person other than Her Majesty, the employee or the dependants, if entitled to compensation under this Act, may claim compensation under this Act or may claim against that other person.

(2) Where a claim is made against a person other than Her Majesty and less is recovered and collected, either on a settlement approved by the Minister or under a judgment of a court of competent jurisdiction, than the amount of compensation to which the employee or dependants who made the claim are entitled under this Act, the difference between the amount so

En voici les dispositions applicables en l'espèce:

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

. . .

a «agents de l'État» Personnes:

a) qui sont au service de Sa Majesté et rémunérées directement par celle-ci ou en son nom;

. . .

b 4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, il est versé une indemnité:

a) aux agents de l'État qui sont:

(i) soit blessés dans un accident survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail,

(ii) soit devenus invalides par suite d'une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail;

b) aux personnes à charge des agents décédés des suites de l'accident ou de la maladie.

d (2) Les agents de l'État visés au paragraphe (1), quelle que soit la nature de leur travail ou la catégorie de leur emploi, et les personnes à leur charge ont droit à l'indemnité prévue par la législation—aux taux et conditions qu'elle fixe—de la province où les agents exercent habituellement leurs fonctions en matière d'indemnisation des travailleurs non employés par Sa Majesté—et de leurs personnes à charge en cas de décès—et qui sont:

a) soit blessés dans la province dans des accidents survenus par le fait ou à l'occasion de leur travail;

b) soit devenus invalides dans la province par suite de maladies professionnelles attribuables à la nature de leur travail.

(3) L'indemnité est déterminée:

a) soit par l'autorité—personne ou organisme — compétente en la matière, pour les travailleurs non employés par Sa Majesté et leurs personnes à charge, en cas de décès, dans la province où l'agent de l'État exerce habituellement ses fonctions;

b) soit par l'autorité, judiciaire ou autre, que désigne le gouverneur en conseil.

h

. . .

9. (1) Si l'accident dont a été victime un agent de l'État ouvre droit pour lui ou les personnes à sa charge à un recours contre un tiers, l'agent ou ces personnes, s'ils ont également droit à l'indemnité prévue par la présente loi, peuvent soit demander celle-ci, soit exercer le recours contre le tiers.

(2) Si la somme effectivement recouvrée du tiers aux termes d'un règlement entre les parties approuvé par le ministre ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent est inférieure à l'indemnité à laquelle l'agent de l'État ou les personnes à sa charge ont droit sous le régime de la présente loi, la différence leur est versée à titre d'indemnité.

recovered and collected and the amount of that compensation shall be paid as compensation to the employee or dependants.

(3) If the employee or the dependants referred to in subsection (1) elect to claim compensation under this Act, Her Majesty shall be subrogated to the rights of the employee or dependants and may maintain an action in the name of the employee or dependants or of Her Majesty against the person against whom the action lies and any sum recovered shall be paid into the Consolidated Revenue Fund.

(4) Where an action is brought under subsection (3) and the amount recovered and collected exceeds the amount of compensation to which the employee or his dependants are entitled under this Act, there may be paid out of the Consolidated Revenue Fund to the employee or his dependants such portion of the excess as the Minister with the approval of the Treasury Board deems necessary, but if after that payment has been made the employee becomes entitled to an additional amount of compensation in respect of the same accident, the amount paid under this subsection may be deducted from the additional compensation.

Clause 17.12 of the Master Agreement between the Treasury Board and the Professional Institute of the Public Service of Canada (the collective agreement) provides the following:

17.12 Injury-on-Duty Leave With Pay

An employee shall be granted injury-on-duty leave with pay for such reasonable period as may be determined by the Employer where it is determined by a Provincial Worker's Compensation Board that he is unable to perform his duties because of:

- (a) personal injury accidentally received in the performance of his duties and not caused by the employee's willful misconduct,
- (b) sickness resulting from the nature of his employment,

or

- (c) exposure to hazardous conditions in the course of his employment,

if the employee agrees to pay to the Receiver General of Canada any amount received by him for loss of wages in settlement of any claim he may have in respect of such injury, sickness or exposure.

APPLICANT'S POSITION

The applicant maintains that clause 17.12 of the collective agreement provides for a mandatory grant of injury-on-duty leave with pay if the following conditions are met: (1) a determination by the WCB that the injury is work-related and (2) an undertaking by the applicant to repay any amount received by him for loss of wages in settlement of any claim. In his

(3) Dans les cas où l'agent de l'État ou les personnes à sa charge optent pour l'indemnité prévue par la présente loi, Sa Majesté est subrogée dans leurs droits et peut intenter une action contre le tiers à l'égard de qui le recours est ouvert, en leur nom ou en son propre nom; toute somme ainsi recouvrée est versée au Trésor.

(4) Si la somme ainsi recouvrée dépasse le montant de l'indemnité à laquelle l'agent de l'État ou les personnes à sa charge avaient droit aux termes de la présente loi, il peut leur être versé, sur le Trésor, la fraction de l'excédent que le ministre, avec l'approbation du Conseil du Trésor, estime nécessaire; si, après le versement, l'agent a droit à un supplément d'indemnité au titre du même accident, la somme versée sous le régime du présent paragraphe peut être déduite de ce supplément.

La clause 17.12 de la convention cadre conclue entre le Conseil du Trésor et l'Institut professionnel de la Fonction publique (la convention collective) prévoit ce qui suit:

17.12 Congé payé pour accident du travail

Tout employé bénéficie d'un congé payé pour accident du travail d'une durée raisonnable fixée par l'employeur lorsqu'il est déterminé par une commission provinciale des accidents du travail que cet employé est incapable d'exercer ses fonctions en raison:

- a) d'une blessure corporelle subie accidentellement dans l'exercice de ses fonctions et ne résultant pas d'une faute de conduite volontaire de la part de l'employé,
- b) d'une maladie résultant de la nature de son emploi,

ou

- c) d'une exposition aux risques inhérents à l'exécution de son travail,

si l'employé convient de verser au receveur général du Canada tout montant d'argent qu'il reçoit en règlement de toute demande faite relativement à cette blessure, maladie ou exposition pour pertes de salaire subies.

L'ARGUMENTATION DU REQUÉRANT

Le requérant tient que la clause 17.12 de la convention collective prévoit impérativement l'octroi du congé payé pour accident du travail si les conditions suivantes sont réunies: (1) conclusion de la CAT que la blessure tient à un accident du travail et (2) engagement de la part du demandeur de rembourser la somme reçue en règlement de toute demande pour

submission, the guarantee of full salary if an employee is injured on duty is a benefit negotiated between the parties independent of the GECA. There is no express limitation of its application to claims under the GECA. Also, it is the applicant's submission that the only interpretation of the provision which gives effect to all of the words used is that it can only apply in circumstances where an employee has waived the right to compensation and elected to bring an action. It does not automatically follow from the requirement that a determination be made by the WCB that an employee is only eligible for injury-on-duty leave with pay where he has elected to claim compensation benefits. The WCB may make a determination that an employee is unable to perform his duties because of a work-related injury even if the employee has decided not to claim under the GECA or provincial legislation. This determination "is simply a determination by an independent third party that an employee is truly disabled from performing his duties. This determination is entirely independent from the employee's election to either seek compensation or proceed with a civil action."

Secondly, the applicant submits that the Adjudicator's finding that the WCB did not make a determination that he was unable to perform his duties because of a work-related injury is an erroneous finding made without regard to the material before him in a capricious or perverse manner. In addition to the letter of June 19, 1992, the applicant refers specifically to correspondence between A. Tataryn and the applicant dated March 11, 1993, indicating that had he elected to pursue compensation benefits his claim would have been approved.

RESPONDENT'S POSITION

The respondent submits that according to paragraph 57(2)(b) and Schedule II of the *Public Service Staff Relations Act* the interpretation of the collective agreement must be consistent with the GECA. To interpret clause 17.12 of the collective agreement in a manner that allows an employee to receive injury-on-duty leave with pay and simultaneously maintain a

perles de salaire. Selon cette argumentation, la garantie de paiement intégral des salaires en cas de blessure subie au travail est un avantage négocié par les parties indépendamment de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, laquelle ne comporte aucune disposition qui en limite expressément l'application aux demandes faites sous son régime. La seule interprétation de cet clause, qui donne effet à tous les mots employés, est qu'il ne s'applique qu'au cas où l'employé a renoncé au droit à l'indemnité et choisi la voie de l'action en justice. Il ne s'ensuit pas nécessairement que la CAT doit conclure formellement que l'employé n'a droit au congé payé pour accident du travail que s'il a choisi de demander l'indemnité. La CAT peut conclure qu'un employé est incapable d'exercer ses fonctions du fait d'une blessure subie au travail même s'il a choisi de ne pas demander l'indemnité prévue par la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* ou par la législation provinciale en la matière. Pareille conclusion [TRADUCTION] «n'est que la conclusion, tirée par un tiers impartial, qu'un employé est vraiment incapable d'exercer ses fonctions. Elle n'a absolument aucun rapport avec le fait que l'employé choisit de demander l'indemnité ou d'intenter une action civile».

En second lieu, le requérant tient que le jugement de l'arbitre de griefs selon lequel la Commission n'a pas conclu qu'il était incapable d'exercer ses fonctions en raison d'une blessure subie au travail, est une conclusion erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire, sans tenir compte des éléments dont disposait l'arbitre. Outre la lettre du 19 juin 1992, le requérant cite expressément la lettre du 11 mars 1993 de A. Tataryn, qui lui faisait savoir que s'il avait opté pour l'indemnité, sa demande aurait été accueillie.

L'ARGUMENTATION DE L'INTIMÉ

L'intimé tient que selon l'alinéa 57(2)(b) et l'annexe II de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, l'interprétation de la convention collective doit être compatible avec la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Interpréter la clause 17.12 de manière à permettre à un employé de bénéficier d'un congé payé pour accident du travail tout

private lawsuit would circumvent the election principle established in subsection 9(1) of the GECA.

Regarding the Adjudicator's finding that a determination within the meaning of clause 17.12 had not been made, the respondent submits that the determination required must be one which the WCB had the authority to make. The only legislation which grants the WCB authority to make such determinations in respect of federal employees is the GECA. In support of this proposition, they refer to subsection 50(3) of *The Worker's Compensation Act*, R.S.M. 1987, c. W200, which provides that the WCB may only exercise powers given to it and subsection 50(2) of that Act and subsection 4(3) of the GECA giving it the authority to administer the GECA and determine compensation. In addition, the WCB only becomes seized with a claim and authorized to make a determination once an election to claim compensation is made. Therefore, the correspondence from Mr. Tataryn to the applicant cannot constitute a determination within the mandate of the WCB. The respondent also refers to a letter prepared at the time of the hearing before the PSSRB from Ms. Lori C. Ferguson Sain, Legal Counsel, WCB, to counsel for the respondent and to the Professional Institute of the Public Service of Canada stating:

In connection with the accident of February 5, 1992, Mr. Jones as a worker and his employer each filed notices of the accident with the WCB, as required under the Act and a claim file was opened by the WCB. However, as the accident involved a third party not covered by the Act, Mr. Jones elected not to claim compensation pursuant to subsection 9(1) of the Act and accordingly, the WCB has no authority to determine his entitlement to compensation at the present time.

ANALYSIS

It is important to note at the outset that decisions of adjudicators of the PSSRB are protected by a privative clause, section 101 of the *Public Service Staff Relations Act*, which reads as follows:

101. (1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitrator appointed under section 63, or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

en poursuivant une action civile reviendrait à tourner le principe de l'alternative prévue au paragraphe 9(1) de cette Loi.

En ce qui concerne le jugement de l'arbitre de griefs selon lequel il n'y a pas eu conclusion au sens de la clause 17.12, l'intimé soutient que pareille conclusion doit être compatible avec la compétence de la CAT. La seule loi qui habilite cette dernière à la tirer à l'égard des agents de l'État fédéral est la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*. Il cite à l'appui le paragraphe 50(3) de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.M., 1987, ch. W200, du Manitoba, selon lequel la CAT ne peut exercer que les pouvoirs dont elle est investie, ainsi que le paragraphe 50(2) de cette Loi et le paragraphe 4(3) de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* qui habilite la CAT à appliquer cette dernière Loi et à fixer l'indemnité. En outre, la CAT n'est saisie de la demande et autorisée à statuer qu'après que l'intéressé a choisi de demander l'indemnité. Il s'ensuit que la lettre de M. Tataryn au requérant ne saurait constituer une conclusion relevant de la compétence de la CAT. L'intimé cite aussi une lettre rédigée à la date de l'audience devant la CRTFP, par M^{me} Lori C. Ferguson Sain, conseillère juridique de la CAT, à l'intention de l'avocat du requérant et de l'Institut professionnel de la fonction publique, et où on peut lire ce qui suit:

[TRADUCTION] Par suite de l'accident du 5 février 1992, M. Jones, en sa qualité de travailleur, et son employeur ont déposé chacun, conformément à la Loi, une déclaration de l'accident auprès de la CAT, laquelle a ouvert un dossier de demande. Cependant, comme cet accident impliquait une tierce partie qui n'est pas soumise à l'application de la Loi, M. Jones a choisi de ne pas demander l'indemnité prévue au paragraphe 9(1) de la Loi; en conséquence, la CAT n'a pas compétence en ce moment pour statuer sur son droit à l'indemnité.

ANALYSE

Il faut noter au préalable que les décisions des arbitres de griefs de la CRTFP sont protégées par une disposition privative, savoir l'article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, lequel prévoit ce qui suit:

101. (1) Sauf exception dans la présente loi, toute ordonnance, décision arbitrale ou autre, instruction ou déclaration de la Commission, d'un arbitre nommé en vertu de l'article 63 ou d'un arbitre de griefs est définitive et non susceptible de recours judiciaire.

(2) No order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitrator appointed under section 63 or an adjudicator in any of the proceedings of the Board, arbitrator or adjudicator.

In addition, the Supreme Court has rendered two recent decisions which have considered the appropriate standard of judicial review in the labour relations context. Both of these decisions apply in this instance: the first considered the standard of review under the above privative clause (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941) (*PSAC*) and the second considered the standard to be applied to decisions of an adjudicator interpreting a collective agreement (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316) (*Bradco*). Both of these decisions indicate that significant deference should be accorded to decisions of the PSSRB and, in particular, to adjudicators interpreting a collective agreement.

In *PSAC* at page 955, the Court found that the appropriate standard of judicial review of decisions within the jurisdiction of the PSSRB and subject to section 101 of the *Public Service Staff Relations Act* is the “patently unreasonable” test set out in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at page 237:

... was the Board’s interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

The Court in *PSAC* provided another formulation of the “patently unreasonable” test at pages 963-964:

Thus, based on the dictionary definition of the words “patently unreasonable”, it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

It is not enough that the decision of the Board is wrong in the eyes of the court; it must, in order to be patently unreasonable, be found by the court to be clearly irrational.

(2) Il n’est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d’injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l’action de la Commission, d’un arbitre nommé en vertu de l’article 63 ou d’un arbitre de griefs.

En outre, la Cour suprême a rendu récemment deux arrêts sur la norme de contrôle judiciaire en matière de relations du travail. Ces deux décisions s’appliquent en l’espèce: la première porte sur la norme de contrôle judiciaire dans le contexte de la disposition privative ci-dessus (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941) (*AFPC*); la seconde porte sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions arbitrales d’interprétation de convention collective (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316) (*Bradco*). Les deux arrêts prescrivent une grande retenue à l’égard des décisions de la CRTFP, en particulier des décisions des arbitres de griefs qui interprètent une convention collective.

Dans l’arrêt *AFPC*, en page 955, la Cour a conclu que la norme de contrôle judiciaire des décisions relevant de la compétence de la CRTFP, dans le cadre de l’article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, est le critère de la décision «manifestement déraisonnable» défini par l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, en page 237:

... l’interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire?

Le critère de la décision «manifestement déraisonnable» revêt une autre formulation dans l’arrêt *AFPC*, en pages 963 et 964:

Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu’a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n’est pas clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu’il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s’agit là d’un critère très strict.

Il ne suffit pas que la décision de la Commission soit erronée aux yeux de la cour de justice; pour qu’elle soit manifestement déraisonnable, cette cour doit la juger clairement irrationnelle.

In *Bradco*, at pages 339 and 341, the Court found that even in the absence of a full privative clause:

... the arbitrator's relative expertise mandates that the court defer to the decision of the arbitrator in this case unless his decision is found to be patently unreasonable.

... the court will defer even if the interpretation given by the tribunal to the collective agreement is not the "right" interpretation in the court's view nor even the "best" of two possible interpretations, so long as it is an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement.

The question I must determine, therefore, is whether the Adjudicator's interpretation is "clearly irrational" or whether it cannot reasonably be "attributable to the words of the agreement." The applicant argued that the patently unreasonable test should not apply in this instance because the issues being determined by the Adjudicator concerned the interplay between tort law and worker's compensation schemes, not labour relations—the Adjudicator's particular field of expertise. I must disagree. The interpretation and factual findings required by the decision of the Adjudicator fall squarely within the field of labour relations.

In my opinion, the Adjudicator's determination that the effect of the GECA is to preclude eligibility for injury-on-duty leave with pay when an employee has elected to bring a civil suit against possibly liable third parties is not "clearly irrational" and results from "an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement" for the following reasons.

The applicant's submission that injury-on-duty leave with pay contemplated by clause 17.12 is a different benefit from the compensation provided under the provincial WCB scheme and the GECA is correct only in part. Subsection 4(4) of the GECA provides that a federal employee injured in a work-related incident has a right to compensation. Subsections 4(2) and 4(3) provide that the rate and conditions of compensation are to be determined by the WCB of the province in which the employee is usually

En pages 339 et 341 de l'arrêt *Bradco*, la Cour a conclu que même en l'absence d'une disposition privative proprement dite:

... l'expertise relative de l'arbitre exige qu'une cour de justice fasse preuve de retenue à l'égard de la décision de l'arbitre en l'espèce, à moins que celle-ci ne soit jugée manifestement déraisonnable.

... la cour de justice fera preuve de retenue même si, à son avis, l'interprétation qu'a donnée le tribunal à la convention collective n'est pas la «bonne» ni même la «meilleure» de deux interprétations possibles, pourvu qu'il s'agisse d'une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention.

Il échet donc d'examiner si l'interprétation faite en l'espèce par l'arbitre de griefs est «clairement irrationnelle» ou si elle n'est pas une interprétation «que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention». Le requérant soutient qu'il ne faut pas appliquer en l'espèce le critère de la décision manifestement déraisonnable, puisque les questions que l'arbitre de griefs était appelé à trancher portaient sur les rapports entre les règles de droit applicables aux délits civils et les régimes d'indemnisation des accidents du travail, et non sur les relations du travail qui constituent son domaine d'expertise. Je ne suis pas de cet avis. L'interprétation et les conclusions de fait qui président à la décision de l'arbitre de griefs relèvent bien du domaine des relations du travail.

À mon avis, sa conclusion que la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* a pour effet d'exclure le congé payé pour accident du travail, dans le cas où l'employé a choisi d'intenter une action civile contre des tiers potentiellement responsables, n'est pas «clairement irrationnelle» et résulte d'une «interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention», et ce pour les raisons suivantes.

L'argument du requérant, selon lequel le congé payé pour accident du travail prévu à la clause 17.12 est différent de l'indemnité prévue par le régime provincial des accidents du travail et par la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, n'est fondé qu'en partie. Le paragraphe 4(1) de cette dernière Loi prévoit l'indemnisation de l'employé de l'État fédéral blessé au travail. Les paragraphes 4(2) et 4(3) prévoient que les taux et les conditions d'indemnisation sont fixés par la commission des accidents du travail

employed in the same manner as the worker's compensation scheme applies to other workers in that province. In Manitoba, *The Worker's Compensation Act* provides for a maximum level of compensation equal to 75% of the worker's average earnings.

In clause 17.12 of the collective agreement, the parties to the agreement negotiated a guarantee that federal employees who are members of the Professional Institute of the Public Service of Canada and who have been injured as a result of a work-related incident would receive a full salary for a reasonable period. In so far as clause 17.12 guarantees a full salary while *The Worker's Compensation Act* of Manitoba only provides a maximum of 75% of the employee's earnings, the applicant's submission that the benefits provided under the two schemes are different is correct. However, they are substantially the same benefit in so far as they both represent income replacement or an income guarantee for federal employees injured in the course of their duties.

Usually there is nothing to prevent parties to a collective agreement from negotiating terms and conditions of employment which increase the benefits already provided by statute unless there is an express statutory prohibition. In my opinion, paragraph 57(2)(b) of the *Public Service Staff Relations Act* constitutes such a prohibition. It prohibits the alteration by means of a collective agreement of "any existing term or condition of employment . . . that has been or may be established pursuant to any Act specified in Schedule II." The GECA is listed in Schedule II and in subsection 9(1) it provides a term or condition of employment which requires federal employees to choose between claiming compensation under the Act and claiming compensation pursuant to a civil action against possibly liable third parties. Subsection 9(2) provides that an employee who chooses to sue for compensation and who receives less than would have been provided under the GECA is entitled to a top-up equal to the difference. Clearly, there is nothing unreasonable in the Adjudicator's interpretation of clause 17.12 of the collective agreement within the context of the compensation scheme set out in section 9 of the GECA; in fact such an analysis is mandated by paragraph 57(2)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*. Nor can I find that his con-

de la province où cet employé exerce habituellement ses fonctions, de la même manière que pour les autres travailleurs de la province. Au Manitoba, la *Loi sur les accidents du travail* prévoit que l'indemnité peut s'élever jusqu'à 75 p. 100 de la rémunération moyenne de l'intéressé.

Par la clause 17.12 de la convention collective, les parties ont négocié la garantie pour les fonctionnaires fédéraux, membres de l'Institut professionnel de la fonction publique, qui ont été blessés au travail, de recevoir l'intégralité de leur rémunération pendant une période raisonnable. Dans la mesure où la clause 17.12 garantit l'intégralité de la rémunération alors que la *Loi sur les accidents du travail* du Manitoba prévoit un maximum de 75 p. 100 du salaire de l'employé, le requérant a eu raison de dire que les prestations respectivement prévues par les deux régimes sont différentes. Elles sont cependant essentiellement les mêmes puisqu'elles représentent toutes deux un revenu de substitution ou un revenu garanti pour les employés de l'État fédéral blessés au travail.

Normalement, rien n'empêche les parties à une convention collective de négocier des conditions d'emploi qui ajoutent aux avantages déjà prévus par la loi, à moins que celle-ci ne l'interdise expressément. À mon avis, il y a en l'espèce interdiction par l'alinéa 57(2)(b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, qui interdit de modifier par voie de convention collective «une condition d'emploi établie, ou établir une condition d'emploi pouvant l'être, en conformité avec une loi mentionnée à l'annexe II». La *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* figure à cette annexe II et prévoit en son paragraphe 9(1) une condition d'emploi qui fait aux employés de l'État fédéral l'obligation de choisir entre l'indemnité sous le régime de cette Loi ou l'action civile contre les tiers potentiellement responsables. Le paragraphe 9(2) prévoit que l'employé qui reçoit par suite de l'action en justice, un règlement inférieur à l'indemnité à laquelle il a droit sous le régime de cette Loi, a droit au versement de la différence. Il n'y a manifestement rien de déraisonnable dans l'interprétation faite par l'arbitre de griefs de la clause 17.12 de la convention collective dans le contexte du régime d'indemnisation prévu à l'article 9 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*; en fait cette analyse est impérative par application de l'ali-

clusion that injury-on-duty leave with pay provisions cannot operate independently from the GECA is clearly irrational.

Regarding the Adjudicator's second conclusion that the WCB did not make a determination as required by clause 17.12 of the collective agreement, I cannot find that it was unreasonable considering, in particular, his previous conclusion. It appears that this conclusion is based in part upon his evaluation of the evidence, the various letters referred to above. As a finding of fact, it appears to me to be reasonable in that the Adjudicator had regard to the evidence before him and it was not made in a perverse or capricious manner. The conclusion is also reasonable in so far as it is based on a legal finding that the WCB had no authority to make the determination required by clause 17.12 in respect of employees who have elected to bring a civil action against possibly liable third parties. I would agree with the respondent's submissions and the letter of Lori Sain that the WCB's authority to make a determination that Mr. Jones would be unable to perform his duties because of a work-related injury ended when he made his election.

CONCLUSION

For the above reasons, I am of the opinion that the Adjudicator did not err when he denied the applicant's grievance. I would therefore dismiss the application.

née 57(2)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Je ne saurais conclure non plus que sa décision que les dispositions relatives au congé payé pour accident de travail ne peuvent s'appliquer abstraction faite de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, est clairement irrationnelle.

En ce qui concerne la seconde conclusion de l'arbitre de griefs, savoir que la CAT n'a pas rendu une décision comme le prévoit la clause 17.12 de la convention collective, je ne la trouve pas déraisonnable, compte tenu en particulier de sa conclusion précédente. Il semble que sa conclusion est fondée en partie sur son appréciation des preuves produites, savoir les lettres, *supra*. Il s'agit là, à mon avis, d'une conclusion de fait raisonnable en ce qu'elle a été tirée compte tenu des éléments de preuve dont il disposait, et non pas de façon abusive ou arbitraire. Elle est aussi raisonnable dans la mesure où elle est fondée sur une conclusion de droit, savoir que la Commission n'était pas habilitée à rendre une décision en application de la clause 17.12 à l'égard des employés qui ont choisi de poursuivre au civil des tiers potentiellement responsables. J'accepte l'argument de l'intimé et ce que dit Lori Sain dans sa lettre, savoir que la CAT a été dessaisie de sa compétence pour juger que M. Jones était incapable d'exercer ses fonctions en raison des blessures subies au travail, le moment même où celui-ci a fait son choix.

CONCLUSION

Par ces motifs, je conclus que l'arbitre de griefs n'a commis aucune erreur en rejetant le grief du requérant. Je me prononce pour le rejet de la demande.

A-249-92

A-249-92

Charles C. Roach (*Appellant*)Charles C. Roach (*appelant*)

v.

c.

The Minister of State for Multiculturalism and Citizenship (*Respondent*)

Le Ministre D'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté (*intimé*)

INDEXED AS: ROACH v. CANADA (MINISTER OF STATE FOR MULTICULTURALISM AND CITIZENSHIP) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: ROACH c. CANADA (MINISTRE D'ÉTAT AU MULTICULTURALISME ET À LA CITOYENNETÉ) (C.A.)

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and McDonald, J.J.A.—Toronto, November 4, 1993; Ottawa, January 20, 1994.

Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 4 novembre 1993; Ottawa, 20 janvier 1994.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from decisions under R. 419 striking out declaration as disclosing no reasonable cause of action — Appellant seeking Canadian citizenship but unwilling to swear allegiance to Queen because of republican views — Whether oath of allegiance in Citizenship Act unconstitutional — Nature of oath explained — Taking of oath not coercive burden infringing appellant's Charter rights — Comparison between citizens by birth and non-citizens seeking citizenship through naturalization meaningless — Plain and obvious appellant having no chance of success at trial.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel de décisions rendues en vertu de la Règle 419 radiant la déclaration au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action — L'appelant voulait obtenir la citoyenneté canadienne, mais refusait de jurer allégeance à la Reine en raison de ses opinions républicaines — Le serment d'allégeance prévu dans la Loi sur la citoyenneté est-il inconstitutionnel? — Explication de la nature de serment — La prestation du serment ne constitue pas une entrave coercitive qui porterait atteinte aux droits garantis à l'appelant par la Charte — La comparaison entre les personnes qui ont obtenu la citoyenneté canadienne à leur naissance et celles qui veulent l'obtenir par la naturalisation ne tient pas — Il est évident que l'appelant n'avait aucune chance d'obtenir gain de cause à la suite de l'instruction.

Constitutional law — Charter of Rights — Appellant alleging violation of Charter rights based on requirement in citizenship application to take oath or make affirmation of allegiance to Queen — Oath of allegiance binding so long as Constitution unamended — Not diminishing exercise of fundamental freedoms in Charter, s. 2(b), (c), (d) — Appellant having no chance of success at trial — Constitution ultimate criterion measuring laws, actions, discriminatory burdens.

Droit constitutionnel — Charte des droits — L'appelant prétendait que l'obligation de prononcer le serment ou l'affirmation solennelle d'allégeance à la Reine pour obtenir la citoyenneté viole les droits garantis par la Charte — Le serment d'allégeance lie son auteur jusqu'à ce que la Constitution soit modifiée — Il ne porte pas atteinte à l'exercice des libertés fondamentales protégées par l'art. 2b), c) et d) de la Charte — L'appelant n'avait aucune chance d'avoir gain de cause à la suite de l'instruction — La Constitution est le critère ultime d'appréciation des lois, des actes et des entraves discriminatoires.

This was an appeal from the judgment of Joyal J. sustaining the decision of Giles A.S.P. under Rule 419 striking out the appellant's declaration on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. The appellant, a Toronto lawyer born in Trinidad and Tobago who has been a permanent resident of Canada and British subject for more than 34 years, applied for Canadian citizenship but, because of his republican views, he was unwilling to swear allegiance to the Queen, which is required as part of the oath-taking ceremony. He alleged that being required to take an oath or make an affirmation of allegiance to the Queen was a violation of his Charter rights. For that reason, he sought a declaration that he was entitled to a grant of citizenship without having to take the oath or affirmation of citizenship in its present form. The Trial Judge held that the oath or affirmation was to the Queen as Head of State, that

Il s'agit d'un appel du jugement par lequel le juge Joyal a confirmé la décision du protonotaire adjoint de radier la déclaration de l'appelant, en vertu de la Règle 419, parce qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. L'appelant est un avocat de Toronto, né à Trinité et Tobago et résident permanent du Canada en qualité de sujet britannique depuis plus de 34 ans. Il a demandé la citoyenneté canadienne mais, en raison de ses opinions républicaines, il refusait de jurer allégeance à la Reine, ce qu'il était tenu de faire dans le cadre de la cérémonie de prestation de serment. L'appelant soutenait que l'obligation qui lui était imposée de jurer ou d'affirmer solennellement son allégeance à la Reine violait les droits que lui garantissait la Charte. Pour cette raison, il demandait au tribunal de déclarer qu'il avait le droit d'obtenir la citoyenneté sans prononcer le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté sous leur

the requirement for such oath or affirmation could not be challenged on Charter grounds and that the appellant's remedy lay in the political realm. The issue in this appeal was whether the oath of allegiance to the Queen contained in the *Citizenship Act* could be considered as a violation of the appellant's constitutional rights under the Charter.

Held (Linden J.A. dissenting in part), the appeal should be dismissed.

Per MacGuigan J.A.: An oath is a solemn declaration before God or on something sacred that a statement is true; an affirmation fills the same role for those who do not wish to take an oath. The oath of allegiance to the Queen as Head of State for Canada is binding in the same way as the rest of the Constitution of Canada so long as the Constitution is unamended in that respect. Given that the appellant did not advocate revolutionary change, that is change contrary to the Constitution itself, his freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association under section 2 of the Charter could not be limited by the oath of allegiance which in no way diminishes the exercise of those freedoms. It was "plain and obvious" and "beyond doubt" that the appellant would have no chance of success at trial in that regard. In arguing that the process to obtain citizenship requires from non-citizens an oath of allegiance to the Queen, which Canadian citizens by birth are not required to take, the appellant made a meaningless comparison of groups. Birth-citizens are not required to take an oath of allegiance because they need not submit to a process to obtain the citizenship they already have. Oaths or affirmations express a solemn intention to adhere to the symbolic keystone of the Canadian Constitution, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life. The appellant could hardly complain that, in order to become a Canadian citizen, he had to express agreement with the fundamental structure of our country. The Constitution is itself the ultimate criterion by which all laws, actions and discriminatory burdens are measured.

Per Linden J.A. (dissenting in part): One of the main reasons behind the high threshold for striking out a statement of claim (or declaration) as disclosing no reasonable cause of action is to prevent a court from embarking on a resolution of factual issues raised in a case in the absence of any evidence. It is only in the most obvious cases that the opportunity to present evidence and full legal argument should be denied a litigant. With respect to both freedom of conscience and freedom of religion, the appellant had to show that the burden imposed on him by the oath was more than trivial or insubstantial. The appellant has not raised a plausible argument about the imposition of a coercive burden on his conscientiously-held views which bridle at swearing an oath to anyone but a Supreme

forme actuelle. Le juge de première instance a déclaré que la prestation du serment consistait à jurer allégeance à la Reine en sa qualité de chef d'État, qu'il n'était pas possible de contester le serment ou l'affirmation solennelle en invoquant la Charte, et que l'unique recours de l'appelant était d'ordre politique. L'appel portait sur la question de savoir si le serment d'allégeance à la Reine contenu dans la *Loi sur la citoyenneté* peut être considéré comme une atteinte aux droits constitutionnels garantis à l'appelant par la Charte.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A., dissident en partie): l'appel doit être rejeté.

Le juge MacGuigan, J.C.A.: Un serment est une déclaration solennelle faite devant Dieu, ou sur quelque chose de sacré, attestant qu'une affirmation est vraie; l'affirmation solennelle joue le même rôle pour les personnes qui ne veulent pas prêter serment. Le serment d'allégeance à la Reine en sa qualité de chef d'État lie son auteur au même titre que le reste de la Constitution du Canada, seulement jusqu'à ce que la Constitution soit modifiée à cet égard. Étant donné que l'appelant ne prônait pas de changements à caractère révolutionnaire, c'est-à-dire des changements qui seraient contraires à la Constitution même, sa liberté d'expression, sa liberté de réunion pacifique et sa liberté d'association protégées par l'article 2 de la Charte ne pouvaient être limitées par son serment d'allégeance, qui ne porte nullement atteinte à l'exercice de ces libertés. Il est «manifeste» et «au-delà de tout doute» que l'appelant n'a aucune chance d'avoir gain de cause à cet égard à la suite de l'instruction. En faisant valoir que le processus d'obtention de la citoyenneté exige que les non-citoyens prononcent un serment d'allégeance à la Reine, alors que les citoyens canadiens de naissance n'y sont pas tenus, l'appelant a établi entre ces groupes une comparaison qui ne mène à rien. Les citoyens de naissance ne sont pas tenus de prêter le serment d'allégeance parce qu'ils n'ont pas à se soumettre au processus d'obtention de la citoyenneté canadienne qu'ils possèdent déjà. Les serments ou les affirmations expriment l'intention solennelle d'adhérer à la pierre d'angle symbolique de la Constitution canadienne et, par conséquent, un engagement à accepter notre Constitution et notre vie nationale dans leur intégralité. L'appelant pouvait difficilement se plaindre que, pour devenir citoyen canadien, il devait donner expressément son accord à la structure fondamentale de notre pays. La Constitution est l'ultime critère à l'aide duquel les lois, les actes et les entraves discriminatoires sont appréciés.

Le juge Linden, J.C.A. (dissident en partie): L'une des raisons déterminantes pour lesquelles le critère applicable à la radiation d'une déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action est aussi exigeant tient à la volonté d'empêcher la Cour de s'engager dans la résolution des questions de fait en l'absence de toute preuve. Ce n'est que dans les cas les plus manifestes qu'une partie peut être privée de l'occasion de produire sa preuve et de faire valoir une argumentation complète en droit. En ce qui a trait à la liberté de conscience et à la liberté de religion, l'appelant devait démontrer que le fardeau qui lui était imposé par le serment n'était ni négligeable ni insignifiant. L'appelant n'a pas soulevé d'argument plausible relativement à l'imposition d'une entrave coercitive à ses

Being. His real objection was not to the method of oath making but to its content. His claim under paragraph 2(a) of the Charter regarding freedom of conscience should therefore be struck out. Similarly, his allegation that the oath of citizenship restricts his freedom of religion since the Queen is the "Head of the Anglican Church" must be struck out. The oath requires no statement of allegiance to Anglicanism nor to the Queen in relation to her role in the Church of England. The appellant's claim with respect to effects on his freedom of religion did not disclose a burden which is more than trivial or insubstantial. The relationship between an oath of allegiance to the Queen in her capacity of Head of State and the appellant's religious practice and beliefs was too remote. Although freedom of thought, belief and opinion in paragraph 2(b) of the Charter is distinct from freedom of conscience, much of the same analysis could be applied to these freedoms: there must be some coercive burden flowing out of the impugned law. Given that, nowadays, freedom to criticize the monarchy and other Canadian institutions is guaranteed by the Charter and that, by taking this oath, the appellant might feel inhibited to some extent in his anti-monarchy activities, his claim with respect to freedom of thought should not be struck out. While there was no evidence to suggest that the purpose of the oath or affirmation of citizenship is to curtail freedom of expression, strict adherence to the oath or affirmation of loyalty to the Queen might be felt by the appellant to prevent him from expressing his republicanism, even though it might not in law actually do so. The appellant's claim that the oath or affirmation abridges his freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter should, therefore, not be struck out. Freedom of peaceful assembly was geared toward protecting the physical gathering together of people and was not intended to protect the objects of an assembly that is organized to foster freedom of thought, belief, opinion or expression, or freedom of association, for that would be protected independently. The portion of the appellant's declaration relating to freedom of peaceful assembly should, therefore, be struck out. With respect to freedom of association under paragraph 2(d) of the Charter, it could not be said at this stage that the appellant, given the opportunity to adduce evidence and arguments, could not succeed on that point and, therefore, this portion of the declaration should not be struck out. The standard for cruel and unusual treatment under section 12 of the Charter is whether the treatment outrages standards of decency. The consequences to the appellant of not swearing the oath or making the affirmation could not be said to outrage standards of decency and therefore, this portion of the declaration should be struck out.

The appellant's claim that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter could be justified by the fact that a permanent resident desiring to become a naturalized citizen is required to take the oath while people who are Canadian

opinions dictées par la conscience qui l'empêcheraient de prêter serment devant quelqu'un qui ne soit pas l'Être suprême. Sa véritable objection ne touchait pas la forme du serment, mais plutôt son contenu. Sa prétention fondée sur l'alinéa 2a) de la Charte concernant la liberté de conscience doit donc être radiée. Son allégation portant que le serment de citoyenneté restreint sa liberté de religion du fait que la Reine est le «chef de l'Église anglicane» doit également être radiée. Le serment ne comporte pas de déclaration d'allégeance à la religion anglicane, ni à la Reine relativement au rôle qu'elle joue dans l'Église d'Angleterre. La demande de l'appelant en ce qui a trait aux effets du serment sur sa liberté de religion ne révélait aucune entrave qui ne soit pas négligeable ou insignifiante. Le lien entre un serment d'allégeance à la Reine en sa qualité de chef d'État et la pratique et les croyances religieuses de l'appelant était trop éloigné. Bien que la liberté de pensée, de croyance et d'opinion protégée par l'alinéa 2b) de la Charte se distingue de la liberté de conscience, il est possible de lui appliquer une analyse assez semblable: une certaine entrave coercitive doit découler de la loi contestée. Comme, de nos jours, la liberté de critiquer la monarchie et d'autres institutions canadiennes est garantie par la Charte et comme l'appelant pouvait avoir le sentiment que son serment faisait obstacle, dans une certaine mesure, à ses activités antimonarchiques, la demande de l'appelant relative à sa liberté de pensée ne doit pas être radiée. Aucun élément de preuve n'indiquait que l'objet du serment ou de l'affirmation de citoyenneté est de limiter la liberté d'expression, mais l'appelant pouvait néanmoins avoir le sentiment que l'observation stricte de son serment ou de son affirmation solennelle de loyauté envers la Reine l'empêcherait d'exprimer son républicanisme, bien qu'elle n'ait peut-être pas cet effet en droit. En conséquence, la demande de l'appelant concernant l'atteinte que le serment ou l'affirmation solennelle porteraient à sa liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte ne doit pas être radiée. La liberté de réunion pacifique est axée sur la protection physique des assemblées et n'a pas pour but de protéger l'objet d'une assemblée organisée pour favoriser la liberté de pensée, de croyance, d'opinion ou d'expression ou la liberté d'association car ces libertés jouissent d'une protection indépendante. La partie de la déclaration de l'appelant qui concerne la liberté de réunion pacifique doit donc être radiée. En ce qui a trait à la liberté d'association que lui garantit l'alinéa 2d) de la Charte, on ne pouvait pas conclure à cette étape que l'appelant n'avait aucune chance d'avoir gain de cause sur ce point si on lui donnait l'occasion de présenter une preuve et une argumentation; cette partie de la déclaration ne doit donc pas être radiée. La norme applicable au traitement cruel et inusité visé à l'article 12 de la Charte tient à la question de savoir si le traitement visé porte atteinte à la dignité humaine. Les conséquences que subira l'appelant s'il ne prête pas serment ni ne fait l'affirmation solennelle ne peuvent être considérées comme portant atteinte à la dignité humaine. Par conséquent, cette partie de la déclaration de l'appelant doit être radiée.

La prétention de l'appelant que le serment ou l'affirmation solennelle sont contraires au paragraphe 15(1) de la Charte pourrait se justifier du fait qu'un résident permanent qui désire devenir un citoyen naturalisé doit prêter serment tandis que les

citizens by birth are not. Non-citizens would be denied equality under the law in that the *Citizenship Act* appears to draw a distinction between two groups, namely people who attain citizenship automatically by birth and people who must apply for citizenship. In addition to the differential treatment, the appellant would have to demonstrate at trial that any inequality under the law is discriminatory. The appellant's claim under section 27 of the Charter should also be struck out as that provision is merely an aid to interpretation and not a substantial provision that can be violated.

a personnes qui sont des citoyens canadiens de naissance n'y sont pas tenues. Les personnes qui ne sont pas citoyennes canadiennes seraient privées de l'égalité devant la loi du fait que la *Loi sur la citoyenneté* semble établir une distinction entre deux groupes, savoir les personnes qui obtiennent automatiquement la citoyenneté à leur naissance et celles qui doivent la demander. En plus d'établir qu'il est traité différemment, l'appelant devrait démontrer lors de l'instruction que son inégalité devant la loi est discriminatoire. La demande de l'appelant fondée sur l'article 27 doit aussi être radiée car cette disposition vise uniquement à faciliter l'interprétation et n'est pas une disposition de droit substantiel qui peut être violée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 12, 15(1), 27.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2, 5 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 44, s. 1), 10, 12(3), 24.
- Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400.
- 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. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 101.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 41(a), 52.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 131 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 17).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 142; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989], 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

CONSIDERED:

R. v. Swain, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250; (1993), 155 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Bannerman* (1966), 55 W.W.R. 257; 48 C.R. 110 (Man. C.A.); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2, 12, 15(1), 27.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 131 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 17).
- 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. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 101.
- 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. 41a), 52.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2, 5 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 44, art. 1), 10, 12(3), 24.
- Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 142; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Benner c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] 1 C.F. 250; (1993), 155 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Bannerman* (1966), 55 W.W.R. 257; 48 C.R. 110 (C.A. Man.); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d)

C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40; (1993), 154 N.R. 321 (C.A.); *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

REFERRED TO:

Omychund v. Barker (1744), 26 E.R. 15; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943); *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man. R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 111 N.R. 161; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 195; 91 CLLC 14,026; 125 N.R. 241; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1; *R. v. Seaboyer* (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.); *R. v. Chief*, [1990] N.W.T.R. 55; [1990] 1 W.W.R. 193; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 358; 51 C.C.C. (3d) 265;

449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40; (1993), 154 N.R. 321 (C.A.); *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

DÉCISIONS CITÉES:

Omychund v. Barker (1744), 26 E.R. 15; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man. R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; (1990), 111 N.R. 161; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 195; 91 CLLC 14,026; 125 N.R. 241; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1; *R. v. Seaboyer* (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.); *R. v. Chief*, [1990] N.W.T.R. 55; [1990] 1 W.W.R. 193; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 358; 51

[1990] 1 C.N.L.R. 92; 74 C.R. (3d) 57; 44 C.R.R. 122 (Y.T.C.A.).

C.C.C. (3d) 265; [1990] 1 C.N.L.R. 92; 74 C.R. (3d) 57; 44 C.R.R. 122 (C.A.T.Y.).

AUTHORS CITED

Abella, Irving M. *A Coat of Many Colours: Two Centuries of Jewish Life in Canada*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1990. ^a

Canada. Prime Minister. *The Constitution and the People of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1969.

Gochnauer, M. "Oaths, Witnesses and Modern Law" (1991), 4 *Can. J. Law & Jur.* 67. ^b

Levinson, Sanford. "Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths" (1986), 84 *Mich. L. Rev.* 1440.

MacKinnon, Frank. *The Crown in Canada*. Calgary: Glenbow-Alberta Institute, 1976.

Morton, Frederic. *The Rothschilds: A Family Portrait*. ^c New York: Atheneum, 1962.

DOCTRINE

Abella, Irving M. *A Coat of Many Colours: Two Centuries of Jewish Life in Canada*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1990.

Canada. Premier ministre. *La constitution canadienne et le citoyen*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1969.

Gochnauer, M. «Oaths, Witnesses and Modern Law» (1991), 4 *Can. J. Law & Jur.* 67.

Levinson, Sanford. «Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths» (1986), 84 *Mich. L. Rev.* 1440.

MacKinnon, Frank. *The Crown in Canada*. Calgary: Glenbow-Alberta Institute, 1976.

Morton, Frederic. *The Rothschilds: A Family Portrait*. New York: Atheneum, 1962.

APPEAL from Trial Division decision ([1992] 2 F.C. 173; (1992), 53 F.T.R. 241 (T.D.)) sustaining decision of Associate Senior Prothonotary striking out the appellant's declaration under Rule 419 on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1992] 2 C.F. 173; (1992), 53 F.T.R. 241 (1^{re} inst.)) confirmant la décision du protonotaire adjoint de radier la déclaration de l'appelant en vertu de la Règle 419 parce qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. Appel rejeté.

COUNSEL:

Charles C. Roach on his own behalf.
Bonnie J. Boucher for respondent.

^e AVOCATS:

Charles C. Roach en son propre nom.
Bonnie J. Boucher pour l'intimé.

SOLICITORS:

Charles C. Roach, Toronto, on his own behalf.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

^f PROCUREURS:

Charles C. Roach, Toronto, en son propre nom.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^g

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

MACGUIGAN J.A.: In my view, Joyal J. as Trial Judge [[1992] 2 F.C. 173] and, before him, Giles A.S.P. were right in striking out the whole of the appellant's declaration under Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. ^h

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: À mon avis, le juge Joyal en qualité de juge de première instance [[1992] 2 F.C. 173] et, avant lui, le protonotaire adjoint Giles ont eu raison de radier la totalité de la déclaration de l'appelant en vertu de la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. ⁱ

I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Linden and I am in agreement with his explanation of the legislation, of the test for disclosing no reasonable cause of action, and of the nature of an oath, and with his striking out the appellant's claim with respect both to cruel and ^j

J'ai eu l'occasion de lire les motifs du jugement de mon collègue, le juge Linden, et je souscris à son explication de la loi, du critère applicable à l'absence de cause raisonnable d'action et de la nature du serment, ainsi qu'à sa décision de radier la demande de l'appelant relativement aux peines et aux traitements

unusual treatment or punishment (section 12 of the Charter) [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and to the multicultural heritage of Canadians (section 27). I am also in agreement with his reasons for striking out the appellant's declaration in relation to the freedom of conscience and religion (paragraph 2(b)), except that in my opinion the oath of allegiance could not be even a trivial or insubstantial interference with the appellant's exercise of those freedoms. I am not in agreement with the rest of my colleague's reasons for decision or with his disposition of the case.

cruels et inusités (article 12 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et au patrimoine multiculturel des Canadiens (article 27). J'approuve également ses motifs à l'appui de sa décision de radier la déclaration de l'appelant en ce qui a trait à la liberté de conscience et de religion (alinéa 2b)), à l'exception du fait que je crois que le serment d'allégeance ne peut même pas être considéré comme une atteinte négligeable ou insignifiante à l'exercice par l'appelant de ses libertés. Quant au reste des motifs prononcés par mon collègue à l'appui de sa décision et à la façon dont il a tranché le litige, je ne partage pas son opinion.

An oath is a solemn declaration before God or on something sacred that a statement is true; an affirmation fills the same role for those who do not wish to take an oath. The oath of allegiance required under the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] is to the effect that the oath-taker (or affirmer) "will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors." Although there is an immemorial common law tradition behind the role of the monarch as Head of State, that is now subsumed by section 9 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]], which provides with respect to executive power that "The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen," and by section 17, which provides with respect to legislative power that "There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, or Upper House styled the Senate, and the House of Commons." Since Canada is a constitutional and not an absolute monarchy, the Queen does not rule personally, but rather may be said to "reign"—by constitutional convention, through the advice of ministers

d

Un serment est une déclaration solennelle faite devant Dieu, ou sur quelque chose de sacré, attestant qu'une affirmation est vraie; l'affirmation solennelle joue le même rôle pour les personnes qui ne veulent pas prêter serment. La personne qui prête le serment prescrit par la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] jure ou affirme solennellement qu'elle sera fidèle et qu'elle portera «sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs». Bien que le rôle du monarque en qualité de chef d'État repose sur une tradition immémoriale en common law, il est maintenant consacré par l'article 9 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]], qui prévoit ce qui suit en ce qui a trait au pouvoir exécutif: «À la Reine continueront d'être et sont par la présente attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada» et par l'article 17 qui traite du pouvoir législatif: «Il y aura, pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des Communes.» Étant donné que le Canada est une monarchie constitutionnelle et non une monarchie absolue, la Reine ne dirige pas l'État personnellement, mais on peut plutôt dire qu'elle «règne»—par convention constitutionnelle, sur avis des ministres choisis au sein du parti

j

drawn from the party with an actual or presumed majority in the House of Commons.¹

If the provisions of the *Constitution Act, 1867* and any others dependent on them (such as sections 10-16) were repealed or amended so as, for example, to substitute some differently designated person for the monarch, it cannot be doubted that the monarch would no longer be the Head of State for Canada, provided of course that the constitutional amendment were properly made under Part V of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], since “the office of the Queen” is specifically made amendable by paragraph 41(a) of the *Constitution Act, 1982* “by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province.”

Against this constitutional background, the oath of allegiance has to be understood to be binding in the same way as the rest of the Constitution of Canada—not forever, nor in some inherent way, but only so long as the Constitution is unamended in that respect.

It is a matter of common sense and common consent that it is neither unconstitutional, nor illegal, nor inappropriate to advocate the amendment of the Constitution. The proponents of the Meech Lake and Charlottetown Accords did not walk with trepidation in their advocacy of those amendments—at least not on that score. Paragraph 41(a) of the *Constitution Act, 1982* itself “dares” constitutionally to legitimize the abolition of the monarchy. All that is required for constitutional legitimacy is that the constitutionally provided amending formula be followed.

¹ The conventions of the Canadian Constitution are endowed with constitutional authority by virtue of the words in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, that Canada have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom.” They could, of course, be specified or amended by constitutional amendment. The principal proposal to provide a realistic statement of the conventions underlying the Canadian system was that by then Prime Minister Trudeau, *The Constitution and the People of Canada*, published by the Government of Canada in 1969, and was never adopted.

qui jouit d’une majorité réelle ou présumée à la Chambre des Communes¹.

Si les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celles qui en découlent (comme les articles 10 à 16) étaient abrogées ou modifiées, par exemple, pour substituer au monarque une personne désignée différente, il ne fait aucun doute que le monarque ne serait plus le chef d’État du Canada, à condition bien sûr que la modification constitutionnelle soit faite régulièrement en conformité avec la Partie V 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]], car l’alinéa 41a) de cette Loi prévoit expressément que «la charge de Reine» peut être modifiée «par des résolutions du Sénat, de la Chambre des Communes et de l’assemblée législative de chaque province.»

Dans ce contexte constitutionnel, il faut considérer le serment d’allégeance comme liant son auteur au même titre que le reste de la Constitution du Canada, c’est-à-dire non pas pour l’éternité, ni de façon inhérente, mais seulement jusqu’à ce que la Constitution soit modifiée à cet égard.

Tous s’entendent pour dire, et cela relève du simple bon sens, qu’il n’est ni inconstitutionnel, ni illégal, ni inapproprié de prôner la révision de la Constitution. Les promoteurs des Accords du Lac Meech et de Charlottetown n’ont pas ressenti de vives inquiétudes en prônant ces modifications—du moins, pas à cet égard. L’alinéa 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* elle-même «ose» légitimer, par voie constitutionnelle, l’abolition de la monarchie. Pour qu’une modification soit légitime sur le plan constitutionnel, il suffit que le mode de révision prévu par la Constitution soit suivi.

¹ Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant que le Canada a «une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» confère aux conventions de la Constitution canadienne une autorité constitutionnelle. Ces conventions pourraient évidemment être précisées ou modifiées par une modification constitutionnelle. La principale proposition visant un énoncé réaliste des conventions qui sous-tendent le système canadien a été formulée par M. Trudeau, pendant qu’il était Premier ministre, dans *La constitution canadienne et le citoyen*; elle a été publiée par le gouvernement du Canada en 1969, mais elle n’a jamais été adoptée.

Given that the appellant does not advocate revolutionary change (i.e., change contrary to the Constitution itself),² his freedom of expression (paragraph 2(b)), freedom of peaceful assembly (paragraph 2(c)) and freedom of association (paragraph 2(d)) cannot conceivably be limited by the oath of allegiance, since the taking of the oath of allegiance in no way diminishes the exercise of those freedoms. The fact that the oath “personalizes” one particular constitutional provision has no constitutional relevance, since that personalization is derived from the Constitution itself. As it was put by Professor Frank MacKinnon, *The Crown in Canada*, Glenbow-Alberta Institute, 1976, at page 69, “Elizabeth II is the personal expression of the Crown of Canada”. Even thus personalized, that part of the Constitution relating to the Queen is amendable, and so its amendment may be freely advocated, consistently with the oath of allegiance, either by expression, by peaceful assembly or by association.

This is sufficient to dispose of the appellant’s challenge to the oath of allegiance on the basis of section 2 of the Charter. No facts would be pleaded that would prove the appellant’s allegation. It is “plain and obvious” and “beyond doubt” that the appellant has no chance of success at trial in this regard.

The appellant also claims that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter, which reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The authorities show that in addition to differential treatment, a complainant must establish that any such denial of equality is discriminatory: *Andrews v. Law*

² If he did advocate revolutionary change, such advocacy could not, of course, receive constitutional protection, since it would be by definition anti-constitutional.

Étant donné que l’appelant ne prône pas de changements à caractère révolutionnaire (c’est-à-dire des changements qui seraient contraires à la Constitution même)², sa liberté d’expression (alinéa 2b)), sa liberté de réunion pacifique (alinéa 2c)) et sa liberté d’association (alinéa 2d)) ne sauraient être vraisemblablement limitées par son serment d’allégeance, car la prestation du serment d’allégeance n’a aucune incidence négative sur l’exercice de ces libertés. Le fait que le serment «personnifie» une disposition particulière de la Constitution n’a aucune importance sur le plan constitutionnel, puisque cette personnification découle de la Constitution elle-même. Comme l’a dit le professeur Frank MacKinnon dans *The Crown in Canada*, Glenbow-Alberta Institute, 1976, à la page 69, [TRADUCTION] «Elizabeth Deux est l’expression personnifiée de la Couronne du Canada». Même ainsi personnifiée, cette partie de la Constitution qui concerne la Reine peut être modifiée; il est donc possible de prôner librement sa modification de façon compatible avec le serment d’allégeance, que ce soit par l’exercice de la liberté d’expression, de la liberté de réunion pacifique ou de la liberté d’association.

Ces motifs suffisent pour trancher la contestation, par l’appelant, du serment d’allégeance sur la base de l’article 2 de la Charte. Aucun fait ne pourrait être allégué à l’appui des prétentions de l’appelant. Il est «manifeste» et «au-delà de tout doute» que l’appelant n’a aucune chance d’avoir gain de cause à cet égard à la suite de l’instruction.

L’appelant prétend également que le serment ou l’affirmation solennelle sont contraires au paragraphe 15(1) de la Charte qui se lit comme suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La jurisprudence établit qu’en plus de prouver qu’il subit un traitement différent, le demandeur doit prouver que cette atteinte à l’égalité est discrimina-

² S’il prônait des changements révolutionnaires, ce comportement ne pourrait bien sûr être protégé par la Constitution puisqu’il serait, par définition, anticonstitutionnel.

Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 142; *R. v. Swain* [1991] 1 S.C.R. 933.

Andrews is particularly helpful for the case at bar in this respect since it also dealt with the position of non-citizens. In *Andrews*, where a law society denied admission to the practice of law to non-citizens, discrimination was found to exist for two reasons: (1) a burden was imposed on non-citizen applicants for legal practice in the form of a three-year delay, the period of residence required for citizenship; (2) this burden was imposed in relation to non-citizenship, which was held to be an analogous category to those specifically enumerated in subsection 15(1).

In the case at bar it is not precisely citizenship which is in question, but rather the process required for citizenship. The appellant's objection is not even that a process is required for citizenship, but only that the process requires an oath of allegiance to the Queen, which Canadian citizens by birth are not required to take.

This is a meaningless comparison of groups. Birth-citizens are not, of course, required to take an oath of allegiance because they need not submit to a process to obtain the citizenship they already have. Their exemption, as it were, is not one from the oath itself, but from the citizenship process.

Moreover, the burden imposed on the appellant is only the minuscule one of the time and the effort involved in the uttering of the twenty-four words of allegiance. To hold this to be a coercive burden that would trigger the invocation of subsection 15(1) would in my opinion be to trivialize the Charter.

Of course, the total consequences of the swearing or affirming of these twenty-four words (as opposed to their nominal burden) are not at all trivial. Not only are the consequences as a whole not contrary to the Constitution, but it would hardly be too much to say that they are the Constitution. They express a solemn intention to adhere to the symbolic keystone of

toire: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 142; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

a L'affaire *Andrews* est particulièrement utile à cet égard, en l'espèce, car elle concernait aussi la situation des non-citoyens. Dans l'affaire *Andrews*, le Barreau refusait d'admettre les non-citoyens à l'exercice du droit. Le tribunal a conclu qu'il y avait discrimination pour deux raisons: (1) un fardeau était imposé aux aspirants avocats qui n'étaient pas citoyens canadiens du fait qu'ils devaient attendre trois ans, soit la période de résidence requise pour obtenir la citoyenneté; (2) ce fardeau imposé avait un lien avec la non-citoyenneté, et le tribunal a jugé qu'il s'agissait d'un motif analogue à ceux énumérés au paragraphe 15(1).

d En l'espèce, ce n'est pas exactement la citoyenneté qui est en cause, mais plutôt le processus à suivre pour l'obtenir. L'objection de l'appelant ne porte même pas sur le fait qu'un processus doit être suivi pour obtenir la citoyenneté, mais uniquement sur le fait que ce processus exige la prestation d'un serment d'allégeance à la Reine, serment que les citoyens canadiens de naissance ne sont pas tenus de prêter.

f La comparaison entre ces groupes ne mène à rien. Les citoyens de naissance ne sont pas, évidemment, tenus de prêter serment d'allégeance parce qu'ils n'ont pas à se soumettre au processus d'obtention de la citoyenneté canadienne qu'ils possèdent déjà. Ils sont exemptés, le cas échéant, non pas de prêter serment, mais de suivre le processus d'obtention de la citoyenneté.

g Par ailleurs, le fardeau imposé à l'appelant est celui, minuscule, qui correspond au temps et à l'effort voulus pour prononcer les quelque 24 mots du serment d'allégeance. Statuer que ce fardeau constitue une entrave coercitive qui donne lieu à l'application du paragraphe 15(1) aurait, à mon avis, pour effet de banaliser la Charte.

i Il va de soi que toutes les conséquences de ce serment ou de cette affirmation solennelle de quelque 24 mots (par opposition au fardeau symbolique de leur formulation) ne sont en rien négligeables. Dans leur ensemble, elles ne sont pas contraires à la Constitution mais, qui plus est, il ne serait pas exagéré de dire qu'elles sont la Constitution. Elles expriment l'inten-

the Canadian Constitution as it has been and is, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life. The appellant can hardly be heard to complain that, in order to become a Canadian citizen, he has to express agreement with the fundamental structure of our country as it is.

What our country may come to be, on the other hand, as I have suggested in relation to section 2 of the Charter, is for millions of Canadian citizens to work out over time, a process in which the appellant can himself share, if he only allows himself to do so. He cannot use his dream of a republican Constitution as a legal basis for denying the legitimacy of the present form of government. The present Constitution could indeed evolve into his ideal republic, provided that the intervening political process were peacefully constitutional. If the appellant, idiosyncratically, were to feel that thus pledging his allegiance to the existing Constitution were a "burden", this would not be a burden of which the law could take any cognizance. The Constitution, as it exists at any given time, cannot be unconstitutional, nor can it be constitutionally burdensome. It is itself the ultimate criterion by which all laws, actions and discriminatory burdens are measured.

Any remaining aspects of the appellant's claim under subsection 15(1) have already been disposed of in my consideration of section 2.

The Court raised with the parties the question of its jurisdiction under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, to issue a declaration in such a case, and allowed them additional weeks after the hearing to submit argument on this question. I did not find these arguments, as presented, helpful, and, as the appellant's declaration is being struck out in any event, I do not find it necessary to resolve this issue as well.

The appeal must therefore be dismissed with costs.

tion solennelle d'adhérer à la pierre d'angle symbolique de la Constitution canadienne telle qu'elle a existé et qu'elle existe maintenant, en s'engageant ainsi à accepter notre Constitution et notre vie nationale dans leur intégralité. On pourrait difficilement accepter d'entendre l'appelant se plaindre que, pour devenir citoyen canadien, il doit donner expressément son accord à la structure fondamentale actuelle de notre pays.

Par contre, c'est aux millions des citoyens canadiens qu'il revient de décider ce que notre pays deviendra avec le temps, comme je l'ai indiqué relativement à l'article 2 de la Charte; l'appelant pourra participer à ce processus, si seulement il s'autorise à le faire. Il ne peut utiliser son idéal d'une Constitution républicaine pour nier en droit la légitimité de la forme de gouvernement déjà en place. La Constitution actuelle peut en effet évoluer pour se transformer en cette république idéale, à condition que le processus politique qui mène à cette transformation se déroule paisiblement en conformité avec la Constitution. Si l'appelant devait avoir le sentiment particulier qu'affirmer son allégeance à la Constitution existante constitue une «entrave», ce n'est pas là une entrave qui relève du droit. La Constitution, telle qu'elle existe à une époque donnée, ne peut pas être inconstitutionnelle ni créer une entrave sur le plan constitutionnel. Elle est elle-même l'ultime critère à l'aide duquel les lois, les actes et les entraves discriminatoires sont appréciés.

J'ai déjà tranché tous les autres aspects de la demande de l'appelant fondés sur le paragraphe 15(1) en me prononçant sur l'article 2.

La Cour s'est interrogée, avec les parties, sur la question de la compétence que l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* lui confère pour prononcer un jugement déclaratoire en l'espèce et leur a accordé des semaines supplémentaires, à la suite de l'audition, pour qu'elles lui présentent une plaidoirie à cet égard. Les arguments qui ont été exposés à la Cour ne me paraissent pas utiles et, comme la déclaration de l'appelant est radiée de toute façon, je ne juge pas nécessaire de résoudre cette question.

L'appel doit donc être rejeté avec dépens.

MCDONALD J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A. (dissenting in part): The issue on this appeal is whether the oath of allegiance to the Queen contained in the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, might, in the circumstances of this case, be found to be unconstitutional. More particularly, the appellant, a republican, claims that being required to take an oath of allegiance to the Queen is a violation of his constitutional rights guaranteed by several different sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. His declaration was struck out pursuant to Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] as disclosing "no reasonable cause of action" by the Associate Senior Prothonotary, which decision was affirmed by the Trial Division. He now appeals to this Court.

The appellant, a member of the Ontario Bar, who was born in Trinidad and Tobago, has been a permanent resident of Canada as a British subject for more than 34 years. The appellant alleges that, over the years, his rights as a British subject and permanent resident have been eroded such that he can no longer vote in elections, stand for public office, or be employed in the Public Service. The appellant applied for and is eligible for Canadian citizenship. Prior to commencing this litigation, the appellant sought from various Government Ministers an exemption from the oath of citizenship in its present form. He was unsuccessful in his requests. The appellant is willing to take an oath to be a loyal Canadian citizen, to obey the laws of Canada and to fulfil his citizenship duties. However, because of his republican views, he is not willing to swear allegiance to the Queen, something which is currently required as part of the oath-taking ceremony.

The appellant commenced an action for declaratory relief against the Crown by filing a declaration, seeking a declaration that he is entitled to a grant of citizenship without having to take the oath or affir-

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

* * *

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: L'appel porte sur la question de savoir si le serment d'allégeance à la Reine prévu par la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, peut être déclaré inconstitutionnel dans les circonstances de l'espèce. L'appelant, qui est républicain, prétend plus particulièrement que l'obligation qui lui est imposée de prêter serment d'allégeance à la Reine porte atteinte aux droits constitutionnels que lui garantissent différentes dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le protonotaire adjoint a radié sa déclaration en vertu de la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] parce qu'elle ne révélait «aucune cause raisonnable d'action»; cette décision a été confirmée par la Section de première instance. La Cour doit maintenant trancher cette question en appel.

L'appelant, qui est membre du Barreau de l'Ontario, est né à Trinité et Tobago et est résident permanent du Canada en qualité de sujet britannique depuis plus de 34 ans. L'appelant soutient que les droits dont il jouit à titre de sujet britannique et de résident permanent se sont érodés au cours des ans et qu'il ne peut désormais plus voter aux élections, occuper une charge publique ni obtenir un emploi dans la fonction publique. L'appelant a demandé la citoyenneté canadienne et y est admissible. Avant de s'adresser aux tribunaux, l'appelant a demandé à différents ministres du gouvernement de l'exempter de l'obligation de prêter le serment de citoyenneté sous sa forme actuelle. Ses demandes ont été rejetées. L'appelant est disposé à prêter un serment par lequel il s'engagerait à agir avec loyauté en qualité de citoyen canadien, à obéir aux lois du Canada et à remplir ses devoirs de citoyen. Toutefois, en raison de ses opinions républicaines, il refuse de jurer allégeance à la Reine, ce qu'il est actuellement tenu de faire dans le cadre de la cérémonie de prestation de serment.

L'appelant a déposé une déclaration afin d'introduire, contre la Couronne, une action visant à obtenir un jugement déclaratoire. Il demandait au tribunal de déclarer qu'il a le droit d'obtenir la citoyenneté sans

mation of citizenship in its present form. In the alternative, the appellant sought a declaration that he is entitled to an exemption from being required to take the citizenship oath or affirmation in its present form. In particular, the appellant alleged that being required to take an oath or make an affirmation of allegiance to the Queen is a violation of his Charter rights.

THE CITIZENSHIP ACT PROVISIONS

The eligibility requirements for Canadian citizenship are set out in section 5 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1] of the *Citizenship Act*. When those requirements are met, the Minister must issue a citizenship certificate. According to subsection 12(3), however, the certificate does not take effect until the person to whom it has been issued complies with the requirements of the Act and the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, respecting the oath of citizenship. An oath or affirmation of citizenship is the last step in attaining Canadian citizenship. Section 24 of the Act states:

24. Where a person is required under this Act to take the oath of citizenship, the person shall swear or affirm in the form set out in the schedule and in accordance with the regulations.

The Schedule to the *Citizenship Act* contains the oath or affirmation itself, in the following form:

I swear (or affirm) that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors, and that I will faithfully observe the laws of Canada and fulfil my duties as a Canadian citizen.

The Minister is empowered by paragraph 5(3)(b) of the *Citizenship Act* to waive the requirement that a

prononcer le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté sous leur forme actuelle. Subsidiairement, l'appelant demandait au tribunal de déclarer qu'il a le droit d'être exempté de l'obligation de prêter le serment de citoyenneté sous sa forme actuelle. L'appelant soutenait notamment que l'obligation qui lui est imposée de jurer ou d'affirmer solennellement son allégeance à la Reine viole les droits que lui garantit la Charte.

LES DISPOSITIONS DE LA LOI SUR LA CITOYENNETÉ

Les conditions d'admissibilité à la citoyenneté canadienne sont énoncées à l'article 5 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 44, art. 1] de la *Loi sur la citoyenneté*. Le ministre est tenu de délivrer un certificat de citoyenneté à la personne qui satisfait à ces conditions. En vertu du paragraphe 12(3), le certificat ne prend toutefois effet que lorsque la personne à laquelle il a été délivré s'est conformée aux dispositions de la Loi et du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, régissant le serment de citoyenneté. Le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté constituent la dernière étape à franchir pour obtenir la citoyenneté canadienne. L'article 24 de la Loi dispose:

24. Le serment de citoyenneté est prêté dans les termes prescrits par l'annexe et selon les modalités fixées par règlement.

Le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté se trouvent à l'annexe de la *Loi sur la citoyenneté*. En voici le libellé:

Je jure fidélité et sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs et je jure d'observer fidèlement les lois du Canada et de remplir loyalement mes obligations de citoyen canadien.

ou

J'affirme solennellement que je serai fidèle et porterai sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs, que j'observerai fidèlement les lois du Canada et que je remplirai loyalement mes obligations de citoyen canadien.

L'alinéa 5(3)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* confère au ministre le pouvoir d'exempter toute personne

person take an oath of citizenship in the case of any person under a disability. It reads as follows:

5. . . .

(3) The Minister may, in his discretion, waive on compassionate grounds,

(b) in the case of any person under a disability . . . the requirement that the person take the oath of citizenship.

Disability is defined in section 2 of the *Citizenship Act* as the incapacity of a minor or of a person who is mentally incompetent. The appellant, consequently, is not a person under a disability within the meaning of the *Citizenship Act*, so that the Minister is not authorized to waive the requirement of the citizenship oath for him. Were the Minister or the Citizenship Court more broadly authorized by Parliament to waive the requirement of the citizenship oath in appropriate cases, this litigation might have been avoided. However, as the legislation stands, the Court must consider the appellant's contention that the oath of citizenship is unconstitutional, at least in relation to his situation.

JUDGMENTS BELOW

The motion to strike was heard before the Associate Senior Prothonotary who granted the motion "without prejudice to the plaintiff's right to file a claim or declaration outlining a complete cause of action devoid of irrelevant material within the jurisdiction of the Court" (see page 22, Case). Costs of the motion were awarded against the appellant in any event of the cause.

The appellant appealed to the Trial Division, where his appeal was dismissed. Mr. Justice Joyal stated that, in Canada, the Queen is equivalent to "State" or "Crown" and that the oath or affirmation of citizenship requires an oath or affirmation to this country's Head of State. He held that it was not constitutionally significant that our Head of State is a monarch and an Anglican. Further, the appellant was free to make an affirmation if to make an oath was contrary to his conscience.

frappée d'incapacité des conditions relatives à la prestation du serment de citoyenneté. Il se lit comme suit:

5. . . .

(3) Pour des raisons d'ordre humanitaire, le ministre a le pouvoir discrétionnaire d'exempter:

b) dans le cas des personnes frappées d'incapacité, des conditions relatives . . . à la prestation du serment de citoyenneté.

Selon la définition énoncée à l'article 2 de la *Loi sur la citoyenneté*, on entend par «incapacité» celle qui découle de la minorité ou de l'altération des facultés mentales. Par conséquent, l'appellant n'est pas une personne frappée d'incapacité au sens de la *Loi sur la citoyenneté*, et le ministre n'est pas autorisé à l'exempter des conditions relatives à la prestation du serment de citoyenneté. Si le législateur avait conféré au ministre ou au Bureau de la citoyenneté des pouvoirs plus étendus d'exemption des conditions relatives à la prestation du serment dans les cas appropriés, le litige aurait pu être évité. Toutefois, sous le régime de la Loi présentement en vigueur, la Cour doit examiner la prétention de l'appellant selon laquelle le serment de citoyenneté est inconstitutionnel, à tout le moins en regard de sa situation.

f DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES

La requête en radiation a été entendue par le proto-notaire adjoint, qui l'a accueillie [TRADUCTION] «sous réserve du droit du demandeur de déposer une demande ou une déclaration qui révèle une véritable cause d'action, qui soit exempte de toute allégation non pertinente et relève de la compétence de la Cour» (voir page 22 du dossier). Les dépens de la requête ont été adjugés contre l'appellant sans égard à l'issue de la cause.

L'appellant a interjeté appel à la Section de première instance, mais celle-ci a rejeté l'appel. M. le juge Joyal a déclaré qu'au Canada, la Reine est l'équivalent de «l'État» et de la «Couronne» et que la prestation du serment de citoyenneté exige la prestation d'un serment d'allégeance au chef d'État de ce pays. Il a statué que le fait que notre chef d'État appartienne à la monarchie et à l'Église anglicane n'avait aucune importance sur le plan constitutionnel. Il a ajouté que l'appellant était libre de prononcer une

Mr. Justice Joyal concluded as follows [at page 179]:

The appellant must be aware that Canada is a secular state and although many of its laws reflect religious tradition, culture and values, they are nonetheless secular or positivistic in nature. To grant exemptions of the kind claimed by the appellant would be to permit the imposition of private beliefs, religious or otherwise, on laws of general application, a condition which would be in contradiction with the principles of a secular state.

Mr. Justice Joyal stated that, in his view, the oath or affirmation could not be challenged on Charter grounds, and indicated that the appellant's remedy lay in the political realm. He dismissed the appeal with costs.

THE TEST FOR DISCLOSING NO REASONABLE CAUSE OF ACTION

The governing test for dismissing an action or striking out a claim as disclosing no reasonable cause of action is a difficult one to meet. Our Courts are rightly reluctant to snuff out potentially meritorious actions prematurely. We try to err on the side of giving each person a day in court, striking out claims only in the plainest and most obvious cases. As Mr. Justice Estey wrote for the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740:

On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt". [Emphasis added.]

This standard was adopted by the Supreme Court of Canada in the context of a Charter claim in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441. Madam Justice Wilson, in concurring reasons, stated, at page 486:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, *i.e.* a cause of action "with some chance of success". [Emphasis added.]

affirmation solennelle si sa conscience l'empêchait de prêter serment.

M. le juge Joyal a conclu [à la page 179]:

L'appelant doit savoir que le Canada est un État laïc et que, bien qu'un bon nombre de ses lois reflètent des valeurs, des cultures et des traditions religieuses, elles ont néanmoins un caractère laïc ou positiviste. En accordant des dispenses comme celle réclamée par l'appelant, on permettrait d'imposer à des lois d'application générale, des croyances particulières, religieuses ou autres, ce qui serait contraire aux principes d'un État laïc.

M. le juge Joyal a déclaré que, selon lui, il n'était pas possible de contester le serment ou l'affirmation solennelle en invoquant la Charte, et il a souligné que l'unique recours de l'appelant était d'ordre politique. Il a rejeté l'appel avec dépens.

LE CRITÈRE APPLICABLE À L'ABSENCE DE CAUSE RAISONNABLE D'ACTION

Il est difficile de satisfaire au critère déterminant qui justifie le rejet d'une action ou la radiation d'une demande pour absence de cause raisonnable d'action. Nos tribunaux sont à juste titre réticents à mettre fin prématurément à des actions qui pourraient éventuellement s'avérer bien fondées. Nous préférons donner à chacun l'occasion d'être entendu et ne radier les demandes que dans les cas les plus manifestes. Pour reprendre les propos tenus par le juge Estey de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 740:

Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas au-delà de tout doute. [C'est moi qui souligne.]

La Cour suprême du Canada a adopté cette norme relativement à une demande fondée sur la Charte dans l'affaire *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441. Mme le juge Wilson, dans ses motifs concordants, a déclaré, à la page 486:

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, *c.-à-d.* une cause d'action "qui a quelques chances de succès". [C'est moi qui souligne.]

The majority in *Operation Dismantle, supra*, led by Chief Justice Dickson, cited *Inuit Tapirisat, supra*, and then quoted the concurring reasons of Madam Justice Wilson with approval.

In *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, Madam Justice Wilson did an extensive survey of the law on striking out claims for disclosing no reasonable cause of action. She concluded, writing for the Court, at page 980:

[A]ssuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it “plain and obvious” that the plaintiff’s statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat”. [Emphasis added.]

Consequently, if it is “plain and obvious” or “beyond doubt” that the appellant cannot succeed, the declaration should be struck out, but if there is “some chance of success” or “a chance that the plaintiff might succeed”, the action should be allowed to proceed to trial.

A document such as a statement of claim or, as in this case, a declaration does not contain the evidence required to prove the facts that the plaintiff alleges. The facts alleged may or may not be proven at the trial—that is, it may or may not be shown that the appellant holds the views he alleges he holds and it may or may not be shown that the potential negative consequences will actually transpire. One of the driving reasons behind the high threshold for striking out a statement of claim for disclosing no reasonable cause of action is to prevent a court from embarking on a resolution of factual issues raised in a case in the absence of any evidence. The danger of such a course is obvious: there is an inadequate record upon which to make the factual determinations necessary to the disposition of a case. Further, a statement of claim contains only a skeleton of a legal argument, which will be fleshed out in submissions before the trial Court. It is only in the most obvious of cases, therefore, that the opportunity to present evidence and full legal argument should be denied a litigant.

Dans l’affaire *Operation Dismantle, supra*, la majorité des juges, représentés par le juge en chef Dickson, ont mentionné la décision *Inuit Tapirisat, supra*, et ont cité les motifs concordants de Mme le juge Wilson, qu’ils ont approuvés.

Dans l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, Mme le juge Wilson a analysé en profondeur le droit relatif à la radiation des demandes au motif qu’elles ne révèlent aucune cause raisonnable d’action. Dans la décision qu’elle a rédigée au nom de la Cour, elle conclut, à la page 980:

[D]ans l’hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d’action raisonnable? Comme en Angleterre, s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d’un jugement». [C’est moi qui souligne.]

Par conséquent, s’il est «évident et manifeste» ou «au-delà de tout doute» que l’appelant ne peut obtenir gain de cause, la déclaration doit être radiée, mais si l’action «a quelques chances de succès» ou «s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause», le tribunal doit permettre que l’action soit instruite.

Le document intitulé *statement of claim* ou déclaration, comme en l’espèce, ne comprend pas la preuve requise pour établir les faits allégués par la partie demanderesse. Ces faits peuvent ou non être établis lors de l’instruction, c’est-à-dire qu’il peut être démontré ou non que les opinions de l’appelant sont bien celles qu’il prétend avoir et que les conséquences négatives éventuelles se produiront effectivement. L’une des raisons déterminantes pour lesquelles le critère applicable à la radiation d’une déclaration au motif qu’elle ne révèle aucune cause raisonnable d’action est aussi exigeant tient à la volonté d’empêcher la Cour de s’engager dans la résolution des questions de fait en l’absence de toute preuve. Le risque inhérent à cette entreprise est manifeste: le tribunal ne dispose pas d’éléments suffisants pour rendre les décisions sur les faits nécessaires au règlement du litige. De plus, la déclaration ne contient que l’essentiel de l’argumentation juridique qui sera étoffée lors de la présentation des prétentions des parties devant la Cour de première instance. Ce n’est donc que dans les cas les plus manifestes qu’une partie peut être privée de l’occasion de produire sa

In applying this standard to the appellant's declaration, it should be borne in mind that these reasons are not in any way relevant to whether the appellant's action will or should succeed at trial; they are limited only to a consideration of whether he might succeed at trial. Consequently, these reasons must not be read as expressing any views, one way or the other, on the ultimate merits of any of the appellant's allegations.

THE APPELLANT'S CLAIM

The appellant's declaration alleges that the oath of citizenship is contrary to several sections of the Charter, including paragraphs 2(a), 2(b), 2(c), 2(d), section 12, and subsection 15(1). The appellant also claims that these Charter rights should be interpreted in accordance with section 27, which encourages the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. I will deal with each of the appellant's arguments in turn.

It should be noted that the appellant has not distinguished in his declaration between taking an oath and making an affirmation. The religious character of taking an oath is not an issue for the appellant and this is rightly so given the availability of the affirmation. In other words, the form of the oath is not in issue, only its content. The appellant is objecting to making any commitment of loyalty or allegiance to Her Majesty the Queen that is binding on his conscience, whether that commitment be evinced by way of oath or affirmation. Therefore, the word "oath" as used in the declaration should be read as referring to both an oath and an affirmation.

THE NATURE OF AN OATH

Through an oath or affirmation, a person attests that he or she is bound in conscience to perform an act or to hold to an ideal faithfully and truly. An oath "relies on the individual's inner sense of personal worth and what is right". It engages the "will and conscience of the taker of the oath." (See Gochnauer,

preuve et de faire valoir une argumentation complète en droit.

Si l'on applique cette norme à la déclaration de l'appellant, il faut se rappeler que les présents motifs n'ont aucune pertinence quant à la question de savoir si l'appellant aura ou devrait avoir gain de cause à la suite de l'instruction; leur portée est limitée à la question de savoir si l'appellant peut avoir gain de cause à la suite de l'instruction. Par conséquent, ils ne doivent pas être interprétés comme l'expression d'une opinion, quelle qu'elle soit, sur le bien-fondé en définitive des allégations de l'appellant.

LA DEMANDE DE L'APPELLANT

Dans sa déclaration, l'appellant prétend que le serment de citoyenneté va à l'encontre de plusieurs dispositions de la Charte, y compris les alinéas 2(a), 2(b), 2(c), 2(d), l'article 12 et le paragraphe 15(1). L'appellant soutient en outre que l'interprétation de ses droits garantis par la Charte doit concorder avec l'article 27 qui vise à promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. J'examinerai un à un les arguments de l'appellant.

Il faut souligner que l'appellant n'a établi aucune distinction dans sa déclaration entre le serment et l'affirmation solennelle. Le caractère religieux de la prestation de serment n'est pas en litige, du point de vue de l'appellant, et c'est bien ainsi, compte tenu de la possibilité qui lui est offerte de faire une affirmation solennelle. En d'autres termes, ce n'est pas la forme du serment qui est en cause, mais son contenu. L'appellant s'oppose à prendre tout engagement de fidélité et d'allégeance à Sa Majesté la Reine qui lie-rait sa conscience, peu importe que cet engagement prenne la forme d'un serment ou d'une affirmation solennelle. Par conséquent, le terme «serment» utilisé dans la déclaration doit s'entendre à la fois d'un serment et d'une affirmation solennelle.

LA NATURE DU SERMENT

La personne qui prête serment, ou qui fait une affirmation solennelle, atteste qu'elle s'engage en son âme et conscience à accomplir un acte ou à poursuivre un idéal avec fidélité et sincérité. Le serment [TRADUCTION] «s'appuie sur la conception intime que chacun a de sa valeur personnelle et de ce qui est

“Oaths, Witnesses and Modern Law” (1991), 4 *Can. J. Law & Jur.* 67, at pages 71-73.) In the past it invariably invoked the aid of the Supreme Being as “rewarder of truth” and as “avenger of falsehood.” (See *Omychund v. Barker* (1744), 26 E.R. 15, at page 32).

Nowadays, however, simple affirmations are generally accepted. Being allowed to affirm instead of swearing an oath was a major human rights achievement for our society. Minority religious groups in the past were denied rights because of their inability or unwillingness to swear the oath. For example, Professor Irving Abella in his fascinating book, *A Coat of Many Colours*, (1990), at page 20, tells how Ezekiel Hart, a person of the Jewish faith, ran and won an election as member of the Legislative Assembly of Quebec for Three Rivers in 1807. However, because he took the oath on the Old Testament with his head covered, rather than on the New Testament, he was barred from taking his seat and was replaced by the runner-up in the election. Hart ran and was elected again in 1808 and, though this time he indicated a willingness to swear the oath on the New Testament, he was again denied his seat on the basis that he would not be bound by such an oath and that he would “thereby profane the Christian religion”. It was not until 1832 that Jewish people won the right to hold elected office in Quebec. The situation was worse in England, where it took 26 more years for Jews to be able to hold elected office. A similar sorry saga had to be enacted by Lionel de Rothschild, who had to be elected six times between 1847 and 1858 in the city of London before he was finally allowed to take his seat in the House of Commons, after swearing the oath on the Old Testament according to the Jewish tradition with his head covered. (See Morton, *The Rothschilds: A Family Portrait*, (1962), at page 163.) This problem, fortunately, no longer shames us.

bien». Le serment engage [TRADUCTION] «l'âme et conscience de la personne qui prête serment». (Voir Gochnauer, «Oaths, Witnesses and Modern Law» (1991), 4 *Can. J. Law & Jur.* 67, aux pages 71 à 73.) Autrefois, il invoquait invariablement l'aide de l'Être suprême [TRADUCTION] «qui récompense la vérité» et [TRADUCTION] «qui punit le mensonge». (Voir la décision *Omychund v. Barker* (1744), 26 E.R. 15, à la page 32.)

Cependant, de nos jours, de simples affirmations solennelles sont généralement acceptées. Notre société a fait un grand pas vers le respect des droits de la personne lorsqu'elle a permis que l'affirmation solennelle puisse être substituée au serment. Par le passé, les groupes religieux minoritaires ont été privés de certains de leurs droits parce qu'ils ne pouvaient pas ou ne voulaient pas prêter serment. Ainsi, le professeur Irving Abella, dans son ouvrage fascinant, *A Coat of Many Colours*, (1990), à la page 20, raconte comment Ezekiel Hart, qui était de religion juive, a brigué les suffrages et a été élu membre de l'Assemblée législative du Québec dans la circonscription de Trois-Rivières en 1807. Néanmoins, comme il avait prêté serment sur l'Ancien Testament, sans s'être découvert, plutôt que sur le Nouveau Testament, on ne lui a pas permis d'occuper son siège et il a été remplacé par la personne qui avait obtenu le plus de votes après lui. M. Hart s'est représenté aux élections et a été réélu en 1808. À cette occasion, il a manifesté l'intention de prêter serment sur le Nouveau Testament, mais on l'a à nouveau privé de son siège au motif qu'il n'aurait pas été lié par son serment et qu'en agissant ainsi, il [TRADUCTION] «profanerait la religion chrétienne». Ce n'est qu'en 1832 que les Juifs ont obtenu le droit d'occuper un poste électif au Québec. La situation était encore pire en Angleterre, où il a fallu 26 ans de plus pour que les Juifs puissent remplir une charge élective. Lionel de Rothschild a malheureusement dû vivre une saga similaire: il a dû se faire élire à six reprises entre 1847 et 1858 dans la ville de Londres avant de pouvoir enfin occuper son siège à la Chambre des Communes après avoir prêté serment sur l'Ancien Testament, sans se découvrir, conformément à la tradition juive. (Voir Morton, *The Rothschilds: A Family Portrait*, (1962), à la page 163.) Ce problème, qui nous couvrait de honte, est heureusement résolu.

We require oaths or affirmations as a method of binding the conscience in various circumstances such as testifying in Court, being admitted as a member of the Bar, as a Member of Parliament, on entering the Public Service, and, of course, there is also the oath of citizenship which is at issue in this appeal. These are all circumstances in which we seek to ensure certain paramount goals such as fidelity to the truth or loyalty to the country. As I stated in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250 (C.A.), at page 281:

Swearing an oath as a prerequisite to citizenship is a common practice followed in many countries. It is, in essence, a simple inquiry as to whether an individual is committed to the country and shares the basic principles or ideals upon which the country was founded.

This view was dramatically proclaimed in the American context, by Justice Felix Frankfurter (see, Levinson, "Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths" (1986), 84 *Mich. L. Rev.* 1440, at page 1441):

American citizenship implies entering upon a fellowship which binds people together by devotion to certain feelings and ideas and ideals summarized as a requirement that they be attached to the principles of the Constitution.

There is some jurisprudence on the relationship between oaths and the conscience of the oath-taker in the context of swearing to tell the truth in court proceedings. For example, in *R. v. Bannerman* (1966), 55 W.W.R. 257 (Man. C.A.), at page 284, Dickson J. (as he then was) stated that the "object of the law in requiring an oath is to get at the truth relative to matters in dispute by getting a hold on the conscience of the witness." This fundamental relationship between the oath and the swearer's conscience has been reiterated in several Supreme Court decisions (see, for example, *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740).

Criminal sanctions may even follow when persons who swear to tell the truth perjure themselves (see *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, section 131 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17]). In

On exige de certaines personnes qu'elles prêtent serment ou qu'elles fassent une affirmation solennelle pour s'engager en leur âme et conscience dans différentes situations, notamment lorsqu'elles témoignent devant le tribunal, qu'elles sont admises au Barreau, qu'elles sont élues députés, qu'elles joignent les rangs de la fonction publique et, bien sûr, lorsqu'elles prêtent le serment de citoyenneté sur lequel porte l'appel. Ce sont toutes des situations dans lesquelles nous poursuivons des objectifs qui prédominent tous les autres, telles la fidélité à la vérité ou la loyauté envers notre pays. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétariat d'État)* [1994] 1 C.F. 250 (C.A.), à la page 281:

La prestation du serment du citoyen est un usage observé dans un grand nombre de pays à titre de condition préalable de la naturalisation. Il s'agit essentiellement d'une mesure destinée à s'assurer que l'intéressé s'engage vis-à-vis du pays et partage les principes et les idéaux fondamentaux sur lesquels celui-ci est bâti.

Cette opinion a été proclamée de façon éclatante dans le contexte américain par le juge Felix Frankfurter: (voir Levinson, «Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths» (1986), 84 *Mich. L. Rev.* 1440, à la page 1441):

[TRADUCTION] L'obtention de la citoyenneté américaine suppose l'entrée dans une confrérie dont les membres sont tenus par leur attachement à certains sentiments, à certaines idées et à certains idéaux se traduisant sommairement par leur obligation d'adhérer aux principes de la Constitution.

Il existe de la jurisprudence sur le lien qui existe entre les serments et la conscience de la personne qui jure de dire toute la vérité dans une instance judiciaire. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Bannerman* (1966), 55 W.W.R. 257 (C.A. Man.), à la page 284, le juge Dickson, alors membre de la Cour d'appel, a déclaré que [TRADUCTION] «la loi qui exige le serment a pour objet de découvrir la vérité relativement aux questions contestées en faisant appel à la conscience du témoin». Ce lien fondamental qui existe entre le serment et la conscience de la personne qui prête serment a été réitéré dans plusieurs décisions de la Cour suprême (voir, par exemple, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740).

Des sanctions de nature pénale peuvent même être imposées aux personnes qui font le serment de dire la vérité et qui se parjurent (voir le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, article 131 [mod. par L.R.C.

addition, a person's citizenship may be forfeited if someone obtains it "by false representation or fraud or knowingly concealing material circumstances" (see section 10, *Citizenship Act, supra*).

It can be seen that an oath or affirmation is a solemn matter whose function in our society is to secure important goals such as truth, justice, good government and national security. As Gochnauer, *supra*, at page 99, has explained:

As far back as we can trace the oath, it performs the social function of publicly committing the speaker to something *in the strongest possible way*. In the extremity of the undertaking it is equalled only by vows.

The appellant's declaration alleges that he adheres to this view of the oath. He states in paragraph 16: "The appellant believes that a public oath is the most solemn rite and that its terms must be faithfully observed."

An oath or affirmation, therefore, is not a matter to be taken lightly; when, for reasons of conscience, a person feels he or she cannot swear a certain oath or make a certain affirmation, one must carefully consider that position, for it shows that that person takes the oath seriously, something we wish to support.

THE FUNDAMENTAL FREEDOMS

The appellant contends that his fundamental freedoms will be violated if he is made to take the oath of loyalty to the Queen. Section 2 of the Charter protects what are referred to as fundamental freedoms:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association.

(1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 17]). De plus, une personne peut être déchue de sa citoyenneté si elle l'obtient «par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels» (voir l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté, supra*).

On constate donc que le serment ou l'affirmation solennelle sont des processus solennels dont la fonction, dans notre société, est d'assurer l'atteinte d'objectifs importants comme la vérité, la justice, le bon gouvernement et la sécurité nationale. Comme l'a expliqué Gochnauer, *supra*, à la page 99:

[TRADUCTION] Aussi loin qu'on puisse remonter dans l'histoire du serment, sa fonction sociale est d'engager publiquement, *de la façon la plus irrévocable*, la personne qui le prête à le respecter. Seuls les vœux constituent un engagement aussi extrême.

Dans sa déclaration, l'appelant prétend épouser cette conception du serment. Il affirme, au paragraphe 16: [TRADUCTION] «L'appelant croit qu'un serment public est le rite le plus solennel et que ses termes doivent être observés fidèlement».

On ne peut donc pas prendre un serment ou une affirmation solennelle à la légère; lorsque, pour des raisons de conscience, une personne estime qu'elle ne peut pas prêter serment ou faire une affirmation solennelle, il faut considérer cette position avec prudence, car elle démontre que la personne en cause attache de l'importance au serment, et c'est là une attitude que nous voulons encourager.

LIBERTÉS FONDAMENTALES

L'appelant soutient qu'il sera porté atteinte à ses libertés fondamentales si on l'oblige à prêter le serment de loyauté envers la Reine. L'article 2 de la Charte protège les libertés que nous qualifions de fondamentales:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

The appellant contends that each of these provisions are applicable in his case. I shall deal with them in turn.

(a) Freedom of conscience and religion

The appellant's first claim is that the citizenship oath in its present form violates his freedom of conscience under paragraph 2(a) since it is against his "conscience to make oaths to all but the Supreme Being and to principles such as truth, freedom, equality, justice and the rule of law." The appellant also claims that the oath or affirmation in its present form violates his freedom of religion under paragraph 2(a) inasmuch as the Queen is the "Head of the Anglican Church and the [appellant] is not of the Anglican faith."

There is little authoritative jurisprudence on freedom of conscience under paragraph 2(a) of the Charter. However, the concurring reasons of Madam Justice Wilson in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at page 179, are instructive in their approach to freedom of conscience. She stated:

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society "freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning.

It seems, therefore, that freedom of conscience is broader than freedom of religion. The latter relates more to religious views derived from established religious institutions, whereas the former is aimed at protecting views based on strongly held moral ideas of right and wrong, not necessarily founded on any organized religious principles. These are serious matters of conscience. Consequently the appellant is not limited to challenging the oath or affirmation on the basis of a belief grounded in religion in order to rely on freedom of conscience under paragraph 2(a) of the Charter. For example, a secular conscientious objection to service in the military might well fall within the ambit of freedom of conscience, though not religion. However, as Madam Justice Wilson indicated,

L'appellant prétend que chacune de ces dispositions s'applique à sa situation. Je les examinerai une à une.

a (a) La liberté de conscience et de religion

La première prétention de l'appellant veut que le serment de citoyenneté sous sa forme actuelle viole sa liberté de conscience, protégée par l'alinéa 2a), car «sa conscience l'empêche de prêter serment devant quiconque sauf l'Être suprême et de souscrire à d'autres principes que ceux de vérité, de liberté, d'égalité, de justice et de primauté du droit». L'appellant soutient en outre que le serment ou l'affirmation solennelle sous leur forme actuelle violent la liberté de religion que lui garantit l'alinéa 2a) dans la mesure où la Reine est le «chef de l'Église anglicane et [que l'appellant] n'est pas un adepte de cette religion».

Il existe peu de jurisprudence qui ferait autorité sur la question de la liberté de conscience garantie par l'alinéa 2a) de la Charte. Toutefois, les motifs concordants de Mme le juge Wilson dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la page 179, témoignent de la façon dont la Cour conçoit la liberté de conscience. Elle affirme:

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la «liberté de conscience et de religion» devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes «conscience» et «religion» ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié.

Il semble donc que la liberté de conscience ait une portée plus large que la liberté de religion. Cette dernière se rattache davantage à des opinions religieuses transmises par des institutions religieuses établies alors que la première vise à protéger les opinions, fondées sur une conception morale très profondément ancrée du bien et du mal, qui ne reposent pas nécessairement sur des principes religieux organisés. Ce sont de graves questions de conscience. Par conséquent, l'appellant peut contester le serment ou l'affirmation solennelle en se fondant sur la liberté de conscience garantie par l'alinéa 2a) de la Charte, sans faire appel à des moyens découlant de ses croyances religieuses. Par exemple, une objection de conscience laïque au service militaire peut très bien se situer

“conscience” and “religion” have related meanings in that they both describe the location of profound moral and ethical beliefs, as distinguished from political or other beliefs which are protected by paragraph 2(b).

In my view, with respect to both freedom of conscience and freedom of religion, the appellant will have to show that the burden imposed on him by the oath is more than trivial or insubstantial. As Dickson C.J. wrote in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at page 759:

The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial.

The impact of a law or government action on freedom of conscience or religion has been called a “coercive burden” in cases such as *Edwards Books*, *supra*. In *Edwards Books*, *supra*, Chief Justice Dickson was discussing the state-imposed cost of Sunday-closing legislation on retailers who for religious reasons observe a sabbath or day of rest other than Sunday.

A similar analysis should be employed in assessing any interference with freedom of conscience. This would require a claimant to show that his or her conscientiously held moral views might reasonably be threatened by the legislation in question, and that the coercive burden on his or her conscience would not be trivial or insubstantial.

dans la portée de la liberté de conscience, bien qu'elle ne ressortisse pas à la liberté de religion. Toutefois, comme l'a exprimé Mme le juge Wilson, les termes «conscience» et «religion» ont des sens apparentés du fait qu'ils décrivent tous les deux le domaine des croyances éthiques et morales profondes, par opposition aux autres croyances et notamment à celles à caractère politique qui sont protégées par l'alinéa 2b).

À mon avis, en ce qui a trait à la fois à la liberté de conscience et à la liberté de religion, l'appelant devra démontrer que le fardeau qui lui est imposé par le serment n'est ni négligeable ni insignifiant. Pour reprendre les termes du juge en chef Dickson, dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la page 759:

L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant.

Pour désigner l'impact d'une loi ou d'une mesure prise par le gouvernement sur la liberté de conscience ou de religion, on a utilisé l'expression «entrave coercitive» dans la jurisprudence et notamment dans *Edwards Books*, *supra*. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson traitait du coût imposé par l'État découlant de la loi interdisant le commerce le dimanche pour les détaillants qui, pour des motifs religieux, observaient le sabbat ou un jour de repos autre que le dimanche.

La même analyse doit être effectuée pour évaluer toute atteinte à la liberté de conscience. Elle exige que le demandeur démontre que ses opinions morales dictées par la conscience pourraient être raisonnablement menacées par la loi contestée et que l'entrave coercitive imposée à sa conscience n'est ni négligeable ni insignifiante.

In my view, the appellant has not raised a plausible argument about the imposition of a coercive burden on his conscientiously held views which bridle at swearing an oath to anyone but a Supreme Being. Based on the facts as disclosed in the declaration and the statutory law, the appellant is not required to swear an oath to the Queen as he alleges, nor to anyone but a Supreme Being, if he chooses to swear. Moreover, he may decide to affirm rather than to swear, if that is objectionable to him. His real objection is not to the method of oath making, but to its content. His claim under paragraph 2(a) of the Charter regarding freedom of conscience should, therefore, be struck out. (This is not to say that the appellant might not have made a valid argument regarding freedom of conscience had he articulated a conscientious objection to the content of the oath or affirmation.)

Similarly, the appellant's allegation that the oath of citizenship restricts his freedom of religion since the Queen is the "Head of the Anglican Church" must be struck out. As Mr. Justice Joyal found, Parliament's purpose in framing the oath or affirmation was to require a statement of loyalty to Canada's head of state and its institutions, not to interfere with religious freedom. There is no mention in our Constitution nor in this oath of the Queen in her capacity as Head of the Church of England. The oath requires no statement of allegiance to Anglicanism nor to the Queen in relation to her role in the Church of England. Indeed, the Anglican Church of Canada is governed, not by the Queen, but by an independent Synod established in Canada. Therefore, the purpose of the oath or affirmation is not to interfere with the guarantee of freedom of religion, because its purpose was not in any way to insist upon loyalty to the Anglican Church.

Nor is the oath restrictive of the appellant's freedom of religion in its effects. The Supreme Court decided in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *Edwards Books, supra*, that not only the purpose, but also the effects of legislation are relevant to determining its constitutionality. As Dickson C. J. stated in *Edwards Books, supra* [at page 752]:

Selon moi, l'appellant n'a pas soulevé d'argument plausible relativement à l'imposition d'une entrave coercitive à ses opinions dictées par la conscience qui l'empêcheraient de prêter serment devant quelqu'un qui ne soit pas l'Être suprême. Si l'on s'en remet aux faits exposés dans la déclaration et aux dispositions législatives, l'appellant n'est pas tenu de prêter serment devant la Reine comme il le prétend ni devant qui que ce soit d'autre que l'Être suprême, s'il décide de prêter serment. De plus, il peut faire une affirmation solennelle plutôt que jurer s'il s'oppose à prêter serment. Sa véritable objection ne touche pas la forme du serment, mais plutôt son contenu. Sa prétention fondée sur l'alinéa 2a) de la Charte concernant la liberté de conscience doit donc être radiée. (Ce qui ne veut pas dire que l'appellant n'aurait pas pu soulever un argument valable quant à la liberté de conscience s'il avait formulé une objection de conscience au contenu du serment ou de l'affirmation.)

L'allégation de l'appellant portant que le serment de citoyenneté restreint sa liberté de religion du fait que la Reine est le «chef de l'Église anglicane» doit également être radiée. Comme l'a conclu M. le juge Joyal, lorsque le législateur a établi le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté, son objet était de prescrire une déclaration de loyauté envers le chef d'État du Canada et ses institutions et non de porter atteinte à la liberté de religion. Ni la Constitution, ni le libellé du serment ne font allusion à la Reine en sa qualité de chef de l'Église d'Angleterre. Le serment ne comporte pas de déclaration d'allégeance à la religion anglicane, ni à la Reine relativement au rôle qu'elle joue dans l'Église d'Angleterre. En fait, l'Église anglicane du Canada est dirigée, non pas par la Reine, mais par un synode indépendant établi au Canada. Par conséquent, l'objet du serment ou de l'affirmation solennelle n'est pas de porter atteinte à la liberté de religion garantie, car leur objet ne vise d'aucune façon la loyauté envers l'Église anglicane.

Le serment ne restreint pas non plus la liberté de religion de l'appellant par ses effets. La Cour suprême a décidé, dans les affaires *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *Edwards Books, supra*, que non seulement l'objet mais également les effets de la loi sont pertinents pour en déterminer la validité sur le plan constitutionnel. Dans l'arrêt

Even if a law has a valid purpose, it is still open to a litigant to argue that it interferes by its effects with a right or freedom guaranteed by the *Charter*.

I summarized the test under paragraph 2(a) with respect to effects on freedom of religion in my reasons in *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), at pages 65-66:

Yet while any law that involves a so-called coercive burden on an individual's practice of their religion—which really means no more than that the law has some influence on their religious practice—may potentially fall within the ambit of paragraph 2(a), it is clear that not all such laws contravene that paragraph. A trivial or insubstantial interference with religion is insufficient to violate paragraph 2(a). There must be a substantial enough interference that one's religious practice might reasonably or actually be threatened.

Edwards Books, supra, made it clear that the same can be said of a reasonable or actual threat to a religious belief as well as to a religious practice (at page 759).

The appellant's claim with respect to effects on his freedom of religion does not disclose a burden which is more than trivial or insubstantial. The relationship between an oath of allegiance to the Queen in her capacity of Head of State and the appellant's religious practice and beliefs is too remote. Basically, the appellant is objecting to the religion of the Queen, which cannot affect him in any way. Ironically, rather than the oath interfering with his freedom of religion, it might be said that the appellant wants to limit the religious freedom of the monarch. This view reflects the conclusion of Mr. Justice Joyal who found that the appellant's arguments regarding the Queen as head of the Anglican Church involved a "dialectic which is bereft of any legal or constitutional content" (at page 179). The appellant's allegation that the oath violates his freedom of religion must, therefore, be struck out.

Edwards Books, supra, le juge en chef Dickson a déclaré [à la page 752]:

Même si une loi a un objet régulier, il est encore possible à un justiciable de faire valoir que, de par ses effets, elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*.

J'ai résumé le critère applicable en vertu de l'alinéa 2a), en ce qui a trait aux effets d'une loi sur la liberté de religion, dans les motifs que j'ai prononcés dans l'affaire *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40 (C.A.), aux pages 65 et 66:

Cependant, bien qu'une loi qui comporte une prétendue entrave coercitive à l'exercice, par un individu, d'une religion—ce qui, en réalité, ne signifie pas plus que la loi exerce une certaine influence sur la pratique religieuse de cet individu—puisse peut-être tomber sous le coup de l'alinéa 2a), il est évident que les lois de ce type n'enfreignent pas toutes cet alinéa. Une entrave négligeable ou insignifiante à la religion ne suffit pas pour qu'il y ait violation de l'alinéa 2a); l'entrave doit être suffisamment importante pour risquer de menacer ou menacer effectivement la pratique religieuse de l'individu en question.

La décision *Edwards Books, supra*, établit clairement qu'il en va de même de la menace raisonnable ou véritable qui toucherait une croyance ou un comportement d'ordre religieux (à la page 759).

La demande de l'appelant en ce qui a trait aux effets du serment sur sa liberté de religion ne révèle aucune entrave qui ne soit pas négligeable ou insignifiante. Le lien entre un serment d'allégeance à la Reine en sa qualité de chef d'État et la pratique et les croyances religieuses de l'appelant est trop éloigné. Fondamentalement, l'objection que formule l'appelant vise la religion de la Reine, qui ne peut avoir aucune incidence sur lui. Ironiquement, ce n'est pas le serment qui porte atteinte à la liberté de religion de l'appelant, mais on pourrait affirmer que c'est l'appelant qui veut limiter la liberté religieuse du monarque. Cette opinion reflète la conclusion de M. le juge Joyal selon laquelle les arguments de l'appelant relativement à la Reine en sa qualité de chef de l'Église anglicane «témoignent selon moi d'une dialectique dénuée de tout contenu juridique ou constitutionnel» (à la page 179). Par conséquent, l'allégation de l'appelant portant que le serment viole sa liberté de religion doit être radiée.

(b) Freedom of thought, belief, opinion and expression

The appellant claims that swearing an oath or making an affirmation of loyalty to the Queen abridges his freedom of thought, belief, opinion and expression under paragraph 2(b) of the Charter. There is a discrete body of jurisprudence on freedom of expression, and therefore I will treat that issue separately later.

Freedom of thought, belief and opinion is distinct from freedom of conscience. Freedom of thought, belief and opinion encompasses many ideas and principles that are not matters of conscience, nor of right or wrong; what is involved here are political, social, economic or cultural ideas. We are dealing here in the realm of reason, not of faith, nor of morality. It is obvious that there are no sharp dividing lines here; these matters may blur into one another, making them difficult to differentiate.

It appears to me, however, that much the same analysis could be applied to these freedoms as to freedom of conscience and freedom of religion. There must be some coercive burden flowing out of the impugned law. The appellant claims that, if he swore allegiance to the Queen, he would feel honour-bound to refrain from thinking and expressing beliefs and opinions about the abolition of the monarchy; hence, he argues, a coercive burden would be placed on the exercise of his freedom of thought, belief and opinion.

The interpretation of most people would not so restrict the freedom of one who swore allegiance to the Queen. The views expressed by my brother MacGuigan as to the current meaning of the oath of allegiance make sense. It may well be the correct interpretation. Obviously, the newly-elected Bloc Québécois Members of Parliament had no difficulty swearing the oath of allegiance to the Queen, even though they are committed to working democratically to achieve a monarch-less independent state.

(b) La liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression

L'appelant prétend que le fait de prêter un serment ou de faire une affirmation solennelle de loyauté envers la Reine porte atteinte à sa liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Il existe de la jurisprudence distincte sur la liberté d'expression et je traiterai donc cette question séparément un peu plus loin.

La liberté de pensée, de croyance et d'opinion se distingue de la liberté de conscience. La liberté de pensée, de croyance et d'opinion englobe de nombreuses idées et de nombreux principes qui ne sont pas des questions de conscience, ni de distinction entre le bien et le mal; on vise ici les idées politiques, sociales, économiques ou culturelles. Ces problèmes appartiennent au domaine de la raison, et non à celui de la foi ou de la moralité. Il est évident qu'il n'existe pas de frontière bien définie entre ces questions; il se peut qu'elles se chevauchent, ce qui les rend difficiles à différencier.

Il me semble toutefois possible d'appliquer à ces libertés une analyse assez semblable à celle que l'on applique à la liberté de conscience et de religion. Une certaine entrave coercitive doit découler de la loi contestée. L'appelant prétend que, s'il jurait allégeance à la Reine, il se sentirait tenu par l'honneur de s'abstenir de penser et d'exprimer des croyances et des opinions sur l'abolition de la monarchie; il soutient donc que l'exercice de sa liberté de pensée, de croyance et d'opinion subirait une entrave coercitive.

La plupart des gens ne donneraient pas au serment d'allégeance à la Reine une interprétation qui limiterait ainsi la liberté de celui qui le prête. L'opinion exprimée par mon collègue, le juge MacGuigan, relativement à la signification usuelle du serment d'allégeance est sensée. Il est très possible que ce soit là l'interprétation à retenir. De toute évidence, les membres du Bloc québécois qui viennent d'être élus au Parlement ont, sans problème, juré allégeance à la Reine, bien qu'ils aient pris l'engagement de travailler démocratiquement à la création d'un État indépendant dont le chef n'appartiendrait pas à la monarchie.

But it is not, with respect, plainly and obviously the meaning of the oath at this time. It must be recalled that there was a time when criticism of the monarchy was viewed as treason. Happily, that is no longer the case. Nowadays, freedom to criticize the monarchy and other Canadian institutions is obviously guaranteed by the Charter. It is unlikely that criminal proceedings for perjury would be undertaken against someone who violated his or her oath, but is it certain that steps might not be taken to cancel the citizenship of someone who, after swearing allegiance to the Crown, engages in activity which seeks to abolish it totally? If the oath of loyalty permits one to demonstrate that loyalty to the Crown by advocating its abolition, what is the point of that oath? Is that loyalty or is it disloyalty? Is the oath merely a meaningless formality? Is there any commitment to its content required? Does it have any purpose at all? If all the oath of allegiance achieves is to get someone to promise not to violate the criminal law and to avoid subversive and illegal political methods, something they are already obligated to do, is it of any value?

In my view, it is arguable, at least, that the oath of allegiance has some meaning other than merely promising to obey the criminal law and to use legitimate means for political change. What is involved here is not the mere utterance of a few words, as my brother MacGuigan suggests, but the expression of a “solemn intention to adhere to the symbolic keystone of the Canadian Constitution as it has been and is, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life” as he also recognizes. If someone is fundamentally opposed to a significant aspect of that Constitution, and wishes to work toward its abolition, not merely its reform, it is arguable that that person may violate the oath by words and conduct in furtherance of that goal. It may not be unreasonable for the appellant, if he truly holds the beliefs he claims to hold, to feel that, by taking this oath, he is inhibited to some extent in his anti-monarchy activities. In other words, his serious view of the oath might be taken seriously. It may be that, after a

Mais il n'est pas évident et manifeste, selon moi, que c'est là la signification actuelle du serment. Il ne faut pas oublier qu'à une certaine époque, le fait de critiquer la monarchie était considéré comme une trahison. Cette époque est heureusement révolue. De nos jours, la liberté de critiquer la monarchie et d'autres institutions canadiennes est de toute évidence garantie par la Charte. Il est peu probable que des poursuites criminelles pour parjure seraient engagées contre la personne qui violerait son serment, mais est-il certain qu'il serait impossible de prendre des mesures visant à retirer la citoyenneté à une personne qui, après avoir juré allégeance à la Couronne, participerait à des activités qui auraient pour objectif de l'abolir totalement? Si le serment de loyauté permet à celui qui l'a prêté de manifester sa loyauté envers la Couronne en prônant son abolition, à quoi sert ce serment? Est-ce de la loyauté ou un manque de loyauté? Le serment se résume-t-il à une formalité dépourvue de toute signification? Faut-il que la personne qui prête serment adhère à son contenu? Le serment a-t-il une utilité quelconque? Si le seul effet du serment d'allégeance est de faire promettre à la personne qui le prête de ne pas enfreindre les règles de droit criminel et de s'abstenir d'utiliser, à des fins politiques, des moyens illégaux et subversifs, c'est-à-dire respecter des obligations qu'elle a de toute façon, quelle valeur le serment peut-il avoir?

À mon avis, il est possible de soutenir, à tout le moins, que le serment d'allégeance a une signification qui dépasse la simple promesse d'obéir aux règles de droit criminel et de recourir à des moyens légitimes pour obtenir des changements d'ordre politique. Il ne s'agit pas ici simplement de murmurer quelques mots comme le laisse entendre mon collègue, le juge MacGuigan, mais d'exprimer l'«intention solennelle d'adhérer à la pierre d'angle symbolique de la Constitution canadienne telle qu'elle a existé et qu'elle existe maintenant, en s'engageant ainsi à accepter notre Constitution et notre vie nationale dans leur intégralité» comme il le reconnaît également. Si quelqu'un s'oppose fondamentalement à un aspect important de la Constitution et entend travailler à son abolition, et non à sa simple réforme, on peut soutenir que cette personne peut violer son serment par des paroles et un comportement qui viseraient cet objectif. Si l'appelant épouse véritablement les croyances qu'il prétend siennes, il n'est peut-être

trial, it might be concluded that the appellant was being made to choose between his political principles and his enjoyment of Canadian citizenship, something the Charter is supposed to prevent. It may be that Mr. Justice MacGuigan's view would prevail. It may be that section 1 might be invoked to justify any *prima facie* violation of the Charter, or it might not. In light of the uncertainty surrounding this question, it would be advisable, before resolving this matter, to have the benefit of factual underpinnings and full legal argument based on those facts.

On the applicability of freedom of thought to oaths of citizenship, I would like to refer to *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929). In that case, a woman who was a conscientious objector was denied American citizenship since she stated that she would refuse to take up arms in defence of the United States, which was required by the citizenship oath at that time. In his dissenting reasons, Mr. Justice Holmes took the majority to task in ringing terms, at pages 654-655:

[I]f there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate. I think that we should adhere to that principle with regard to admission into, as well as to life within this country.

Mr. Justice Holmes' statement, protecting "freedom for the thought that we hate", which has carried the day in subsequent decisions of the United States Supreme Court, buttresses my conclusion that the appellant's claim with respect to freedom of thought should not be struck out (see, e.g., *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943)).

Turning to freedom of expression, the appellant alleges that taking an oath or making an affirmation of loyalty to the Queen would, in the future, hinder him from expressing his republicanism. The leading

pas déraisonnable de sa part d'avoir le sentiment que ce serment fait obstacle, dans une certaine mesure, à ses activités antimonarchiques. En d'autres termes, le fait qu'il prenne le serment au sérieux doit être pris au sérieux. Il se peut qu'à l'issue de l'instruction, le tribunal conclue que l'appellant a été forcé de faire un choix entre ses principes politiques et l'obtention de la citoyenneté canadienne, ce que la Charte est censée éviter. Il se peut que l'opinion de M. le juge MacGuigan soit retenue. Il se peut que l'article premier de la Charte puisse ou ne puisse pas être invoqué pour justifier une violation *prima facie* de la Charte. Compte tenu de l'incertitude qui prévaut relativement à cette question, il serait indiqué de prendre connaissance des faits sous-jacents et d'entendre une argumentation complète en droit, fondée sur ces faits, avant de rendre une décision.

En ce qui a trait à la liberté de pensée dans le contexte des serments de citoyenneté, je me reporterais à la décision *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929). Dans cette affaire, une femme, objecteur de conscience, s'est vu refuser la citoyenneté américaine après avoir déclaré qu'elle refuserait de prendre les armes pour défendre les États-Unis, alors que le serment de citoyenneté exigeait à l'époque qu'elle s'engage à le faire. Dans ses motifs dissidents, M. le juge Holmes a désapprouvé avec véhémence la décision majoritaire, aux pages 654 et 655:

[TRADUCTION] S'il y a un principe de la Constitution qui doit absolument être observé, plus que tout autre, c'est bien le principe de la liberté de pensée—non pas la liberté de pensée de ceux qui partagent nos opinions, mais celle de ceux dont les pensées nous répugnent. Je pense que ce principe doit guider notre décision d'admettre ou non quelqu'un dans notre pays, comme il guide la vie que nous y menons.

L'affirmation de M. le juge Holmes, selon laquelle il faut protéger la liberté de penser de «ceux dont les pensées nous répugnent» et qui a été reprise dans des décisions ultérieures de la Cour suprême des États-Unis, étaye ma conclusion que la demande de l'appellant relative à sa liberté de pensée ne doit pas être radiée (voir, par exemple, *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943)).

Quant à la liberté d'expression, l'appellant allègue que le fait de prêter serment ou de faire une affirmation solennelle de loyauté envers la Reine l'empêcherait, à l'avenir, d'exprimer ses opinions républi-

case on freedom of expression is *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, in which the Supreme Court outlined the steps to be undertaken in analyzing an allegation of interference with freedom of expression.

The first step is whether the activity falls within the protected sphere of expression in that it is an activity that attempts to convey meaning. The declaration, while poorly drafted, appears to contemplate expression in the form of speech. This would obviously pass the first step, since this speech would be an attempt to convey a message of republicanism. The content of the speech is irrelevant at this first stage in deciding whether the speech is protected under paragraph 2(b) (see, e.g., *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452).

The second step is to determine whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. There is no evidence, nor do I think any could be led, to suggest that the purpose of the oath or affirmation of citizenship is to curtail freedom of expression.

Turning to the effect of the legislation, the burden will be on the appellant to show that the effect of the oath or affirmation is to restrict his freedom of expression and that his expression seeks to promote at least one of the principles underlying freedom of expression, namely seeking and attaining the truth, participation in social and political decision-making or individual self-fulfilment and human flourishing. Promoting republicanism likely falls within these parameters. Thus, strict adherence to the oath or affirmation of loyalty to the Queen might be felt by the appellant to prevent him from expressing his republicanism, even though it might not in law actually do so.

The appellant's claim that the oath or affirmation abridges his freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter should, therefore, not be struck out.

The appellant might also have argued that being compelled to make a statement of allegiance to the

caines. L'arrêt de principe en matière de liberté d'expression est l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, dans lequel la Cour suprême a énoncé les étapes à suivre pour analyser une allégation d'atteinte à la liberté d'expression.

La première étape consiste à déterminer si l'activité en cause fait partie des activités protégées par la liberté d'expression, c'est-à-dire si cette activité tente de transmettre un message. La déclaration, bien que mal rédigée, semble viser le discours comme forme d'expression. La première étape serait donc manifestement franchie puisque ce discours tenterait de transmettre un message républicain. Le contenu du discours n'est pas pertinent à cette étape quant à la question de savoir si le discours est protégé par l'alinéa 2b) (voir, par exemple, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, et *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452).

La deuxième étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale est de restreindre la liberté d'expression. Aucun élément de preuve n'indique, ni ne pourrait être produit pour indiquer, que l'objet du serment ou de l'affirmation de citoyenneté est de limiter la liberté d'expression.

Quant à l'effet de la loi, il incombe à l'appelant de démontrer que l'effet du serment ou de l'affirmation solennelle est de restreindre sa liberté d'expression et que son activité d'expression vise à favoriser au moins l'un des principes qui sous-tendent la liberté d'expression, savoir la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social ou politique, ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. La promotion du républicanisme satisfait vraisemblablement à ces exigences. Par conséquent, l'appelant peut avoir le sentiment que l'observation stricte de son serment ou de son affirmation solennelle de loyauté envers la Reine l'empêcherait d'exprimer son républicanisme, bien qu'elle n'ait peut-être pas cet effet en droit.

En conséquence, la demande de l'appelant concernant l'atteinte que le serment ou l'affirmation solennelle porteraient à sa liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte ne doit pas être radiée.

L'appelant aurait aussi pu faire valoir que son obligation d'affirmer son allégeance à la Reine constitue

Queen is itself a violation of his freedom of expression, just as the United States Supreme Court held in *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). In that case a compulsory salute to the American flag was found to be a violation of freedom of expression. Mr. Justice Jackson wrote, at page 642 this oft-quoted passage:

If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion . . . or act their faith therein.

However, the appellant has not made this argument before this Court.

Before leaving this topic, it should be mentioned that one might argue that the appellant's personal feelings of inhibition regarding his belief in and expression of his republicanism are not constitutionally or legally irrelevant. An argument might be made that there is no nexus between the oath of citizenship and the appellant's freedom to believe in and to express his republicanism. It might be said that it is the appellant's republicanism, when combined with his belief that the terms of an oath must be faithfully observed, that prevents him from getting citizenship, and not the oath itself. This is not unlike the argument that was put before the Supreme Court in *Edwards Books, supra*, to the effect that it was the religion of Saturday observing retailers that imposed a burden on those retailers, and not the Sunday-closing laws. Chief Justice Dickson rejected this argument by comparing the relative positions of Saturday and Sunday observers in the absence of the impugned law (which were found to be the same), and then demonstrating that the law imposed on Saturday observing retailers a choice between breaking their sabbath or suffering a competitive disadvantage. Thus it was held that the law imposed a coercive burden on the free exercise of their religion by Saturday observers.

en soi une violation de sa liberté d'expression, comme l'a conclu la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Dans cette affaire, le tribunal a décidé que le salut obligatoire au drapeau américain violait la liberté d'expression. M. le juge Jackson a écrit, à la page 642, le passage qui suit, cité à maintes reprises:

[TRADUCTION] S'il est une étoile fixe de notre constellation constitutionnelle, c'est bien le fait qu'aucun membre de l'Administration, haut placé ou petit fonctionnaire, ne peut dicter ce qui sera tenu pour orthodoxe sur le plan de la politique, du nationalisme, de la religion . . . ni faire acte de foi en ces matières.

Toutefois, l'appellant n'a pas fait valoir cet argument devant la Cour.

Avant de passer au point suivant, il faut souligner qu'on pourrait soutenir que le sentiment personnel de l'appellant qu'il est empêché de croire au républicanisme et de l'exprimer n'est pas dénué de pertinence sur le plan constitutionnel ou juridique. On pourrait prétendre qu'il n'existe aucun lien entre le serment de citoyenneté et la liberté de l'appellant de croire au républicanisme et de l'exprimer. On pourrait avancer que c'est le républicanisme de l'appellant, combiné à sa conviction que les termes d'un serment doivent être fidèlement observés, et non le serment lui-même qui l'empêche d'obtenir sa citoyenneté. Cette thèse s'apparenterait à celle énoncée devant la Cour suprême dans l'affaire *Edwards Books, supra*, portant que c'est la religion des détaillants observant un jour de repos le samedi qui leur causait une entrave plutôt que les lois imposant la fermeture des commerces le dimanche. Le juge en chef Dickson a rejeté cet argument après avoir comparé la position relative des gens qui observaient le dimanche et le samedi comme jour de repos en l'absence de la loi contestée (et qui étaient les mêmes personnes), et après avoir démontré que la loi plaçait ceux qui observaient le samedi comme jour de repos devant une alternative: ou bien ils n'observaient pas le sabbat, ou bien ils étaient désavantagés sur le plan concurrentiel. Le tribunal a conclu en conséquence que la loi imposait une entrave coercitive au libre exercice de la religion des personnes qui observaient le samedi comme jour de repos.

It may be contended that a careful analysis of the situation in the present appeal shows that it is equally wrong to say that it is the appellant who is inhibiting himself and not the law which is inhibiting him. Our courts must obviously beware of individuals who complain constantly that their freedom is threatened when it is not. However, one should compare the situation of someone born to Canadian citizenship and someone who is in all respects eligible for Canadian citizenship and faces only the oath as the final hurdle. Suppose that both of these people are republicans, who are extremely committed to their political beliefs, but they also believe that having sworn an oath of allegiance to an institution it would be wrong to advocate the abolition of that institution. In the absence of the oath of citizenship, both republicans would become citizens (the one on birth, the other through naturalization) and their positions would be equivalent. If the oath of citizenship is introduced by law for people seeking Canadian citizenship through naturalization, however, the republican who was not born a citizen appears to face a choice imposed by law between adhering to his or her beliefs, and thereby foregoing Canadian citizenship, or violating his or her beliefs as to the meaning of an oath of allegiance after swearing one.

It may be said, then, that the law requiring an oath of allegiance may deny the appellant the freedom to believe in a political principle, if he is able to prove the facts alleged at trial. Of course, if the appellant succeeds in establishing that a limit has been placed on his freedom under paragraph 2(b), that limit may be justified pursuant to section 1, but that is a question that is not at issue in this appeal, as I shall explain below.

(c) Freedom of peaceful assembly

The appellant next alleges that the oath or affirmation in its present form abridges his freedom of peaceful assembly under paragraph 2(c) of the Charter.

There is scant case law on the guarantee of freedom of peaceful assembly. However, what little there

On pourrait soutenir que, suivant une analyse minutieuse de la situation visée par l'appel, il est aussi injustifié d'affirmer que c'est l'appellant qui s'impose une contrainte et non pas la loi qui lui en impose une. Nos tribunaux doivent, sans l'ombre d'un doute, se méfier de ceux qui se plaignent constamment que leur liberté est menacée alors qu'elle ne l'est pas. Toutefois, il faut comparer la situation d'une personne née citoyenne canadienne à celle d'une personne qui est admissible à la citoyenneté canadienne et pour qui le serment est le dernier obstacle à franchir. Supposons que ces deux personnes soient républicaines, qu'elles soient d'une extrême fidélité à leurs croyances politiques, mais qu'elles croient également qu'il serait mal, après avoir prêté serment d'allégeance à une institution, d'en promouvoir l'abolition. En l'absence du serment de citoyenneté, ces deux républicains deviendraient citoyens canadiens (l'un par sa naissance, l'autre par sa naturalisation) et se trouveraient dans des situations équivalentes. Si le serment de citoyenneté est imposé par une loi aux personnes qui veulent obtenir la citoyenneté canadienne par la naturalisation, le républicain qui n'est pas né citoyen canadien se trouve toutefois devant une alternative imposée par la loi: il peut soit adhérer à ses croyances et renoncer à devenir citoyen canadien, soit, après avoir prêté le serment d'allégeance, agir à l'encontre de ses croyances quant à la signification de ce serment.

On pourrait donc affirmer qu'il est possible que la loi prescrivant un serment d'allégeance prive l'appellant de sa liberté de croire à un principe politique, s'il est en mesure d'établir les faits allégués lors de l'instruction. Si l'appellant réussit à établir que sa liberté garantie par l'alinéa 2b) est limitée, il se peut, bien sûr, que cette limite soit justifiée en application de l'article premier; ce n'est cependant pas là une question qui doit être tranchée dans le cadre de l'appel, comme je l'expliquerai plus loin.

(c) La liberté de réunion pacifique

L'appellant allègue ensuite que le serment ou l'affirmation solennelle, sous leur forme actuelle, portent atteinte à la liberté de réunion pacifique que lui garantit l'alinéa 2c) de la Charte.

Il existe peu de jurisprudence concernant la liberté de réunion pacifique. Toutefois, la jurisprudence

is would appear to indicate that freedom of peaceful assembly is geared towards protecting the physical gathering together of people. Nothing in the oath or affirmation prevents the appellant from assembling with others. In my opinion, paragraph 2(c) of the Charter was not intended to protect the objects of an assembly that is organized to foster freedom of thought, belief, opinion or expression, or freedom of association, for that would be protected independently. The portion of the appellant's declaration relating to freedom of peaceful assembly should, therefore, be struck out.

(d) Freedom of association

With respect to freedom of association under paragraph 2(d) of the Charter, the appellant's argument is that to uphold his pledge of loyalty to the Queen in the oath or affirmation of citizenship, he could not join republican associations or participate in any republican rallies or meetings. The appellant submits that he is a republican and that in order to adhere to an oath or affirmation of loyalty to the Queen, he would feel bound to abstain from joining republican associations or participating in the lawful activities of republican associations.

The leading case on paragraph 2(d) of the Charter is *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313. McIntyre J., who wrote for the majority, at page 393, did not discuss whether incapacitating an individual from joining certain political associations would violate freedom of association. However, he did set out a description of the function of freedom of association in a democratic society:

Freedom of association is one of the most fundamental rights in a free society. The freedom to mingle, live and work with others gives meaning and value to the lives of individuals and makes organized society possible. The value of freedom of association as a unifying and liberating force can be seen in the fact that historically the conqueror, seeking to control foreign peoples, invariably strikes first at freedom of association in order to eliminate effective opposition. Meetings are forbidden, curfews are enforced, trade and commerce is suppressed, and rigid controls are imposed to isolate and thus debilitate the individual.

existante semble indiquer que la liberté de réunion pacifique est axée sur la protection physique des assemblées. Le serment ou l'affirmation solennelle n'empêchent en rien l'appelant de se rassembler avec d'autres. À mon avis, l'alinéa 2c) de la Charte n'a pas été édicté pour protéger l'objet d'une assemblée organisée pour favoriser la liberté de pensée, de croyance, d'opinion ou d'expression ou la liberté d'association car ces libertés jouissent d'une protection indépendante. La partie de la déclaration de l'appelant qui concerne la liberté de réunion pacifique doit donc être radiée.

(d) La liberté d'association

En ce qui a trait à la liberté d'association que lui garantit l'alinéa 2d) de la Charte, l'appelant soutient que, pour remplir son engagement de loyauté envers la Reine contenu dans le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté, il ne pourrait se joindre à des associations républicaines ni participer à des rassemblements ou à des réunions républicaines. L'appelant affirme qu'il est républicain et que, pour respecter un serment ou une affirmation solennelle de loyauté envers la Reine, il se sentirait tenu de s'abstenir de se joindre à des associations républicaines ou de participer aux activités légales des associations républicaines.

L'arrêt de principe sur l'alinéa 2d) de la Charte est l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313. Le juge McIntyre, qui a rédigé le jugement majoritaire, ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le fait d'empêcher une personne de se joindre à certaines associations politiques viole sa liberté d'association. Toutefois, il a décrit le rôle que joue la liberté d'association dans une société démocratique, à la page 393:

La liberté d'association constitue l'un des droits les plus fondamentaux qui existe dans une société libre. La liberté de se joindre à d'autres personnes, de vivre et de travailler avec elles, confère un sens et une valeur à l'existence de l'individu et rend possible l'existence d'une société organisée. La valeur de la liberté d'association, en tant que force unificatrice et libératrice, ressort du fait que, historiquement, le conquérant qui veut dominer des peuples étrangers s'attaque d'abord immanquablement à la liberté d'association afin d'éliminer toute forme d'opposition efficace. Les assemblées sont interdites, des couvre-feux sont imposés, le commerce est supprimé et des contrôles rigides sont institués pour isoler et ainsi débiliter l'individu.

McIntyre J.'s broad statement of the purpose of paragraph 2(d) recognized that freedom of association is indispensable to the proper functioning of democracy. This could certainly comprehend the notion that a forced statement of loyalty to the Queen as representative of monarchism would violate freedom of association if, in fact, that oath of allegiance prevented an individual from joining an association of an anti-monarchical nature.

In particular, paragraph 2(d) protects the appellant's right to exercise his constitutional right to freedom of thought, belief, opinion and expression in combination with others. As McIntyre J. explained at page 409, *supra*:

It follows from this discussion that I interpret freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* to mean that *Charter* protection will attach to the exercise in association of such rights as have *Charter* protection when exercised by the individual. Furthermore, freedom of association means the freedom to associate for the purposes of activities which are lawful when performed alone.

Freedom of association, therefore, protects the collective aspect of the exercise of individual freedoms such as freedom of thought, belief, opinion and expression. The sharing of ideas and activities with others strengthens and nourishes the individual's convictions, and ultimately provides for vital developments and needed changes in a democratic society.

It may be argued that it strikes at the very heart of democracy to curtail collective opposition and incentive for change by demanding loyalty to a particular political theory. Similarly, it may be said that it is wrong to build a barrier to joining associations dedicated to a different political theory. The appellant, though perhaps not legally forbidden to do this, might well feel so circumscribed, given the primitive state of the law at this time. Therefore, I cannot say at this stage that there is no chance that the appellant, given the opportunity to adduce evidence and arguments, could succeed on this point, and, therefore, this portion of the declaration should not be struck out.

Dans cet énoncé englobant de l'objet de l'alinéa 2d), le juge McIntyre a reconnu que la liberté d'association était indispensable au bon fonctionnement de la démocratie. Il engloberait certainement la notion voulant qu'une déclaration forcée de loyauté envers la Reine en sa qualité de représentante de la monarchie viole la liberté d'association si, dans les faits, le serment d'allégeance empêche une personne de se joindre à une association de nature antimonarchique.

L'alinéa 2d) protège plus particulièrement le droit de l'appelant d'exercer son droit à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression collectivement avec d'autres personnes. Comme l'a expliqué le juge McIntyre, à la page 409, *supra*:

Il découle de cette analyse que j'interprète la liberté d'association de l'al. 2d) de la *Charte* comme une protection que cette dernière accorde à l'exercice collectif des droits qu'elle protège lorsqu'ils sont exercés par un seul individu. De plus, la liberté d'association s'entend de la liberté de s'associer afin d'exercer des activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu.

La liberté d'association protège donc l'aspect collectif de l'exercice des libertés individuelles telle la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Le partage des idées et des activités avec d'autres renforce et nourrit les convictions personnelles et provoque, en bout de ligne, une évolution vitale et des changements nécessaires dans une société démocratique.

On peut soutenir que ce serait porter un coup au cœur même de la démocratie que de restreindre les incitations au changement et les protestations collectives en exigeant la loyauté envers une théorie politique particulière. On pourrait aussi affirmer qu'il serait incorrect d'ériger une barrière qui empêcherait quelqu'un de se joindre à des associations vouées à la promotion d'une théorie politique différente. Bien qu'il ne lui soit pas interdit en droit de le faire, l'appelant peut très bien s'en sentir empêché, compte tenu de l'état primitif du droit actuel sur cette question. Par conséquent, je ne peux pas conclure à cette étape que l'appelant n'a aucune chance d'avoir gain de cause sur ce point si on lui donne l'occasion de présenter une preuve et une argumentation; cette partie de la déclaration ne doit donc pas être radiée.

SECTION 12—FREEDOM FROM CRUEL AND UNUSUAL PUNISHMENT

Section 12 of the Charter is a legal right and guarantees freedom from cruel and unusual punishment or treatment:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The appellant contends that compelling him to take the oath or make the affirmation in its present form against his conscience under threat of exposure to loss of residential status and denial of citizenship is cruel and unusual treatment. This argument has no merit.

The standard for cruel and unusual treatment is whether the treatment outrages standards of decency (see *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at page 1072, and *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711). The consequences to the appellant of not swearing the oath or making the affirmation cannot be said to outrage standards of decency. He may not obtain citizenship, something that is most unfortunate, but this is hardly something that could be classified as "cruel and unusual treatment." This portion of the appellant's declaration should be struck out.

SUBSECTION 15(1)—EQUALITY RIGHTS

The appellant claims that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter which reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The appellant alleges that the oath or affirmation of citizenship is contrary to subsection 15(1) in three ways. First, a permanent resident desiring to become a naturalized citizen is required to take the oath while people who are Canadian citizens by birth are not. Second, a permanent resident who wishes to become a Canadian citizen and thereby attain full political

ARTICLE 12—LIBERTÉ DE NE PAS SUBIR UNE PEINE CRUELLE ET INUSITÉE

L'article 12 de la Charte est une garantie juridique qui protège la liberté de ne pas subir de peines ou de traitements cruels et inusités:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

L'appelant prétend que le fait de l'obliger, en le menaçant de lui faire perdre son statut quant à la résidence et de lui refuser la citoyenneté, à prêter le serment ou à faire l'affirmation solennelle sous leur forme actuelle, alors que sa conscience l'en empêche, constitue un traitement cruel et inusité. Cet argument n'est pas fondé.

La norme applicable au traitement cruel et inusité tient à la question de savoir si le traitement visé porte atteinte à la dignité humaine (voir *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la page 1072, et *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711). Les conséquences que subira l'appelant s'il ne prête pas serment ni ne fait l'affirmation solennelle ne peuvent être considérées comme portant atteinte à la dignité humaine. Il se peut qu'il n'obtienne pas la citoyenneté, ce qui est très malheureux, mais on pourrait difficilement dire qu'il s'agit là d'un «traitement cruel et inusité». Cette partie de la déclaration de l'appelant doit être radiée.

PARAGRAPHE 15(1)—DROITS À L'ÉGALITÉ

L'appelant soutient que le serment ou l'affirmation solennelle sont contraires au paragraphe 15(1) de la Charte qui se lit comme suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L'appelant allègue que le serment ou l'affirmation solennelle de citoyenneté sont contraires au paragraphe 15(1) à trois égards. Premièrement, un résident permanent qui désire devenir un citoyen naturalisé doit prêter serment tandis que les personnes qui sont des citoyens canadiens de naissance ne sont pas tenues de prêter ce serment. Deuxièmement, un rési-

rights is obliged to take the oath while residents who are citizens by birth are not required to take the oath to attain full political rights. Finally, the appellant claims that the oath sets up a class of human beings ("the Windsor family") who are represented as being perpetually superior to other human beings, which conflicts with the appellant's belief in the equality of all human beings because it prevents people born outside of Great Britain from attaining the highest office in Canada. I will address these allegations in reverse order.

The third claim under subsection 15(1) must be struck out. It is the monarchy itself, and not the oath or affirmation, which elevates the Windsor family to its exalted position. It is the traditions of the monarchy that also prevent people born outside of Britain from attaining the highest office in this country. As for the appellant's claim that the oath conflicts with his belief in the equality of all human beings, this is more properly a claim that might have been brought under paragraph 2(a) or 2(b) but was not.

The second claim under subsection 15(1) must also be struck out. There are no facts presented in the declaration which, if true, would support the appellant's allegation that "residents who are not citizens by birth" cannot attain full political rights in Canada. There is no factual basis in the declaration for this claim.

I am of the opinion, however, that the appellant's final claim under subsection 15(1) should not be struck out. Chief Justice Lamer summarized the proper approach under subsection 15(1) in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others,

dent permanent qui désire devenir citoyen canadien et être ainsi investi de tous les droits politiques est forcé de prêter serment tandis que les résidents qui sont citoyens de naissance ne sont pas tenus de prêter ce serment pour jouir de tous leurs droits politiques. Enfin, l'appelant prétend que le serment établit une catégorie d'êtres humains («la famille Windsor») qui sont tenus pour perpétuellement supérieurs aux autres êtres humains, ce qui est contraire à la croyance de l'appelant que tous les êtres humains sont égaux, car cette situation empêche les personnes qui sont nées à l'extérieur de la Grande-Bretagne d'avoir accès à la plus haute charge au Canada. Je traiterai ces questions dans l'ordre inverse de leur énumération.

La troisième allégation fondée sur le paragraphe 15(1) doit être radiée. C'est la monarchie même et non le serment ou l'affirmation solennelle qui élève la famille Windsor à un rang supérieur. Ce sont également les traditions de la monarchie qui empêchent une personne née à l'extérieur de la Grande-Bretagne d'avoir accès à la plus haute charge dans ce pays. Quant à la prétention de l'appelant portant que le serment est contraire à sa croyance en l'égalité de tous les êtres humains, c'est une prétention qu'il aurait pu faire valoir de façon plus appropriée en invoquant les alinéas 2a) et 2b), ce qu'il n'a pas fait.

La deuxième prétention fondée sur le paragraphe 15(1) doit aussi être radiée. Aucun fait énoncé dans la déclaration n'appuierait, s'il était prouvé, la prétention de l'appelant selon laquelle [TRADUCTION] «les résidents qui ne sont pas citoyens de naissance» ne peuvent jouir de tous les droits politiques au Canada. La déclaration ne contient aucun fondement factuel à l'appui de cette prétention.

Je suis toutefois d'avis que la prétention restante de l'appelant fondée sur le paragraphe 15(1) ne doit pas être radiée. Le juge en chef Lamer a résumé la façon dont il fallait aborder le paragraphe 15(1) dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992:

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une dis-

based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

The appellant's declaration discloses that people who become Canadian citizens by birth are not required to take the oath or make the affirmation of citizenship. Conversely, non-citizens who wish to become Canadian citizens through the process of naturalization are required, in addition to being otherwise qualified, to take the oath or make the affirmation of citizenship. Therefore, taking the facts in the declaration as true, it is possible to say that non-citizens are denied equality under the law in that the *Citizenship Act* appears to draw a distinction between two groups, namely people who attain citizenship automatically by birth and people who must apply for citizenship. The Government is not required to provide for automatic citizenship upon birth in Canada or to Canadian parents. However, having created two legal categories of people (those who do obtain automatic citizenship and those who must apply for citizenship), the Government must not deny equality under the law to either of these two groups.

This does not mean that it is not permissible to set up a process for new citizens; it must not, however, be a discriminatory process. Thus, in addition to the differential treatment, the appellant will have to demonstrate at trial that any inequality under the law is discriminatory. As Lamer C.J. stated in *Swain, supra*, to establish discrimination, the claimant must show that there is differential treatment which imposes a burden or withholds a benefit on the basis of a personal characteristic that is related to one of

inction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

La déclaration de l'appellant révèle que les personnes qui deviennent citoyennes canadiennes par leur naissance ne sont pas tenues de prêter le serment ni de faire une affirmation solennelle de citoyenneté. À l'inverse, celles qui ne sont pas des citoyens canadiens mais veulent le devenir en passant par le processus de naturalisation doivent, en plus de satisfaire aux autres conditions d'admissibilité, prêter le serment ou faire l'affirmation solennelle de citoyenneté. Par conséquent, en supposant que les faits énoncés dans la déclaration soient vrais, il est possible d'affirmer que les personnes qui ne sont pas citoyennes canadiennes sont privées de l'égalité dans la loi du fait que la *Loi sur la citoyenneté* semble établir une distinction entre deux groupes, savoir les personnes qui obtiennent automatiquement la citoyenneté à leur naissance et celles qui doivent la demander. Le gouvernement n'est pas tenu d'accorder automatiquement la citoyenneté aux personnes qui naissent au Canada ou de parents canadiens. Toutefois, s'il crée deux catégories légales de personnes (celles qui obtiennent automatiquement la citoyenneté et celles qui doivent la demander), le gouvernement est tenu d'assurer l'égalité de ces deux groupes dans la loi.

Cela ne veut pas dire qu'il est interdit d'établir un processus à suivre par les nouveaux citoyens; ce processus ne doit cependant pas être discriminatoire. Ainsi, en plus d'établir qu'il est traité différemment, l'appellant devra démontrer lors de l'instruction que son inégalité dans la loi est discriminatoire. Comme l'a déclaré le juge en chef Lamer dans l'affaire *Swain, supra*, le demandeur doit, pour établir qu'il y a discrimination, démontrer l'existence d'un traitement différent qui lui impose un fardeau ou le prive

the grounds enumerated in subsection 15(1) or an analogous ground. However, a claimant will not succeed in showing discrimination by merely pointing to a disadvantageous distinction drawn on the basis of a personal characteristic related to an enumerated or analogous ground. Courts must also ensure that the claim falls within the primary purpose of subsection 15(1), which is mainly "to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society" (*Swain, supra*, at page 992). As Madam Justice Wilson stated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332:

A finding that there is discrimination will, I think, in most but not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

Taking the facts in the appellant's declaration as true, the differential treatment of non-citizens with respect to the oath of citizenship may be said to withhold citizenship from a person who, because of his or her beliefs, feels he or she cannot swear the oath. This, it may be argued, constitutes a denial of a benefit (citizenship) from someone, a benefit that apparently would not be withheld from a person of similar beliefs who was born a Canadian citizen.

According to the appellant, this differential treatment of non-citizens as a group is drawn on the basis of a personal characteristic (citizenship) which is also an analogous ground under subsection 15(1). As I stated in my concurring reasons in *Schachtschneider, supra*, one must distinguish between a ground of discrimination and the group enduring discrimination. For example, women as a group may endure discrimination on the ground of sex. The Supreme Court has recently recognized in the context of subsection 15(1) that a so-called sub-group may also experience discrimination on the basis of a broader ground (*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695). This had already been accepted by the Supreme Court in the context of human rights legislation in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, and *Janzen v.*

d'un avantage sur la base d'une caractéristique personnelle liée à l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou à un motif analogue. Toutefois, le demandeur ne réussira pas à établir qu'il y a une discrimination uniquement en soulignant qu'il y a une distinction désavantageuse fondée sur une caractéristique personnelle liée à un motif énuméré ou à un motif analogue. Les tribunaux doivent aussi s'assurer que la demande est visée par l'objet principal du paragraphe 15(1), qui est de «corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.» (*Swain, supra*, à la page 992). Comme Mme le juge Wilson l'a déclaré dans l'affaire *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332:

À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

En tenant pour acquis que les faits énoncés dans la déclaration de l'appelant sont vrais, le traitement différent des non-citoyens en ce qui a trait au serment de citoyenneté peut être considéré comme privant de la citoyenneté une personne qui, en raison de ses croyances, juge qu'elle ne peut pas prêter serment. On pourrait prétendre qu'elle est par là privée d'un avantage (la citoyenneté), avantage dont ne serait apparemment pas privée une personne dont les croyances seraient semblables, mais qui serait née citoyenne canadienne.

g Selon l'appelant, ce traitement différent des non-citoyens en tant que groupe est fondé sur une caractéristique personnelle (la citoyenneté) qui est également un motif analogue visé par le paragraphe 15(1). Comme je l'ai affirmé dans mes motifs concordants dans l'affaire *Schachtschneider, supra*, il faut établir une distinction entre le motif de discrimination et le groupe qui est victime de discrimination. Par exemple, les femmes, en tant que groupe, peuvent être victimes de discrimination fondée sur le sexe. La Cour suprême a reconnu récemment dans le contexte du paragraphe 15(1) qu'un sous-groupe peut aussi être victime de discrimination fondée sur un motif plus large (*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695). Ce principe a déjà été reconnu par la Cour suprême dans le contexte d'une loi sur les droits de la per-

Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1252. I applied the reasoning in these cases to subsection 15(1) of the Charter in my reasons in *Schachtschneider*, *supra*, and the Supreme Court has also done so in *Symes*, *supra*. Thus non-citizens seeking Canadian citizenship through naturalization, as a group, may experience discrimination on the ground of citizenship.

Further, it is possible that non-citizens as a group are disadvantaged independently of the distinction at issue in this appeal and that the appellant may therefore be successful in showing the “indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice” (*Turpin*, *supra*, at page 1333). The Supreme Court has already held in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 142, that citizenship is an analogous ground under subsection 15(1) of the Charter and that non-citizens constitute a politically disadvantaged group in Canadian society that can be characterized as a “discrete and insular minority”. The appellant’s claim may, therefore, arguably fall within the ambit of subsection 15(1).

Before leaving my discussion of subsection 15(1), I would like to add that the analysis under subsection 15(1) differs from the analysis under paragraph 2(a). Under paragraph 2(a), a plaintiff must show a coercive burden on his or her freedom of conscience or religion that is more than trivial or insubstantial. This is not the case with respect to subsection 15(1). As I stated in my reasons in *Schachtschneider*, *supra*, at page 79:

Unlike the guarantee of freedom of religion in paragraph 2(a) of the Charter, however, the promise of equality in section 15 does not exclude claims on the basis that the violation is minuscule, trivial or insubstantial.

This follows from the decision of the Supreme Court in *Andrews*, *supra*. As McIntyre J. wrote, at page 182:

sonne dans les affaires *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, et *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252. J’ai appliqué le raisonnement énoncé dans ces causes au paragraphe 15(1) de la Charte dans les motifs que j’ai prononcés dans l’affaire *Schachtschneider*, *supra*, et c’est également ce qu’a fait la Cour suprême dans l’affaire *Symes*, *supra*. Par conséquent, les personnes qui ne sont pas citoyennes canadiennes mais qui veulent le devenir par le processus de naturalisation, en tant que groupe, peuvent être victimes de discrimination fondée sur la citoyenneté.

De plus, il est possible que les non-citoyens, en tant que groupe, soient désavantagés indépendamment de la distinction qui fait l’objet de l’appel et que l’appellant puisse par conséquent réussir à prouver «des signes de discrimination tels que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux» (*Turpin*, *supra*, à la page 1333). La Cour suprême a déjà décidé, dans l’affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 142, que la citoyenneté est un motif analogue visé par le paragraphe 15(1) de la Charte et que les non-citoyens constituent un groupe désavantagé sur le plan politique dans la société canadienne, qui peut être qualifié de «minorité discrète et isolée». On peut par conséquent prétendre que la portée du paragraphe 15(1) englobe la demande formulée par l’appellant.

Avant de mettre un terme à mes propos sur le paragraphe 15(1), je voudrais ajouter que l’analyse qui doit être effectuée sous le régime du paragraphe 15(1) est différente de celle que commande l’alinéa 2a). En application de l’alinéa 2a), le demandeur doit établir qu’il existe une entrave coercitive à sa liberté de conscience ou de religion qui ne soit ni négligeable ni insignifiante. Ce n’est pas le cas en ce qui a trait au paragraphe 15(1). Comme je l’ai précisé dans l’affaire *Schachtschneider*, *supra*, à la page 79:

Contrairement à la garantie de liberté de religion que reconnaît l’alinéa 2a) de la Charte cependant, la garantie d’égalité prescrite à l’article 15 n’exclut pas les plaintes pour le motif que la violation en question est infime, négligeable ou insignifiante.

Ce principe découle de la décision de la Cour suprême dans l’affaire *Andrews*, *supra*. Comme l’a écrit le juge McIntyre, à la page 182:

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and—where s. 15(2) is not applicable—any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1. This approach would conform with the directions of this Court in earlier decisions concerning the application of s. 1 and at the same time would allow for the screening out of the obviously trivial and vexatious claim.

Consequently, even if it turns out that subsection 15(1) is violated by the requirement of the citizenship oath, it may be a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society. The respondent will bear the burden of proving this aspect of the case, at the trial.

For these reasons, the appellant's first claim under subsection 15(1) should not be struck out.

SECTION 27—MULTICULTURAL HERITAGE

The appellant raises section 27 of the Charter which states:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

The appellant argues that the idea of an English hereditary monarchy precludes full participation in governing Canada by members of many different racial and multicultural groups. As with the appellant's other points, this argument is poorly framed since it appears to challenge the monarchy itself. Impliedly, however, the appellant is arguing that the oath of citizenship works against the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians in that it requires allegiance to an exclusively British institution that may be in conflict with the ideals of persons of non-British backgrounds.

It is not necessary to plead this provision. Nor is it a substantive provision that can be violated. Since section 27 does not protect a particular right or freedom, it being relevant only as an aid to interpretation, it should not be pleaded in the way it has been. His

Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier. Ce point de vue serait conforme aux directives données par cette Cour dans des arrêts antérieurs portant sur l'application de l'article premier et permettrait en même temps d'écarter les revendications manifestement futiles et vexatoires.

Par conséquent, même si le tribunal constatait que l'obligation de prêter le serment de citoyenneté viole le paragraphe 15(1), il se pourrait que cette obligation constitue une limite raisonnable, dont la justification puisse être démontrée dans une société libre et démocratique. C'est à l'intimé qu'il appartient d'en faire la preuve lors de l'instruction.

Pour ces motifs, la première prétention de l'appellant fondée sur le paragraphe 15(1) ne doit pas être radiée.

ARTICLE 27—PATRIMOINE MULTICULTUREL

L'appellant invoque l'article 27 de la Charte qui dispose:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

L'appellant soutient que le principe d'une monarchie héréditaire anglaise empêche les membres de nombreux groupes raciaux et multiculturels différents de participer pleinement au gouvernement du Canada. Comme les autres prétentions de l'appellant, cet argument est mal structuré car il semble contester la monarchie proprement dite. Implicitement, toutefois, l'appellant prétend que le serment de citoyenneté va à l'encontre du maintien et de la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens du fait qu'il impose l'allégeance à une institution exclusivement britannique qui peut être incompatible avec les idéaux de personnes qui ne sont pas d'origine britannique.

Il n'est pas nécessaire de plaider cette disposition. Il ne s'agit pas non plus d'une disposition de droit substantiel qui peut être violée. Étant donné que l'article 27 ne protège pas un droit ou une liberté en particulier, qu'il n'est pertinent que pour faciliter l'inter-

claim under section 27 should, therefore, be struck out.

SECTION 1

The appellant is not required in his declaration to anticipate or rebut the Government's arguments with respect to section 1 of the Charter. The likelihood of justification under section 1 for the oath or affirmation in its present form is, therefore, not relevant to this application to strike out the declaration, and I will, consequently, not consider at this stage any substantive arguments with respect to whether any potential Charter violations raised in the appellant's declaration are saved under section 1.

SUMMARY OF CONCLUSIONS ON THE CHARTER

The appellant's claim with respect to freedom of conscience and religion under paragraph 2(a), his claim under paragraph 2(c), his claim under section 12, the second and third of his claims under subsection 15(1), and his claim under section 27 should be struck out. The remainder of the appellant's declaration, involving arguments under paragraphs 2(b) and 2(d), and his first claim under subsection 15(1) while not a model of clarity in drafting nor of comprehensiveness in facts and law, cannot be said, plainly and obviously, to disclose no reasonable cause of action and should not be struck out at this preliminary stage.

REMEDIES

In order for the appellant's declaration not to be struck out, he must have requested a remedy that is within the jurisdiction of the Court. The Court cannot declare, as the appellant has requested, that the appellant is entitled to a grant of citizenship without having to take the oath in its present form, since the appellant has no right or entitlement to citizenship.

The appellant has also requested a constitutional exemption from the taking of the oath. The submissions of the parties on this issue are distinctly lacking

prétation, il ne doit pas être plaidé comme il l'a été. La demande de l'appelant fondée sur l'article 27 doit donc être radiée.

a L'ARTICLE PREMIER

L'appelant n'est pas tenu, dans sa déclaration, de prévoir ou de réfuter les arguments du gouvernement relativement à l'article premier de la Charte. La probabilité que le serment ou l'affirmation solennelle, sous leur forme actuelle, puissent se justifier par application de l'article premier n'est donc pas pertinente aux fins de la requête en radiation de la déclaration; je n'examinerai donc aucun argument de fond à cette étape en ce qui a trait à la question de savoir si une violation éventuelle de la Charte alléguée dans la déclaration de l'appelant pourrait être validée par application de l'article premier.

d RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS SUR LA CHARTE

La demande de l'appelant relative à la liberté de conscience et de religion fondée sur l'alinéa 2a), sa demande fondée sur l'alinéa 2c), sa demande fondée sur l'article 12, ses deuxième et troisième demandes fondées sur le paragraphe 15(1) et sa demande fondée sur l'article 27 doivent être radiées. Les parties restantes de la déclaration de l'appelant, comprenant ses arguments fondés sur les alinéas 2b) et d) et sa première demande fondée sur le paragraphe 15(1), bien qu'elles ne constituent pas un modèle de clarté ni d'exposé exhaustif des faits et du droit, ne peuvent pas être considérées, manifestement, comme ne révélant aucune cause raisonnable d'action et ne doivent donc pas être radiées à cette étape préliminaire.

h RÉPARATIONS

Pour que la déclaration de l'appelant ne soit pas radiée, il doit avoir demandé une réparation qui relève de la compétence de la Cour. La Cour ne peut pas déclarer, comme l'appelant l'a demandé, que celui-ci a le droit d'obtenir la citoyenneté sans prêter le serment, sous sa forme actuelle, car l'appelant n'a aucun droit à la citoyenneté.

L'appelant a aussi demandé une exemption constitutionnelle de l'obligation de prêter serment. Les prétentions des parties à cet égard sont nettement défail-

in analysis, particularly given the highly contentious subject of constitutional exemptions. Suffice it to say that it is unclear that a constitutional exemption is available in a case such as this, where the appellant seeks primarily to challenge not government action under a constitutional law, but the constitutionality of the very law itself. A constitutional exemption is a remedy available under subsection 24(1) of the Charter. But, where legislation is found to be unconstitutional, the proper remedial course is normally under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, which provides that a law that is inconsistent with the Constitution is of no force and effect. Cases such as *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, all appear to indicate that, where a law has been found unconstitutional and there is no delayed declaration of invalidity, a constitutional exemption may not be available. There exists also contrary authority (*R. v. Seaboyer* (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.); *R. v. Chief*, [1990] N.W.T.R. 55 (Y.T.C.A.)). Because of the uncertainty surrounding the matter at this time, I would leave the question of the appropriate remedy, if any, to the Trial Judge.

I note that the appellant's request for a declaratory judgment that he is entitled to an exemption from the requirement of taking the citizenship oath in its present form could also be read as a request to sever the offending portion from the oath. This sort of remedy under section 52 of the *Constitution Act, 1982* has been permitted by the Supreme Court in *Schachter, supra*.

CONCLUSION

In conclusion, I would affirm the Trial Court in part and allow the appeal in part and order that the appellant's claim under paragraphs 2(a) and 2(c), his

lantes sur le plan de l'analyse, compte tenu, tout particulièrement, du caractère très litigieux des exemptions constitutionnelles. Je me contenterais de souligner qu'il n'est pas certain qu'une exemption constitutionnelle soit possible en l'espèce, car l'appellant conteste principalement non pas un acte du gouvernement pris en vertu d'une loi constitutionnelle, mais la constitutionnalité même de la loi. Une exemption constitutionnelle est une réparation possible sous le régime du paragraphe 24(1) de la Charte. Par contre, lorsqu'une loi est déclarée inconstitutionnelle, le redressement approprié est normalement celui prévu à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dispose qu'une loi incompatible avec la Constitution est inopérante. Les décisions *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, semblent toutes indiquer qu'une exemption constitutionnelle n'est peut-être pas possible lorsqu'une loi est déclarée inconstitutionnelle et que l'effet de la déclaration de nullité n'est pas suspendu. Il existe aussi certaines sources à l'appui du contraire (*R. c. Seaboyer* (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.); *R. v. Chief*, [1990] N.W.T.R. 55 (C.A.T.Y.)). Compte tenu de l'incertitude qui règne pour l'instant à cet égard, je préfère laisser le juge de première instance trancher la question de la réparation appropriée, le cas échéant.

Je note que la demande d'un jugement déclaratoire portant que l'appelant a le droit d'être exempté des conditions relatives à la prestation du serment de citoyenneté sous sa forme actuelle peut aussi être considérée comme une demande de dissociation de la partie contestée du serment. Ce type de réparation a été permise sous le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* par la Cour suprême dans l'affaire *Schachter, supra*.

CONCLUSION

En conclusion, je confirmerais en partie la décision de la Cour de première instance, j'accueillerais l'appel en partie et j'ordonnerais que les demandes de

claim under section 12, the second and third of his three claims under subsection 15(1) and his claim under section 27 be struck out. The claims under paragraphs 2(b) and 2(d) and the first claim under subsection 15(1) would, therefore, survive. A fresh statement of claim or declaration, consistent with these reasons and containing greater particularity, may be delivered within 30 days of the issuance of these reasons, if the appellant chooses to do so.

These reasons can, in no way, affect the possible merits of the remaining claims of the appellant. They merely indicate that it is not "plain and obvious" that some of them cannot ultimately succeed; they may or may not, depending on the evidence adduced and the arguments presented to the Trial Judge. Moreover, these reasons have not and cannot take into account any evidence offered or arguments that may or may not be made on behalf of the Government under section 1 of the Charter to justify any potential infringement of the appellant's Charter rights. All that has been done here is to identify those of the appellant's claims which had no chance of success, and to strike them out, and those that may have had a chance of success, and to refrain from striking them out, at this stage, leaving them for disposition after a trial.

l'appelant fondées sur les alinéas 2a) et 2c), sa demande fondée sur l'article 12, ses deuxième et troisième demandes fondées sur le paragraphe 15(1), et sa demande fondée sur l'article 27 soient radiées. Les demandes présentées en vertu des alinéas 2b) et 2d), ainsi que sa première demande fondée sur le paragraphe 15(1), subsisteraient. Un nouvel acte de procédure intitulé *statement of claim* ou déclaration, conforme aux présents motifs et plus détaillé, peut être déposé dans les 30 jours du prononcé des présents motifs, au gré de l'appelant.

Les présents motifs ne peuvent avoir aucune incidence sur le bien-fondé éventuel des demandes de l'appelant qui subsistent. Ils indiquent uniquement qu'il n'est pas «manifeste» qu'il est impossible que certaines demandes soient accueillies en définitive; il se peut qu'elles le soient ou qu'elles ne le soient pas, selon la preuve qui sera produite et les arguments qui seront présentés au juge de première instance. De plus, les présents motifs ne tiennent compte et ne peuvent tenir compte d'aucun élément de preuve produit, ni d'aucun argument que le gouvernement pourrait ou non faire valoir sous le régime de l'article premier de la Charte afin de justifier toute atteinte éventuelle aux droits que la Charte garantit à l'appelant. Je me suis limité à départager les demandes de l'appelant qui n'ont aucune chance de succès de celles qui en ont une, afin de radier les premières et d'ordonner que les deuxièmes ne soient pas radiées à cette étape, de sorte qu'elles puissent être tranchées à la suite d'une instruction.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Same Adjudicator at credible basis hearing and at second separate immigration inquiry—Different counsel at each hearing—Act contemplating same person may be Adjudicator on both credible basis hearing and inquiry—However, normally two hearings held at same time—As not relying on any facts from previous hearing in decision, no actual bias—No reasonable apprehension of bias herein in light of normal practice—Second issue whether Adjudicator applied wrong test for issuing departure notice—Immigration Act, s. 32(6) providing Adjudicator shall issue deportation order when decides person who is subject of inquiry person described in s. 27(2)—S. 32(7) providing Adjudicator shall issue departure notice if satisfied (a) having regard to all circumstances, deportation order ought not to be made—Adjudicator stating deportation order ought not to be made only if satisfied circumstances in some way special or unique and applicant able, willing to leave Canada—Neither s. 32(6) nor s. 32(7) providing Adjudicator to look at special or unique circumstances—Adjudicator applied wrong test for issuing departure notice—Adjudicator stating fact no family willing to come forward and assist her to put affairs in order tipping balance in favour of issuance of deportation order—Failed to give applicant opportunity to explain why no family members present—Should not have relied on evidence to tip balance—Based decision on evidence applicant not given opportunity to make submissions on—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), (7) (as am. *idem*).

RAMPERSAD V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-92-93, McKeown J., order dated 20/12/93, 5 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application for judicial review of decision Convention Refugee Determination Division (CRDD) of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Uruguay, arrived in Canada in 1989 and made refugee claim on basis of political opinion and membership in par-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ticular social group: family of father, union leader in Uruguay—When Uruguay came under control of military dictatorship, applicant's father went to Argentina in 1975 after disappearance of number of union comrades—In 1985, military regime in Uruguay formally ended—During father's absences, family home searched by military personnel and applicant believes phone was tapped—Family received threatening phone calls and applicant's brother and husband abducted and beaten by "military-looking" men and questioned about father's whereabouts—Board concluded claimant's fear of persecution not well-founded—Board's decision based essentially on changes in Uruguayan government and passage of time since applicant's father left country—Board also doubted connection between harassment and military or other state authority—Board concluded threats and abduction of applicant's brother and husband perpetrated by private individuals whose motives did not relate to definition of Convention refugee—Board considered change of circumstances in Uruguay and found political activity no longer restricted—Board also concluded since crimes of former military regime essentially public knowledge, not reasonable to assume any concerned party would wish to get at applicant's father for his knowledge by going through applicant herself—Test to determine change in circumstances: changes must be of substantial political nature, truly effective and durable—More detailed analysis of conflicting evidence necessary to conclude changes meaningful and effective—Question not whether claimant had reason to fear persecution in past, but whether claimant at time of claim has good grounds to fear persecution for future—Relying on father's problems, as applicant did, no longer appropriate as circumstances have changed since then—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1).

DE CHINELLI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-268-93, Cullen J., order dated 7/2/94, 9 pp.)

Application for judicial review of negative decision of Refugee Division—Applicant and her two children, citizens of Iran, claiming refugee status on basis of well-founded fear of persecution for reasons of religion, political opinion and membership in social group—Applicant's claim stems from events which occurred after family moved from Iran to Germany—Not

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

claiming to have been persecuted in Iran before departure—Whether applicant “refugee sur place” i.e. after having left country—Board concluding applicant not “refugee sur place” as of view no reasonable chance of persecution should applicant return to Iran—According to applicant pro-monarchist ideas and activities coupled with association with well-known pro-monarchist Iranian and threats from husband of denunciation to Iranian authorities as opponent of Islamic state justify well-founded fear of persecution—Board was of view applicant’s evidence husband would report her to Iranian authorities who, as result, would take actions against applicant “sequence of events which may or may not take place”—Board’s conclusion not perverse nor capricious based on evidence—Application dismissed.

VAFABI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-276-93, Nadon J., order dated 2/2/94, 6 pp.)

Appeal from decision of Board concluding appellant had failed to establish nexus between offence he had committed and political opinion as reason for well-founded fear of persecution—Appellant, citizen of China, smuggled two students involved in pro-democracy movement in air container shipped to Hong Kong—Motivation was of accommodating wife’s friendship with one of students and sympathy for pro-democracy movement—Board in error in setting up opposition between friendship and political motivation—Motives of appellant “mixed” more than “conflicting”—People frequently act out of mixed motives; enough to conclude one of motives political—Even if appellant not generally politically active, made a financial contribution to pro-democracy movement—Board also in error in not revisiting nexus between offence committed and political opinion, after concluding appellant’s conduct in facilitating escape of two students could be considered by government of China as politically motivated—Appeal allowed—Matter returned to differently constituted panel for rehearing and redetermination.

ZHU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1017-91, MacGuigan J.A., judgment dated 28/1/94, 3 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision applicants not Convention refugee—Applicants citizens of El Salvador—Claims of spouse and child based on claim of principal applicant—Principal applicant serving in government-run civil defence force in El Salvador from 1989 to January 1991—No encounters with guerrillas during service—In February 1991 three unidentified men entering applicant’s home, physically abusing principal applicant, threatening him with further problems unless left area where lived—Applicants moved—In May, principal applicant, taxi driver, picking up three passengers who forced him to take them to garbage dump where robbed him, threatened him with death unless left El Salvador—Identified selves as guerrillas—Applicant of view targeted by guerrillas because of service in civil defence force—Application dismissed—(1) Immigration Act, s. 69.1(4) providing hearing into claim shall be held in presence of claimant—Although principal applicant always present, other applicants

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

(wife, young daughter) leaving hearing shortly after commencement—After wife’s return, counsel declaring no problem proceeding as young children out of room—S. 69.1(4) permitting waiver: *Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 404 (C.A.)—Proper waiver given by counsel in presence of two adult applicants, with opportunity to consult with them through interpreter if necessary—(2) In decision, CRDD noting civil war concluded, mere possibility of persecution—Properly observed test established in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C.R. 680 (C.A.) requiring applicants to establish “good grounds” for fear of persecution, or as stated in *Pomiah v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 241 (F.C.A.), “slightly more than a mere possibility of persecution”—CRDD stating not satisfied evidence establishing link between events and guerrillas, although finding both applicants credible—Not contradicting finding of credibility, but rejecting principal applicant’s speculation regarding affiliation of attackers—*Cortez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-39-93, Noël J., 3/9/93, F.C.T.D. distinguished—(3) Given CRDD’s conclusions, any error regarding changed country circumstances not affecting decision—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

RODRIGUEZ-MORENO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1138-92, Gibson J., order dated 3/12/93, 9 pp.)

Application for judicial review of decision of Convention Refugee Determination Division (CRDD) of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Ghana, organizing volunteers to do communal labour in surrounding villages and supporting Armed Forces Revolutionary Council while student—Applicant sent to Libya under false pretenses and informed he would be remaining in Libya for military training—Applicant transferred to Libyan jail when military intercepted letter criticizing government—In 1991, applicant escaped to Canada—Counsel for applicant argued reasonable apprehension of bias on part of CRDD members—No evidence of partiality—Test to decide if decision reviewable on basis of reasonable apprehension of bias because of applicant’s ethnicity: whether reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on part of adjudicator: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623—Reasonable bystander might conclude reasonable apprehension of bias where member of CRDD, born in Ghana, who had been member of clan now having close ties to governing authorities in Ghana called upon to decide claim of member of rival clan—Although *Newfoundland Telephone* further requiring adoption of flexible approach according to role and function of tribunal at issue, decision must be based on evidence before it—Desirable tribunal’s composition reflecting composition of Canadian society and immigrant community—As result, members will hear claims of applicants from same country of origin or same ethnicity as themselves and members will draw upon their knowledge and experience of country of origin to enhance understanding of applicant’s claim—No evidence more likely than not member of CRDD would draw upon his knowledge and experience of Ghana to render unfair decision

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

—Applicant nor his counsel raised issue of reasonable apprehension of bias during course of hearing—Failure to raise issue not constituting waiver if applicant or his counsel unaware of right to object on ground of reasonable apprehension of bias—However, affidavit herein to effect known in Ghanaian community that member of CRDD biased against Ghanaian refugee claimants—If so, then counsel aware of situation which might have disqualified member and should have objected to his presence at hearing—Application denied.

NARTEY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-83-93, Denault J., judgment dated 20/1/94, 5 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Democratic Rights

Equality rights—Defendant moved to strike plaintiffs' amended statement of claim in its entirety on basis disclosing no reasonable cause of action, frivolous or vexatious—Plaintiffs infants and parents acting as next friends and in their personal capacity—Initial statement of claim included allegations pertaining to deficit financing, children's voting rights and citizenship rights and others—Defendant filed statement of defence—In response, plaintiff moved to amend statement of claim; motion allowed—Plaintiffs seek declaration children from birth to age 12 to be entitled to vote through parents; declaration children over age 12 be permitted to vote upon completing Canadian citizenship examination for naturalization of citizens; declaration Government may not resort to deficit financing in absence of emergency or unless approved by referendum; money judgment in favour of children plaintiffs—Alleged constitutional convention prohibiting deficit financing, even if existed, not enforceable by Courts: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753—Parliament's constitutional power to borrow money in order to finance government operations, confirmed by Constitution Act, 1867, s. 91—Only Parliament can decide upon opportunity to borrow money to finance government operations or to proceed through other avenue, and constitutional discretion conferred upon Parliament cannot be interfered with by Courts—Assertion to effect deficit financing benefits adult citizens to detriment of minors is pure speculation as plaintiffs failed to make out any case for discrimination contrary to Charter, s. 15 and as not supported by material facts—Assuming infant plaintiffs discriminated against, plaintiffs seeking remedy today for alleged future violation of rights—Link between actions of government and alleged infringement of equality rights too uncertain, speculative and hypothetical to sustain cause of action—No discrimination in law when child or adult cannot vote on deficit financing measures—Charter, s. 3 not guaranteeing radical equality of voting power for each citizen including children—Charter, s. 3 not providing for equality of voting power but for right to effective representation—Allegation Parliament failed in exercise of fiduciary duty owed to children of plaintiffs by intentionally defrauding them, based on pure speculation—

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Charter, s. 3 protecting right to vote for elections and not for plebiscites and referenda—Age requirement embodied in Election Act, reasonable limit protected by Charter, s. 1—No reasonable person would expect children from age of birth afforded right to vote—Statement of claim vexatious—Motion allowed—Plaintiff's amended statement of claim struck out entirely—No payment of solicitor-client costs—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. 53, 54, 91—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, 3, 15—Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.

REID V. CANADA (T-2259-92, Noël J., order dated 27/1/94, 12 pp.)

COPYRIGHT

PRACTICE

Application for judicial review of Copyright Board's decision relating to determination and allocation of royalties payable for retransmission of distant television signals—Applicant claiming Board allocated royalties between various collecting bodies in manner discriminating between American and Canadian owners on ground of nationality contrary to Copyright Act, s. 70.63—Board adopted hybrid approach to apportion royalties for retransmission of television programs between copyright owners—Board partly adopted "supply approach" based on number of subscribers to whom each program made available and, partly, "viewing approach", based on number of subscribers who watched each program—As result of hybrid approach, copyright owners in programs originating from Canadian signals got bigger share of royalties than if royalties had been allocated on sole basis of viewing, and copyright owners in programs coming from American signals receive a smaller remuneration—Decision of Board based on distinction between programs emanating from American and Canadian signals, not on distinction between American and Canadian copyright owners—Not discriminatory within meaning of Copyright Act, s. 70.63—Distinction justified by recognizing special value of Canadian signals—Application dismissed—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 65).

PUBLIC BROADCASTING SERVICE V. BORDER BROADCASTERS' COLLECTIVE (A-164-93, Pratte J.A., judgment dated 13/1/94, 4 pp.)

CROWN

TORTS

Plaintiff, inmate at Matsqui Institution in B.C., slipped, fell and broke hip while playing racketball in racketball court of Matsqui Institution—Plaintiff alleges water on court floor due to leak in roof caused injury—Issues: liability and quantum of

CROWN—Continued

damages—Leak in roof not repaired for about four years owing to dispute between contractor and Department of Public Works—On balance of probabilities, water leak onto floor of racketball court cause of plaintiff's injury—Due to failure of defendant to have roof properly repaired—Defendant's duty to prevent water leaking, to close racketball court or at least warn prisoners of possibility of water on racketball court—Defendant in part responsible for plaintiff's injury on basis of Crown Liability and Proceedings Act, s. 3—Plaintiff played racketball for minimum of fifteen minutes—Plaintiff must have seen water and chose to ignore it—Defendant responsible for 75% and plaintiff 25% as had obligation not to ignore water on floor—No pecuniary damages allowed—No loss of future income claim since injury took place while plaintiff incarcerated for armed robbery—Plaintiff committed another offence and again incarcerated for nine years—Because plaintiff incarcerated, no working time lost for surgery or convalescence and possibility of future income loss speculative—\$25,000 non-pecuniary damages awarded to plaintiff—Defendant liable for 75% of amount—No evidence of loss of expectation of life nor of unusual pain and suffering—Amount allowed on basis of loss of future enjoyment of life—Appropriate range of non-pecuniary damages for injury based on previous decision: *Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd et al.*, [1978] 2 S.C.R. 229—Damages not identical from province to another but should not vary greatly—Range of damages awarded in British Columbia appears to be somewhat higher than awards in other provinces—No evidence of victims of plaintiff's crimes—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3.

COULTER v. CANADA (T-485-90, Rothstein J., judgment dated 27/1/94, 20 pp.)

Appellant brought action in tort pursuant to Crown Liability Act, citing wrongful failure by defendant to appoint him to one of positions concerned in Public Service competition held in 1981, for position of strategic economist-analyst in Strategic Analysis Branch of federal Department of Transport, in which appellant participated and which he said led to his being best candidate—Appeal from Trial Division dismissing action—Appellant maintained that by failing to appoint him to one of positions concerned in public competition, defendant's employees committed faults constituting common law tort that could be basis for action in damages—After attending two interviews, appellant received telephone call from staffing officer in Department of Transport telling him neither of two candidates selected at end of initial interview selected for analytical position—After investigation appellant learned had obtained best marks of five candidates at initial interview, staffing officer had decided not to draw up eligibility list for position, he was only placed fourth despite best marks in interview, and finally that position was filled nine months later—Appellant accordingly complained of irregularities in holding of competition and questioned whether merit principle observed—Trial Judge right to conclude appellant's action could not be allowed—Action prescribed in entirety based on Ontario Limitations Act, s. 45(1)(g)—Only ignorance of significant facts on which cause of action based can delay term *a quo* of prescription period, not those which investigation may disclose and which only serve to support basic aspects of action—Simply finding irregularities existed in way competition held and proof appointment made without observing merit

CROWN—Concluded

principle not sufficient basis for action for damages—Such action only admitted on proof of wrongful act from which damage directly resulted—Common law does not recognize concept of special civil wrong for breach of legal obligation—Causal link between injury allegedly sustained, namely not being appointed, and irregularity or deficiency mentioned could only exist if appellant had acquired some right to such appointment: success in Public Service competition not in itself source of substantive law—Appellant not able to show existence in his case of first condition for action in tort, namely commission by one or other of Crown servants involved of wrongful act at common law, tort of negligence, which led to his not being appointed to one of positions involved in competition—Crown filed cross-appeal against Trial Judge's decision, concluding costs would be paid by each party—Trial Judge's discretion not exercised in judicious manner—Appeal dismissed with costs and cross-appeal dismissed—Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38—Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, s. 45(1)(g) (am. by S.O. 1990, c. L.15).

KIBALE v. CANADA (A-1486-92, Marceau, Décaré and Létourneau JJ.A., judgment dated 8/2/94, 9 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Action to recover overpayment of federal sales taxes—Plaintiff manufacturer of small household appliances—From September 1982 to March 1986 paying federal sales tax in relation to sale prices of products manufactured as set out by Excise Tax Act, s. 27 (now s. 50)—Annual letters from Excise indicating sales tax to be computed in relation to sales prices of goods manufactured by plaintiff—Excise auditors never mentioning any other method for calculating tax—From 1965 to 1985 Excise allowing certain manufacturers to account for federal sales tax using "determined value method" i.e. based on determined values—Individual company's specific determined value based on administrative policy, discretion—Nothing in departmental communications concerning determined value method of valuation—Plaintiff learning some competitors paying federal sales tax on different basis from tax consultant—Estimating overpayments equalling 1% to 1.5% of after-tax profits—In 1987 plaintiff claiming refund of taxes allegedly overpaid—Excise cancelling claim on ground determined value could not be applied retroactively to adjust amounts of tax computed on basis of sales prices—When plaintiff objected to decision, Excise denying objection, stating since tax paid on sale price, as set out in Act, no overpayment—Action dismissed—(1) Plaintiff claiming entitled to reduce tax liability with reference to tax treatment afforded to others—Treatment afforded to other taxpayers in authorizing some to apply determined value method in calculating tax not relevant to question of whether plaintiff entitled to refund just as not relevant some taxpayers paid on same basis as plaintiff—(2) Plaintiff claiming restitution on ground of unjust enrichment—To support claim based on unjust enrichment, must prove defendant enriched by receipt of benefit at expense or deprivation of plaintiff in absence of any juristic reason for enrichment, and in circumstances where would be unjust that benefit

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

be retained—Plaintiff alleging relied on Excise representations (letters) required to pay tax based on selling price of products, and never informed of determined values for products or of opportunity to use company specific determined values, even though policy of Excise to provide full information to taxpayers, through auditors and publications about methods of calculating tax—Overpaid taxes by mistake, under practical compulsion—Requirements to found claim on unjust enrichment not established—Neither establishing Crown receiving any benefit, other than tax paid in accord with statute, nor establishing sale prices not as provided in Act—Treatment accorded to certain other taxpayers, in authorizing tax to be calculated according to determined value method, not displacing statutory provision for tax to be paid in relation to sales prices—Statutory provision applied, without determined values, in cases of other taxpayers—Even if Crown received benefit, not at expense or deprivation of plaintiff—Where economic burden of tax shifted to others, i.e. where passed on to customers through sales prices, plaintiff not establishing any gain to Crown at its expense—(3) Plaintiff claiming legitimate expectation would be treated fairly or equitably with respect to other taxpayers in similar position, and would not be misled by information published by defendant through Excise—Facts not supporting application of doctrine of legitimate expectations—Doctrine creating neither substantive right to claim recovery of tax allegedly overpaid nor right to have determined value method apply retroactively to calculations of plaintiff's federal sales tax so as to create overpayment in regard to tax paid—Doctrine generally requiring express representation by public official upon which judicial review claimant can establish it relied to its detriment—No representation herein about determined value method of calculating tax—Representations tax to be calculated on sales price of products consistent with Act—Exceptional treatment of another party not estopping defendant from denying retroactive application of determined values for calculation of tax—(4) Plaintiff claiming refund of overpayments under s. 44—Claiming taxes paid in error because unaware of ability to calculate tax by determined value method, and unaware of financial implication of that method—In absence of industry-wide determined values or general policy for application of determined value method of calculating tax, assumption entitled to use determined value method for calculating tax invalid—Payment of taxes in accord with statute neither error nor overpayment—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 27 (as am. by S.C. 1976-77, c. 6, s. 3; 1980-81-82-83, c. 68, s. 10; 1985, c. 3, s. 16; 1986, c. 1, s. 186; c. 9, s. 16), 44 (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 23(3),(5)).

SUNBEAM CORP. (CANADA) LTD. v. CANADA (T-1010-89, MacKay J., judgment dated 2/12/93, 23 pp.)

DAMAGES

Determination of damages further to Court's judgment ([1991] 3 F.C. 70 (T.D.)) finding defendant liable in tort—Crown's wrongful seizures of plaintiff's vessel and vessel's subsequent and consequential damage and deterioration—No justification for seizures and Court found specified breaches of citizen's Charter rights guaranteed by ss. 7, 8, 12 and 15—Without benefit of judicially issued search warrant, public ser-

DAMAGES—Concluded

vants seized citizen's personal papers in hopes of discovering something upon which could base charge under Customs Act or Criminal Code, like contraband—Defendant's conduct unlawful and abusive—Defendant raised matter of assessment of damages: impecunious plaintiff—Reference to important case concerning award of damages to impecunious plaintiff: *Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison*, [1933] A.C. 449 (H.L.)—Where respondent not held liable for losses attributable to plaintiff's impecuniosity and damages assessed as if plaintiff not impecunious—If such general principle adopted, would enshrine injustice as principle of law—However, *Liesbosch* distinguishable as relating to consequences of management decision, which rendered plaintiff impecunious, not to carry adequate insurance—*Liesbosch*, when pushed beyond its inherent limitations, bad law—Canada's judiciary possesses sufficient self-confidence to interpret laws of Canada for Canadians without being bound by un-Canadian decisions—Notion of permitting tortfeasor to inflict grievous loss on impecunious individual without compensating victim for all grief inflicted by sheer negligence or malice of wrongdoer, un-Canadian, and foreign to Canadian values, and unjust, and not to be followed in Canada—Determination of damages must be made on sound reasoning and some discretionary decisions—Special damages regarding vessel accorded: \$137,710—Reasons for judgment in which liability found present wearisome litany of malicious, unprofessional, and cruel and unusual treatment of citizen and his wife by public servants—General damages awarded contained aggravated damages and infringement of Charter rights: \$66,400—Punitive and exemplary damages of \$20,000 allowed on basis of general tortious behaviour resided in high-handed, malicious, mocking, cruel treatment of plaintiff, in wielding of awesome State power against plaintiff to his material loss and evident deterioration of health—Such awards of punitive and exemplary damages against Crown could be largely avoided if public service managers would evince leadership in training public servants to exercise their authority over public with moderation and personal self-restraint, to wield State's awesome powers in civilized manner—Total damage awarded: \$224,110—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] ss. 7, 8, 12, 15.

ROLLINSON v. CANADA (T-560-84, Muldoon J., judgment dated 24/1/94, 39 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Maritime law—Application to amend style of cause and statement of claim to replace "ship *Canada Marquis*, its owners and all others interested in the ship" as defendant by five other sister vessels belonging to defendant Misener Holdings Limited—*Canada Marquis*, chartered by plaintiff, involved in collision with *British Tay* and sold before action filed against Misener in May 1991 for delay in delivery of goods and breach of contract—Action contested and plaintiff tried to have defendant Misener provide security in place of seizure of its vessels, which was refused by defendant—Plaintiff sought to take advantage of legislative amendment in effect February 1,

FEDERAL COURT JURISDICTION— Concluded

1992, authorizing action *in rem* against sister vessels: Federal Court Act, s. 43(8)—Action *in rem*, whether brought against “ship in question” or against sister ship, admissible only where Court has jurisdiction *in rem*—Federal Court’s jurisdiction *in rem* limited by Federal Court Act, s. 43(3), where action *in rem* only admissible if at time action brought owner of vessel in question same as at time cause of action arose—Plaintiff could not bring action *in rem* against *Canada Marquis* or against sister ships because at time action brought Misener no longer owner of *Canada Marquis*—Ownership test necessary to give Court *in rem* jurisdiction not met—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 43(2),(3),(8) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12).

NORANDA SALES CORPORATION V. BRITISH TAX (THE)
(T-1425-91, Denault J., order dated 26/1/94, 7 pp.)

INCOME TAX

CORPORATIONS

Action for declarations Income Tax Act, s. 184(3.1) elections operative only when court finally determining plaintiff made excessive elections; plaintiff made reasonable attempt to determine tax-paid undistributed surplus (TPUS), capital surplus on hand (CSOH); upon repayment of dividends, s. 184(3.1) operating to deem dividends not to be dividends so that Part III tax paid deemed not to have been payable; judgment requiring that in view of retroactive change in law applicable to plaintiff’s Part III tax, Minister exercise s. 152(4) power to “at any time assess tax, interest or penalties” with such modifications as circumstances require by virtue of s. 185(3), declaration plaintiff entitled to repayment of Part III taxes paid—Corporate income subject to tax on two planes: corporation paying tax on income; shareholders paying tax on dividends (distribution of corporation’s after-tax income)—S. 89(5)(a)(ii) deeming 1971 CSOH nil if surplus arising when taxpayer disposing of shares of corporation controlled by taxpayer to person with whom taxpayer dealing at arm’s length—S. 186(2) meaning of “controlled”: if more than 50% of issues share capital belonging to other corporation, to persons with whom taxpayer not dealing at arm’s length, or to other corporation and persons with whom other corporation not dealing at arm’s length—Finding of “control” fatal to crystallization of 1971 CSOH account because amount of account deemed nil—Election to distribute funds from this account would be excessive—1977 amendments terminated, at end of 1978, corporation’s right to make distributions of non-taxable dividends out of TPUS and CSOH accounts—Payout of excessive nontaxable dividends attracting penalty of 100% of excess (later reduced to 50%) under s. 184—S. 184(3.1) providing where corporation electing in accordance with s. 83(1) in respect of full amount of any dividend becoming payable after March 31, 1977 and before 1979 and corporation making “reasonable attempt to correctly determine” TPUS on hand and 1971 CSOH and portion of dividend giving rise to gain from disposition of shares and if corporation so elects and penalty paid, dividend deemed not to be dividend, but loan by corporation to person receiving dividend if full amount of loan repaid before

INCOME TAX—Continued

date stipulated by Minister—Throughout negotiations with foreign firm interested in purchasing minority interest in corporation owned and controlled by plaintiff, principals *ad idem* plaintiff would control new corporation, but parties agreeing to temporary 50/50 split of shares with subsequent reversion to 51/49 split—Action dismissed—In *Special Risks Holdings Inc. v. The Queen*, [1984] CTC 553 (F.C.T.D.), Reed J. holding transaction designed solely to avoid taxes—As same issue litigated by same parties findings of Reed J. constituting *res judicata*, or issue estoppel—Parties intending from outset to have 51/49 share deal—50/50 share deal contrivance or deliberate sham—Although parties purporting to agree to be equal partners for few days, never agreement to remain as such—“Reasonable attempt to correctly determine” pre-1972 surpluses meaning attempt to determine those sums in accord with truth, as taxpayer knows it to be, not merely as taxpayer would like it to appear to gain tax advantage not otherwise available—Under statutory standard taxpayer not required to be “right”, but required not to be duplicitous or deceitful, or knowingly to evade duty to make reasonable attempt to meet standard of correctly determining tax paid 1971 CSOH—Plaintiff’s 1971 CSOH deemed nil pursuant to s. 89(5)(a)(ii)—Plaintiff not making reasonable attempt to correctly determine surpluses upon which paid up as required by judgment—Alternatively plaintiff contending s. 184(3.1) conferring right to have Part III tax imposed remitted because retroactively changing basis upon which tax imposed—*Canadian Marconi Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 655 (C.A.) applied—MNR cannot be compelled to reassess—MNR *functus*—Not able to open up matter by means of another assessment—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 83(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 37), (2) (as am. *idem*), 89(5)(a)(ii) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 53; rep. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 44), 152(1) (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 5; 1985, c. 45, s. 86), (2), (3), (3.1) (as enacted by S.C. 1990, c. 39, s. 38), (4) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 59; 1988, c. 55, s. 136), (8), 184(2) (as am. by S.C. 1973-74, c. 49, s. 18; 1977-78, c. 1, s. 83), (3) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 83; 1980-81-82-83, c. 48, s. 91; c. 140, s. 110; 1986, c. 86, s. 95), (3.1) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 91), (4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 83; 1980-81-82-83, c. 48, s. 91), (5) (as am. *idem*), 185(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 84; (2) (as am. *idem*; 1980-81-82-83, c. 48, s. 115), (3), 186(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 111).

SPECIAL RISK HOLDINGS INC. V. CANADA (T-416-88,
Muldoon J., judgment dated 1/12/93, 30 pp.)

Appeal from judgment of Canadian Tax Court allowing respondent’s appeal from income tax assessment for 1988 taxation year—Tax Court concluded respondent entitled to deduction provided in Income Tax Act, s. 125.1(1) since more than 90% of profit had been derived from manufacturing or processing in Canada of goods for sale in Canada—Whether Tax Court correctly held bulk of respondent’s income for 1988 derived from manufacturing or processing of goods for sale in Canada—Respondent involved in making images earth sections to detect presence of oil or gas—Seismic method involving three steps—Respondent involved only in second stage: processing of data—Processing consisting in different operations where information collected to finally produce images called seismic sections—Output tapes produced from seismic

INCOME TAX—Continued

sections—Both section and tape delivered to customer for geophysicist's interpretation—Respondent not owner of information received from customers—Costs of printing new information on seismic sections and output tapes minimal—Decision of Tax Court based on erroneous assumption if income earning activity culminates in production of tangible property having market value, earnings resulting from activity necessarily derived from manufacturing or processing of goods—To determine if taxpayer engaged in manufacturing or processing of goods, should consider whole of taxpayer's activity—Respondent provided services to customers by processing raw information and derived income from activity, not from manufacturing or processing of goods—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125.1(1) (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1; 1984, c. 1, s. 70; c. 45, s. 41; 1986, c. 55, s. 46; 1988, c. 55, s. 201; c. 55, s. 103; 1993, c. 24, s. 64), (3)(b) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 60; 1980-81-82-83, c. 48, s. 71; c. 140, s. 87; 1985, c. 45, s. 70).

M.N.R. v. VERITAS SEISMIC LTD. (A-284-93, Pratte J.A., judgment dated 18/1/94, 5 pp.)

INCOME CALCULATION

Deductions

Plaintiff owned and operated industrial gas and welding products business, employing fifty persons, conducting business in various locations in Alberta and B.C.—Revenue, expenses and assets declined sharply after June 1, 1985—Only two employees remaining, most of working assets sold to Union Carbide—Refillable gas cylinders rented to Union Carbide under its sole possession and control—Plaintiff not intending to re-enter industrial gas and welding product business—Whether rental income active business income or income from property—If active business income, plaintiff can claim small business deduction—Defendant arguing plaintiff's activities changing so radically plaintiff no longer conducting active industrial gas and welding product business—Appeal allowed—Rental income from cylinders business income—Although business different from what had been before, not ceasing to be business—Presumption income earned by company incorporated for certain business purposes business income—To clarify overlap between income from property and income from business, Income Tax Act s. 129(4.1) definition providing income from property not including income from any property pertaining to active business or from any property used for purpose of gaining or producing income from active business—In so far as income from property might also pertain to active business, falls into business income category pursuant to s. 129(4.1), not income from property—Distinction between active, inactive business no longer relevant—Act characterizes any business carried on by corporation as active business unless falls within exceptions specified i.e. personal services business or specified investment business—Renting of chattels expressly excluded by s. 125(7)(e) from definition of specified investment business—Therefore not falling into exceptions described in s. 125(7)(a)—Also since income from property source defined by s. 129(4.1) to include income from specified investment business, but to exclude income from any other business, and since leasing of chattels

INCOME TAX—Continued

expressly stated not to be specified investment business, income from business of leasing chattels presumptively active business income—Reference to any business in s. 125(7)(a) presumptively including all business income (whether from active or inactive business) within category of active business income unless business falling within exception, i.e. personal service business or specified investment business—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125(7)(a) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 40), (c) (as am. *idem*), (e) (as am. *idem*), 129(4) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 41; 1980-81-82-83, c. 48, s. 74; c. 140, s. 90; 1984, c. 1, s. 75; 1985, c. 45, s. 74), (4.1) (as enacted by S.C. 1979, c. 5, s. 41(4); 1985, c. 45, s. 47(3)).

BORSTAD WELDING SUPPLIES (1972) LTD. v. CANADA (T-3066-90, Reed J., judgment dated 30/12/93, 9 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing defendant's appeal from assessments made by MNR for 1987 and 1988 taxation years—Issue turned on deductibility of alimony paid by defendant to son in 1987 and 1988 after obtaining divorce in 1976 in which former spouse obtained legal custody of children, and after concluding agreement with son in 1985 in which defendant agreed to pay son alimony of \$112 a week, annually indexable—Son no longer lived with mother in 1987 and 1988—Lived alone, was of full age and sound mind but no financial resources since still studying—In 1990, MNR denied deduction of alimony paid by defendant to son for 1987 and 1988 taxation years—These assessments upheld and defendant appealed: TCC allowed appeal—Under Income Tax Act (ITA), ss. 60(b) and 60.1(1), question whether in circumstances defendant's son remained in mother's custody at time he received amounts in question—According to TCC Judge, Superior Court custody order still in effect in 1987 and 1988—Confusion between term "right of custody" in ITA and concept of "dependent child"—Definition of term "dependent child" in Divorce Act referred to concept similar to that contemplated by obligation of support in Civil Code and assumed child could not support himself, whatever his age—"Custody" order creates right in favour of parent for whom made—Latter has ultimate responsibility for education and exercise of parental authority—Custody right ceases when child becomes adult and independent, though he may remain dependent child in so far as unable to support himself since leaving parental home—Existence of parental authority prerequisite to concept of "custody"—TCC Judge erred in concluding defendant's son remained in mother's custody solely on ground he was in need after leaving mother's residence or that custody order had not been revoked—Purpose of ITA s. 60.1(1) to permit deduction of amounts paid for benefit of child as long as child remains in custody of former spouse—Defendant's son had left mother's custody in 1987 and 1988, so s. 60.1(1) did not have effect of treating amounts he received from father as received by mother, with result not deductible under ITA s. 60(b)—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 60(b) (am. by S.C. 1993, c. 24, s. 20), s. 60.1(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 31; 1980-81-82-83, c. 48, s. 30; c. 140, s. 29; 1984, c. 45, s. 20; 1985, c. 45, s. 126; 1988, c. 55, s. 38)—Divorce Act, R.S.C., 1985 (2 Suppl.), c. 3, s. 2(1), s. 34.

CANADA v. CURZI (T-1183-92, Noël J., judgment dated 8/2/94, 11 pp.)

INCOME TAX—Continued

NON-RESIDENTS

Appeal from trial judgment ((1992), 92 DTC 6305 (F.C.T.D.) allowing respondent's appeal from reassessments—Respondent, forestry company incorporated in B.C., making rental payments in 1987, 1988, 1989 to Norsk, incorporated in Bahamas, but office and place of business in U.S.A., for barges to transport wood chips to pulp mills—Norsk only filing tax returns in U.S.—Claiming exemption from U.S. federal income tax pursuant to U.S. Internal Revenue Code, s. 883(a)(1) because income derived from operation of ships, and organized in Bahamas which grants equivalent exemption to U.S. corporations—Appellant alleging rental payments subject to 25% withholding tax as “rent, royalty or similar payment” pursuant to Income Tax Act, s. 212(1)(d)—S. 212(1)(d) providing every non-resident shall pay tax of 25% on every amount person resident in Canada pays to him as rents—Canada-United States Income Tax Convention, Art. XII(2) providing royalties may also be taxed in Contracting State in which arise and according to laws of that state, but if resident of other Contracting State beneficial owner of such royalties, tax so charged shall not exceed 10% of gross amount—Art. IV(1) defining “resident of a Contracting State” as any person liable to tax under laws of that State by reason of domicile, residence, place of management, place of incorporation or any other criterion of similar nature—Trial Judge holding Norsk resident of U.S.A. within meaning of Art. IV(1)—Holding Norsk's income effectively connected with trade or business actively conducted in U.S.A. because place of management located in U.S.A.—Appellant alleging Trial Judge erred as to (1) findings of fact; (2) applicability of Convention—Appeal dismissed—(1) No error in Trial Judge's findings of fact—(2) Appellant submitting (a) since foreign corporations not generally liable to tax in U.S.A. on basis of place of management, Norsk not liable based on place of management; (b) inclusion of phrase “or a criterion of a similar nature” indicating common basis for liability under that Article, i.e. liability to tax on world-wide basis; (c) finding that Norsks liable to tax because income effectively connected to conduct of trade or business is criterion of similar nature and tantamount to amendment to Convention; (d) Trial Judge's interpretation of Article IV(1) leading to anomalous results—(a) Inquiry into resident status must have regard for basis of liability of particular taxpayer, rather than application of domestic tax law generally—Question not whether, as general rule, U.S. imposing tax by reason of foreign corporation's place of management, but whether Norsk liable to pay tax by reason of place of management—(b) Only domestic corporations liable to tax on 100% of world-wide income—Necessary consequence of appellant's interpretation, that only those corporations liable to tax on 100% of world-wide income meeting definition of “resident”, restricting definition of “resident” to domestic corporations—Foreign corporations with substantial operations in U.S.A., and U.S.A. source income unable to benefit from Convention—Such result could have been expressly provided for—Furthermore, as Model Treaty from which Convention adopted providing “resident” not including any person liable to tax in that State or capital situated therein, absent evidence of contrary intent, reasonable to conclude omission of clause from Convention intentional—Omission indicating drafters not intending to make liability to tax on world-wide basis necessary condition for res-

INCOME TAX—Continued

ident status under Convention—(c) Not logically necessary to resort to “criterion of similar nature” to find Norsk liable herein—Norsk's liability to tax in U.S.A. based on income effectively connected with trade or business in U.S.A., which is primarily based on its place of management—Trial Judge's interpretation of Art. IV(1) effectively giving meaning to expression “place of management” in manner consistent with facts—(d) Rejecting “world-wide income” test as only basis for tax liability not meaning any corporation with U.S. source income liable to tax in U.S. and thereby becoming U.S. resident under Convention—Foreign corporation can still only acquire liability for payment of U.S. tax by reason of any Art. IV(1) enumerated criteria—Under proposed interpretation Norsk could be considered resident corporation in U.S.A. and not pay tax because of exemption and still benefit from double taxation provisions—While Norsk exempt from tax on U.S. income under U.S. Internal Revenue Code, still liable to tax—U.S.A. entitled to tax corporations at whatever rate deems appropriate—Rate of tax not affecting characterization as resident—Décary J.A. (dissenting) holding Trial Judge erred in holding Norsk liable to tax in U.S.A. because place of management there—Norsk liable to tax because trade or business effectively connected with U.S.A., that connection established because place of management there—Art. IV(1) imposing liability to tax by reason of one of four specific criteria or by reason of generic criterion of similar nature—Common element of specific criteria that each alone basis for taxation, each easily, readily and objectively identifiable, each could be related to tangible location—Criterion “of a similar nature” must satisfy these elements—Norsk qualifying as “resident” only if liable to tax by reason of criterion of similar nature—Norsk liable to tax in U.S.A. because conducted trade or business which is effectively connected with U.S.A.—Neither enumerated ground, nor ground of similar nature—To say tax liability caused by conduct of business effectively connected with U.S.A. similar in nature to tax liability caused by place of management, constituting amendment to Convention—Canada-United States Income Tax Convention Act, S.C. 1984, c. 20, Sch. I, Arts. IV, XII—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(d) (as am. by S.C. 1986, c. 2, s. 26)—U.S. Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 883(a)(1) (1988).

CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA (A-1103-92, A-1104-92, A-1105-92, Heald J.A., Décary J.A., dissenting, judgment dated 8/11/93, 20 pp.)

PRACTICE

Motion to vacate certificate and costs issued by Federal Court to M.N.R. on basis amount certified incorrect and no assessment provided and to dismiss or discharge writs of *feri facias* as conditions excessive—M.N.R. employees harassing exasperated taxpayer in post-assessment dealings with him—Public servants have not credited every payment applicant had made; have taken inexplicably long time to implement wife's authorization to credit directly her income tax refunds to his account; have taken actions with their notices and garnishing order which jeopardized or eliminated applicant's little firm's opportunities to earn money with which to pay arrears; and finally, public servants dealing with applicant stoutly asserted applicant failed to provide intended second mortgage on interest in matrimonial home, which was formerly agreed to

INCOME TAX—Concluded

be part of Minister's security, intended to be orderly payment and collection of arrears—If applicant really cannot pay off assessed income tax arrears, Minister can take stern measures to realize arrears from applicant's property—Power given to Minister to ensure payment of indebtedness by debtor ultimately secure: *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.)—Minister and departmental officials not immune from judicial review in circumstances of case—Law supreme over State officials—Court strongly urged respondent to consider registration of agreed and proffered second mortgage in exchange for discharging judgment—Writ of *fiery facias* quashed with any and all incidental expenses being respondent's costs—Respondent may issue new writ after further meeting with applicant to end of establishing orderly, reasonable schedule for applicant to pay off his arrears—Court requires both sides to deposit in registry signed certification subsequent meeting occurred in attempt to reconcile parties—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 220(1),(4) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 88).

MCPhail v. M.N.R. (ITA-522-92, Muldoon J., order dated 28/1/94, 14 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motion by respondent for order extending time to file affidavit, setting time and place of hearing—Motion by applicant compelling respondent to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(3) by filing detailed statement of legal, factual basis for the allegations set out in Notice of Allegation—Originating notice of motion filed for order prohibiting Minister from issuing to Apotex Notice of Compliance for medicine "Lovastatin" currently covered by patent—Apotex joined as respondent—Protective order issued—According to *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, A-389-93, Mahoney J.A., 25/10/93, F.C.A., Part V.1 Rules apply—Rules dictating expeditious conduct of proceedings—(1) Although late, affidavit filed, accepted by Registry without Court order required under R. 1614—Extension granted as applicants aware of contents, no prejudice caused by granting motion—(2) Motion for time, place of hearing premature as Apotex not filing detailed statement of fact, law—(3) Applicants alleging statements filed not including facts from which Court may conclude no infringement i.e. process used to make Lovastatin, how process not infringing patents, nor do statements rebut Patent Act, s. 55.1 presumption substances of same chemical composition deemed produced by same process—As protective order herein, Apotex must file detailed statement of factual, legal basis for allegations to allow applicants to be fully aware of grounds of allegation—"Detailed statement" important to delineate issues as no statement of claim to provide opportunity to move for particulars—Applicants must know case to be met, and are armed with presumption patents valid—Affidavits filed in support intended to provide evidence of legal, factual bases set out in statement, not to set out issues—Respondents submitting requiring statement of legal, factual basis after six-month delay prejudicial, and therefore seeking hearing of originating

PATENTS—Concluded

motion—As these applications brought so soon after Regulations becoming law, unfair, absent order on these motions to start clock when originating motion filed—More workable to start clock now and require compliance with Part V.1 timetable as of date of this hearing—*Bayer* noting matter should still be resolved within 30 months after filing originating notice of motion except in rare circumstances—Regard should be had to Patent Act, s. 55.2(4)(e), Regulations s. 7(5), and impact on R. 1614 discretion—Although Court has jurisdiction to extend 30-month period, regard must be had to expeditious resolution of matter in setting down deadlines—30-month period not extended—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1602 (as am. by SOR/92-43, s. 19), 1603(3) (as am. *idem*), 1614 (as am. *idem*)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1)(b)(iv), (3), 7(5)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), 55.2(4)(e) (as enacted *idem*).

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1305-93, Cullen J., order dated 20/12/93, 9 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Trial Judge awarding party and party costs—Defendant disputing second counsel fees of \$200 for B. R. Leonard under Tariff B 1(1)(i); disbursement for photocopies; disbursement for experts—(1) Although Tariff B 1(1) may not adequately capture principle of partial indemnity, not authority to ignore it—Volume itself, unless extraordinary, which was not situation here, not intended as "special" reason prompting exercise of discretion under Tariff B 1(1)(i)—Given volume of material herein, use of second counsel likely maximized efficiency of Court's time, and in solicitor-client bill unfettered by Tariff B 1(1) such fees would be allowed—Second counsel fees disallowed—(2) Facsimiles, photocopies or long distance tolls different from charges for secretarial services, which are ongoing, existing beyond life of particular lawsuit—Item allowed as presented—*Mon-Oil Ltd. v. Canada*, T-266-88, Stinson T.O., taxation dated 12/11/93, F.C.T.D., not yet reported, and *United Terminals Ltd. v. M.N.R.*, T-705-89, Stinson T.O., taxation dated 3/7/91, not reported, applied—(3) Mr. Willson chartered accountant with Clarkson Gordon (now Ernst & Young) who audited plaintiff's books—Testified both to facts and as expert—Not filing expert report *per* R. 482—Nothing allowed for expert's fees prior to 1990, although action commenced May 13, 1986—In certain circumstances solicitors have professional obligation to consider and recommend purchase of professional expertise not bound up in partial indemnification of Tariff B 1(1)—Taxations not proceeding on assumption existing lists of excluded items, and items considered on all or nothing approach—Subjective language of Tariffs suggesting approach encompassing discretion and, if appropriate in absence of absolute proof, reasoned estimates—Roles of experts examined in context of demands of lawsuit and ordinary expertise expected of solicitor both relative to additional need for Ernst & Young in advisory role and apart from whether Mr. Willson should be deemed to have been qualified

PRACTICE—Continued

under R. 482—R. 482 providing for explicit exceptions to ordinary method of qualifying expert for testimony in lawsuit and, by extension, for qualifying charges associated with such testimony for indemnification between litigants—Such explicit exceptions ordinarily pursuant to order, but not occurring here—As Mr. Willson not qualified prior to trial *per* R. 482, plaintiff's solicitor likely concluded testimony of other experts sufficient—Mr. Willson's testimony not critical to plaintiff's success—As invoices suggesting Ernst & Young maintaining non-litigious role for plaintiff during lawsuit, neither role for R. 482 services indemnifiable *per* Tariff A 4(2) nor any significant role *per* Tariff B 1(2)(b)—Other experts' fees allowed as success—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 482 (as am. by SOR/90-846, s. 18), Tariffs A 4(1),(2) (as am. by SOR/86-319, s. 3), B 1(1) (as am. by SOR/87-221, s. 1), (2)(b) (as am. *idem*).

COPPLEY NOYES & RANDALL LTD. v. CANADA (T-1099-86, Stinson T.O., taxation dated 10/12/93, 14 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Motion for reattendance to answer questions refused on discovery—As preliminary matter, defendant alleging plaintiff's solicitor author of written submissions and of affidavit filed in support of plaintiff's position on motion—Doubtful party can waive impropriety—Whether affiant author of submissions in support of which affidavit filed difficult to decide as submissions ink signed in name of law firm, name of affiant as well as name of senior lawyer typed on back of submissions—Practically, in Court where client may often be on different continent, unfamiliar with either language, solicitor's affidavits may be admissible—Except in very exceptional circumstances, solicitor presenting motion should not rely on own affidavit—On motion where affidavit may include information of belief and grounds therefor (i.e. hearsay evidence permissible), solicitor's affidavits seldom necessary and should be avoided even if admissible because of possibility of solicitor being cross-examined and questioning conflicting with solicitor and client privilege—Court proceeding as if affidavit that of someone other than counsel—Mark in question adopted and used by public authority, in Canada, as official mark in respect of which registrar has, at request of public authority, given public notice of adoption or use (Trade Marks Act, s. 9(1)(ii)(iii))—Defendant required to prove plaintiff not public authority, mark not adopted and used, or Registrar not giving public notice at request of authority—Examination for discovery seeking any correspondence between plaintiff and agents to secure public notice of official mark—Any correspondence bearing on request by authority to give public notice should be produced, subject to right to claim solicitor and client privilege—Order extending to whole file of FBDB and whole file of trade mark agent, subject to right to claim privilege for parts of file not connected to requesting as was done in *Risi Stone Ltd. v. Groupe Permacon Inc.*, [1990] 3 F.C. 10 (T.D.)—Question whether FBDB having any information Canadian public wants FBDB to carry out activities irrelevant to determination of whether FBDB public authority, and not required to be answered—Question regarding studies done to assess popular

PRACTICE—Continued

support also irrelevant—Questions concerning list of businesses to which FBDB sending promotions irrelevant and need not be produced—Questions concerning trade mark searches not ordered answered as existence of prior trade marks irrelevant to right to adopt escutcheon or mark under s. 9—Questions relating to FBDB file for giving public notice of more recent mark need not be answered—Defendant alleging relevant to show mark abandoned—Provision for adoption of arms and marks in Trade Marks Act not intending to incorporate any more of statutory or common law applying to trade marks into law of arms than specifically made applicable by Trade Marks Act to that law—Doubtful mark adopted under s. 9 can be abandoned—Application for similar mark irrelevant to abandonment—Abandonment must be determined on relevant facts, not including whether new mark properly attained—Balance of convenience indicating place of reattendance should be Montréal as three people (two lawyers, person being examined) in Montréal, versus two people in Toronto—Reattendance at plaintiff's expense, but limited to reasonable expenses of one counsel—Defendant seeking solicitor and client costs as plaintiff alleging request for reattendance in Toronto spiteful—Place of attendance depending entirely on balance of convenience—Request for reattendance in Toronto not spiteful—Although unsupported allegation of spite might in certain circumstances subject person alleging spite to payment of solicitor and client costs, on balance plaintiff having greater success on balance herein—As very general submissions made in response to motion not very helpful, no costs awarded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 9(1)(ii)(iii).

FEDERAL BUSINESS DEVELOPMENT BANK v. C.B. MEDIA LTD. (T-3159-90, Giles A.S.P., order dated 30/12/93, 7 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Motion to set aside order striking out statement of claim as revealing no cause of action—Plaintiff writing to every member of House of Commons, Senate enclosing petition to be tabled in each House seeking address of each House for removal of Federal Court, Trial Division Judge—Submitting right to petition Queen and Senate pursuant to Bill of Rights, 1688, s. 5, and Governor General under obligation to summon and call together House of Commons, Senate to grant that right pursuant to Constitution Act, 1867, ss. 40, 24—Day before issuance of Proclamation dissolving Parliament and Proclamation issuing writ of election, plaintiff filing originating notice of motion seeking *mandamus* directing Governor General to summon House of Commons and Senate so that plaintiff's petitions could be dealt with or declaration Governor General ought to be recalled for such purpose or setting aside dissolution—Associate Chief Justice dismissing motion without prejudice to plaintiff's right to seek similar relief by way of action for declaratory judgment instead of through judicial review—Plaintiff issuing and serving impugned statement claim—Motion dismissed—Discretionary orders of prothonotaries not to be set aside unless discretion based upon wrong principle or misapprehension of facts—A.S.P.'s order not based upon wrong principle or misapprehension of facts—R.

PRACTICE—Concluded

336(1)(b)(i) removing from prothonotaries jurisdiction to grant orders “inconsistent with order previously made by Court or judge”—In submitting statement of claim dated October 22, 1993 plaintiff not obeying order directed at him—Order of Associate Chief Justice simply stating plaintiff’s right to initiate action for declaratory judgment—Although Bill of Rights, 1688 giving individuals right to petition Crown, dictionary definition of “petitioning” including acts far less onerous than full parliamentary audience, including writing letters—Rights of Parliamentary privilege, including freedom of speech, limited to both Houses of Parliament and to members thereof—Nothing in Bill of Rights, 1688 stating right to petition superseding all other prerogative acts when petition pending, i.e. Governor General issuing writ of election, or speaking to consequences of prerogative acts when petition pending—Plaintiff’s actual complaint relating to Governor General’s decision to dissolve Parliament before plaintiff’s petition considered by Parliament—No evidence why plaintiff’s petition had to be considered before dissolution of Parliament—Even if Bill of Rights, 1688 received into Canadian law and not superseded by subsequent legislation, not providing plaintiff with rights seeks—Pleadings not revealing cause of action—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(2), 6 (as am. by SOR/90-846, s. 2), 336(1)(b)(i), (5), 419(1) (a),(c),(f)—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. 2], ss. 24, 40, 99(1)—Bill of Rights, 1688 (U.K.), 1 W. & M. sess. 2, c. 2, ss. 1, 5—Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2, ss. 4(a),(b), 5(b).

BABINEAU V. CANADA (T-2496-93, Nadon J., order dated 14/1/94, 7 pp.)

RCMP

Application pursuant to Federal Court Act, s. 18.2 to stay disciplinary proceedings pending disposition of application for judicial review of number of RCMP decisions in course of initiating disciplinary procedures—Applicant facing discharge if hearing proceeds—Hearing to be *in camera* but applicant fearing information about misconduct may be leaked to press—Applicant relying on *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, wherein Cory J. finding hearing tainted by bias void, to argue anticipatory or pre-hearing judicial review for bias appropriate to avoid needless expenditure of time, money on proceeding, even though earlier cases expressing preference for post-hearing review of bias issues—In absence of clear direction favouring judicial review for bias in advance of hearing, and in absence of any evidence about specific bias alleged, injunction denied—Also impact on other cases if stay granted—Public interest relevant—Long delay in holding hearing inevitably prejudicing quality of evidence—Irreparable harm not established—That hearing to be held *in camera* cannot be ignored simply because risk information may be improperly given to press—If applicant discharged following hearing, will have opportunity to appeal under Act, and appeal process also confidential—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Royal Canadian Mounted

RCMP—Concluded

Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.1(14) (as enacted *idem*).

RIABKO V. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-1397-93, Simpson J., order dated 29/12/93, 5 pp.)

TRADE MARKS**REGISTRATION**

Application under Trade-marks Act, s. 56 appealing decision of Trade-marks Opposition Board refusing appellant’s application to register trade mark “Sass” in relation to young women’s magazine in 1987—Application refused on basis appellant did not meet onus of showing mark “Sass” distinctive of its magazine within meaning of Act, s. 38(2)(d)—Board also decided, with respect to ground of opposition pursuant to Act, ss. 38(2)(c) and 16(3)(a), not satisfied opponent or predecessor in title used or made known trade mark “Sassy”, as required by Act, s. 17(1)—High degree of resemblance between two marks—Legal burden remains upon appellant to show confusion does not exist and trade mark distinctive—Whether respondent, or variously named predecessors have standing to oppose registration of trade mark “Sass” by appellant—Act, s. 38 starting point for determination of whether Sassy may continue to oppose registration—S. 38 providing no limitation opponent must be person who would be adversely affected by outcome of proceedings or holder of similar mark—As Sassy or variously named predecessors “persons”, specific requirements of s. 38(1) met—Validity of substitutions of various subsequent “persons” for original opponent—Whether substitution made on basis of alleged assignment valid or whether would lead to champerty and maintenance—Assignment valid in view of sufficient pre-existing commercial interest in trade mark—Respondent had standing to oppose to registration of trade mark “Sass” and sufficient standing to continue opposition before Court—As to distinctiveness, issue whether at material date proposed trade mark “Sass” adapted to distinguish magazines of appellant from magazine Sassy—Relevant date for determining registrability and distinctiveness date of Opposition Board’s decision—Appellant did not prove mark distinctive both at time of filing opposition and at date of Board’s decision—Respondent failed to meet burden, under Act, ss. 16(3)(a) and 17(1), of showing predecessors in title previously used or made known confusing trade mark and mark not abandoned—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 16(3)(a), 17(1), 38(1) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 134), (2)(b),(c),(d).

CLARCO LTD. V. SASSY INC. (T-2892-92, Denault J., judgment dated 4/2/94, 14 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Umpire’s decision concluding respondent left employment with justification—Respondent disqualified by Unemployment Insurance Com-

UNEMPLOYMENT INSURANCE— Continued

mission from receiving unemployment insurance benefits for nine weeks on ground voluntarily left employment without just cause—Board of Referees upheld Commission's decision but reduced period of disqualification from nine to six weeks—Commission appealed decision on basis Board erred in law because disqualification reduced below statutory minimum of seven weeks of Unemployment Insurance Act, s. 30(1.1)—Respondent had no legal advice and did not appear in appeal—If party without benefit of counsel wants to cross-appeal in appeal by Commission, Umpire should utilize power under Unemployment Insurance Act, s. 82 to extend time for filing appeal: *Kuikka, CUB 21932*—Umpire not justified in interfering with findings of fact reached by Board as did not find decision perverse—Umpire wrong in substituting own view of facts for Board's—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 30(1.1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 22).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MAUGHAN (A-1463-92, MacGuigan J.A., judgment dated 27/1/94, 2 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE— Concluded

Application for judicial review of Umpire's decision allowing appeal from Board of Referees' decision respondent left job voluntarily without just cause—Respondent, after becoming unemployed, filed application for unemployment benefits with reason had quit employment—According to employer's Record of Employment, respondent had been dismissed for misconduct—Disqualified from receiving benefits under Unemployment Insurance Act—Notion of "dismissal for misconduct" and "voluntarily leaving without just cause" dealt with together in Unemployment Insurance Act, ss. 28 and 30 as in both situations, loss of employment deliberate action of employee—Difference between two situations taken into consideration only for exercise of discretion in determining sanction—Board respected its jurisdiction even if interpreting facts in different manner—Application granted—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 21).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. EASSON (A-1598-92, Marceau J.A., judgment dated 1/2/94, 4 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le juge-arbitre a conclu que l'intimée avait quitté son emploi sans motif valable—La Commission d'assurance-chômage a jugé l'intimée inadmissible aux prestations d'assurance-chômage pour neuf semaines au motif qu'elle avait volontairement quitté son emploi sans motif valable—Le conseil arbitral a confirmé la décision de la Commission, mais a réduit la période d'exclusion de neuf à six semaines—La Commission en a appelé de cette décision au motif que le conseil avait commis une erreur de droit en réduisant la période d'exclusion à une durée inférieure à la période minimale de sept semaines prévue à l'art. 30(1.1) de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimée ne bénéficiait pas de conseils juridiques et ne s'était pas présentée à l'audition de l'appel—Si une partie, sans l'aide d'un avocat, veut former un appel incident dans le cadre d'un appel interjeté par la Commission, le juge-arbitre doit se prévaloir du pouvoir que lui confère l'art. 82 de la Loi pour proroger le délai d'appel: *Kuikka, CUB 21932*—Le juge-arbitre n'était pas fondé à modifier les conclusions de fait tirées par le conseil puisqu'il n'avait pas conclu que la décision était abusive—Le juge-arbitre a eu tort de substituer son point de vue sur les faits à celui du conseil—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 30(1.1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 22).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MAUGHAN (A-1463-92, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 27-1-94, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre accueillait l'appel de la décision du conseil arbitral, qui avait conclu que l'intimé avait quitté son emploi volontairement, sans justification—L'intimé, une fois au chômage, avait fait une demande de prestations d'assurance-chômage au motif qu'il avait quitté son emploi—Selon le relevé d'emploi de l'employeur, l'intimé avait été congédié pour mauvaise conduite—Il était inadmissible aux prestations d'assurance-chômage selon la Loi sur l'assurance-chômage—Les art. 28 et 30 de la Loi sur l'assurance-chômage traitent en même temps des notions de «perte d'emploi pour inconduite» et de «départ volontaire sans justification», car dans les deux situations la perte d'emploi est la conséquence d'un ou plusieurs actes délibérés de l'employé—La distinction entre les deux situations n'est prise en considération que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de déterminer la

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

sanction applicable—Le Conseil n'a pas outrepassé sa compétence, même s'il a interprété les faits d'une façon différente—La demande est accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 21).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. EASSON (A-1598-92, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 1-2-94, 4 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Requête présentée par l'intimée en vue de l'obtention d'une ordonnance prorogeant le délai de dépôt d'un affidavit, ainsi que d'une ordonnance fixant la date et le lieu de l'audience—Requête présentée par la requérante en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'intimée de se conformer à l'art. 5(3) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), en déposant un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels se fondent les allégations formulées dans l'avis d'allégation—Avis de requête introductif d'instance déposé en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de délivrer à Apotex un avis de conformité à l'égard du médicament «Lovastatin» visé par un brevet—Apotex a été mise en cause à titre d'intimée—Une ordonnance conservatoire a été rendue—Selon l'arrêt *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, A-389-93, juge Mahoney, J.C.A., 25-10-93, C.A.F., les règles de la partie V.1 s'appliquent—Les règles exigent le déroulement expéditif des instances—(1) L'affidavit a été déposé, bien que tardivement, et il a été accepté par le greffe sans que la Cour ne rende l'ordonnance prévue par la Règle 1614—La prorogation est accordée puisque les requérantes connaissent la teneur de l'affidavit et que l'octroi de la requête ne leur porterait pas préjudice—(2) La requête visant à faire fixer la date et le lieu de l'audience est prématurée étant donné qu'Apotex n'a pas déposé un énoncé détaillé des faits et du droit—(3) Les requérantes soutiennent que les énoncés qui ont été déposés ne font pas état de faits permettant à la Cour de conclure à l'absence de contrefaçon, par exemple, des faits concernant le procédé employé pour fabriquer la lovastatine et indiquant en quoi ce procédé ne contrefait pas les brevets, et les énoncés ne réfutent pas la présomption établie par l'art. 55.1 de la Loi sur les brevets, selon

BREVETS—Fin

lequel les substances formées des mêmes composants chimiques sont réputées avoir été produites par le même procédé—Comme une ordonnance conservatoire a été rendue en l'espèce, Apotex doit déposer un énoncé détaillé des faits et du droit sur lesquels se fondent ses allégations, de façon à permettre aux requérantes d'être parfaitement au courant des motifs sur lesquels les allégations sont fondées—Un «énoncé détaillé» est important lorsqu'il s'agit de préciser les questions litigieuses, en l'absence d'une déclaration permettant aux requérantes de demander des détails—Les requérantes doivent être informées de la preuve à laquelle elles auront à répondre et elles bénéficient de la présomption selon laquelle leurs brevets sont valides—Les affidavits déposés à l'appui visent à apporter une preuve se rapportant au droit et aux faits dont fait état l'énoncé, et non à énoncer les questions—L'intimée affirme que la contraindre à déposer un énoncé des faits et du droit après un délai de six mois lui causera préjudice et elle cherche donc à faire entendre la requête introductive d'instance—Étant donné que ces demandes ont été présentées si peu de temps après l'entrée en vigueur du Règlement, il serait injuste, en l'absence d'une ordonnance sur ces requêtes, de faire courir le délai à compter du dépôt de l'avis de requête introductif d'instance—Il est plus réaliste de calculer le délai à partir de maintenant et d'exiger l'observation, à compter de la date de la présente audience, de l'échéancier établi dans la partie V.1—Dans l'arrêt *Bayer*, la Cour a fait remarquer que la question devait néanmoins être traitée dans les 30 mois qui suivent le dépôt de l'avis de requête introductif d'instance, sauf dans de rares cas—Il faut tenir compte de l'art. 55.2(4)e) de la Loi sur les brevets et de l'art. 7(5) du Règlement, ainsi que de leur incidence sur le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 1614—Bien que la Cour ait compétence pour proroger la période de 30 mois, il faut tenir compte du règlement expéditif de l'affaire en fixant le délai—La période de 30 mois n'est pas prorogée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602 (mod. par DORS/92-43, art. 19), 1603(3) (mod., *idem*), 1614 (mod., *idem*)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1)b)(iv), (3), 7(5)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), 55.2(4)e) (édicte, *idem*).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1305-93, juge Cullen, ordonnance en date du 20-12-93, 12 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Procédure d'enquête en matière d'immigration*

Le même arbitre siégeait à l'audience sur le minimum de fondement et à une seconde enquête de l'immigration—La requérante était représentée par des avocats différents à chaque audience—La Loi prévoit que la même personne peut agir comme arbitre à l'audience sur le minimum de fondement et à l'enquête—Mais normalement, les deux audiences ont lieu en même temps—Étant donné que l'arbitre n'a fondé sa décision sur aucun des faits établis à l'audience antérieure, il n'y a pas en fait de parti pris—Vu la pratique normale, il n'y a pas

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

appréhension raisonnable de parti pris en l'espèce—Le deuxième point en litige est de savoir si l'arbitre a appliqué un critère erroné en ce qui concerne la délivrance de l'avis d'interdiction—L'art. 32(6) de la Loi sur l'immigration prévoit que l'arbitre prend une mesure d'expulsion à l'endroit de l'intéressé s'il conclut que ce dernier relève d'un des cas visés par l'art. 27(2)—L'art. 32(7) prévoit que l'arbitre délivre un avis d'interdiction s'il est convaincu qu'une mesure d'expulsion ne devrait pas être prise en l'occurrence—L'arbitre a dit qu'il n'y aurait pas lieu de délivrer un avis d'interdiction uniquement s'il était convaincu que les circonstances étaient de quelque façon spéciales ou uniques et que l'intéressée pouvait et voulait quitter le Canada—Ni l'art. 32(6) ni l'art. 32(7) ne prévoient que l'arbitre examinera les circonstances spéciales ou uniques—L'arbitre a appliqué un critère erroné en ce qui concerne la délivrance de l'avis d'interdiction—L'arbitre a dit que le fait qu'aucun membre de la famille ne s'était manifesté pour aider l'intéressée à mettre de l'ordre dans ses affaires faisait pencher la balance du côté de la prise d'une mesure d'expulsion—Il n'a pas donné à l'intéressée la possibilité d'expliquer pourquoi aucun membre de la famille n'était présent—Il n'aurait pas dû se fonder sur cet élément de preuve pour rendre sa décision—Il a fondé sa décision sur une preuve au sujet de laquelle l'intéressée n'avait pas eu la possibilité de se faire entendre—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11), (7) (mod., *idem*).

RAMPERSAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-92-93, juge McKeown, ordonnance en date du 20-12-93, 5 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, qui est citoyenne uruguayenne, est arrivée au Canada en 1989 et a revendiqué le statut de réfugiée du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social, à savoir la famille de son père, chef syndicaliste en Uruguay—Après que l'Uruguay eut été soumis à une dictature militaire, le père de la requérante s'est enfui en Argentine en 1975, à la suite de la disparition de plusieurs de ses camarades de syndicat—En 1985, le régime militaire en Uruguay a officiellement pris fin—Pendant les absences du père, la maison familiale a été fouillée par des militaires et la requérante croit que la ligne téléphonique a été mise sur écoute électronique—Les membres de la famille recevaient des appels téléphoniques de menaces; de plus, le frère et le mari de la requérante ont été enlevés et battus par des hommes [TRADUCTION] «qui avaient l'air de militaires» et ont été interrogés au sujet des allées et venues du père de la requérante—La Commission a conclu que l'intéressée n'avait pas raison de craindre d'être persécutée—La décision de la Commission était essentiellement fondée sur les changements qui s'étaient produits au sein du gouvernement de l'Uruguay et sur le temps qui s'était écoulé depuis que le père de l'intéressée avait quitté le pays—La Commission a

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

également mis en doute l'existence d'un lien entre les actes de harcèlement et l'armée ou d'autres autorités de l'État—Elle a conclu que les menaces et l'enlèvement du frère et du mari de l'intéressée avaient été perpétrés par des particuliers dont les mobiles n'avaient rien à voir avec la définition de réfugié au sens de la Convention—La Commission a examiné les changements qui s'étaient produits en Uruguay et a conclu qu'on ne restreignait plus les activités politiques—Elle a également conclu que comme les crimes de l'ancien régime militaire étaient essentiellement de notoriété publique, il n'était pas raisonnable de présumer que toute personne intéressée désirerait retracer le père de l'intéressée pour obtenir des renseignements en passant par l'intéressée elle-même—Critère concernant le changement de circonstances: les changements doivent être d'un caractère essentiellement politique, vraiment effectifs et durables—Une analyse plus détaillée des preuves contradictoires est nécessaire pour qu'il soit possible de conclure à l'existence de changements réels et effectifs—Il ne s'agit pas de savoir si l'intéressée avait raison de craindre d'être persécutée par le passé, mais si, au moment de la revendication, elle avait de bons motifs de craindre d'être persécutée dans l'avenir—L'intéressée ne peut plus, comme elle l'a fait, invoquer les problèmes de son père puisque les circonstances ont changé depuis lors—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1).

DE CHINELLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-268-93, juge Cullen, ordonnance en date du 7-2-94, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision défavorable de la section du statut de réfugié—La requérante et ses deux enfants, qui sont citoyens iraniens, revendiquent le statut de réfugié pour le motif qu'ils ont raison de craindre d'être persécutés du fait de leur religion, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—La revendication de la requérante découle d'événements qui se sont produits après que la famille eut quitté l'Iran pour s'installer en Allemagne—La requérante n'allègue pas avoir été persécutée en Iran avant son départ—Question de savoir si la requérante est un «réfugié sur place», c.-à-d. qu'elle est devenue un réfugié après avoir quitté le pays—La Commission a conclu que la requérante n'était pas un «réfugié sur place» parce qu'elle estimait qu'il n'était pas raisonnablement probable qu'elle soit persécutée si elle retournait en Iran—La requérante affirme que ses idées et activités promonarchistes, ainsi que les rapports qu'elle entretenait avec un Iranien promonarchiste bien connu et le fait que son mari avait menacé de la dénoncer aux autorités iraniennes parce qu'elle s'opposait à l'État islamique, justifient sa crainte d'être persécutée—La Commission estimait que la preuve de la requérante, selon laquelle son mari la dénoncerait aux autorités iraniennes qui, par conséquent, prendraient des mesures contre elle, constituait [TRADUCTION] «une suite d'événements qui [pourraient] ou non se produire»—La conclusion de la Commission n'est ni abusive ni arbitraire, compte tenu de la preuve—Demande rejetée.

VAF AEI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1276-93, juge Nadon, ordonnance en date du 2-2-94, 5 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Appel de la décision par laquelle la Commission a conclu que l'appelant avait omis d'établir un lien entre l'infraction qu'il avait commise d'une part, et ses opinions politiques comme motif de crainte fondée de persécution d'autre part—L'appelant, qui est citoyen chinois, avait fait passer clandestinement dans un conteneur aérien, vers Hong Kong, deux étudiantes militant dans le mouvement pro-démocratie—Ce geste était motivé par les liens d'amitié unissant son épouse à l'une des étudiantes et par sa sympathie pour le mouvement pro-démocratie—La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a mis en opposition l'amitié et les motifs politiques—Les motifs de l'appelant étaient «variés» plutôt que «contradictoires»—Les gens agissent fréquemment pour diverses raisons; il suffit de conclure qu'un des motifs est de nature politique—Même si l'appelant n'était pas en général militant sur le plan politique, il avait versé une contribution financière au mouvement pro-démocratie—La Commission a également commis une erreur en ne réexaminant pas le lien de causalité entre l'infraction commise et les opinions politiques de l'appelant, après avoir conclu que la conduite de l'appelant, lorsqu'il avait facilité la fuite des deux étudiantes, pouvait être considérée comme un geste politique par le gouvernement de la Chine—Appel accueilli—Affaire déferée à un tribunal différemment constitué pour nouvelle audition et réexamen.

ZHU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1017-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-1-94, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants sont des citoyens salvadoriens—Les revendications de l'épouse et de l'enfant sont fondées sur celle du requérant principal—Depuis 1989 jusqu'au mois de janvier 1991, le requérant principal faisait partie des forces gouvernementales de défense civile au Salvador—Durant son service, il n'a jamais rencontré les guérilleros—En février 1991, trois hommes ont fait irruption chez le requérant; ils l'ont battu et l'ont menacé d'autres sévices s'il ne quittait pas le quartier où il habitait—Les requérants se sont installés ailleurs—En mai, le requérant principal, qui était chauffeur de taxi, a fait monter trois passagers, qui l'ont forcé à les conduire à un dépôt, où ils l'ont dévalisé et menacé de mort s'il ne quittait pas le Salvador—Les passagers ont dit au requérant qu'ils étaient des guérilleros—Le requérant pense qu'il était visé par les guérilleros en raison de son service au sein des forces de défense civile—Demande rejetée—(1) L'art. 69.1(4) de la Loi sur l'immigration prévoit que l'audience sur la revendication se tient en présence de l'intéressé—Le requérant principal a toujours été présent, mais les autres requérants (l'épouse et la fillette) ont quitté la salle peu de temps après le début de l'audience—L'épouse étant revenue dans la salle, l'avocat a dit qu'il ne s'opposait pas à poursuivre l'audience puisque les jeunes enfants n'étaient plus présents—L'art. 69.1(4) permet la renonciation: *Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 404 (C.A.)—La renonciation a été régulièrement exprimée par l'avocat en présence des deux requérants adultes, qu'il pouvait consulter par l'intermédiaire d'un interprète au besoin—(2) Dans sa décision, la SSR a fait remarquer que la guerre civile avait cessé, et qu'il n'y avait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

qu'une simple possibilité de persécution—Elle s'est conformée au critère établi dans *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.) selon lequel les requérants doivent établir qu'ils craignent «avec raison» d'être persécutés, ou, comme la Cour l'a dit dans *Pomiah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 241 (C.A.F.), qu'il existe «plus qu'une simple possibilité» de persécution—La SSR a dit que les témoignages ne l'avaient pas convaincue qu'il y avait un lien entre les événements qui s'étaient produits et les guérilleros, et ce, tout en jugeant que les deux requérants étaient dignes de foi—La SSR n'a pas contredit sa conclusion au sujet de la crédibilité, mais a simplement rejeté les conjectures du principal requérant sur les attaches de ceux qui l'avaient attaqué—Distinction faite avec *Cortez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-39-93, juge Noël, 3-9-93, C.F. 1^{re} inst.—(3) Compte tenu des conclusions qu'elle a tirées, toute erreur que la SSR aurait pu commettre au sujet des changements dans la situation du pays n'aurait eu aucune influence sur sa décision—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(4) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

RODRIGUEZ-MORENO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1138-92, juge Gibson, ordonnance en date du 3-12-93, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, qui est citoyen ghanéen, organisait, pendant qu'il était étudiant, les travaux communautaires exécutés par des bénévoles dans des villages voisins, et appuyait l'Armed Forces Revolutionary Council—Il a été envoyé en Libye sous de faux prétextes et informé qu'il resterait dans ce pays pour recevoir une formation militaire—Il a été transféré dans une prison libyenne lorsque les militaires ont intercepté une lettre critiquant le gouvernement—En 1991, il s'est enfui au Canada—L'avocat du requérant a soutenu qu'il existait une appréhension raisonnable de partialité de la part des membres de la SSR—Absence de preuve de partialité—Le critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer si la décision est susceptible de contrôle pour le motif qu'il existe une appréhension raisonnable de partialité à cause de l'ethnie du requérant consiste à savoir si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623—L'observateur raisonnable pourrait conclure qu'il existe une appréhension raisonnable de partialité de la part du membre de la SSR, né au Ghana, qui appartient à un clan qui est maintenant étroitement lié aux autorités gouvernementales de ce pays et qui doit statuer sur la revendication d'un membre d'un clan rival—L'arrêt *Newfoundland Telephone* exige en outre l'adoption d'une attitude souple, selon le rôle et la fonction du tribunal en cause, mais la décision doit être fondée sur la preuve—Il est souhaitable que la composition du tribunal corresponde à celle de la société canadienne et de la collectivité immigrante—Par conséquent, les membres entendront les revendications de requérants dont le pays d'origine ou l'ethnie sont les mêmes que les leurs et ils

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

se fonderont sur leur connaissance et sur leur expérience du pays d'origine pour mieux comprendre la revendication du requérant—La preuve ne montre pas qu'il est probable que le membre de la SSR se fonde sur sa connaissance et sur son expérience du Ghana pour rendre une décision inéquitable—Pendant l'audience, ni le requérant ni son avocat n'ont soulevé la question de l'appréhension raisonnable de partialité—L'omission de soulever la question ne constitue pas une renonciation si le requérant ou son avocat n'étaient pas au courant du droit qu'ils avaient de formuler une opposition fondée sur une appréhension raisonnable de partialité—Toutefois, l'affidavit déposé en l'espèce montre qu'il est reconnu dans l'ensemble de la collectivité ghanéenne que le membre de la SSR faisait preuve de partialité à l'endroit des demandeurs du statut de réfugié ghanécens—Si c'était le cas, l'avocat était au courant d'une situation qui pouvait entraîner la perte de qualité du membre en question et aurait dû s'opposer à sa présence au moment de l'audience—Demande rejetée.

NARTEY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-83-93, juge Denault, jugement en date du 20-1-94, 6 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Droit maritime—Requête pour amender l'intitulé de la cause et sa déclaration pour remplacer comme défendeur «le navire *Canada Marquis*, ses propriétaires et toutes les autres personnes intéressées dans ledit navire» par cinq autres navires-jumeaux appartenant à la défenderesse Misener Holdings Limited—Le *Canada Marquis*, affrété par la demanderesse, a été impliqué dans une collision avec le *British Tay* et a été vendu avant le dépôt, en mai 1991, de l'action contre Misener pour retard dans la livraison de la marchandise et pour bris de contrat—L'action a été contestée et la demanderesse a tenté d'obtenir de la défenderesse Misener une garantie en lieu et place d'une saisie de ses navires, qui a été refusée par la défenderesse—La demanderesse veut profiter d'un amendement législatif entré en vigueur le 1^{er} février 1992 qui autorise l'action *in rem* contre des navires-jumeaux: art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale—L'action *in rem*, qu'elle soit intentée contre le «navire en cause» ou contre un navire-jumeau, n'est recevable que dans la mesure où la Cour a compétence en matière réelle—La compétence en matière réelle de la Cour fédérale est restreinte à l'art. 43(3) de la Loi sur la Cour fédérale, où l'action *in rem* n'est recevable que si, au moment où l'action est intentée, le propriétaire du navire en cause est le même qu'au moment du fait générateur—La demanderesse ne pouvait pas exercer d'action *in rem* contre le *Canada Marquis* ni contre les navires-jumeaux car au moment où l'action a été exercée, Misener n'était plus propriétaire du *Canada Marquis*—On n'a pas rencontré le critère de propriété requis pour donner à la Cour compétence en matière réelle—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 43(2),(3),(8) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12).

NORANDA SALES CORP. C. BRITISH TAY (LE) (T-1425-91, juge Denault, ordonnance en date du 26-1-94, 7 p.)

COURONNE

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Le demandeur, qui est détenu à l'établissement de Matsqui (C.-B.), a glissé, est tombé et s'est cassé la hanche pendant qu'il jouait au racketball dans cet établissement—Il allègue que l'eau qui se trouvait sur le sol de la salle, du fait d'une fuite au toit, a causé sa blessure—Questions litigieuses: responsabilité et montant des dommages-intérêts—La fuite au toit n'avait pas été réparée pendant à peu près quatre ans à cause d'un conflit entre l'entrepreneur et le ministère des Travaux publics—Selon la prépondérance des probabilités, une flaque d'eau sur le sol de la salle a causé la lésion subie par le demandeur—La chose était attribuable au fait que la défenderesse n'avait pas fait réparer le toit convenablement—La défenderesse était tenue de faire en sorte qu'il ne tombe pas d'eau sur le sol, d'interdire l'accès de la salle ou du moins de prévenir les détenus de la possibilité qu'il y ait de l'eau sur le sol de la salle—Elle est en partie responsable de la lésion du demandeur, compte tenu de l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif—Le demandeur a joué au racketball pendant au moins quinze minutes—Il doit avoir vu l'eau et avoir décidé de ne pas en tenir compte—La défenderesse est responsable dans la proportion de 75 % et le demandeur dans la proportion de 25 % puisqu'il lui incombait de tenir compte de l'eau qui était sur le sol—Les dommages-intérêts pécuniaires ne sont pas adjugés—Aucune perte de revenu futur puisque le demandeur s'est blessé pendant qu'il était incarcéré pour vol à main armée—Le demandeur a commis une autre infraction et a de nouveau été incarcéré pour neuf ans—Étant donné que le demandeur était incarcéré, il n'a pas perdu de temps de travail du fait de l'opération ou de la convalescence et la possibilité de perte de revenu futur est conjecturale—La somme de 25 000 \$ est accordée au demandeur à titre de dommages-intérêts non pécuniaires—La défenderesse doit verser 75 % de cette somme—Absence de preuve de diminution de l'espérance de vie ou de douleurs et souffrances inhabituelles—Une somme est accordée compte tenu de la perte de jouissance potentielle de la vie—L'ordre de grandeur approprié des dommages-intérêts non pécuniaires pour lésion est fondé sur une décision antérieure: *Andrews et autre c. Grand & Toy Alberta Ltd. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 229—Les dommages-intérêts adjugés ne sont pas identiques d'une province à l'autre, mais ils ne devraient pas varier beaucoup—Les sommes adjugées en Colombie-Britannique semblent un peu plus élevées que celles qui sont adjugées dans les autres provinces—Absence de preuve au sujet des victimes des crimes commis par le demandeur—Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3.

COULTER C. CANADA (T-485-90, juge Rothstein, jugement en date du 27-1-94, 20 p.)

L'appelant a intenté une action en responsabilité sous l'empire de la Loi sur la responsabilité de la Couronne, en invoquant l'omission fautive de la défenderesse de le nommer à l'un des postes auxquels se rattachait le concours de la Commission de la Fonction publique, tenu en 1981, à un poste d'économiste-analyste stratégique à la direction générale de l'analyse stratégique du ministère fédérale des Transports, auquel l'appelant avait participé et d'où il était, d'après lui, sorti en tête des candidats—Appel de la décision de première instance

COURONNE—Fin

déboutant l'action—L'appelant prétend qu'en omettant de le nommer à l'un des postes auxquels se rattachait le concours public, les préposés de la défenderesse ont commis des fautes constituant un *tort* de common law donnant ouverture à une poursuite en dommages—Après avoir participé à deux entrevues, l'appelant a reçu un appel téléphonique d'une agente de dotation du ministère des Transports, lui informant qu'aucun des candidats retenus au terme de l'entrevue initiale n'avait été retenu pour le poste analytique—Après enquête, l'appelant apprit qu'il avait obtenu les meilleures notes des cinq candidats au cours de l'entrevue initiale, que l'agente de dotation avait décidé de ne pas dresser de liste d'éligibilité pour le poste, qu'on ne lui avait attribué qu'un quatrième rang malgré ses meilleures notes pour l'entrevue et finalement, que le poste avait été comblé neuf mois plus tard—L'appelant soulève donc des irrégularités dans la tenue du concours et se questionne sur le respect du principe du mérite—Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'action de l'appelant ne pouvait être maintenue—L'action est prescrite en sa totalité sur la base de l'art. 45(1)(g) de la Limitations Act de l'Ontario—Seule l'ignorance des faits importants sur lesquels repose la cause d'action peut retarder le terme *a quo* d'un délai de prescription, non ceux qu'une enquête peut révéler et qui ne servent qu'à étayer les éléments de base du recours—Une seule constatation d'irrégularités dans la tenue du concours et la démonstration que le principe du mérite n'a pas été respecté ne suffisent pas pour appuyer une action en dommages-intérêts—Une telle action n'est recevable que sur preuve d'un délit d'où est directement résulté un dommage—La notion, en common law, d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale n'est pas admise—Le lien de causalité entre le préjudice prétendument subi, soit la non-nomination, et l'irrégularité ou le défaut invoqué ne pourrait exister que si l'appelant s'était acquis quelque droit à une telle nomination; le succès à un concours de la Fonction publique n'est pas, en lui-même, source de droit substantif—L'appelant n'a pas réussi à établir la condition première de l'existence dans son cas d'un recours en responsabilité, soit la commission par l'un ou l'autre des préposés de la Couronne impliqués d'un délit de common law, d'un tort de négligence qui aurait été à la base de sa non-nomination à l'un des postes rattachés au concours—La Couronne a fait un contre-appel de la décision du juge de première instance concluant que les frais et dépens seraient supportés par chacune des parties—La discrétion du juge de première instance n'a pas été exercée d'une manière non judicieuse—Rejet de l'appel avec dépens et rejet du contre-appel—Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, c. C-38—Limitations Act, R.S.O. 1980, ch. 240, s. 45(1)(g) (mod. par L.O. 1990, c. L.15).

KIBALE C. CANADA (A-1486-92, Marceau, Décary, Létourneau, J.C.A., jugement en date du 8-2-94, 9 p.)

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Détermination du montant des dommages-intérêts à la suite du jugement ([1991] 3 C.F. 70 (1^{re} inst.)) par lequel la Cour a conclu que la défenderesse avait engagé sa responsabilité délictuelle—Saisie illicite du bateau du demandeur par l'État;

DOMMAGES-INTÉRÊTS—Suite

endommagement et détérioration subséquents et consécutifs du bateau—Les saisies étaient injustifiées et la Cour a conclu qu'il y avait eu violation expresse des droits garantis au particulier par les art. 7, 8, 12 et 15 de la Charte—Sans être munis d'un mandat de perquisition délivré par un juge, les fonctionnaires avaient saisi les papiers personnels du particulier dans l'espoir d'y découvrir quelque chose qui leur permettrait de l'inculper en vertu de la Loi sur les douanes ou du Code criminel comme des marchandises de contrebande—La conduite de la défenderesse était illégale et abusive—La défenderesse a soulevé un point au sujet de l'évaluation des dommages-intérêts: celui du demandeur démuné—Mention d'un arrêt important au sujet de l'adjudication de dommages-intérêts au demandeur démuné: *Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison*, [1933] A.C. 449 (H.L.) dans lequel il avait été jugé que l'intimé n'était pas responsable des pertes attribuables au manque d'argent du demandeur, les dommages-intérêts étant évalués comme si le demandeur n'était pas démuné—Si pareil principe général était adopté, cela consacrerait l'injustice comme principe de droit—Toutefois, il est possible de faire une distinction, dans le cas de l'arrêt *Liesbosch*, parce qu'il porte sur les conséquences d'une décision prise par la direction, à savoir ne pas être suffisamment assurée, laquelle avait eu pour effet de rendre le demandeur démuné—L'arrêt *Liesbosch*, lorsqu'il est poussé au-delà des limites qui lui sont propres, est douteux—La magistrature canadienne a suffisamment confiance en soi pour interpréter les lois du Canada pour les Canadiens sans être liée par des décisions qui ne correspondent pas à ce qui se fait au Canada—L'idée de permettre à l'auteur d'un dommage d'infliger une perte grave à un particulier démuné sans dédommager ce dernier de tous les désagréments qui lui ont été causés par pure négligence ou malveillance ne correspond pas à ce qui se fait au Canada; cette idée est étrangère aux valeurs canadiennes, elle est injuste et il ne convient pas de la suivre au Canada—Le calcul des dommages-intérêts doit être fondé sur un raisonnement avisé et sur certaines décisions discrétionnaires—Les dommages-intérêts spéciaux se rapportant au bateau sont accordés jusqu'à concurrence de la somme de 137 710 \$—Les motifs de jugement où l'on a conclu à la responsabilité présentent une longue liste d'actes malveillants, non professionnels, cruels et inusités commis par des fonctionnaires à l'endroit du particulier et de son épouse—Les dommages-intérêts généraux accordés comprennent des dommages-intérêts majorés et la violation des droits garantis par la Charte, jusqu'à concurrence de la somme de 66 400 \$—Des dommages-intérêts punitifs et exemplaires de 20 000 \$ sont adjugés, compte tenu du comportement délictueux général, se manifestant par le traitement tyrannique, malveillant, moqueur et cruel infligé au demandeur, dans le cadre de l'exercice, contre lui, d'un pouvoir imposant de l'État, qui a occasionné à celui-ci une perte matérielle et la détérioration évidente de son état de santé—Il serait possible d'éviter en grande partie de telles adjudications de dommages-intérêts punitifs et exemplaires contre l'État si les gestionnaires de la fonction publique pouvaient jouer un rôle de chef de file en apprenant aux fonctionnaires à exercer avec modération et retenue leurs pouvoirs sur le public, de manière à appliquer de façon civilisée les pouvoirs imposants de l'État—Total des dommages-intérêts accordés: 224 110 \$—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitu-

DOMMAGES-INTÉRÊTS—Fin

tionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 12, 15.

ROLLINSON C. CANADA (T-560-84, juge Muldoon, jugement en date du 24-1-94, 49 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Action en recouvrement de la taxe fédérale de vente payée en trop—La demanderesse fabrique de petits appareils ménagers—Du mois de septembre 1982 au mois de mars 1986, elle a payé la taxe fédérale de vente sur le prix de vente des produits qu'elle fabriquait, comme le prévoit l'art. 27 (maintenant art. 50) de la Loi sur la taxe d'accise—L'Accise a envoyé chaque année des lettres disant que la taxe de vente devait être calculée sur le prix de vente des marchandises fabriquées par la demanderesse—Les vérificateurs de l'Accise n'ont jamais mentionné une autre méthode de calcul de la taxe—De 1965 à 1985, l'Accise a permis à certains fabricants de calculer la taxe fédérale de vente à l'aide de la «méthode des valeurs déterminées», c.-à-d. en se fondant sur des valeurs déterminées—Une valeur déterminée s'appliquant à une compagnie individuelle était fondée sur la politique et sur l'appréciation discrétionnaire administratives—Dans les communiqués du Ministère, il n'était aucunement fait mention de la méthode d'évaluation fondée sur la valeur déterminée—La demanderesse a appris, après avoir retenu les services d'un fiscaliste-conseil, que certaines concurrentes payaient la taxe fédérale de vente sur une base différente—Elle estime que la taxe payée en trop représentait 1 à 1,5 % des bénéfices après taxe—En 1987, la demanderesse a demandé le remboursement de la taxe apparemment payée en trop—L'Accise a rejeté la demande pour le motif qu'une valeur déterminée ne pouvait pas s'appliquer rétroactivement pour rajuster le montant d'une taxe calculée sur la base du prix de vente—La demanderesse ayant contesté la décision, l'Accise a rejeté l'opposition, et a déclaré qu'étant donné que la taxe avait été payée sur le prix de vente, conformément à la Loi, il n'y avait pas eu trop-payé—Action rejetée—(1) La demanderesse affirme avoir droit à une réduction de la taxe à payer, compte tenu du traitement fiscal réservé à d'autres—Le traitement réservé à d'autres contribuables et qui consiste à autoriser certains d'entre eux à appliquer la méthode des valeurs déterminées pour calculer la taxe n'a rien à voir avec la question de savoir si la demanderesse a droit à un remboursement ni avec le fait que certains contribuables paient la taxe sur la même base que la demanderesse—(2) La demanderesse réclame la restitution pour le motif qu'il y a eu enrichissement sans cause—À l'appui de la demande fondée sur l'enrichissement sans cause, il faut prouver que la défenderesse s'est enrichie en bénéficiant d'un avantage aux dépens de la demanderesse sans que cet enrichissement soit attribuable à une cause juridique, dans des circonstances où il serait injuste qu'elle conserve ce qu'elle a reçu—La demanderesse affirme s'être fondée sur les instructions de l'Accise (les lettres), selon lesquelles elle était tenue de payer la taxe sur le prix de vente des produits, et n'avoir jamais été informée des valeurs déter-

DOUANES ET ACCISE—Fin

minées applicables à ses produits ou de la possibilité d'utiliser des valeurs déterminées propres à la compagnie, malgré la politique de l'Accise d'informer pleinement les contribuables, par l'entremise des vérificateurs et des publications, au sujet des méthodes de calcul de la taxe—Elle a payé la taxe en trop par erreur et, en pratique, sous contrainte—Les conditions nécessaires d'une demande fondée sur l'enrichissement sans cause n'ont pas été établies—Il n'a pas été établi que la Couronne avait obtenu un avantage, si ce n'est la taxe payée conformément à la Loi, ni que les prix de vente n'étaient pas ceux prévus par la Loi—Le traitement réservé à certains autres contribuables, qui consistait à les autoriser à calculer la taxe selon la méthode des valeurs déterminées, n'a pas pour effet de remplacer la disposition légale prévoyant le paiement de la taxe sur le prix de vente—Cette disposition légale s'appliquait, sans les valeurs déterminées, dans le cas d'autres contribuables—Même si la Couronne a obtenu un avantage, elle ne l'a pas fait aux dépens ou au détriment de la demanderesse—Le fardeau économique de la taxe étant transféré à d'autres, c.-à-d. aux clients, au moyen du prix de vente, la demanderesse n'a pas établi que la Couronne a bénéficié d'un avantage à ses dépens—(3) La demanderesse soutient qu'elle pouvait légitimement s'attendre à être traitée sur le même pied que d'autres contribuables se trouvant dans une situation similaire et à ne pas être induite en erreur par les informations que publiait la défenderesse par l'entremise de l'Accise—Les faits ne justifient pas l'application de la doctrine des attentes légitimes—Cette doctrine ne crée pas au fond le droit de demander le recouvrement de la taxe apparemment payée en trop ni le droit à l'application rétroactive de la méthode des valeurs déterminées au calcul de la taxe fédérale de vente de la demanderesse, de façon qu'il y ait trop-payé—Cette doctrine exige généralement une assertion expresse de la part d'un agent public, la personne qui demande le contrôle judiciaire pouvant établir qu'elle s'est fondée sur cette assertion à son détriment—En l'espèce, aucune assertion n'a été faite au sujet de la méthode de calcul de la taxe fondée sur des valeurs déterminées—Les instructions selon lesquelles la taxe devait être calculée sur le prix de vente des produits sont compatibles avec la Loi—Le traitement exceptionnel réservé à une autre partie ne rend pas la défenderesse irrecevable à refuser l'application rétroactive des valeurs déterminées aux fins du calcul de la taxe—(4) La demanderesse demande le remboursement de la taxe payée en trop en vertu de l'art. 44—Elle affirme avoir payé la taxe par erreur parce qu'elle ne savait pas qu'il était possible de la calculer au moyen de la méthode des valeurs déterminées et qu'elle n'était pas au courant de l'incidence financière de cette méthode—En l'absence de valeurs déterminées pour l'ensemble du secteur ou d'une politique générale concernant l'application de la méthode des valeurs déterminées aux fins du calcul de la taxe, la demanderesse n'était pas fondée à présumer qu'elle avait le droit de calculer la taxe au moyen de la méthode des valeurs déterminées—Le paiement d'une taxe conformément à la Loi ne donne pas lieu à une erreur ou à un trop-payé—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 27 (mod. par S.C. 1976-77, ch. 6, art. 3; 1980-81-82-83, ch. 68, art. 10; 1985, ch. 3, art. 16; 1986, ch. 1, art. 186; ch. 9, art. 16), 44 (mod. par L.C. 1986, ch. 9, art. 23(3),(5)).

SUNBEAM CORP. (CANADA) LTD. C. CANADA (T-1010-89, juge MacKay, jugement en date du 2-12-93, 24 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Droits démocratiques

Droits à l'égalité—La défenderesse a demandé la radiation de la totalité de la déclaration amendée des demandeurs, au motif que celle-ci ne révélait aucune cause raisonnable d'action et qu'elle était futile ou vexatoire—Les demandeurs sont des mineurs et leurs parents agissent personnellement et à qualité de tuteurs—La déclaration initiale comprenait des allégations relatives au financement par le déficit, au droit de vote et aux droits de citoyenneté des enfants ainsi que d'autres allégations—La défenderesse a déposé une défense—Les demandeurs ont répondu en demandant l'autorisation d'amender la déclaration; la requête a été accueillie—Les demandeurs sollicitent une déclaration portant que les enfants, de la naissance jusqu'à l'âge de douze ans, ont le droit de voter par l'entremise de leurs parents; une déclaration portant que les enfants de plus de douze ans ont le droit de voter s'ils passent l'examen canadien de qualification à la naturalisation; une déclaration portant que le gouvernement ne peut pas avoir recours au financement par le déficit, sous réserve des cas d'urgence ou à moins que cela n'ait été approuvé par référendum; un jugement accordant une certaine somme aux enfants demandeurs—La présumée convention constitutionnelle interdisant le financement par le déficit, même si elle existait, ne pourrait pas être exécutée par les tribunaux: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753—Le pouvoir constitutionnel que possède le Parlement d'emprunter de l'argent pour financer les activités de l'État est confirmé par l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867—Seul le Parlement peut décider s'il est opportun d'emprunter de l'argent pour financer les activités de l'État ou d'employer un autre moyen, et les tribunaux ne peuvent intervenir à l'égard de ce pouvoir discrétionnaire de nature constitutionnelle conféré au Parlement—La prétention selon laquelle le financement par le déficit favorise les citoyens adultes au détriment des mineurs est une pure conjecture puisque les demandeurs n'ont pas prouvé l'existence d'un acte discriminatoire, en violation de l'art. 15 de la Charte, et que cette prétention n'est pas étayée par des faits substantiels—À supposer que les demandeurs mineurs fassent l'objet d'une discrimination, les demandeurs cherchent à obtenir réparation maintenant pour une présumée violation future de leurs droits—Le lien entre les actes du gouvernement et la prétendue violation du droit à l'égalité est trop incertaine, conjecturale et hypothétique pour étayer une cause d'action—Il n'existe aucune discrimination en droit lorsque l'enfant ou l'adulte ne peut voter à l'égard des mesures relatives au financement par le déficit—L'art. 3 de la Charte ne garantit pas un pouvoir électoral absolument égal à chaque citoyen, enfants compris—L'art. 3 de la Charte ne prévoit pas l'égalité du pouvoir électoral, mais le droit à une représentation effective—L'allégation selon laquelle le Parlement a failli dans l'exercice de l'obligation fiduciaire qu'il a envers les enfants des demandeurs en commettant délibérément une fraude à leur égard est fondée sur une pure conjecture—L'art. 3 de la Charte protège le droit de voter aux élections et non lors de plébiscites et de référendums—L'exigence relative à l'âge énoncée dans la Loi électorale constitue une limite raisonnable protégée par l'art. 1er de la Charte—Aucune personne raisonnable ne s'attendrait à ce que les enfants aient le droit de voter dès leur naissance—La

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

déclaration est vexatoire—Requête accueillie—La déclaration amendée des demandeurs est radiée au complet—Les dépens entre avocat et client ne sont pas adjugés—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. 53, 54, 91—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, 3, 15—Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.

REID C. CANADA (T-2259-92, juge Noël, ordonnance en date du 27-1-94, 13 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Commission du droit d'auteur au sujet de la détermination et de la répartition des droits de retransmission des signaux d'émetteurs de télévision éloignés—Le requérant soutient que la Commission a réparti les droits entre les diverses sociétés de perception de façon à faire une distinction entre les titulaires américains et les titulaires canadiens de droit d'auteur selon leur nationalité, en violation de l'art. 70.63 de la Loi sur le droit d'auteur—La Commission a adopté une approche hybride en répartissant les droits de retransmission des émissions de télévision entre les titulaires de droit d'auteur—Elle a en partie adopté l'«approche de l'offre», fondée sur le nombre d'abonnés auxquels chaque émission était offerte, et en partie l'«approche du taux d'écoute», fondée sur le nombre d'abonnés qui regardaient chaque émission—Par suite de cette approche hybride, les titulaires du droit d'auteur sur les émissions provenant de signaux canadiens obtenaient une plus grande part des droits que cela n'aurait été le cas si les droits avaient uniquement été répartis en fonction du taux d'écoute, et les titulaires de droit d'auteur sur des émissions provenant de signaux américains recevaient une plus petite somme—La décision de la Commission est fondée sur la distinction entre les émissions émanant respectivement de signaux américains et de signaux canadiens, et non sur la distinction entre les titulaires américains et les titulaires canadiens—Cette distinction n'est pas discriminatoire au sens de l'art. 70.63 de la Loi sur le droit d'auteur—La Commission a fait à bon droit cette distinction en reconnaissant la valeur spéciale des signaux canadiens—Demande rejetée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 65).

PUBLIC BROADCASTING SERVICE C. BORDER BROADCASTERS' COLLECTIVE (A-164-93, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 13-1-94, 4 p.)

GRC

Demande présentée en vertu de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale en vue de la suspension d'une procédure disciplinaire en attendant le règlement de la demande de contrôle

GRC—Fin

judiciaire d'un certain nombre de décisions de la GRC à l'étape du déclenchement de la procédure disciplinaire—Si l'audience a lieu, le requérant encourra le congédiement—L'audience doit se dérouler à huis clos, mais le requérant craint que la presse réussisse à obtenir des renseignements sur son inculpation—Le requérant s'appuie sur l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, dans lequel le juge Cory a conclu qu'une audience entachée de partialité était nulle, pour soutenir qu'il y a lieu de procéder au contrôle judiciaire par anticipation ou préalablement à l'audience de façon à éviter de consacrer inutilement du temps et de l'argent à la procédure, même si, dans des arrêts antérieurs, on a privilégié l'exercice, après l'audience, du contrôle judiciaire sur les questions de partialité—En l'absence d'une directive claire privilégiant l'exercice du contrôle judiciaire sur les questions de partialité avant l'audience, et en l'absence de toute preuve au sujet de la partialité alléguée, l'injonction est refusée—De plus, une ordonnance accordant la suspension serait susceptible d'avoir des conséquences sur d'autres instances—L'intérêt public constitue un facteur pertinent—Un long report de l'audience porterait inévitablement atteinte à la qualité de la preuve—L'existence d'un préjudice irréparable n'est pas établie—On ne peut pas ignorer le fait que l'audience sera tenue à huis clos simplement parce qu'il se peut que la presse obtienne des renseignements de façon irrégulière—Si le requérant est congédié à la suite de l'audience, il aura l'occasion d'interjeter appel en vertu de la Loi et la procédure d'appel sera elle aussi confidentielle—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16), 45.1(14) (édicte *idem*).

RIABKO C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-1397-93, juge Simpson, ordonnance en date du 29-12-93, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

La demanderesse possédait et exploitait une entreprise de gaz industriel et de matériel de soudage; elle employait cinquante personnes et exerçait ses activités en divers endroits de l'Alberta et de la C.-B.—Après le 1^{er} juin 1985, ses revenus, ses dépenses et ses éléments d'actif ont diminué considérablement—Seuls deux employés sont demeurés au service de la demanderesse, et la majeure partie des biens d'exploitation ont été vendus à Union Carbide—Les bouteilles à gaz remplissables ont été cédées à bail à Union Carbide, qui en avait, seule, la possession et la maîtrise—La demanderesse n'avait pas l'intention de reprendre ses activités dans le domaine du gaz industriel et du matériel de soudage—Question de savoir si le revenu de location est un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement ou un revenu de biens—S'il s'agit d'un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, la demanderesse peut réclamer la déduction accordée aux petites

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

entreprises—La défenderesse soutient que la nature des activités de la demanderesse a tellement changé que cette dernière n'exploitait plus activement une entreprise de gaz industriel et de matériel de soudage—Appel accueilli—Le revenu de location tiré des bouteilles est un revenu d'entreprise—L'entreprise est différente de ce qu'elle était, mais elle n'a pas cessé d'être une entreprise—Présomption selon laquelle le revenu tiré par une compagnie constituée à certaines fins commerciales est un revenu d'entreprise—Pour clarifier le chevauchement entre le revenu de biens et le revenu d'entreprise, la définition figurant à l'art. 129(4.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que le revenu provenant d'un bien ne comprend pas le revenu provenant d'un bien se rapportant à une entreprise exploitée activement ou d'un bien utilisé afin de tirer un revenu d'une entreprise exploitée activement—Dans la mesure où le revenu provenant d'un bien peut aussi se rapporter à une entreprise exploitée activement, il appartient à la catégorie du revenu d'entreprise, conformément à l'art. 129(4.1), et non à celle du revenu de biens—La distinction entre une entreprise exploitée activement et une entreprise qui ne l'est pas n'est plus pertinente—La Loi considère toute entreprise exploitée par une corporation comme une entreprise exploitée activement à moins qu'elle ne fasse partie des exceptions prévues, c.-à-d. une entreprise de prestation de services personnels ou une entreprise de placement désignée—La location de biens mobiliers est expressément exclue, par l'art. 125(7e), de la définition de l'entreprise de placement désignée—Par conséquent, elle ne fait pas partie des exceptions prévues à l'art. 125(7a)—En outre, comme le revenu tiré de biens est défini à l'art. 129(4.1) comme comprenant le revenu tiré d'une entreprise de placement désignée, mais non le revenu provenant de toute autre entreprise, et comme il est expressément prévu que la location de biens mobiliers ne constitue pas une entreprise de placement désignée, il est présumé que le revenu tiré d'une entreprise de location de biens mobiliers est un revenu d'une entreprise exploitée activement—Le renvoi à toute entreprise, à l'art. 125(7a), comprend probablement tout revenu d'entreprise (qu'il provienne d'une entreprise exploitée activement ou non) dans la catégorie du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, à moins qu'il ne s'agisse d'une entreprise visée par une exception, c.-à-d. une entreprise de prestation de services personnels ou une entreprise de placement désignée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125(7a) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 40), c) (mod., *idem*), e) (mod., *idem*), 129(4) (mod., par S.C. 1979, ch. 5, art. 41; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 74; ch. 140, art. 90; 1984, ch. 1, art. 75; 1985, ch. 45, art. 74), (4.1) (édicte par S.C. 1979, ch. 5, art. 41(4); 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53, n° 12; 1985, ch. 45, art. 47(3); art. 126, n° 78).

BORSTAD WELDING SUPPLIES (1972) LTD. C. CANADA (T-3066-90, juge Reed, jugement en date du 30-12-93, 9 p.)

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt ayant accueilli l'appel du défendeur à l'encontre des cotisations émises par le MRN pour ses années d'imposition 1987 et 1988—Le litige porte sur la déductibilité de la pension alimentaire versée par le défendeur à son fils au cours des années 1987 et 1988 après avoir obtenu un divorce en 1976 où son ancienne conjointe a obtenu la garde légale des enfants, et après avoir conclu une entente avec son fils en 1985 où le défendeur

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

accepta de payer à son fils une pension alimentaire de 112 \$ par semaine, indexable annuellement—Le fils n'habitait plus avec sa mère en 1987 et 1988—Il habitait seul, était majeur et sain d'esprit mais sans ressources monétaires puisqu'encore aux études—En 1990, le MRN refuse la déduction de la pension alimentaire versée par le défendeur à son fils, pour les années d'imposition 1987 et 1988—Suite à la ratification de ces cotisations, le défendeur se porta en appel et la CCI accueillit son pourvoi—En vertu des art. 60b) et 60.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR), il s'agit de savoir si dans les circonstances, le fils du défendeur demeurait sous la garde de sa mère au moment où il reçut les sommes en question—Selon le juge de la CCI, l'ordonnance de garde de la Cour supérieure demeurait toujours en vigueur en 1987 et 1988—Confusion entre le terme «droit de garde» prévu dans la LIR et la notion d'«enfant à charge»—La définition du terme «enfant à charge» dans la Loi sur le divorce évoque une notion semblable celle envisagée par l'obligation alimentaire du Code civil et suppose que l'enfant ne peut subvenir à ses propres besoins, quel que soit son âge—Une ordonnance de «garde» crée un droit en faveur du parent qui se la voit attribuer—Ce dernier a la responsabilité ultime quant à l'éducation et quant à l'exercice de l'autorité parentale—Le droit de garde cesse lorsque l'enfant devient majeur et émancipé même s'il peut rester un enfant à charge dans la mesure où il ne peut subvenir à ses propres besoins puisqu'ayant quitté le foyer parental—La notion de «garde» a comme prérequis l'existence de l'autorité parentale—Le juge de la CCI a erré en concluant que le fils du défendeur demeurait sous la garde de sa mère au seul motif qu'il était dans le besoin après avoir quitté le domicile de sa mère ou que l'ordonnance de garde n'avait pas été révoquée—Le but de l'art. 60.1(1) de la LIR est de permettre la déductibilité de sommes payées au profit d'un enfant tant et aussi longtemps que l'enfant demeure sous la garde de l'ancien conjoint—Le fils du défendeur avait quitté la garde de sa mère en 1987 et 1988, donc, l'art. 60.1(1) n'a pas comme effet de réputer les montants qu'il reçut de son père comme ayant été reçus par sa mère avec comme résultat qu'ils ne sont pas déductibles en vertu de l'art. 60b) de la LIR—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 60b) (mod. par S.C. 1993, ch. 24, art. 20), 60.1(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 31; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 30; ch. 140, art. 29; 1984, ch. 45, art. 20; 1985, ch. 45, art. 126; L.C. 1988, ch. 55, art. 38)—Loi sur le divorce, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, art. 2(1), 34.

CANADA C. CURZI (T-1183-92, juge Noël, jugement en date du 8-2-94, 11p.)

CORPORATIONS

Action en vue de l'obtention de jugements déclaratoires portant que les choix faits par la demanderesse en vertu de l'art. 184(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne sont devenus exécutoires qu'au moment où une cour a statué définitivement que la demanderesse avait fait des choix excessifs; que la demanderesse a fait un effort raisonnable pour déterminer son surplus non réparti et libéré d'impôt (SNRLI) et son surplus de capital en main (SCM); qu'au moment du remboursement des dividendes, l'art. 184(3.1) est devenu exécutoire à titre de disposition portant que les dividendes étaient réputés ne pas être tels, de sorte que l'impôt payé en vertu de la Partie III était

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

réputé ne pas avoir été payable; ainsi qu'en vue de l'obtention d'un jugement exigeant que, vu la modification rétroactive apportée aux dispositions applicables à l'assujettissement de la demanderesse à l'impôt de la Partie III, le ministre exerce le pouvoir que lui confère l'art. 152(4) pour «fixer des impôts, intérêts ou pénalités» avec les modifications qui s'imposent en vertu de l'art. 185(3), et statuant que la demanderesse a droit au remboursement des impôts payés en vertu de la Partie III—Le revenu des corporations est soumis à l'impôt à deux niveaux: la corporation paie de l'impôt sur son revenu et les actionnaires paient de l'impôt sur les dividendes (répartition du revenu après impôt de la corporation)—L'art. 89(5)a)(ii) prévoit que le SCM en 1971 est réputé être nul lorsque le contribuable dispose des actions d'une corporation qu'il contrôle en faveur d'une personne avec laquelle il n'a pas de lien de dépendance—Sens du mot «contrôlé» selon l'art. 186(2): si plus de 50 % des actions émises du capital-actions d'une corporation appartiennent à l'autre corporation, à des personnes avec lesquelles le contribuable a un lien de dépendance ou à la fois à l'autre corporation et à des personnes avec lesquelles l'autre corporation a un lien de dépendance—Conclure à l'existence d'un «contrôle» porterait un coup fatal à la concrétisation du compte de SCM en 1971 parce que le montant de ce dernier serait considéré comme nul—Si un contribuable choisissait de distribuer des fonds de ce compte, ce choix serait excessif—Des modifications effectuées en 1977 ont mis fin, à compter de la fin de 1978, au droit d'une corporation de distribuer des dividendes non imposables sur ses comptes de SNRLI et de SCM—Le versement de dividendes non imposables excessifs était frappé, en vertu de l'art. 184, d'une pénalité équivalant à 100 % de l'excédent (réduit plus tard à 50 %)—L'art. 184(3.1) prévoit que, lorsqu'une corporation a fait un choix, conformément à l'art. 83(1), à l'égard du montant global de tout dividende qui est devenu payable après le 31 mars 1977 et avant 1979, et que la corporation a fait «un effort raisonnable pour déterminer correctement» son SNRLI et son SCM, en 1971, et lorsqu'une partie du dividende a donné lieu à un gain tiré de la disposition d'actions, et si la corporation effectue un choix en ce sens et que la pénalité est payée, le dividende est réputé être non pas un dividende, mais un prêt consenti par la corporation à la personne qui a reçu le dividende, si le plein montant de ce prêt est remboursé avant la date prévue par le ministre—Pendant toute la durée des négociations avec l'entreprise étrangère intéressée à acheter l'intérêt minoritaire dans la corporation que la demanderesse possédait et contrôlait, les dirigeants s'entendaient pour dire que la demanderesse contrôlerait la nouvelle corporation, mais les parties ont convenu d'un partage temporaire des actions dans une proportion 50 %-50 % et d'un partage subséquent dans une proportion 51 %-49 %—Action rejetée—Dans *Special Risks Holdings Inc. v. The Queen*, [1984] CTC 553 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Reed a statué que la transaction ne visait qu'à éviter le paiement d'impôts—Comme la question débattue et les parties en cause sont identiques, les conclusions du juge Reed constituent une chose jugée ou un «*issue estoppel*»—Les parties avaient dès le début l'intention de conclure une affaire dans laquelle les actions seraient détenues dans une proportion de 51 %-49 %—La proportion de 50 %-50 % était une machination ou un subterfuge délibéré—Même si les parties ont prétendu convenir d'être pendant quelques jours des partenaires à parts égales, il n'a jamais été convenu que cette situation se

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

poursuivrait—Un «effort raisonnable pour déterminer correctement» les surplus préalables à 1972 signifie qu'on s'efforce de déterminer les montants en question d'une manière conforme à la vérité, telle que le contribuable la connaît, et non simplement telle qu'il aimerait qu'elle semble être, dans le but d'obtenir un avantage fiscal, dont le contribuable ne pourrait bénéficier en d'autres circonstances—Selon la norme légale, le contribuable n'est pas tenu d'«avoir raison», mais il est tenu de ne pas agir avec duplicité et de ne pas se soustraire sciemment à l'obligation de faire un effort raisonnable pour satisfaire à la norme consistant à déterminer correctement son SCM libéré d'impôt en 1971—Le SCM de la demanderesse en 1971 est réputé nul conformément à l'art. 89(5)a)(ii)—La demanderesse n'a pas fait un effort raisonnable pour déterminer correctement les surplus sur lesquels elle a payé les montants imposés par jugement—Subsidiairement, la demanderesse soutient que l'art. 184(3.1) lui confère le droit d'obtenir que l'impôt de la Partie III auquel elle est assujettie soit remis parce que cette disposition modifie rétroactivement la base d'imposition—*Canadian Marconi Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 655 (C.A.) appliqué—Le MRN ne peut pas être contraint à établir une nouvelle cotisation—Il est *functus*—Il ne peut ouvrir l'affaire en établissant une autre cotisation—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 83(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 37), (2) (mod., *idem*), 89(5)a)(ii) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 53; abrogé par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 44), 152(1) (mod. par S.C. 1978-79, ch. 5, art. 5; 1985, ch. 45, art. 86), (2), (3), (3.1) (édicte par L.C. 1990, ch. 39, art. 38), (4) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 59; 1988, ch. 55, art. 136), (8), 184(2) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 49, art. 18; 1977-78, ch. 1, art. 83), (3) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 83; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 91; ch. 140, art. 110; 1986, ch. 86, art. 95), (3.1) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 91), (4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 83; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 91), (5) (mod., *idem*), 185(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 84; (2) (mod., *idem*; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 115), (3) 186(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 111).

SPECIAL RISK HOLDINGS INC. C. CANADA (T-416-88, juge Muldoon, jugement en date du 1-12-93, 33 p.)

Appel d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée contre sa cotisation d'impôt sur le revenu pour son année d'imposition 1988—La Cour de l'impôt a conclu que l'intimée avait droit à la déduction prévue à l'art. 125.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu puisque plus de 90 p. 100 de ses bénéficiaires avaient été réalisés sur la fabrication ou la transformation au Canada d'articles destinés à la vente au Canada—Question de savoir si la Cour de l'impôt a conclu à juste titre que l'intimée avait tiré le gros de son revenu pour 1988 de la fabrication ou de la transformation d'articles destinés à la vente au Canada—L'activité de l'intimée consiste à réaliser des images de profils de couches profondes afin de détecter la présence de pétrole ou de gaz—La méthode sismique comporte trois étapes—L'intimée n'intervient qu'à la deuxième étape, celle du traitement des données—Le traitement consiste en différentes opérations au cours desquelles les informations sont recueillies, de façon à finalement créer des images appelées profils sismiques—Avec ces profils, des bandes sortie sont produites—Le profil et la bande sont livrés au client pour qu'un géophysicien les inter-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

prête—L'intimée n'est pas propriétaire des données reçues des clients—Les frais d'impression de la nouvelle information relative aux profils sismiques et aux bandes sortie sont minimales—La décision de la Cour de l'impôt repose sur l'hypothèse erronée que, si une activité qui produit un revenu aboutit à la production de biens matériels ayant une valeur marchande, les bénéfices en provenant sont nécessairement réalisés grâce à la fabrication ou à la transformation d'articles—Afin de déterminer si un contribuable fabrique ou transforme des articles, il faut tenir compte de l'ensemble des activités de celui-ci—L'intimée fournissait des services à ses clients en traitant les données brutes et elle tirait son revenu de cette activité, et non de la fabrication ou de la transformation d'articles—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125.1(1) (édicé par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1; 1984, ch. 1, art. 70; ch. 45, art. 41; 1986, ch. 55, art. 46; 1988, ch. 55, art. 201; ch. 55, art. 103; 1993, ch. 24, art. 64), (3)b) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 60; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 71; ch. 140, art. 87; 1985, ch. 45, art. 70).

M.R.N. C. VERITAS SEISMIC LTD. (A-284-93, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 18-1-94, 6 p.)

NON-RÉSIDENTS

Appel d'un jugement de première instance ((1992), 92 DTC 6305 (C.F. 1^{re} inst.)) accueillant l'appel interjeté par l'intimée contre de nouvelles cotisations—L'intimée, une société forestière constituée en C.-B., a effectué, en 1987, 1988 et 1989, des paiements de location à Norsk, constituée aux Bahamas, mais dont le bureau et l'établissement sont situés aux É.-U., pour des barges servant au transport de copeaux de bois jusqu'à des usines de pâte à papier—Norsk a uniquement produit des déclarations de revenus aux É.-U.—Elle a réclamé une exemption d'impôt fédéral sur le revenu des États-Unis conformément à l'art. 883a(1) du U.S. Internal Revenue Code, parce qu'elle tirait son revenu de l'exploitation de navires et qu'elle était organisée au Bahamas, qui accordent une exemption équivalente aux sociétés des É.-U.—L'appelante soutient que les paiements de location sont assujettis à une retenue d'impôt de 25 pour 100, conformément à l'art. 212(1)d) de la Loi de l'impôt sur le revenu, à titre de «loyers, redevances et autres paiements»—L'art. 212(1)d) prévoit que tout non-résident doit payer un impôt de 25 pour 100 sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie à titre de loyer—L'art. XII(2) de la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts prévoit que les redevances sont aussi imposables dans l'État contractant d'où elles proviennent et selon la législation de cet État, mais que si un résident de l'autre État contractant est le bénéficiaire effectif de ces redevances, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 pour 100 du montant brut des redevances—L'art. IV(1) définit l'expression «résident d'un État contractant» comme désignant toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue—Le juge de première instance avait statué que Norsk était un résident des É.-U. au sens de l'art. IV(1)—Il avait conclu que le revenu de Norsk était effectivement relié à une entreprise ou à un commerce exploité activement aux É.-U., parce que le siège de direction de Norsk était situé aux É.-U.—L'appelante

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

soutient que le juge de première instance a commis une erreur quant (1) aux conclusions de fait; (2) à l'application de la Convention—Appel rejeté—(1) Les conclusions de fait tirées par le juge de première instance ne comportent aucune erreur—(2) L'appelante soutient a) que, puisque les sociétés étrangères ne sont pas généralement assujetties à l'impôt aux É.-U. en raison de leur siège de direction, n'est pas assujetti à l'impôt pour ce motif; b) que l'expression «ou de tout autre critère de nature analogue» dans l'art. IV(1) indique un fondement commun d'assujettissement à l'impôt en vertu de cet article, à savoir l'assujettissement à l'impôt sur les revenus mondiaux; c) que la conclusion selon laquelle Norsk est assujettie à l'impôt parce que son revenu est effectivement relié à la conduite d'une entreprise ou d'un commerce est un critère de nature analogue et que cela équivaut à une modification de la Convention; d) que l'interprétation donnée par le juge de première instance à l'art. IV(1) entraîne des résultats anormaux—a) Tout examen de la qualité de résident doit tenir compte du fondement de l'assujettissement d'un contribuable donné plutôt que de l'application du droit fiscal interne généralement—La question n'est pas de savoir si, en règle générale, les États-Unis assujettissent une société étrangère à l'impôt en raison de son siège de direction, mais si Norsk est assujettie à l'impôt en raison de son siège de direction—b) Seules les sociétés à capitaux nationaux sont assujetties à l'impôt sur la totalité de leurs revenus mondiaux—En conséquence, accepter l'interprétation de l'appelante, que seule une société redevable d'un impôt sur la totalité de ses revenus mondiaux serait un «résident» au sens de la définition, revient nécessairement à dire que la définition de «résident» ne comprendrait que les sociétés à capitaux nationaux—Les sociétés étrangères se livrant à d'importantes activités aux États-Unis et tirant des revenus de source américaine ne pourraient pas bénéficier de l'application de la Convention—Ce résultat aurait pu être expressément prévu—De plus, étant donné que le Modèle de convention sur lequel la Convention est fondée prévoit que l'expression «résident» ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située, en l'absence de preuve d'intention contraire, il est raisonnable de conclure qu'on a intentionnellement omis la clause de la Convention—L'omission montre que les auteurs de la Convention n'avaient pas l'intention de faire de l'assujettissement à l'impôt sur la totalité des revenus mondiaux une condition nécessaire de la qualité de résident en vertu de la Convention—c) Il n'est pas logiquement nécessaire de recourir à un «critère de nature analogue» pour conclure que Norsk est assujettie à l'impôt en l'espèce—L'assujettissement de Norsk à l'impôt aux É.-U. repose sur la partie de son revenu qui est effectivement reliée à l'exploitation de son entreprise ou de son commerce aux É.-U., laquelle se rattache principalement à son siège de direction—L'interprétation que le juge de première instance a donnée à l'art. IV(1) donne de fait à l'expression «siège de direction» un sens compatible avec les faits—d) Rejeter le critère des «revenus mondiaux» comme la seule base de l'obligation fiscale ne signifie pas que toute société ayant un revenu de source américaine est assujettie à l'impôt aux É.-U. et devient de ce fait un résident des É.-U. en vertu de la Convention—La société étrangère ne peut devenir assujettie à l'impôt américain qu'en raison de l'un des critères énumérés à l'art. IV(1)—Selon l'interprétation proposée, Norsk pourrait être considérée comme un résident des

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

É.-U. et ne pas payer d'impôt à cause d'une exemption, tout en étant en mesure de profiter des dispositions en matière de double imposition—Norsk demeure assujettie à l'impôt même si son revenu de source américaine est exonéré d'impôt en vertu du U.S. Internal Revenue Code—Le gouvernement des É.-U. peut fixer le taux d'impôt qu'il juge approprié—Le taux d'impôt n'influe pas sur la détermination de la qualité de résident—Le juge Décary, J.C.A. (dissident) statue que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que Norsk était assujettie à l'impôt aux É.-U. parce qu'elle y avait son siège de direction—Norsk est assujettie à l'impôt parce que son entreprise ou son commerce est effectivement relié aux É.-U., ce lien étant établi par le siège de direction—L'art. IV(1) de la Convention exige que l'assujettissement à l'impôt soit fonction de l'un des quatre critères précis ou d'un critère générique de nature analogue—Un élément commun des quatre critères précis est que chacun des critères, pris isolément, constitue une base d'imposition, que chacun est facilement et objectivement identifiable et que chacun peut se rattacher à un endroit spécifique—Tout critère de «nature analogue» doit comporter ces éléments—Norsk ne peut être qualifiée de «résident» que si elle est assujettie à l'impôt en raison d'un critère de nature analogue—Norsk est assujettie aux impôts aux É.-U. parce qu'elle exploite une entreprise ou un commerce qui est effectivement relié aux É.-U.—Cette raison ne constitue pas un motif énuméré, ni un motif de nature analogue—Dire que l'assujettissement à l'impôt résultant de l'exploitation d'une entreprise effectivement reliée aux É.-U. constitue un critère de nature analogue à celui du siège de direction équivaut à modifier la Convention—Loi sur la Convention Canada-État-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, ann. I, art. IV, XII—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 212(1)d) (mod. par S.C. 1986, ch. 2, art. 26)—U.S. Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 883(a)(1) (1988).

CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. C. CANADA (A-1103-92, A-1104-92, A-1105-92, juge Heald, J.C.A., juge Décary, J.C.A., dissident, jugement en date du 8-11-93, 19 p.)

PRATIQUE

Requête en vue de l'annulation de l'attestation et des dépens délivrés par la Cour fédérale au MRN pour le motif que le montant certifié est inexact et qu'aucun avis de cotisation n'a été fourni, ainsi qu'en vue du rejet ou de l'annulation des brefs de *feri facias* puisque leurs conditions étaient excessives—Les fonctionnaires du MRN ont harcelé le contribuable exaspéré en traitant avec lui après l'établissement des cotisations—Ils n'ont pas crédité tous les paiements que le requérant avait faits; ils avaient pris un temps inexplicablement long pour prendre acte de l'autorisation de la femme du requérant de créditer directement ses remboursements d'impôt sur le revenu au compte du requérant; ils ont pris, avec leurs avis et leur ordonnance de saisie, des mesures qui ont compromis ou fait disparaître les occasions, pour la petite entreprise du requérant, de gagner de l'argent avec lequel payer les arriérés; enfin, les fonctionnaires qui ont traité avec le requérant ont péremptoirement affirmé que ce dernier n'avait pas fourni l'hypothèque de deuxième rang convenue sur son intérêt dans le foyer conjugal, laquelle, avait-il été convenu, devait constituer une partie de la garantie du ministre pour le paiement et la perception prévus des arriérés en bonne et due forme—Si le requérant ne peut pas

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

réellement payer les arriérés d'impôt sur le revenu exigibles, le ministre peut prendre des mesures radicales pour percevoir ces arriérés à l'aide des biens du requérant—Le pouvoir conféré au ministre vise à garantir le paiement final de la somme due par le débiteur: *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.)—Le ministre et les fonctionnaires du Ministère ne sont pas à l'abri du contrôle judiciaire dans les circonstances de l'espèce—Le droit est au-dessus des fonctionnaires de l'État—La Cour demande avec instance à l'intimée d'envisager l'enregistrement de l'hypothèque de deuxième rang convenue et offerte en échange de l'annulation du jugement—Le bref de *feri facias* est annulé, tous les frais incidents étant à la charge de l'intimé—L'intimé peut délivrer un nouveau bref après avoir rencontré de nouveau le requérant en vue d'établir un calendrier précis et raisonnable de remboursement des arriérés d'impôt—La Cour exige que les deux parties déposent au greffe une attestation signée suivant laquelle une telle réunion subséquente a eu lieu, pour tenter de réconcilier les parties—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 220(1),(4) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 88).

MCPIAIL C. M.R.N. (ITA-522-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 28-1-94, 15 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Demande présentée en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce afin d'interjeter appel d'une décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce avait rejeté la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Sass» de l'appelante relativement à un magazine destiné aux jeunes femmes, présentée en 1987—La demande a été rejetée au motif que l'appelante ne s'était pas déchargée de son fardeau d'établir que la marque «Sass» était distinctive de son magazine au sens de l'art. 38(2)d) de la Loi—De plus, la Commission avait décidé, en ce qui a trait aux moyens d'opposition prévus aux art. 38(2)c) et 16(3)a) de la Loi, qu'elle n'était pas convaincue que l'opposante ou son prédécesseur en titre avait employé ou fait connaître la marque de commerce «Sassy» conformément à l'art. 17(1) de la Loi—Niveau élevé de ressemblance entre les deux marques—Il incombe à l'appelante de démontrer que la confusion n'existe pas et que la marque de commerce est distinctive—Question de savoir si l'intimée, ou divers prédécesseurs désignés, ont qualité pour s'opposer à l'enregistrement de la marque de commerce «Sass» par l'appelante—La première étape de l'examen de la question de savoir si Sassy peut poursuivre l'opposition à l'enregistrement consiste à analyser l'art. 38 de la Loi—L'art. 38 ne fixe aucune limite portant que l'opposante doit être une personne sur laquelle l'issue de l'instance risque d'avoir une incidence défavorable ou le titulaire d'une marque similaire—Étant donné que Sassy ou ses différents prédécesseurs désignés sont des «personnes», les exigences expresses de l'art. 38(1) sont satisfaites—Validité de la substitution des différentes «personnes» à l'opposante originale—Question de savoir si une substitution effectuée par suite d'une présumée cession est valide ou si elle mènerait à la champartie et au soutien délictueux—Compte tenu de l'existence d'un intérêt com-

MARQUES DE COMMERCE—Fin

mercial pré-existant suffisant relativement à la marque de commerce, la cession est valide—L'intimée avait qualité pour s'opposer à l'enregistrement de la marque de commerce «Sass» et a la qualité voulue pour poursuivre l'opposition devant la Cour—Quant au caractère distinctif, il s'agit de savoir si, à la date pertinente, la marque de commerce «Sass» projetée était adaptée à distinguer les magazines de l'appelante du magazine Sassy—La date pertinente pour trancher la question du caractère enregistrable et du caractère distinctif est la date à laquelle la Commission des oppositions a rendu sa décision—L'appelante n'a pas prouvé que la marque était distinctive tant à la date de dépôt de l'opposition qu'à la date de la décision de la Commission—L'intimée ne s'est pas déchargée du fardeau qu'elle avait, en vertu des art. 16(3)a) et 17(1) de la Loi, de montrer que ses prédécesseurs en titre avaient employé ou fait connaître antérieurement la marque de commerce créant de la confusion et que cette marque n'avait pas été abandonnée—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 16(3)a), 17(1), 38(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 134), (2)b),c),d).

CLARCO LTD. C. SASSY INC. (T-2892-92, juge Denault, jugement en date du 4-2-94, 16 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Requête en vue d'un nouvel interrogatoire se rapportant à des questions auxquelles on avait refusé de répondre lors du premier interrogatoire préalable—À titre de question préliminaire, la défenderesse a allégué que le procureur de la demanderesse était l'auteur des observations écrites et de l'affidavit déposé à l'appui de la position prise par cette dernière sur la requête—Il est douteux qu'une partie puisse renoncer à une transgression—Il est difficile de décider si le déposant est l'auteur des observations à l'appui desquelles l'affidavit a été déposé puisque les observations ont été signées à l'encre au nom du bureau d'avocats et que le nom du déposant ainsi que celui d'un avocat principal ont été dactylographiés au verso des observations—En pratique, puisqu'il arrive souvent qu'un client soit sur un autre continent et qu'il ne parle ni l'une ni l'autre des langues officielles, les affidavits des procureurs peuvent être admissibles devant la Cour—Sauf dans des cas très exceptionnels, le procureur qui présente la requête ne devrait pas s'appuyer sur son propre affidavit—Dans une requête où un affidavit peut comprendre des renseignements fondés sur ce que croit son auteur et indiquer les motifs y afférents (c.-à-d. une preuve par ouï-dire admissible), les affidavits des procureurs sont rarement nécessaires et doivent être évités, même s'ils sont admissibles, parce qu'il est possible que le procureur soit contre-interrogé et que l'interrogatoire soit incompatible avec le secret professionnel—La Cour procède comme si l'auteur de l'affidavit n'était pas l'avocat—La marque en cause a été adoptée et employée par une autorité publique au Canada comme marque officielle à l'égard de laquelle le registraire, à la demande de l'autorité publique,

PRATIQUE—Suite

avait donné un avis public d'adoption ou d'emploi (art. 9(1)n)(iii) de la Loi sur les marques de commerce)—La défenderesse est tenue de prouver que la demanderesse n'est pas une autorité publique, que la marque n'a pas été adoptée et employée, ou que le registraire n'a pas donné un avis public à la demande de l'autorité—L'interrogatoire préalable vise à l'obtention de toute la correspondance entre la demanderesse et ses agents de marques de commerce concernant la demande d'avis public de la marque officielle—Toute correspondance se rapportant à une demande d'avis public de la part de l'autorité devrait être produite, sous réserve du droit d'invoquer le secret professionnel—L'ordonnance vise tout le dossier de la Banque fédérale de développement (BFD) et tout le dossier de l'agent de marques de commerce, sous réserve du droit d'invoquer le secret professionnel à l'égard de parties du dossier ne se rapportant pas à la demande, comme on l'a fait dans *Risi Stone Ltd. c. Groupe Permacon Inc.*, [1990] 3 C.F. 10 (1^{re} inst.)—La question de savoir si la BFD possède des renseignements montrant que le public canadien veut qu'elle se livre à ses activités n'a rien à voir avec la détermination de la question de savoir si la BFD est une autorité publique, et il n'est pas nécessaire de répondre à cette question—La question concernant les études visant à permettre d'évaluer l'appui du public n'est pas non plus pertinente—Les questions portant sur la liste des entreprises auxquelles la BFD envoie de la publicité ne sont pas pertinentes et la liste n'a pas à être produite—Il n'est pas ordonné qu'on réponde aux questions concernant les recherches effectuées sur les marques de commerce puisque l'existence de marques antérieures n'a rien à voir avec le droit d'adopter un écu ou une marque en vertu de l'art. 9—Il n'est pas nécessaire de répondre aux questions se rapportant à un dossier de la BFD relatif à un avis public à donner pour une marque plus récente—La défenderesse allègue que ces questions sont pertinentes lorsqu'il s'agit de montrer que la marque a été abandonnée—La disposition de la Loi sur les marques de commerce concernant l'adoption d'armoiries et de marques ne vise pas à incorporer dans le droit concernant les armoiries une plus grande partie du droit contenu dans les textes de loi ou la common law concernant les marques de commerce que ce que la Loi sur les marques de commerce rend expressément applicable à ce droit—Il est douteux qu'une marque adoptée en vertu de l'art. 9 puisse être abandonnée—Il importe peu, aux fins de l'abandon, qu'une demande ait été présentée à l'égard d'une marque similaire—L'abandon doit être déterminé d'après les faits pertinents, qui ne comprennent pas la question de savoir si une nouvelle marque a été dûment obtenue—Selon la prépondérance des inconvénients, le nouvel interrogatoire devrait avoir lieu à Montréal, puisque trois personnes (deux avocats et la personne qui sera soumise à l'interrogatoire) sont à Montréal, par opposition à deux à Toronto—Le nouvel interrogatoire doit être fait aux frais de la demanderesse, mais limité aux frais raisonnables d'un avocat—La défenderesse cherche à obtenir les dépens sur la base procureur-client, parce que la demanderesse a allégué que la demande visant à la tenue de l'interrogatoire à Toronto était malveillante—Le choix du lieu de l'interrogatoire dépend entièrement de la prépondérance des inconvénients—La demande en vue de la tenue de l'interrogatoire à Toronto n'est pas malveillante—La personne qui fait une allégation injustifiée de malveillance pourrait dans certains cas s'exposer à l'adjudication des dépens sur la base procureur-client, mais tout compte fait la demanderesse l'a emporté en l'espèce—

PRATIQUE—Suite

Étant donné que les observations très générales présentées en réponse à la requête n'ont pas été très utiles, les dépens ne sont pas adjugés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. (1)n(iii).

BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT C. C.B. MEDIA LTD.
(T-3159-90, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 30-12-93, 9 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Le juge de première instance avait accordé les dépens entre parties—La défenderesse a contesté les honoraires du second avocat, B. R. Leonard, qui s'élevaient à 200 \$, en vertu du poste 1(1)(i) du tarif B; les débours pour les frais de photocopie; les débours pour les services des experts—(1) L'art. 1(1) du tarif B ne reflète peut-être pas adéquatement le principe de l'indemnité partielle, mais cela ne veut pas dire qu'il faut l'écarter—Le volume des documents, sauf dans des circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, n'était pas destiné, selon l'intention du législateur, à constituer une raison «particulière» justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire établi à l'art. 1(1)(i) du tarif B—Étant donné le volume des documents en l'espèce, le recours à un second avocat a probablement permis au tribunal d'utiliser son temps de la façon la plus efficace possible et, dans le contexte d'un mémoire de frais procureur-client qui ne serait pas limité par l'art. 1(1) du tarif B, pareils honoraires seraient adjugés—Les honoraires du second avocat sont refusés—(2) Les frais de télécopie, de photocopie et d'appels interurbains sont différenciés des dépenses de secrétariat, qui sont engagées de façon continue et qui ne prennent pas fin avec une instance particulière—Ce poste est accordé tel qu'il a été réclamé—Arrêts *Mon-Oil Ltd. c. Canada*, T-266-88, officier taxateur Stinson, taxation en date du 12-11-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite et *United Terminal Ltd. c. M.R.N.*, T-705-89, officier taxateur Stinson, taxation en date du 3-7-91, non publiée, appliqués—(3) M. Willson était le comptable agréé de Clarkson Gordon (maintenant Ernst & Young), qui a vérifié les livres de la demanderesse—Il a témoigné tant au sujet des faits qu'à titre d'expert—Il n'a pas déposé de rapport d'expert conformément à la Règle 482—Rien ne permettait d'accorder des honoraires d'expert avant 1990, bien que l'action eût été intentée le 13 mai 1986—Dans certaines circonstances, les procureurs ont l'obligation professionnelle d'envisager et de recommander l'achat de services professionnels d'experts exclus de l'indemnisation partielle prévue à l'art. 1(1) du tarif B—La taxation des dépens ne repose pas sur la prémisse selon laquelle il existe une liste de postes exclus, le montant intégral de chaque poste devant soit être accordé soit être refusé—Le libellé subjectif des tarifs doit être interprété comme conférant un certain pouvoir discrétionnaire et comme permettant des estimations motivées lorsque la situation s'y prête, en l'absence de preuve absolue—Le rôle des experts est examiné dans le contexte des exigences de la présente cause et de la compétence d'expert à laquelle on s'attend ordinairement d'un procureur en ce qui a trait à la nécessité d'obtenir par surcroît les services d'Ernst & Young en leur qualité de conseillers et sans égard à la question de savoir si M. Willson devait être réputé avoir qualité d'expert en application de la Règle 482—La Règle 482 prévoit explicitement des exceptions à la méthode ordinaire utilisée pour reconnaître la

PRATIQUE—Suite

qualité d'expert aux fins d'un témoignage dans une instance et, par extension, pour qualifier les honoraires y afférents aux fins de l'indemnisation entre les parties—Ces exceptions explicites découlent normalement d'une ordonnance de la Cour, mais aucune ordonnance n'a été rendue en l'espèce—Étant donné que M. Willson n'avait pas obtenu la qualité d'expert avant l'instruction, en conformité avec la Règle 482 le procureur de la demanderesse a vraisemblablement conclu que le témoignage des autres experts suffirait—Le témoignage de M. Willson n'était pas crucial pour la demanderesse—Étant donné que les factures laissent entendre qu'Ernst & Young ont continué à fournir à la demanderesse, pendant l'instance, des services de nature non litigieuse, aucune partie des services n'a été fournie en application de la Règle 482 et ne peut donner lieu à une indemnisation en vertu de l'art. 4(2) du tarif A et aucune partie importante des services ne donne lieu à l'application de l'art. 1(2)b) du tarif B—Les autres honoraires d'experts sont adjugés jusqu'à concurrence du montant soumis—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 482 (mod. par DORS/90-846, art. 18), tarifs A art. 4(1),(2) (mod. par DORS/86-319, art. 3), B 1(1) (mod. par DORS/87-221, art. 1), (2)b) (mod., *idem*).

COPPLEY NOYES & RANDALL LTD. C. CANADA (T-1099-86, officier taxateur Stinson, taxation en date du 10-12-93, 13 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Requête visant à l'annulation d'une ordonnance radiant la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action—Le demandeur avait envoyé à tous les membres de la Chambre des communes et du Sénat une pétition à déposer devant chaque chambre, dans laquelle il sollicitait une adresse en vue de la révocation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale—Il a fait valoir que, conformément à l'art. 5 du Bill of Rights, 1688, il avait le droit de présenter une pétition à la Reine et au Sénat et que, conformément aux art. 40 et 24 de la Loi constitutionnelle de 1867, le gouverneur général était tenu de convoquer une réunion conjointe de la Chambre des communes et du Sénat afin de respecter ce droit—La veille de la délivrance de la proclamation dissolvant le Parlement et de la proclamation émettant le bref d'élection, le demandeur a déposé un avis de requête introductif d'instance sollicitant une ordonnance de *mandamus* enjoignant au gouverneur général de convoquer la Chambre des communes et le Sénat afin de donner suite à ses pétitions ou une ordonnance déclarant que le gouverneur général devait être rappelé à cette fin ou annulant la dissolution du Parlement—Le juge en chef adjoint avait rejeté la requête sans préjudice du droit du demandeur de solliciter une réparation similaire au moyen d'une action en jugement déclaratoire plutôt qu'au moyen d'un contrôle judiciaire—Le demandeur a délivré et signifié la déclaration contestée—Requête rejetée—Il ne faut pas infirmer les ordonnances discrétionnaires des protonotaires à moins que l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne soit fondé sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits—L'ordonnance du protonotaire adjoint n'était pas fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits—La Règle 336(1b)(i) ne donne pas aux protonotaires compé-

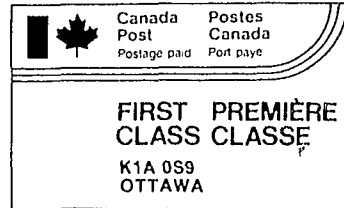
PRATIQUE—Suite

tence pour rendre «une ordonnance incompatible avec une ordonnance précédemment rendue par la Cour ou un juge»—En présentant la déclaration datée du 22 octobre 1993, le demandeur ne se conformait pas à une ordonnance qui lui était adressée—L'ordonnance du juge en chef adjoint disait simplement que le demandeur avait le droit d'intenter une action en jugement déclaratoire—Le Bill of Rights, 1688 confère aux particuliers le droit de présenter une pétition à la Couronne mais, selon la définition donnée par les dictionnaires, le mot «pétitionner» comprend des actes bien moins draconiens qu'une audience parlementaire en règle, par exemple écrire des lettres—Les privilèges parlementaires, y compris la liberté d'expression, sont limités aux deux chambres du Parlement et à leurs membres—Aucune disposition du Bill of Rights, 1688 ne prévoit que le droit de faire des pétitions l'emporte sur tous les autres actes de prérogative, par exemple, l'émission d'un bref d'élection par le gouverneur général, ou ne porte sur les conséquences des actes de prérogative, lorsqu'une pétition est pendante—Le grief véritable du demandeur se rapporte à la décision du gouverneur général de dissoudre le Parlement

PRATIQUE—Fin

avant que ce dernier n'examine sa pétition—Absence de preuve montrant pourquoi il fallait examiner la pétition du demandeur avant la dissolution du Parlement—Même si le Bill of Rights, 1688 a été incorporé dans le droit canadien et s'il n'a pas été supplanté par la législation subséquente, il ne confère pas au demandeur les droits revendiqués—Les plaidoiries ne révèlent aucune cause d'action—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2(2), 6 (mod. par DORS/90-846, art. 2), 336(1)*b*)(i),(5), 419(1)*a*),*c*),*f*)—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° 2], art. 24, 40, 99(1)—Bill of Rights, 1688 (R.-U.), 1 W. & M. sess. 2, ch. 2, art. 1, 5—Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4*a*),*b*), 5*b*).

BABINEAU C. CANADA (T-2496-93, juge Nadon, ordonnance en date du 14-1-94, 7 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

Available from the Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9