



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1996, Vol 2, Part 2

1996, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [1996] 2 F.C., 263-481

Renvoi [1996] 2 C.F., 263-481

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

Editorial Board

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

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC
Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

CONTENTS

Digests	D-21
Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc. (T.D.) ..	371
Administrative law—Basic principles—Delegated legislation—Whether regulatory provision imposing passenger	

Continued on next page

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

Bureau des arrêtistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêtiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêtistes
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
Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC
Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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.

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-25
Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc. (1^{re} inst.)	371
Droit administratif—Principes fondamentaux—Législation déléguée—Une disposition réglementaire imposant un droit	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

charges on cruise vessels using public dock while exempting ferries *ultra vires* Public Harbours and Port Facilities Act—Review of leading cases on exercise of discretionary powers—Objective of national ports policy—Act, s. 12 empowering Governor in Council to regulate for management, use of public harbours including imposition of charges—Understandable fees may vary according to vessel type—Definition of “vessel” within Minister’s discretion—No discrimination between persons similarly situated as all cruise vessels charged—Ferries not similarly situated as providing different service.

Maritime law—Harbours—Delegated legislation—Whether Government Wharves Regulations *ultra vires* Public Harbours and Port Facilities Act as (1) not authorized by Act (2) based on irrelevant considerations (3) discriminatory—Passenger charges in respect of cruise vessels using public dock—Local ferry using same dock free of charges—Objective of national ports policy—Regulatory powers of Governor in Council set out in Act—Definition of “cruise vessel” in Regulations excluding ferry—Whether Regulations going beyond confines of Act in distinguishing between “cruise vessel” and other vessels—S. 12 of Act affording Minister discretion to impose fees on cruise vessels—Understandable fees may vary according to vessel type.

Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 410

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent residents—Order in Council granting exemption from requirement of Act, s. 9(1), requiring application for landing and permanent residency be made outside Canada, not same as granting of permanent residence—When, after exemption obtained, applicant for landing convicted of criminal acts covered by Act, s. 19(1)(c), Minister cannot be ordered to grant landing or to continue processing landing application—F.C.A. decision in *Sivacilar v. M.E.I.* considered, restricted in application to particular facts.

Industries Perlite Inc. v. Marina Di Alimuri (The) (T.D.) 426

Maritime law—Carriage of goods—Action for damage to cargo of peat moss—Plaintiffs representing peat moss

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sur les passagers des navires de croisière qui utilisent une installation portuaire publique alors que les transbordeurs en sont exemptés, est-elle *ultra vires* au regard de la Loi sur les ports et installations portuaires?—Analyse de précédents jurisprudentiels marquants mettant en cause l’exercice du pouvoir discrétionnaire—L’objet de la politique portuaire nationale—L’art. 12 habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements relatifs à la gestion et à l’utilisation des ports publics y compris l’imposition de droits—Il est compréhensible que les droits puissent varier selon le type de navire—La définition du mot «navire» est laissée à la discrétion du ministre—Aucune discrimination n’est faite entre des personnes se trouvant dans une même situation puisque les droits frappent tous les navires de croisière—Les transbordeurs n’entrent pas dans cette catégorie puisqu’ils offrent un autre genre de service.

Droit maritime—Ports—Législation déléguée—Le Règlement sur les quais de l’État est-il *ultra vires* au regard de la Loi sur les ports et installations portuaires du fait: (1) que la Loi n’a pas autorisé ce règlement, (2) que celui-ci repose sur des considérations hors de propos, et (3) qu’il est discriminatoire—Des droits sont imposés sur les passagers des navires de croisière faisant usage d’une installation portuaire publique—Le transbordeur local utilise sans frais la même installation—L’objet de la politique portuaire nationale—Les pouvoirs de réglementation du gouverneur en conseil sont énoncés dans la Loi—Le Règlement exclut les transbordeurs de la définition de «navire de croisière»—Ce Règlement outrepassé-t-il le cadre de la Loi en distinguant entre un «navire de croisière» et d’autres embarcations?—L’art. 12 de la Loi accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire d’imposer des droits sur les navires de croisière—Il est compréhensible que les droits puissent varier selon le type de navire.

Dass c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (C.A.) 410

Citoyenneté et immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Un décret octroyant l’exemption de l’exigence de l’art. 9(1) de la Loi, exigeant que la demande du droit d’établissement et de résidence permanente soit faite à l’extérieur du Canada, n’est pas la même chose que l’octroi de la résidence permanente—Quand, une fois l’exemption obtenue, le demandeur du droit d’établissement est accusé d’actes criminels visés par l’art. 19(1)(c), le ministre ne peut être enjoint d’octroyer le droit d’établissement ou d’en poursuivre le traitement de la demande—La décision de la C.A.F. dans l’affaire *Sivacilar c. M.E.I.* a été examinée et limitée dans son application aux faits particuliers de cette affaire.

Industries Perlite Inc. c. Marina Di Alimuri (Le) (1^{re} inst.) 426

Droit maritime—Transport de marchandises—Action pour dommages causés à une cargaison de mousse de tourbe—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

having certain stowage factor, but heavy rain prior to, during loading resulting in much lower stowage factor—Bulkhead collapsing during loading—Gencon-form charter-party excluding shipowners from absolute liability to provide seaworthy vessel, liability arising from loading, stowage—Peat moss cargo “dangerous goods”—Master not at fault in accepting to load cargo and in not stopping loading—No knowledge, possible knowledge of danger—Neither shipper nor carrier aware of danger—Shipper’s implied common law duty not to ship dangerous goods applied.

Maritime law—Contracts—Pemtex selling peat moss to Lantana FOB—Perlite chartering ship for undisclosed principal, Lantana—Perlite, Italmare (shipowners) entering Gencon-form charter-party—Nothing indicating Italmare not willing to treat undisclosed principal as party to contract—Lantana, Perlite bound by charter-party—Under FOB term, seller bearing liability for cost, safety of goods until passing ship’s rail—Risk of loss of cargo loaded on ship with Lantana; risk to cargo on dock with Pemtex—Hague Rules not incorporated in charter-party—Relationship between charterers, owners governed by charter-party only—Cl. 2 relieving carriers from absolute obligation to provide seaworthy vessel—Cl. 16, 19 relieving shipowners from liability arising from loading, stowage—Once plaintiffs show cargo received by shipowners, subsequently damaged, burden on owners to prove damages resulted from cause for which not liable under cl. 2—Plaintiffs’ loss caused by peat moss exerting forces on ship’s bulkhead, causing it to collapse—Defendants not liable.

Khan v. Canada (T.D.) 316

Criminal justice—Evidence—Applicants charged with drug trafficking—Provincial Court judge directing Crown to disclose correspondence between RCMP, liaison officers in Pakistan, Switzerland—Crown filing complaint under CEA

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Les demanderesse avaient déclaré que la mousse de tourbe avait un certain coefficient d’arrimage, mais après des pluies abondantes avant et durant le chargement, le coefficient d’arrimage était beaucoup moins élevé—Une cloison s’est effondrée durant le chargement—Une charte-partie rédigée selon la formule Gencon exonérait les propriétaires du navire de l’obligation absolue de fournir un navire en état de navigabilité et de toute responsabilité découlant du chargement et de l’arrimage—La mousse de tourbe constituait des «marchandises dangereuses»—Le capitaine n’était pas en faute quand il a accepté de charger la cargaison et n’a pas interrompu le chargement—Il n’était pas au courant de l’existence d’un danger possible—Ni le chargeur ni le transporteur n’étaient au courant du danger—L’obligation qui, en common law, est faite implicitement au chargeur de ne pas transporter de marchandises dangereuses a été appliquée.

Droit maritime—Contrats—Pemtex a vendu de la mousse de tourbe à Lantana à des conditions franco à bord—Perlite a affrété un navire pour le compte d’un mandant anonyme, Lantana—Perlite et Italmare (les propriétaires du navire) ont conclu une charte-partie selon la formule Gencon—Rien ne permettait à Perlite de conclure que Italmare ne consentait pas à traiter son mandant anonyme comme une partie au contrat—Lantana et Perlite étaient liées par la charte-partie—Selon les conditions franco à bord, le vendeur assume l’entière responsabilité pour les frais et la sécurité des marchandises jusqu’à ce qu’elles aient passé le bastingage—Le risque de perte à l’égard de la cargaison chargée à bord était transféré à Lantana; le risque pour ce qui était de la cargaison restée à quai demeurait entre les mains de Pemtex—Les Règles de La Haye n’étaient pas incorporées dans la charte-partie—La relation entre les affrèteurs et les propriétaires était régie par la charte-partie uniquement—La clause 2 décharge les transporteurs de l’obligation absolue de fournir un navire en état de navigabilité—Les clauses 16 et 19 déchargent les propriétaires du navire de la responsabilité des dommages découlant du chargement et de l’arrimage—Une fois que les demanderesse ont prouvé que les propriétaires ont reçu la cargaison et qu’elle a été endommagée par la suite, il incombe aux propriétaires de prouver que les dommages résultaient d’une cause dont ils ne sont pas responsables en vertu de la clause 2—La perte subie par les demanderesse a été causée par le fait que la mousse de tourbe a exercé une pression sur la cloison du navire et l’a fait s’effondrer—Les défendeurs n’en étaient pas responsables.

Khan c. Canada (1^{re} inst.) 316

Justice criminelle et pénale—Preuve—Les requérants ont été accusés de trafic de stupéfiant—Un juge de la Cour provinciale a ordonné à la Couronne de divulguer la correspondance échangée entre le bureau de la GRC et les

Suite à la page suivante

s. 37(1) objecting to disclosure on basis of specified public interest and as injurious to international relations—Jurisdiction of designated Federal Court Judge—Factors considered in cases under ss. 37(2), 38(1)—General disclosure obligation of Crown—Must disclose material relevant, useful to defence—Rule against disclosing information identifying informers, statutory provisions regarding injury to international relations exceptions to general disclosure obligation—Standards, procedure in ss. 37(2), 38(1) cases—“Likely relevance” test—“Likely relevance”, balancing stages separate—“Likely relevance” not onerous burden on accused but higher than usefulness to defence—Admissibility not a consideration—Credibility issue not basis for disclosure—Whether apparent case for disclosure herein—Applicants failing to show how disclosure concerning foreign bank accounts logically probative of any issue at trial—Court not satisfied grounds for seeking disclosure more than fishing expedition—“Likely relevance” test unmet.

Federal Court jurisdiction—Jurisdiction of designated judge under Canada Evidence Act, s. 38(1)—Validity of objections to disclosure to be decided by Chief Justice or designated judge of Federal Court where objections based on injury to international relations, defence, security—Objection herein involving injury to international relations, thereby engaging Federal Court jurisdiction—Designated judge having jurisdiction to decide validity of Crown’s entire objection.

McAleer v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) 345

Human rights—Judicial review of CHRT decision ordering applicants to cease discriminatory practice—CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament’s legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination—Applicants disseminating recorded message by telephone advocating trampling

Continued on next page

agents de liaison de la GRC au Pakistan et en Suisse—La Couronne a déposé une plainte conformément à l’art. 37(1) de la LPC en s’opposant à la divulgation pour des raisons d’intérêt public déterminées et pour le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales—Compétence d’un juge désigné de la Cour fédérale—Facteurs pris en considération dans les cas visés par les art. 37(2) et 38(1)—Obligation générale de divulgation de la Couronne—Celle-ci doit divulguer les documents pertinents, utiles à la défense—La règle interdisant la divulgation de renseignements révélant l’identité d’indicateurs et les dispositions législatives concernant le préjudice possible aux relations internationales constituent des exceptions à l’obligation générale de divulgation—Normes à respecter et procédure à suivre dans les cas visés par les art. 37(2) et 38(1)—Critère de la «pertinence probable»—La «pertinence probable» et la pondération sont des étapes distinctes—Le critère de la «pertinence probable» n’est pas un fardeau onéreux incombant à l’accusé mais va au-delà de l’utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense—L’admissibilité des renseignements ne doit pas être prise en considération—La question de la crédibilité ne peut pas servir de fondement à la divulgation—Y a-t-il une apparence de droit à la divulgation en l’espèce?—Les requérants n’ont pas prouvé comment la divulgation de renseignements concernant des comptes bancaires à l’étranger a une valeur logiquement probante relativement à une question en litige—On n’a pas convaincu la Cour que les raisons pour demander la divulgation s’avéraient plus qu’une recherche à l’aveuglette—Il n’a pas été satisfait au critère de la «pertinence probable».

Compétence de la Cour fédérale—Compétence d’un juge désigné en vertu de l’art. 38(1) de la Loi sur la preuve au Canada—La validité des oppositions à la divulgation doit être tranchée par le juge en chef ou un juge désigné de la Cour fédérale lorsque les oppositions sont fondées sur un préjudice possible aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales—En l’espèce, l’opposition soulevait un préjudice possible aux relations internationales, ce qui entraînait la compétence de la Cour fédérale—Le juge désigné a compétence pour trancher la question de la validité de l’opposition de la Couronne dans son ensemble.

McAleer c. Canada (Commission des droits de la personne) (1^{re} inst.) 345

Droits de la personne—Contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal des droits de la personne enjoignant aux requérants de mettre fin à leur acte discriminatoire—L’art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d’une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“queers” into peat bog—CHRT holding sexual orientation prohibited ground of discrimination; message likely to expose homosexuals, identifiable on basis of prohibited ground of discrimination, to hatred, contempt—S. 13(1) infringing Charter, s. 2 freedoms, but justifiable under Charter, s. 1—Communications relayed by telecommunications undertaking within legislative authority of Parliament—“Sexual orientation” neither vague nor overly broad, but precise legal concept dealing specifically with individual’s gender preference in sexual relationships—CHRA should be interpreted, applied, administered as though contained “sexual orientation” as prohibited ground of discrimination.

Constitutional law—Charter of Rights—Fundamental freedoms—CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament’s legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination—Infringing Charter, s. 2 freedoms but justified under Charter, s. 1.

Constitutional law—Charter of Rights—Life, liberty and security—CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament’s legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination—Applicants disseminating recorded message by telephone advocating trampling “queers” into peat bog—Principle of fundamental justice laws may not be too vague—Law unconstitutionally vague if so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate i.e. for reaching conclusion as to meaning by reasoned analysis applying legal criteria—Sexual orientation as prohibited ground of discrimination precise legal concept, dealing specifically with person’s sexual preference in terms of gender—Neither vague nor overly broad.

Constitutional law—Charter of Rights—Limitation clause—CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

haineux à l’encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d’un motif de distinction illicite—Les requérants diffusaient des messages enregistrés par téléphone où ils incitaient à piétiner les «pédales» dans les tourbières—Le Tribunal des droits de la personne a jugé que l’orientation sexuelle était un motif de discrimination illicite et que le message était susceptible d’exposer à la haine ou au mépris les personnes homosexuelles, lesquelles appartiennent à un groupe identifiable sur la base d’un motif de distinction illicite—L’art. 13(1) viole les libertés prévues à l’art. 2 de la Charte, mais il est justifié en vertu de l’art. premier de la Charte—Les communications sont relayées grâce aux services d’une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement—«Orientation sexuelle» ni trop imprécise ni de portée trop large mais une notion juridique précise puisqu’elle traite plus particulièrement de la préférence d’une personne en matière de sexe—La LCDP devrait être interprétée, appliquée et administrée comme si elle contenait l’«orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—L’art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d’une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l’encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d’un motif de distinction illicite—Violation des libertés prévues à l’art. 2 de la Charte, mais justifiée en vertu de l’art. premier.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—L’art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d’une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l’encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d’un motif de distinction illicite—Les requérants diffusaient des messages enregistrés, par téléphone, qui incitaient à piétiner les «pédales» dans les tourbières—Principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises—Loi jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques—L’orientation sexuelle, en tant que motif de distinction illicite, est une notion juridique précise puisqu’elle traite plus particulièrement de la préférence d’une personne en matière de sexe—Ni trop imprécise, ni d’une portée trop large.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—L’art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d’une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination—Infringing Charter, s. 2 freedoms—Justified under Charter, s. 1—(1) Objective of s. 13, to promote equal opportunity, unhindered by discriminatory practices and preventing serious harm caused by hate propaganda, sufficiently important to warrant overriding freedom of expression—(2) S. 13(1) satisfying proportionality test—(i) Rationally connected to legislative purpose as aids in restricting activities antithetical to promotion of equality, tolerance in society—(ii) Meeting minimal impairment criteria as not overly broad, vague—Offering sufficient guidance for legal debate—(iii) Degree of limitation imposed by s. 13(1) not unduly harsh.

Constitutional law—Distribution of powers—Applicants disseminating recorded message allegedly exposing homosexuals to hatred by telephone—CHRA, s. 13(1) providing discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination—Telecommunication system extending beyond or connecting one province to one or more other provinces, within federal jurisdiction—Communications at issue relayed in whole or in part by telecommunication undertaking within legislative authority of Parliament.

Richmond v. Canada (Attorney General) (T.D.) ... 305

Public Service—Labour relations—Application for judicial review of Adjudicator's decision respecting grievances referred for adjudication under Public Service Staff Relations Act, s. 92—Applicants claiming "other leave with pay" under collective agreements to observe Jewish religious holidays—Employer denying claim but approving applications for annual leave—Must accommodate employees up to degree of undue hardship—Where offer of accommodation not reasonable, "other leave with pay" provisions mandatory to ensure compliance with non-discrimination provisions of collective agreements—No need to resort to other leave with pay provisions as reasonable offer made by employer—Offer of accommodation need only be reasonable to satisfy duty to accommodate—Obligation met by employer.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite—Violation des libertés prévues à l'art. 2 de la Charte—Justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte—(1) Objectif de l'art. 13, promouvoir l'égalité des chances indépendamment des considérations discriminatoires et prévenir la gravité du préjudice occasionné par la propagande haineuse, suffisamment important pour justifier la dérogation à la liberté d'expression—(2) L'art. 13(1) répond au critère de proportionnalité—(i) Rationnellement lié à l'objectif de la Loi pour aider à restreindre des activités jugées contraires à la promotion de l'égalité et de la tolérance dans la société—(ii) Répond au critère de l'atteinte minimale comme la disposition n'est pas trop imprécise et n'a pas de portée trop large—Constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire—(iii) Degré de limite imposé par l'art. 13(1) n'est pas une restriction trop sévère.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Les requérants diffusent des messages par téléphone qui sont susceptibles d'exposer les homosexuels à la haine—L'art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite—Le système de télécommunication s'étend à plusieurs provinces ou relie une province à d'autres, dans un ressort fédéral—Les communications en cause sont relayées en tout ou partie grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement.

Richmond c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 305

Fonction publique—Relations du travail—Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre relativement au renvoi à l'arbitrage de griefs conformément à l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Les requérants ont présenté des demandes d'«autre congé payé» en vertu de leurs conventions collectives en vue d'observer des fêtes religieuses juives—L'employeur a rejeté ces demandes de congé, mais a accordé leurs demandes de congé annuel—Il doit accommoder ses employés sous réserve de contrainte excessive—Lorsque l'employeur propose une mesure d'accommodement déraisonnable, les clauses d'«autre congé payé» sont obligatoires afin de garantir le respect des clauses concernant l'élimination de la discrimination prévues dans les conventions collectives—Il n'y a pas lieu de recourir aux clauses concernant d'autres congés payés puisque l'employeur avait proposé des mesures d'accommodement raisonnables—La proposition doit seulement être raisonnable pour satisfaire à l'obligation d'accommodement—L'employeur a satisfait cette obligation.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Symbol Yachts Ltd. v. Pearson (T.D.) 391

Judges and Courts—Prothonotaries—Appeal from Prothonotary’s order refusing to extend time to file, serve affidavit of documents fixed by peremptory order—R. 336(1)(g) empowering prothonotary to dispose of any interlocutory application—Standard of review of prothonotary’s discretionary orders met—Order raising question vital to final issue of case since effect to terminate action—Prothonotary considering all relevant circumstances, coming to proper conclusion on evidence before him—R. 336(1)(g) not limiting prothonotary’s jurisdiction to interlocutory orders—Interlocutory application simply application in course of action which may result in final disposition—In disposing of interlocutory application, prothonotary can render final orders—Jurisdiction to hear interlocutory applications not depending on result of decision—If not within jurisdiction, cannot hear application regardless of result.

Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board) (C.A.) 263

Constitutional law—Distribution of powers—Processing plants to be constructed by company in natural gas pipeline transportation business within jurisdiction of Parliament of Canada pursuant to Constitution Act, 1867.

Energy—Jurisdiction in National Energy Board over processing plants to be constructed by company in business of transportation of natural gas by pipeline as within jurisdiction of Parliament of Canada pursuant to Constitution Act, 1867—Facilities within definition of “pipeline” in National Energy Board Act, s. 2.

SOMMAIRE (Fin)

Symbol Yachts Ltd. c. Pearson (1^{re} inst.) 391

Juges et tribunaux—Protonotaires—Appel d’une ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé de proroger le délai accordé pour déposer et signifier un affidavit de documents—La Règle 336(1)g confère au protonotaire le pouvoir de statuer sur toute demande interlocutoire—Il a été satisfait à la norme de contrôle des ordonnances discrétionnaires du protonotaire—Ordonnance soulevant une question déterminante quant à l’issue de l’affaire car elle a pour effet de mettre fin à l’action—Le protonotaire a pris en considération l’ensemble des circonstances pertinentes soumises à son attention pour arriver à la conclusion qui convenait—La Règle 336(1)g ne limite pas la compétence du protonotaire aux ordonnances interlocutoires—Une demande interlocutoire est simplement une demande présentée dans le cours d’une action qui peut mener au règlement «définitif» d’une question—En statuant sur une demande interlocutoire, le protonotaire peut rendre des ordonnances qui sont définitives—La compétence pour entendre des demandes interlocutoires ne peut dépendre de l’issue de la décision—Si le protonotaire n’a pas compétence, il ne peut entendre la demande, quel que soit le résultat.

Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie) (C.A.) 263

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Les usines de traitement qu’une entreprise de transport de gaz naturel par pipeline projetée de construire relèvent de la compétence du Parlement du Canada aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867.

Énergie—L’Office national de l’énergie a compétence à l’égard des usines de traitement devant être construites par une entreprise de transport de gaz naturel par pipeline, celles-ci étant du ressort du Parlement du Canada aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867—Les installations sont visées par la définition de «pipeline» à l’art. 2 de la Loi sur l’Office national de l’énergie.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1996, Vol. 2, Part 2

1996, Vol. 2, 2^e fascicule

A-545-95

A-545-95

Westcoast Energy Inc. (Appellant)**Westcoast Energy Inc. (appelante)**

v.

c.

National Energy Board and Attorney General of Canada (Respondents)**Office national de l'énergie et Procureur général du Canada (intimés)**

A-606-95

A-606-95

IN THE MATTER of the *National Energy Board Act*, AND IN THE MATTER of a reference by the National Energy Board pursuant to section 18.3 and subsection 28(2) of the *Federal Court Act*

AFFAIRE INTÉRESSANT la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ET un renvoi de l'Office national de l'énergie en vertu de l'article 18.3 et du paragraphe 28(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*

INDEXED AS: *WESTCOAST ENERGY INC. v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (C.A.)*

RÉPERTORIÉ: *WESTCOAST ENERGY INC. c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Stone JJ.A.—Vancouver, January 8, 9, 10; Ottawa, February 9, 1996.

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Stone, J.C.A.—Vancouver, 8, 9 et 10 janvier; Ottawa, 9 février 1996.

Constitutional law — Distribution of powers — Processing plants to be constructed by company in natural gas pipeline transportation business within jurisdiction of Parliament of Canada pursuant to Constitution Act, 1867.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les usines de traitement qu'une entreprise de transport de gaz naturel par pipeline projetée de construire relèvent de la compétence du Parlement du Canada aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867.

Energy — Jurisdiction in National Energy Board over processing plants to be constructed by company in business of transportation of natural gas by pipeline as within jurisdiction of Parliament of Canada pursuant to Constitution Act, 1867 — Facilities within definition of "pipeline" in National Energy Board Act, s. 2.

Énergie — L'Office national de l'énergie a compétence à l'égard des usines de traitement devant être construites par une entreprise de transport de gaz naturel par pipeline, celles-ci étant du ressort du Parlement du Canada aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867 — Les installations sont visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi sur l'Office national de l'énergie.

Westcoast, whose business was the transportation of natural gas by pipeline for the account of others, proposed to construct two processing plants in the Peace River region of northeastern British Columbia. In each case, the proposed facilities may be described as the expansion of Westcoast's gathering facilities for the transportation of "raw" gas from the point of delivery by the producers thereof, and the construction of new and expanded processing plants, one in the Fort St. John area and another in the Grizzly Valley area, in which the "fuel" gas, basically methane, was separated from the other components of the raw gas. One of the matters was an appeal from a decision of the National Energy Board that it did not have jurisdiction over the greater part of Westcoast's proposed new facilities in the Fort St. John area. The other matter was a reference by that Board to this Court pursuant to section 18.3 of the *Federal Court Act* seeking the Court's answer to a similar question of disputed federal jurisdiction.

Westcoast, dont les activités consistent à assurer le transport du gaz naturel par pipeline pour le compte d'autrui, projetait la construction de deux usines de traitement dans la région de Peace River au nord-est de la Colombie-Britannique. Dans chacun des deux cas, les installations projetées pouvaient être considérées comme l'agrandissement des installations de collecte de Westcoast pour le transport du gaz «brut» à partir du point de livraison par le producteur et la construction de nouvelles usines de traitement plus grandes, l'une dans la région de Fort St. John et l'autre dans la région de la vallée Grizzly, où le gaz «combustible», essentiellement du méthane, est séparé des autres composants du gaz brut. L'un des dossiers d'appel porte sur la décision de l'Office national de l'énergie selon laquelle ce dernier n'a pas compétence en ce qui concerne la majeure partie des nouvelles installations dont Westcoast projette la construction dans la région de Fort St. John. L'autre porte sur un renvoi en vertu

tion over the Grizzly Valley area facilities and a subsidiary question relating to the interpretation of the Board's jurisdiction under its governing statute, the *National Energy Board Act*.

Two issues fell to be determined. The first was whether the proposed facilities would constitute undertakings connecting the province with any other province or extending beyond the limits of the province. That question gave rise to the further inquiry as to whether Westcoast was conducting one or more than one undertaking. If there was a single undertaking, there could be no question that such undertaking met the requirements of 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* for it extended at both its upstream and downstream ends beyond the limits of British Columbia. If, on the other hand, it was determined that Westcoast was conducting more than one undertaking, the question became to know if the undertaking the proposed facilities will form part of fell within federal jurisdiction. The second issue, which would arise only if the first was determined in favour of federal jurisdiction, turned on the question whether the proposed processing plants could properly be considered to be included within the expression "real and personal property and works connected therewith" in the definition of pipeline in section 2 of the *National Energy Board Act*.

Held, the appeal should be allowed and the two questions should be answered in the affirmative.

The first determination to be made in answering the constitutional question was whether the relevant facilities of Westcoast constituted one undertaking or more than one. On the facts, the facilities constituted only one undertaking. It was not the difference between the activities and services but the inter-relationship between them, and whether or not they have a common direction and purpose which will determine whether they form part of a single undertaking. On the basis of the following facts, Westcoast was engaged in a single undertaking comprised of the business of gathering, processing and transporting natural gas: (1) It was a provider of services only; (2) Processing was required to facilitate the transportation service provided by it; (3) Processing was offered as a service exclusively to shippers on Westcoast's mainline transmission facilities; (4) The fuel gas which went into Westcoast's mainline transmission facilities was, by far, the major component of the raw gas gathered and processed by Westcoast; (5) Westcoast's facilities were not only physically interconnected and interdependent, they were, in some cases, interchangeable; (6) Fuel gas could be contractually delivered across provincial borders from all Westcoast processing plants; (7) The same personnel worked on both the gathering and mainline transmission

de l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale* où l'Office demande à la Cour de trancher une question semblable relativement à la compétence fédérale sur les autres installations projetées dans la région de la vallée Grizzly et, subsidiairement, de répondre à une question concernant l'interprétation de sa loi habilitante, la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, quant à la compétence qu'elle lui confère.

Deux questions doivent être tranchées. Premièrement, les installations projetées constituent-elles des entreprises qui relient la province à une autre ou qui s'étendent au-delà des limites de la province? Cette question en soulève une autre: Westcoast exploite-t-elle une ou plusieurs entreprises? En présence d'une seule entreprise, il ne fait aucun doute que cette entreprise satisfait aux exigences de l'article 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867*, car elle s'étend en aval et en amont au-delà des limites de la Colombie-Britannique. Par contre, si plusieurs entreprises sont exploitées par Westcoast, la question est alors de savoir si l'entreprise dont feront partie les installations projetées est assujettie à la compétence fédérale. La seconde question en litige, qui n'est pertinente que dans la mesure où la première est tranchée en faveur de la compétence fédérale, consiste à savoir si les usines de traitement projetées peuvent à juste titre être considérées comme des «ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes» au sens de la définition du mot «pipeline» à l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

Arrêt: l'appel est accueilli et la réponse aux deux questions est affirmative.

Pour trancher la question constitutionnelle, il convient premièrement de déterminer si les installations en cause de Westcoast constituent une ou plusieurs entreprises. Il ressort des faits que les installations ne constituent qu'une seule entreprise. Ce n'est pas la différence entre les activités et les services, mais l'interaction entre ceux-ci et le fait qu'ils relèvent ou non de la même direction et partagent ou non des objectifs communs qui permettent de déterminer s'ils font partie d'une entreprise unique. Compte tenu des faits suivants, Westcoast n'exploitait qu'une seule entreprise englobant les activités de collecte, de traitement et de transport du gaz naturel: (1) Westcoast n'était qu'un fournisseur de services; (2) le traitement était nécessaire pour faciliter le transport assuré par elle; (3) le traitement était un service offert uniquement à l'expéditeur qui avait recours à ses canalisations principales de transport; (4) le gaz combustible qui était acheminé dans ses canalisations principales de transport était de loin le principal composant du gaz brut collecté et traité par elle; (5) ses installations étaient non seulement reliées physiquement entre elles et interdépendantes, mais elles étaient aussi parfois interchangeables; (6) le gaz combustible pouvait être acheminé, sur une base contractuelle, à l'extérieur de la province à partir de toutes ses usines de traitement; (7) le

pipelines and, they, together with the personnel of the processing plants, were subject to a unified operational control and direction; (8) Westcoast was the owner of all the facilities in question. So this was a very strong case for federal jurisdiction. Ownership is not determinative of constitutional jurisdiction but it certainly is not irrelevant.

In sum, the combination of ownership, direction and control in the hands of Westcoast, together with the other previously enumerated factors, lead ineluctably to the conclusion that Westcoast was a single undertaking engaged in the interprovincial and international transportation of natural gas. As such, it was subject to federal jurisdiction by virtue of the combined effect of sections 91(29) and 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

Even on the most broad and generous interpretation, section 92A could not be read as preventing the exercise of federal jurisdiction over a transportation undertaking which received raw gas from the producers thereof after it has been extracted from the ground, dehydrated, and transported to delivery points. Such federal jurisdiction was entirely compatible with the exercise of the provincial powers mentioned in section 92A.

Even if one were to consider Westcoast's gathering operations as being a separate undertaking from its processing and mainline transmission operations (a position found to be incorrect), that undertaking, including the operations in the Fort St. John and Grizzly Valley areas, must be regarded as interprovincial because such transportation took place on a regular and continuous basis across provincial boundaries. Nor was the fact that only a relatively small part of Westcoast's gathering facilities extended into Yukon, the Northwest Territories and Alberta of any constitutional significance.

Where there is a finding that there is a single undertaking, it is not necessary that every integral part of that undertaking should also be "vital" or "essential" thereto. However, a finding that the gathering and processing facilities owned and operated by Westcoast were a part of its transportation undertaking did not necessarily establish that the gathering and processing operations carried on by others were vital or essential to the Westcoast undertaking so as to become themselves subject to federal jurisdiction. That was a question which did not need to be answered.

Finally, the definition of pipeline in section 2 of the *National Energy Board Act* included the Westcoast processing plants. Once it was determined that Westcoast was

même personnel était affecté aux installations de collecte et aux canalisations principales de transport et, tout comme le personnel des usines de traitement, il relevait d'un même centre de direction et de contrôle des opérations; (8) Westcoast était propriétaire de toutes les installations en cause. Il en ressort une très forte présomption de compétence du palier fédéral. Bien qu'elle ne soit pas déterminante au chapitre de la compétence constitutionnelle, la propriété ne constitue certainement pas un facteur sans importance.

En somme, le fait que Westcoast cumulait propriété, direction et contrôle, de même que les autres facteurs énumérés précédemment, mènent inéluctablement à la conclusion que Westcoast était une entreprise unique de transport interprovincial et international de gaz naturel. Elle relevait donc de la compétence fédérale par le jeu des articles 91(29) et 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Même en se fondant sur l'interprétation la plus large et la plus généreuse qui soit, on ne peut conclure que l'article 92A empêche l'exercice de la compétence fédérale à l'égard d'une entreprise de transport qui reçoit du gaz brut des producteurs, une fois celui-ci extrait du sous-sol, déshydraté et acheminé aux points de livraison. Cette compétence fédérale est parfaitement compatible avec l'exercice des pouvoirs conférés aux provinces à l'article 92A.

Même si l'on considérait que les activités de collecte de Westcoast constituent une entreprise distincte par rapport aux activités de traitement et de transport au moyen de la canalisation principale (un point de vue jugé non fondé), cette entreprise, y compris les activités exercées dans les régions de Fort St. John et de la vallée Grizzly, doit être considérée comme étant interprovinciale, car le transport s'effectue de façon régulière et ininterrompue au-delà des limites de la province. Que seulement une partie relativement infime des installations de collecte de Westcoast se prolonge au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et en Alberta n'a pas non plus d'importance sur le plan constitutionnel.

Lorsqu'on conclut à l'existence d'une entreprise unique, il n'est pas nécessaire que chacune des composantes de cette entreprise soit également «fondamentale» ou «essentielle» à celle-ci. Cependant, la conclusion selon laquelle les installations de collecte et de traitement que possède et exploite Westcoast font partie de son entreprise de transport n'implique pas nécessairement que les activités de collecte et de traitement exercées par d'autres sont fondamentales ou essentielles à l'entreprise de Westcoast au point de devenir elles-mêmes assujetties à la compétence fédérale. Cette question n'avait pas besoin d'être tranchée.

Enfin, la définition de «pipeline» à l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* englobe les usines de traitement de Westcoast. Une fois établi que Westcoast

a single undertaking, the processing plants had to be considered as being an integral part of the pipelines to which they were connected on each side. Although processing plants were not mentioned expressly in the definition, the general words of the definition were broad enough to cover processing plants. The Board's jurisdiction accordingly extended to the processing plants in issue here.

constituait une entreprise unique, les usines de traitement devaient être considérées comme faisant partie intégrante des pipelines auxquels elles étaient reliées de part et d'autre. Même si les usines de traitement ne sont pas expressément mentionnées dans la définition, les termes généraux employés dans celle-ci permettent de les englober. L'Office a donc compétence à l'égard des usines de traitement visées en l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92, 92A, Sixth Schedule.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 2 "pipeline" (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 299).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Attorney-General for Ontario v. Israel Winner, [1954] A.C. 541 (P.C.); *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.); *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118; (1967), 65 D.L.R. (2d) 425; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (P.C.); *Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board* (1987), 73 N.R. 135 (F.C.A.); *Flamborough v. National Energy Board, Interprovincial Pipe Line Ltd. and Canada* (1984), 55 N.R. 95 (F.C.A.); *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; (1993), 107 D.L.R. (4th) 457; 66 O.A.C. 241; 93 CLLC 14,061; 158 N.R. 161; [1993] O.L.R.B. Rep. 1071; *Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279 et al., Re* (1983), 44 O.R. (2d) 560 (C.A.).

CONSIDERED:

United Transportation Union v. Central Western Railway Corp., [1990] 3 S.C.R. 1112; (1990), 76 D.L.R. (4th) 1; 91 CLLC 14,006; 119 N.R. 1; *Canadian Pacific Railway Company v. Attorney-General for British Columbia and Attorney-General for Canada*, [1950] A.C. 122 (P.C.); *National Energy Board (Re)*, [1988] 2 F.C. 196; (1987), 48 D.L.R. (4th) 596; 81 N.R. 241 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92, 92A, sixième annexe.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 2 «pipeline» (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 299).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Attorney-General for Ontario v. Israel Winner, [1954] A.C. 541 (P.C.); *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.); *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118; (1967), 65 D.L.R. (2d) 425; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (P.C.); *Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie* (1987), 73 N.R. 135 (C.A.F.); *Flamborough c. Office national de l'énergie, Interprovincial Pipe Line Ltd. et Canada* (1984), 55 N.R. 95 (C.A.F.); *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; (1993), 107 D.L.R. (4th) 457; 66 O.A.C. 241; 93 CLLC 14,061; 158 N.R. 161; [1993] O.L.R.B. Rep. 1071; *Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279 et al., Re* (1983), 44 O.R. (2d) 560 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp., [1990] 3 R.C.S. 1112; (1990), 76 D.L.R. (4th) 1; 91 CLLC 14,006; 119 N.R. 1; *Canadian Pacific Railway Company v. Attorney-General for British Columbia and Attorney-General for Canada*, [1950] A.C. 122 (P.C.); *Office national de l'énergie (Re)*, [1988] 2 C.F. 196; (1987), 48 D.L.R. (4th) 596; 81 N.R. 241 (C.A.).

REFERRED TO:

Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a decision of the National Energy Board that it did not have jurisdiction over the greater part of Westcoast Energy Inc.'s proposed new processing facilities in the Fort St. John area of British Columbia. Appeal allowed.

REFERENCE by the Board as to whether processing facilities proposed to be constructed by Westcoast in the Grizzly Valley area of British Columbia fall under federal jurisdiction and therefore, interpreting the *National Energy Board Act*, under the Board's jurisdiction. Both questions are answered in the affirmative.

COUNSEL:

W. Ian C. Binnie, Q.C. and *Robin M. Sirett* for appellant Westcoast Energy Inc.

Judith B. Hanbury for respondent National Energy Board.

Anne Michaud for respondent Attorney General of Canada.

W. Stanley Martin, Cal Johnson, D. G. Cowper for B.C. Gas Utility Ltd.

George H. Copley for Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia.

James J. Quail for Consumers Association of Canada (B.C. Branch).

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Toronto and Vancouver, for appellant Westcoast Energy Inc.

Legal Services National Energy Board, Calgary, for respondent National Energy Board.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

DÉCISION CITÉE:

Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEL d'une décision de l'Office national de l'énergie selon laquelle l'Office n'a pas compétence à l'égard de la majeure partie des nouvelles installations de traitement projetées par Westcoast Energy Inc. dans la région de Fort St. John, en Colombie-Britannique. Appel accueilli.

RENOVI de l'Office quant à savoir si les installations de traitement dont Westcoast projetait la construction dans la région de la vallée Grizzly, en Colombie-Britannique, sont assujetties à la compétence fédérale et relèvent donc, suivant l'interprétation de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, de la compétence de l'Office. Une réponse affirmative est donnée aux deux questions.

AVOCATS:

W. Ian C. Binnie, c.r. et *Robin M. Sirett*, pour l'appelante Westcoast Energy Inc.

Judith B. Hanbury, pour l'intimé Office national de l'énergie.

Anne Michaud, pour l'intimé procureur général du Canada.

W. Stanley Martin, Cal Johnson, D. G. Cowper, pour B.C. Gas Utility Ltd.

George H. Copley, pour Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

James J. Quail, pour l'Association des consommateurs du Canada (section Colombie-Britannique).

PROCUREURS:

McCarthy Tétrault, Toronto et Vancouver, pour l'appelante Westcoast Energy Inc.

Services juridiques, Office national de l'énergie, Calgary, pour l'intimé Office national de l'énergie.

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

Russel & Du Moulin, Vancouver, for B.C. Gas Utility Ltd.

Ministry of the Attorney General, Victoria, for Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia.

B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, for Consumers Association of Canada (B.C. Branch).

Code Hunter Wittmann, Calgary, for the Aitken Creek Group.

Legal Services Alberta Department of Energy, Calgary, for Alberta Department of Energy.

Macleod Dixon, Calgary, for Alberta Natural Gas Company Ltd.

Robert C. Beattie, Vancouver, for Canwest Gas Supply Inc.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for Council of Forest Industries, Methanex Corp. and Cominco. Ltd.

Guild, Yule and Company, Vancouver, for Export Users Group.

Lidstone, Young, Anderson, Vancouver, for Peace River Regional District.

Legal Services Petro-Canada, Calgary, for Petro-Canada.

Legal Services Progas Limited, Calgary, for Progas Limited.

Carter, Lock & Repka, Grande Prairie, Alberta, for Mr. Calloway Roller and Mrs. Yvonne Roller.

Legal Services Shell Canada Limited, Calgary, for Shell Canada Limited.

Milner Fenerty, Calgary, for Tumbler Ridge Shippers Group.

Legal Services Unocal Canada Limited, Calgary, for Unocal Canada Limited.

Russell & Du Moulin, Vancouver, pour B.C. Gas Utility Ltd.

Le ministère du procureur général, Victoria, pour Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, pour l'Association des consommateurs du Canada (section Colombie-Britannique).

Code Hunter Wittmann, Calgary, pour le groupe Aitken Creek.

Services juridiques, Ministère de l'Énergie de l'Alberta, Calgary, pour le ministère de l'Énergie de l'Alberta.

Macleod Dixon, Calgary, pour Alberta Natural Gas Company Ltd.

Robert C. Beattie, Vancouver, pour Canwest Gas Supply Inc.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour le Conseil des industries forestières, Methanex Corp. et Cominco Ltd.

Guild, Yule and Company, Vancouver, pour le groupe des utilisateurs étrangers.

Lidstone, Young, Anderson, Vancouver, pour le district régional de Peace River.

Services juridiques, Pétro-Canada, Calgary, pour Pétro-Canada.

Services juridiques, Progas Limited, Calgary, pour Progas Limited.

Carter, Lock & Repka, Grande Prairie (Alberta), pour M. Calloway Roller et M^{me} Yvonne Roller.

Services juridiques, Shell Canada Limited, Calgary, pour Shell Canada Limited.

Milner Fenerty, Calgary, pour le groupe des expéditeurs de Tumbler Ridge.

Services juridiques, Unocal Canada Limited, Calgary, pour Unocal Canada Limited.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 HUGESSEN J.A.:

Introduction

2 These two matters are respectively an appeal from a decision of the National Energy Board and a reference by that Board to this Court pursuant to section 18.3 of the *Federal Court Act*.¹ Both relate to cer-

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

Introduction

2 La Cour est saisie d'un appel visant une décision de l'Office national de l'énergie et d'un renvoi de cet organisme en vertu de l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale*.¹ Les deux affaires portent sur des

1

2

tain facilities proposed to be constructed by Westcoast Energy Inc. (Westcoast) in the Peace River region of northeastern British Columbia.

3 The appeal is from a majority (2-1) decision of a panel of the National Energy Board (the Board) which determined that the Board did not have jurisdiction over the greater part of Westcoast's proposed new facilities in the Fort St. John area. The reference seeks the Court's answer to a similar question of disputed federal jurisdiction over other Westcoast proposed facilities in the Grizzly Valley area; in the event of a finding of federal jurisdiction, the reference also subsidiarily asks a question relating to the interpretation of the Board's jurisdiction under its governing statute, the *National Energy Board Act*.²

4 The business of Westcoast is the transportation of natural gas by pipeline for the account of others. In each case, the proposed facilities may be described, in general terms, as the expansion of Westcoast's gathering facilities for the transportation of "raw" gas from the point of delivery by the producers thereof, and the construction of new or expanded processing plants in which the "fuel" gas, basically methane, is separated from the other components of the raw gas. Some of those components e.g. liquid hydrocarbons such as propane, are themselves commercially useful; others, notably hydrogen sulphide, can be and are converted into a marketable product: sulphur.

5 The principal components of the raw gas, expressed in "mole fractions," for each of the two proposed facilities are as follows:³

Component	Fort St. John project (Aitken Creek plant)	Grizzly Valley project (Pine River plant)
Nitrogen	0.0048	0.0037
Carbon Dioxide	0.0172	0.0787
Hydrogen Sulphide	0.0132	0.1005
Methane	0.8618	0.8148
Ethane	0.0619	0.0022
Propane	0.0232	0.0001

installations que se propose de construire Westcoast Energy Inc. (Westcoast) dans la région de Peace River au nord-est de la Colombie-Britannique.

3 L'appel vise la décision majoritaire (2 contre 1) d'une formation de l'Office national de l'énergie (l'Office) selon laquelle l'Office n'a pas compétence en ce qui concerne la majeure partie des nouvelles installations dont Westcoast projette la construction dans la région de Fort St. John. Dans son renvoi, l'Office demande à la Cour de trancher une question semblable relativement à la compétence fédérale sur les autres installations projetées par Westcoast dans la région de la vallée Grizzly; dans l'hypothèse où la Cour conclurait à la compétence fédérale, l'Office lui demande subsidiairement de répondre à une question concernant l'interprétation de la compétence que lui confère sa loi habilitante, la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.²

4 Les activités de Westcoast consistent à assurer le transport du gaz naturel par pipeline pour le compte d'autrui. Dans chaque cas, les installations projetées peuvent être considérées, de façon générale, comme l'agrandissement des installations de collecte de Westcoast pour le transport du gaz «brut» à partir du point de livraison par les producteurs, et la construction d'une nouvelle usine de traitement où le gaz «combustible», essentiellement le méthane, est séparé des autres composants du gaz brut. Certains de ces composants, tels les hydrocarbures liquides comme le propane, ont eux-mêmes une utilité commerciale; d'autres, tel l'hydrogène sulfuré, peuvent être transformés, et ils le sont, en un produit commercialisable (le soufre).

5 Les composants principaux du gaz brut, exprimés en «fractions molaires», pour chacune des deux installations projetées, sont les suivants³:

Composant	Projet Fort St. John (usine Aitken Creek)	Projet Grizzly Valley (usine Pine River)
Azote	0,0048	0,0037
Dioxyde de carbone	0,0172	0,0787
Hydrogène sulfuré	0,0132	0,1005
Méthane	0,8618	0,8148
Éthane	0,0619	0,0022
Propane	0,0232	0,0001

- 6 We were told at the hearing that the rule of thumb for obtaining the actual percentage composition of raw gas was to multiply the "mole fraction" by 100, so that, for example, on the above table, the percentage of methane in the raw gas would be 86.18 for the Aitken Creek plant and 81.48 for the Pine River plant.
- 6 On nous a dit à l'audience que la façon empirique de déterminer le pourcentage réel des différents composants du gaz brut consistait à multiplier la «fraction molaire» par 100. Ainsi, par exemple, à partir du tableau qui précède, le pourcentage de méthane que contient le gaz brut serait de 86,18 à l'usine Aitken Creek et de 81,48 à l'usine Pine River.
- 7 Both Westcoast proposals include some relatively minor changes and additions to its mainline fuel gas transmission facilities downstream of the processing plants in question. In both, the proposed new processing facilities represent by far the most important and expensive part of the work to be undertaken.
- 7 Les deux projets de Westcoast comportent des modifications relativement minimes, y compris des ajouts, en ce qui concerne ses principales canalisations de transport du gaz combustible en aval des usines de traitement en cause. Dans les deux cas, ce sont les nouvelles installations de traitement qui occasionneront les travaux de loin les plus importants et les plus coûteux.
- 8 In three significant respects, the two proposed expansion facilities differ from one another:
- 8 Les deux projets d'agrandissement diffèrent l'un de l'autre sous trois aspects importants:
- 1) In the Fort St. John project, the raw gas contains significant amounts of hydrocarbon liquids; this affects not only the operation of the gathering pipelines, which must have the liquids flushed through them to avoid clogging, but also the proposed new processing plant at Aitken Creek which will include facilities for extraction, fractionation, and handling of the hydrocarbon liquids. Hydrogen sulphide, on the other hand, is a relatively minor component of the raw gas produced in the Fort St. John area. By contrast, the raw gas to be handled by the proposed Grizzly Valley project contains no hydrocarbon liquids but a relatively high proportion (approximately 10%) of hydrogen sulphide; accordingly, the new facilities in the Pine River processing plant do not include any facilities for handling hydrocarbon liquids;
- 1) En ce qui concerne le projet Fort St. John, le gaz brut renferme des quantités importantes de liquides d'hydrocarbures, ce qui a une incidence non seulement sur l'exploitation des pipelines de collecte, lesquels doivent comporter un mécanisme de propulsion des liquides pour éviter l'obstruction, mais également sur la nouvelle usine de traitement projetée à Aitken Creek qui englobera des installations d'extraction, de fractionnement et de manipulation de ces liquides d'hydrocarbures. Par ailleurs, l'hydrogène sulfuré est un composant relativement peu important du gaz brut produit dans la région de Fort St. John. À l'opposé, le gaz brut devant être manipulé aux nouvelles installations de la vallée Grizzly ne renferme pas de liquides d'hydrocarbures, mais un pourcentage relativement élevé (environ 10 %) d'hydrogène sulfuré; par conséquent, les nouvelles installations de l'usine de traitement Pine River ne permettront pas la manipulation de liquides d'hydrocarbures;
- 2) The Grizzly Valley project includes an extension to an existing fuel gas pipeline (the Sukunka line) which carries fuel gas back upstream from the processing plant to fuel the production facilities (notably dehydration) in the Grizzly Valley area. There is no equivalent facility in the Fort St. John
- 2) Le projet Grizzly Valley prévoit l'agrandissement d'installations pipelinières existantes (la canalisation Sukunka) qui permettent le transport du gaz combustible en amont de l'usine de traitement vers les installations de production (notamment aux fins de la déshydratation) dans la région de la vallée Grizzly.

area. The Board asserted jurisdiction over the Sukunka line in an earlier decision which has not been contested and it has not been asserted that the proposed extension of that line changes the overall constitutional jurisdiction with regard to the Grizzly Valley project;

3) In the Fort St. John project the gas will be moved through the gathering pipelines and into the new Aitken Creek plant by means of new compression facilities which will be installed upstream of the Aitken Creek plant. By contrast, the movement of the additional volumes of gas through the Grizzly Valley gathering pipelines will be assisted by the addition of new compression facilities downstream of the Pine River plant on the mainline transmission pipeline itself.

The parties and the proceedings before the Board

9 Initially, Westcoast applied to the Board for approval of both projects at the same time. For reasons which need not concern us, the application in respect of the Grizzly Valley project was adjourned and only the Fort St. John application proceeded. At the public hearing called to consider that application, B.C. Gas Utility Ltd. (B.C. Gas) raised the question of the Board's jurisdiction over the existing and proposed gathering and processing facilities of Westcoast.⁴ B.C. Gas' objection to the Board's jurisdiction was twofold. In the first place, it took issue on constitutional grounds with the Board's assertion of jurisdiction over gathering and processing facilities entirely situated within the limits of the province of British Columbia. Those facilities, it was submitted, were purely local works and undertakings relating to the production and development of natural resources in the province and were not part of an interprovincial or international transportation undertaking so as to bring them within the ambit of federal jurisdiction by the combined effect of sections 91(29) and 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.⁵ B.C. Gas' second objection related only to Westcoast's proposed processing

Il n'existe pas d'installations équivalentes dans la région de Fort St. John. L'Office a fait valoir sa compétence à l'égard de la canalisation Sukunka dans une décision antérieure qui n'a pas été contestée, et il n'a pas été avancé que le projet d'agrandissement de cette canalisation modifiait le statut général du projet Grizzly Valley sur le plan de la compétence constitutionnelle;

3) Dans le cas du projet Fort St. John, le gaz sera acheminé par les pipelines de collecte dans la nouvelle usine Aitken Creek grâce à de nouvelles installations de compression qui seront mises en place en amont de l'usine. À l'opposé, le déplacement des quantités supplémentaires de gaz dans les pipelines de collecte de la vallée Grizzly sera facilité par l'adjonction de nouvelles installations de compression en aval de l'usine Pine River sur la principale canalisation de transport comme telle.

Les parties et les procédures engagées devant l'Office

9 Initialement, Westcoast a demandé à l'Office d'approuver les deux projets à la fois. Pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, la demande relative au projet Grizzly Valley a fait l'objet d'un ajournement, et seule celle afférente au projet Fort St. John a été entendue. Lors de l'audience publique tenue relativement à la demande, B.C. Gas Utility Ltd. (B.C. Gas) a remis en question la compétence de l'Office sur les installations actuelles et projetées de collecte et de traitement de Westcoast⁴. L'opposition de B.C. Gas comportait deux volets. Premièrement, elle a invoqué la Constitution pour nier la compétence de l'Office à l'égard des installations de collecte et de traitement qui se trouvent en totalité à l'intérieur des limites de la province de la Colombie-Britannique. B.C. Gas a prétendu que ces installations étaient des ouvrages et des entreprises de nature purement locale se rapportant à la production et à la mise en valeur des ressources naturelles dans la province et ne faisaient pas partie d'une entreprise interprovinciale ou internationale de transport, ce qui aurait eu pour effet de les assujettir à la compétence fédérale par le jeu des articles 91(29) et 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle*

facilities (which, as indicated, represent by far the most important part of Westcoast's proposed investment); the contention was that the processing plant does not come within the Board's statutory jurisdiction as it does not form part of a "pipeline" as that term is defined in section 2 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 299] of the *National Energy Board Act*, *supra*, the Board's governing statute:

2. . . .

"pipeline" means a line that is used or to be used for the transmission of oil or gas, alone or with any other commodity, and that connects a province with any other province or provinces or extends beyond the limits of a province or the offshore area as defined in section 123, and includes all branches, extensions, tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio and real and personal property and works connected therewith;

10 After holding a hearing, the Board, by a majority, on May 26, 1995, gave effect to the constitutional objection and declined jurisdiction on those grounds. That being the case, it was not necessary for the Board to deal with the question of statutory jurisdiction and the Board left that question unanswered. Leave to appeal to this Court was granted August 24, 1995.

11 Following the Board's decision on the Fort St. John application, Westcoast caused the Grizzly Valley application to be revived and applied to the Board to refer the question of its jurisdiction to this Court. The Board, after inviting and receiving written representations from all interested parties, including both B.C. Gas and the Attorney General of British Columbia,⁶ on September 21, 1995 issued an order stating in very considerable detail the facts upon which it would base a decision and referring the following questions to the Court:

(1) Are the facilities proposed to be constructed and operated by Westcoast Energy Inc. within the jurisdiction of the Parliament of Canada pursuant to the *Constitution Acts, 1867 to 1982*?

*de 1867*⁵. Le second motif d'opposition de B.C. Gas ne se rapportait qu'aux installations de traitement projetées par Westcoast (qui, comme indiqué précédemment, correspondent de loin à la partie la plus importante des investissements prévus par Westcoast). B.C. Gas a prétendu que l'usine de traitement échappait à la compétence de l'Office parce qu'elle ne fait pas partie d'un «pipeline» au sens de l'article 2 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 299] de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, la loi habilitante de l'Office:

2. . . .

«pipeline» Canalisation servant ou destinée à servir au transport du pétrole ou du gaz, seul ou avec un autre produit, et reliant une province et une ou plusieurs autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province ou de la zone extracôtière, au sens de l'article 123, y compris les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations de stockage ou de chargement, pompes, rampes de chargement, compresseurs, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes.

Le 26 mai 1995, après avoir entendu l'affaire, l'Office a reconnu, à la majorité, le bien-fondé de l'argument constitutionnel et il a conclu qu'il n'avait pas compétence. Il n'a donc pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de la compétence conférée par la Loi, laquelle est demeurée sans réponse. L'autorisation d'interjeter appel devant la Cour a été accordée le 24 août 1995.

11 Vu la décision rendue concernant le projet Fort St. John, Westcoast a réactivé le dossier du projet Grizzly Valley et a demandé à l'Office de soumettre à la Cour la question de sa compétence. Le 21 septembre 1995, après avoir reçu, à son invitation, des observations écrites de la part de tous les intéressés, dont B.C. Gas et le procureur général de la Colombie-Britannique⁶, l'Office a rendu une ordonnance faisant état par le menu des faits sur lesquels elle fonderait une décision et a renvoyé les questions suivantes à la Cour:

(1) Les installations que se propose de construire et d'exploiter Westcoast Energy Inc. relèvent-elles de la compétence du Parlement du Canada selon les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*?

(2) If so, do such facilities fall within the definition of "pipeline" in section 2 of the *National Energy Board Act*?

(2) Le cas échéant, ces installations sont-elles visées par la définition de «pipeline» qui figure à l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*?

12 The appeal and the reference were joined and heard together. Besides Westcoast and B.C. Gas, representations were also received from the Attorney General of Canada, the Attorney General of British Columbia, the Consumers' Gas Company Ltd. and the Consumers' Association of Canada (B.C. Branch).

L'appel et le renvoi ont été réunis et entendus simultanément. Des observations ont été formulées non seulement par Westcoast et B.C. Gas, mais également par le procureur général du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique, Consumers's Gas Company Ltd. et l'Association des consommateurs du Canada (section C.-B.). 12

The issues

Les questions en litige

13 As can be seen from the foregoing, two issues fall to be determined in these proceedings.

Il appert donc que deux questions doivent être tranchées dans la présente instance. 13

14 The first, and by far the most important, is the constitutional question which may be stated in the terms of section 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867, supra*, as whether the proposed facilities will constitute undertakings connecting the province with any other province or extending beyond the limits of the province. That question, in its turn, gives rise to the further inquiry as to whether Westcoast is conducting one or more than one undertaking. If there is a single undertaking, there can, as will be seen, be no question that such undertaking meets the requirements of section 92(10)(a) for it extends at both its upstream and downstream ends beyond the limits of British Columbia. If, on the other hand, it is determined that Westcoast is conducting more than one undertaking, the question becomes to know which undertaking the proposed facilities will form part of and if they meet the second branch of the two-part test enunciated by Dickson C.J. in *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*:⁷

La première, et de loin la plus importante, est la question constitutionnelle. Elle peut être formulée comme suit à partir du libellé de l'article 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée: les installations projetées constituent-elles des entreprises qui relient la province à une autre ou qui s'étendent au-delà des limites de la province? Cette question en appelle une autre: Westcoast exploite-t-elle une ou plusieurs entreprises? En présence d'une seule entreprise, il ne fait aucun doute, comme nous le verrons, que cette entreprise satisfait aux exigences de l'article 92(10)(a), car elle s'étend en aval et en amont au-delà des limites de la Colombie-Britannique. Par contre, si plusieurs entreprises sont exploitées par Westcoast, la question est alors de savoir de quelle entreprise les installations projetées feront partie et si elles satisfont au deuxième volet du critère énoncé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*:⁷ 14

There are two ways in which Central Western may be found to fall within federal jurisdiction and thus be subject to the *Canada Labour Code*. First, it may be seen as an interprovincial railway and therefore come under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* as a federal work or undertaking. Second, if the appellant can be properly viewed as integral to an existing federal work or undertaking it would be subject to federal jurisdiction under s. 92(10)(a). For clarity, I should point out that these two approaches, though not unrelated, are distinct from one another. For the former, the emphasis must be on determining whether the railway is itself an interprovincial work or undertaking. Under the latter, however, jurisdic-

Il y a deux façons dont Central Western peut être considérée comme relevant de la compétence fédérale et, partant, du *Code canadien du travail*. Premièrement, on peut considérer qu'il s'agit d'un chemin de fer interprovincial qui tombe en conséquence dans le champ d'application de l'al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à titre d'ouvrage ou d'entreprise de compétence fédérale. Deuxièmement, si l'on peut à bon droit voir l'appelante comme faisant partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral qui existe déjà, elle relève de la compétence fédérale suivant l'al. 92(10)(a). Par souci de clarté, je tiens à préciser que ces deux approches, en dépit de leur connexité, sont distinctes l'une de l'autre. Dans le

tion is dependent upon a finding that regulation of the subject matter in question is integral to a core federal work or undertaking. [Emphasis in original.]

15 The second issue, which only arises if the first is determined in favour of federal jurisdiction, is very much narrower. It turns on the question of whether the proposed processing plants can properly be considered to be included within the expression "real and personal property and works connected therewith" in the definition of pipeline in section 2 of the *National Energy Board Act*, *supra*.

16 Westcoast and the Attorney General of Canada contended for an affirmative answer to the Board's jurisdiction on both questions. B.C. Gas and the Attorney General of British Columbia contended for negative answers to both questions. The Consumers' Association of Canada (B.C. Branch) contended for a negative answer to the constitutional question, but, in the event that constitutional jurisdiction was found to lie with the federal Parliament, for an affirmative answer to the question of statutory interpretation. The Consumers' Gas Company Ltd. took no position on either of the questions but instead submitted a series of general principles which, in its view, should govern the Court's consideration.

The Westcoast system

17 In its order of reference the Board described in great and careful detail Westcoast's pipeline transmission system in the following terms:

11. Westcoast owns and operates physically connected natural gas facilities extending from gas receipt points in the Yukon Territory, the Northwest Territories, the Province of Alberta and the Province of British Columbia, to delivery points in the Provinces of British Columbia and Alberta and at the international boundary between Canada and the United States near Huntingdon, British Columbia. Westcoast's raw gas transmission pipelines receive the raw gas produced by gas producers at various producer field locations. The raw gas which contains substances such as hydrogen sulphide and carbon

premier cas, il s'agit surtout de déterminer si le chemin de fer constitue en lui-même un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale. Dans le second cas, cependant, la compétence tient à une conclusion que la réglementation de la matière en question fait partie intégrante d'une entreprise fédérale principale. [Souligné dans l'original.]

La seconde question en litige, qui n'est pertinente que si la première est tranchée en faveur de la compétence fédérale, a une portée beaucoup moins grande. Il s'agit de savoir si les usines de traitement projetées peuvent à juste titre être considérées comme des «ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes» au sens de la définition du mot «pipeline» à l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée.

Westcoast et le procureur général du Canada ont invité la Cour à répondre aux deux questions par l'affirmative et à conclure que l'Office a compétence, tandis que B.C. Gas et le procureur général de la Colombie-Britannique lui ont demandé de répondre aux deux questions par la négative. L'Association des consommateurs du Canada (section C.-B.) a plaidé en faveur d'une réponse négative à la question constitutionnelle, mais, advenant que la compétence constitutionnelle du Parlement du Canada soit reconnue, en faveur d'une réponse affirmative à la question de l'interprétation législative. Consumers' Gas Company Ltd. n'a pas pris position à l'égard de l'une ou l'autre des questions, mais a plutôt fait valoir une série de principes généraux qui, selon elle, devaient présider à l'examen de la Cour.

Le réseau Westcoast

Dans son ordonnance de renvoi, l'Office décrit minutieusement les installations pipelinaires de Westcoast de la façon suivante:

11. Westcoast possède et exploite des installations de gaz naturel reliées entre elles qui commencent à des points de réception, situés au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest, en Alberta et en Colombie-Britannique, et se terminent à des points de livraison, situés en Colombie-Britannique et en Alberta ainsi qu'à la frontière internationale près de Huntingdon (Colombie-Britannique). Le gaz des producteurs provenant de divers gisements passe dans les canalisations de transport de gaz brut de Westcoast. Ce gaz brut, qui contient des substances comme l'hydrogène sulfuré et le dioxyde de carbone, est transporté par

dioxide is transported through Westcoast's raw gas transmission pipelines to Westcoast's processing (treatment) plants where these substances are removed. In some instances however, raw gas transmission pipelines owned by others transport raw gas to a processing plant owned by Westcoast, and in one instance, raw gas transmission lines owned by Westcoast connect for backup service to a processing plant owned by Pacific Northern Gas. Processing (treatment) results in the production of residue (sales) gas and sulphur and liquids which may then be transported to markets. The residue gas is delivered into Westcoast's mainline transmission pipeline for transportation to markets.

12. The Westcoast pipeline and processing facilities include the following:

- approximately 2 576 kilometres of mainline transmission pipelines located in the Provinces of Alberta and British Columbia, with 17 mainline compressor stations;
- approximately 2 488 kilometres of raw gas transmission or "gathering" pipelines located in the Provinces of Alberta and British Columbia, the Yukon Territory and the Northwest Territories, with 17 field compressor or "booster" stations; and
- five gas processing (treatment) plants located in British Columbia at Fort Nelson, Taylor, Pine River, Aitken Creek and in the Sikanni area northwest of Fort St. John. A sixth gas processing plant owned by Westcoast at Boundary Lake, British Columbia is not currently in operation.

14. As shown on the Westcoast Facilities Map, Westcoast's mainline transmission pipeline commences at the international boundary near Huntingdon, British Columbia (east of Vancouver), where the mainline connects with the interstate gas pipeline owned and operated in the United States by Northwest Pipeline Corporation.

15. From Huntingdon, Westcoast's mainline transmission pipeline extends north to Compressor Station No. 2 where it divides into three branches. One branch (the Fort Nelson Mainline) extends north to the Fort Nelson Plant, at Fort Nelson, British Columbia, with pipelines connecting Westcoast's Sikanni Plant and the Aitken Creek Plant to the Fort Nelson Mainline near Compressor Station N4. The Fort Nelson Mainline also connects with the Buckingham Plant which is owned by Westcoast Gas Services Inc., a subsidiary of Westcoast, not regulated by the Board. The second branch (the Pine River Mainline) extends southeast to the Pine River Plant near Chetwynd, British Columbia. The third branch (the Fort St. John

les canalisations de transport du gaz brut de Westcoast jusqu'aux usines de traitement de la compagnie où il est débarrassé de ces substances. Cependant, dans certains cas, le gaz est transporté jusqu'aux usines de traitement de Westcoast par des canalisations de transport du gaz brut appartenant à d'autres compagnies, et, dans un cas particulier, les canalisations de transport du gaz brut de Westcoast sont reliées à une usine de traitement de Pacific Northern Gas pour fournir un service auxiliaire. Le traitement produit du gaz épuré, du soufre et des liquides qui peuvent ensuite être acheminés vers les marchés. Le gaz épuré passe dans la canalisation principale de Westcoast pour être transporté vers les marchés.

12. Les canalisations et les installations de traitement de Westcoast sont les suivantes:

- environ 2 576 km de canalisations principales parcourant l'Alberta et la Colombie-Britannique, et 17 stations de compression;
- environ 2 488 km de canalisations de «collecte» ou de transport de gaz brut parcourant l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, et 17 stations auxiliaires;
- cinq usines de traitement situées en Colombie-Britannique, à Fort Nelson, Taylor, Pine River, Aitken Creek et dans la région de Sikanni au nord-ouest de Fort St. John. Westcoast possède une sixième usine à Boundary Lake (C.-B.) qui n'est pas actuellement exploitée.

14. Comme on peut le voir sur la carte, la canalisation principale de transport de Westcoast commence à la frontière internationale, près de Huntingdon (Colombie-Britannique) à l'est de Vancouver, où elle est raccordée au gazoduc que possède et exploite Northwest Pipeline Corporation aux États-Unis.

15. À partir de Huntingdon, la canalisation principale de Westcoast se prolonge vers le nord jusqu'à la station de compression n° 2, où elle se divise en trois branches. L'une des branches (la canalisation principale Fort Nelson) va vers le nord jusqu'à l'usine de Fort Nelson (C.-B.) En chemin, près de la station de compression N4, des canalisations la relient aux usines Sikanni et Aitken Creek qui appartiennent à Westcoast. La canalisation principale Fort Nelson se raccorde aussi à l'usine Buckingham, qui appartient à Westcoast Gas Services Inc., filiale de Westcoast qui n'est pas réglementée par l'Office. La deuxième branche (la canalisation principale Pine River) se prolonge vers le sud-est jusqu'à l'usine Pine River,

Mainline) extends northeast to Compressor Station No. 1 adjacent to the McMahon Plant at Taylor, British Columbia (near Fort St. John) where the mainline transmission pipeline divides into two branches extending into Alberta. The more northerly of these lines (the 16 inch Boundary lake Mainline) extends approximately 1.6 kilometres into Alberta where it connects with the gas pipeline owned and operated by NOVA Gas Transmission Ltd. ("NOVA"). The more southerly of these lines (the 26 inch Alberta Mainline) extends approximately 6.6 kilometres into Alberta where it connects with pipeline facilities owned by Westcoast Transmission Company (Alberta) Ltd. ("Westcoast Alberta"), a wholly owned subsidiary of Westcoast. The Westcoast Alberta pipeline facilities, in turn, connect with the NOVA pipeline facilities approximately 19 kilometres east of the Alberta/British Columbia border. In addition, the Westcoast Alberta pipeline facilities connect gas fields in the Peace River area of Alberta to the Westcoast raw gas transmission pipeline facilities. Westcoast Alberta has no employees and all of its facilities are operated by Westcoast as part of its pipeline facilities.

16. From the time that Westcoast's pipeline and processing facilities commenced operation in 1957, sales gas produced in Alberta was delivered west, through the Westcoast Alberta pipeline facilities and later also through the NOVA pipeline facilities into Westcoast's mainline transmission pipeline for delivery to markets in British Columbia and at the international boundary for export to the United States. Gas produced in British Columbia can also be transported from Compressor Station No. 1, (adjacent to the McMahon Plant) east through the Westcoast and Westcoast Alberta facilities, to the NOVA pipeline facilities for delivery to markets in Alberta and to markets in Canada east of Alberta and in the United States.
 17. Westcoast raw gas transmission pipelines lie behind four processing plants: the Fort Nelson Plant; the Aitken Creek Plant; the McMahon Plant; and the Pine River Plant. The Aitken Creek and McMahon Plants are both located in the Fort St. John area and the Pine River Plant is in the Grizzly Valley area. There is no interconnection between the gathering lines in the Fort Nelson, Fort St. John and Grizzly Valley areas. There are no raw gas transmission pipelines upstream of the Pine River Plant and the Aitken Creek/McMahon Plants which transport gas across the provincial boundary to those plants. Some of the raw gas transmission pipelines transporting gas to the Fort Nelson plant cross the provincial boundary. The raw gas transmission pipelines upstream of the Sikanni processing plant are owned by producers.
- près de Chetwynd (C.-B.). La troisième branche (la canalisation principale Fort St. John) va en direction du nord-est jusqu'à la station de compression n° 1, qui est adjacente à l'usine McMahon, située à Taylor près de Fort St. John (C.-B.), où elle se divise en deux branches en Alberta. De ces deux branches, la plus au nord (la canalisation principale Boundary Lake, d'un d. c. de 16 po) pénètre en Alberta sur environ 1,6 km; elle se raccorde alors à un gazoduc que possède et exploite NOVA Gas Transmission Ltd. («NOVA»). L'autre branche (la canalisation principale Alberta, d'un d. c. de 26 po) pénètre en Alberta sur environ 6,6 km; elle se raccorde alors à un gazoduc de Westcoast Transmission Company (Alberta) Ltd. («Westcoast Alberta»), filiale à part entière de Westcoast. Le gazoduc de Westcoast Alberta est relié ensuite au gazoduc de NOVA à environ 19 km à l'est de la frontière entre la Colombie-Britannique et l'Alberta. Par ailleurs, le gazoduc de Westcoast Alberta raccorde les gisements de gaz de la région de Peace River (Alberta) aux installations de transport de gaz brut de Westcoast. Westcoast Alberta n'a pas d'employés et toutes ses installations sont exploitées par Westcoast.
16. Depuis le début de l'exploitation des installations de Westcoast en 1957, le gaz épuré produit en Alberta a été transporté vers l'ouest, par les installations de Westcoast Alberta et, plus tard, de NOVA, jusqu'à la canalisation principale de Westcoast pour être vendu en Colombie-Britannique, ou jusqu'à la frontière internationale aux fins d'exportation aux États-Unis. Le gaz produit en Colombie-Britannique peut aussi être transporté à partir de la station de compression n° 1 (adjacente à l'usine McMahon) en direction de l'est par les installations de Westcoast et de Westcoast Alberta jusqu'à celles de NOVA pour être livré sur les marchés de l'Alberta, ceux qui se trouvent à l'est de l'Alberta et ceux des États-Unis.
 17. Les canalisations de transport de gaz brut de Westcoast sont en amont des quatre usines de traitement suivantes: Fort Nelson, Aitken Creek, McMahon et Pine River. Les usines Aitken Creek et McMahon se trouvent dans la région de Fort St. John; l'usine Pine River, dans la région de la vallée Grizzly. Il n'existe pas de raccordement entre les canalisations de collecte des régions de Fort Nelson, Fort St. John et de la vallée Grizzly. Parmi les canalisations de transport de gaz brut situées en amont des usines Pine River, Aitken Creek, et McMahon, aucune ne traverse la frontière provinciale. Certaines des canalisations de gaz brut desservant l'usine Fort Nelson traversent la frontière provinciale. La canalisation de transport du gaz brut en amont de l'usine de traitement Sikanni appartient à des producteurs.

18. As shown on the Westcoast Facilities Map, Westcoast owns and operates the following raw gas transmission facilities:
- (a) The Fort Nelson raw gas transmission pipelines in the Fort Nelson resource area consisting of approximately 856 kilometres of pipeline facilities which extend north and east of the Fort Nelson Plant and related compression facilities.
 - (b) The Fort St. John raw gas transmission pipelines in the Fort St. John resource area consisting of approximately 1 372 kilometres of pipeline facilities extending north of the McMahon Plant at Taylor, British Columbia and the Aitken Creek Plant and related compression facilities.
 - (c) The Grizzly Valley raw gas transmission pipelines in the Grizzly Valley resource area consisting of approximately 179 kilometres of pipeline facilities which extend from the Pine River Plant to gas fields in the Grizzly Valley resource area southeast of the plant. A map of the Grizzly Valley resource area entitled "Grizzly Valley Resource Area" is attached as Appendix 5 (on the map the producer "gathering" pipelines are shown in black). Westcoast's pipelines in this resource area range from 8 inches to 24 inches in diameter. There are 30 wells delivering gas in the resource area and Westcoast receives that gas into its raw gas transmission pipelines at 11 field receipt points. Some of the raw gas transmission pipelines owned by Westcoast in the Grizzly Valley area can serve as a backup supply of gas to the natural gas processing plant owned by Pacific Northern Gas that serves the town of Tumbler Ridge. The primary source of gas for the plant is from producer-owned gathering lines that are not subject to Board regulation. Gas from the Westcoast raw gas transmission pipelines would only be used if the primary source of supply is unavailable. Pacific Northern Gas is a subsidiary of Westcoast and is not regulated by the Board. [Case Book, at pages 3-6.]
18. Comme le montre la carte, Westcoast possède et exploite les installations de transport de gaz brut suivantes:
- a) Les pipelines de transport de gaz brut Fort Nelson dans la région de ressources Fort Nelson consistent en installations pipelinières qui s'étendent sur environ 856 km au nord et à l'est de l'usine Fort Nelson, et des installations de compression connexes.
 - b) Les pipelines de transport de gaz brut Fort St. John dans la région de ressources Fort St. John consistent en installations pipelinières qui s'étendent sur environ 1 372 km au nord de l'usine McMahon à Taylor (C.-B.) et de l'usine Aitken Creek, et des installations de compression connexes.
 - c) Les pipelines de transport de gaz brut Grizzly Valley dans la région de ressources Grizzly Valley consistent en installations pipelinières qui s'étendent sur environ 179 km de l'usine Pine River aux champs de gaz Grizzly Valley, au sud-est de l'usine. Une carte de la région de ressources Grizzly Valley portant la légende «Région de ressources Grizzly Valley» figure à l'annexe 5 (les canalisations de «collecte» des producteurs y apparaissent en noir). Dans cette région, le diamètre des canalisations de Westcoast varie de 8 à 24 po. Il y a 30 puits producteurs dans la région, et Westcoast collecte le gaz brut à onze points de réception. Certains pipelines de transport de gaz brut appartenant à Westcoast dans la région de la vallée Grizzly peuvent servir de source d'approvisionnement auxiliaire à l'usine de traitement de gaz naturel de Pacific Northern Gas qui dessert la ville de Tumbler Ridge. L'usine s'approvisionne principalement à partir des canalisations de collecte qui appartiennent à des producteurs et qui ne sont pas réglementées par l'Office. Le gaz brut acheminé par Westcoast ne serait utilisé que si l'usine ne pouvait s'approvisionner à partir des canalisations de collecte. Pacific Northern Gas, une filiale de Westcoast, n'est pas réglementée par l'Office. [Recueil, aux pages 3 à 6.]
- 18 There is a similar but briefer and less detailed description of the Westcoast system in the decision of the majority on the Fort St. John application where the Board summarizes counsel's outline of the relevant jurisdictional facts and states that it accepts them as "an accurate general description" (Appeal Book, at pages 4646-4647).
- Le système de Westcoast est décrit de façon analogue, mais plus brièvement et moins en détail dans la décision majoritaire rendue à l'égard du projet Fort St. John. L'Office y résume l'exposé de l'avocat de Westcoast concernant les faits pertinents au chapitre de la compétence et dit juger «exacte la description générale» du réseau Westcoast (dossier d'appel, aux pages 4646 et 4647).

The decision of the Board on the Fort St. John application

19 The majority of the panel, after citing the relevant constitutional texts and the two-part test enunciated by Dickson C.J. in *Central Western Railway*, *supra*, went on to examine B.C. Gas' submission that Westcoast's gathering and processing activities "are a different kind of business and do not form part of the same undertaking" as Westcoast's unquestionably federal mainline interprovincial and international transmission facilities. They said:

In the Board's view, gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services. Processing is one of the operations that result in the production of residue gas, sulphur and liquids, which are then transported to markets by various means. Gathering is a transportation activity, but in the view of the Board it is related to the production process rather than the mainline transmission activity.

Westcoast's business practices reflect the different services that it offers. Customers can contract for Westcoast's transmission services separately from its gathering and processing services. Gathering, processing and mainline transmission services are tolled separately and there are distinct methodologies for deriving each toll. Westcoast's facilities are operated in a coordinated manner, but in the Board's view this is a universal feature of the natural gas industry and would occur between connected facilities regardless of ownership. Westcoast accepts residue gas from gas processing plants operated by others, which involves a similar degree of coordination and cooperation. Furthermore, producers may own gathering lines that connect with Westcoast gathering lines and the lines feeding into the Sikanni plant are all owned by producers.

Some of the plants now operated by Westcoast were previously owned and operated by others under provincial jurisdiction. Although "a change of corporate control can be significant . . . where it leads to alterations in the operation of the activity in question" (*Central Western* at 1131), there is no evidence that the transfer of ownership and control to Westcoast has made a significant difference in the overall manner of operation of these facilities.

Counsel for the Aitken Creek Group suggested that it would be difficult to separate the management of the

La décision de l'Office concernant le projet Fort St. John

19 Après avoir cité les textes constitutionnels applicables et le critère à deux volets énoncé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Central Western Railway*, précité, les membres majoritaires examinent la prétention de B.C. Gas selon laquelle les activités de collecte et de traitement de Westcoast «sont un autre genre d'affaires et ne forment pas partie de la même entreprise» que les canalisations principales à caractère interprovincial et international de Westcoast qui relèvent incontestablement de la compétence fédérale. Voici un extrait de la décision majoritaire:

Selon l'Office, le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents. Le traitement est l'une des opérations qui aboutit à la production du gaz résiduaire, du soufre et de liquides, qui sont ensuite transportés jusqu'aux marchés par divers moyens. La collecte est une activité de transport, mais selon l'Office, elle est liée au processus de production plutôt qu'au transport par la canalisation principale.

Les pratiques commerciales de Westcoast reflètent les différents services qu'elle offre. Les clients peuvent passer des contrats pour obtenir les services de transport, et des contrats distincts pour les services de collecte et de traitement. Les droits applicables aux services de collecte, de traitement et de transport par la canalisation principale sont calculés séparément et sont obtenus par des méthodes de conception distinctes. Les installations de Westcoast sont exploitées de façon coordonnée, mais selon l'Office, il s'agit là d'une caractéristique universelle de l'industrie du gaz naturel, qui surviendrait entre des installations reliées nonobstant la propriété. Westcoast accepte le gaz résiduaire des usines de traitement de gaz qui sont exploitées par d'autres compagnies, ce qui suppose un degré similaire de coordination et de coopération. En outre, les producteurs peuvent posséder des canalisations de collecte reliées aux canalisations de collecte de Westcoast, et les canalisations alimentant l'usine Sikanni appartiennent toutes à des producteurs.

Certaines des usines qui sont actuellement exploitées par Westcoast appartenaient auparavant à d'autres compagnies relevant de la compétence provinciale, qui les exploitaient. Bien qu'«[un changement quant à la personne morale qui a le contrôle puisse . . . s'avérer important lorsque cela entraîne des modifications dans l'exploitation de l'entreprise en question]» (*Central Western* à la page 1131), rien ne montre que le transfert, à Westcoast, de la propriété et du contrôle de ces installations a notablement modifié la démarche générale d'exploitation de ces installations.

L'avocat du Groupe Aitken Creek a suggéré qu'il serait difficile de séparer la gestion des fonctions de collecte, de

transportation, processing and gathering functions. However facilities owned by others tie into Westcoast's facilities and it is apparent that the entire gathering and processing infrastructure that feeds into Westcoast's mainline transmission system includes components that are separately owned and managed. There is ample authority that ownership, by itself, is not determinative of the constitutional issue: *Northern Telecom Limited v. Communication Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 at 134; *Northern Telecom Limited v. Communications Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733 at 757; *Alberta Government Telephones, v. C.R.T.C.*, [1989] 2 S.C.R. 225 at 263.

For these reasons, the Board is of the view that the proposed facilities would not be part of Westcoast's mainline transmission undertaking, with the exception of the proposed loop of the Aitken Creek pipeline that would connect the new Aitken Creek plant with Westcoast's main transmission line. [Appeal Book, at pages 4652-4653.]

20 The majority then went on to examine the possible impact in jurisdictional terms of the fact that some of Westcoast's gathering lines also crossed provincial borders into Alberta, Yukon and the Northwest Territories. In their view, it was not necessary to determine the extent of federal jurisdiction over such facilities since the proposed gathering and processing facilities in the Fort St. John area, the only ones with which the Board was then concerned, would "not form part of the same undertaking" (Appeal Book, at page 4653). The Board noted that the proposed facilities in the Fort St. John area would not be connected to the interprovincial gathering lines except through the mainline transmission system.

21 Having concluded that the proposed Fort St. John facilities would not be themselves federal works or undertakings, the majority went on to consider the next question, namely, whether the proposed facilities would be integral and essential to Westcoast's mainline transmission undertaking. Their reasoning and conclusion, on this point, is as follows:

The Board is of the view that the proposed gathering and processing facilities, whether considered separately or

traitement et de transport. Toutefois, des installations appartenant à d'autres compagnies sont reliées aux installations de Westcoast et il est manifeste que l'infrastructure complète de collecte et de traitement qui alimente la canalisation de transport principale de Westcoast comprend des composantes qui sont détenues et gérées de façon distincte. Un bon nombre de causes appuie la proposition selon laquelle la propriété, en soi, n'est pas déterminante de la question constitutionnelle: *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 à la page 134; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733 à la page 757; *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225 à la page 263.

L'Office est donc d'avis que les installations proposées ne formeraient pas partie de l'entreprise de transport par canalisation principale de Westcoast, à l'exception du doublement proposé du pipeline Aitken Creek, qui serait relié à la nouvelle usine Aitken Creek par la canalisation principale de Westcoast. [Dossier d'appel, aux pages 4652 et 4653.]

Les membres majoritaires examinent ensuite l'incidence éventuelle, sur le plan de la compétence, du fait que certaines des canalisations de collecte de Westcoast s'étendent au-delà des limites de la province en Alberta, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest. Selon eux, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'étendue de la compétence fédérale à l'égard de ces installations, étant donné que les installations de collecte et de traitement projetées dans la région de Fort St. John, les seules visées alors par l'examen de l'Office, «ne formeront pas partie . . . de la même entreprise» (Dossier d'appel, à la page 4653). L'Office signale que les installations projetées dans la région de Fort St. John ne seraient pas reliées aux canalisations interprovinciales de collecte, sauf par la canalisation principale de transport.

Après avoir conclu que les installations projetées dans la région de Fort St. John ne constitueraient pas elles-mêmes des ouvrages ou des entreprises de compétence fédérale, les membres majoritaires se penchent sur la question suivante, à savoir si les installations projetées seront essentielles à l'entreprise de transport par canalisation principale de Westcoast. Voici leur raisonnement et leur conclusion à ce sujet:

L'Office est d'avis que les installations de collecte et de traitement proposées, qu'elles soient considérées séparé-

together with the existing gathering and processing facilities in the Fort St. John area as a single undertaking or possibly two undertakings, are not integral to Westcoast's mainline transmission undertaking in the necessary constitutional sense. Physical connection will not by itself result in federal jurisdiction: ". . . something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship with a federal work or undertaking is required . . ." (*Central Western*, at 1147). The mainline transmission system is dependent at its upstream end on the gas wells and the gathering and processing infrastructure that feed into it, just as it is dependent on the facilities of local gas distribution companies at its downstream end. Of necessity, the transmission system and the upstream and downstream connecting infrastructures are operated in a coordinated manner, regardless of ownership. In the Board's view, this dependence and coordination is an inevitable feature of the natural gas industry and does not result in the connected facilities being essential and integral in the constitutional sense. [Appeal Book, at page 4654.]

- 22 One member of the Board dissented from the conclusion of the majority. In his view, "the entire Westcoast system is one indivisible undertaking" (Appeal Book, at page 4656). The core of his reasoning is as follows:

Westcoast's processing services are provided solely for its shippers and are essential to the transmission of gas. Processing is essential to the transmission function because engineering, safety and economic factors make it impractical to transport raw sour gas to markets. The hydrogen sulphide contained in the raw gas requires that pipe, welds and associated equipment have special metallurgical properties in order to resist corrosion, embrittlement and cracking. This adds considerably to the cost of a pipeline transporting raw gas. In addition, hydrogen sulphide is poisonous and therefore the potential consequences of a rupture of a line carrying raw gas are more serious than would be the case for a line carrying residue gas. Since Westcoast's main transmission line eventually passes through populated areas in the southern mainland, the transportation of raw sour gas would create an unacceptable risk to the public.

The raw gas also contains liquids that tend to result in the formation of semi-solid substances known as hydrates. These may result in constrictions or plugging in a pipeline. Furthermore, slugs composed of hydrates can potentially rupture a line when they encounter a restriction or a sharp bend. It is therefore necessary to remove hydrates from the major gathering lines by "pigging" the lines. It would be impractical and more hazardous to do this on

ment ou comme faisant partie des installations de collecte et de traitement actuelles dans la région de Fort St. John comme une entreprise unique ou, peut-être, deux entreprises, ne sont pas intégrales (*sic*) à l'entreprise de transport par canalisation principale de Westcoast dans le sens constitutionnel nécessaire. Le lien physique n'aboutit pas, en soi, à la compétence fédérale: « . . . il en faut davantage que l'existence d'un lien matériel et des relations commerciales mutuellement avantageuses avec un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral. . . » (*Central Western*, à la page 1147). Le réseau de transport par canalisation principale est dépendant, en amont, des puits de gaz et de l'infrastructure de collecte et de traitement qui l'alimentent, et, en aval, des installations de distributeurs locaux. Le réseau de transport et les infrastructures connexes, en amont et en aval, sont, par la force des choses, exploités d'une manière coordonnée, sans égard à leur appartenance. Selon l'Office, cette dépendance et cette coordination sont une caractéristique inévitable de l'industrie du gaz naturel et ne signifient pas que les installations reliées sont essentielles et intégrales (*sic*) dans le sens constitutionnel. [Dossier d'appel, à la page 4654.]

- 22 Le membre dissident de l'Office tire une conclusion différente. À son avis, « l'ensemble du réseau Westcoast est une entreprise indivisible » (Dossier d'appel, à la page 4656). Voici l'essentiel de son raisonnement:

. . . les services de traitement de Westcoast sont offerts seulement aux expéditeurs et ils sont un élément essentiel du transport du gaz, parce que des facteurs techniques, économiques et de sécurité font que le transport du gaz acide brut vers les marchés est impraticable. Le sulfure hydrogène contenu dans le gaz brut exige que les canalisations, les soudures et le matériel requis possèdent des propriétés métallurgiques spéciales pour résister à la corrosion, à la fragilisation et au fissurage. Cela ajoute considérablement au coût d'un pipeline destiné au transport du gaz brut. En outre, le sulfure d'hydrogène est toxique et les conséquences que pourrait avoir un bris d'une canalisation transportant du gaz brut sont donc plus graves que s'il s'agissait d'une canalisation acheminant du gaz résiduaire. Puisque la canalisation principale de Westcoast traverse des zones urbaines de la partie continentale sud, le transport du gaz brut acide soumettrait le public à un risque inacceptable.

Le gaz brut contient aussi des liquides qui aboutissent souvent à la formation de substances semi-solides appelées hydrates lorsque des étranglements ou des bouchons se forment dans un pipeline. En outre, des bouchons d'hydrates peuvent faire éclater une canalisation lorsqu'ils rencontrent un étranglement ou un coude serré. Les grosses canalisations de collecte doivent donc être « ramonées » pour en retirer les hydrates. S'il s'agissait d'une canalis-

the main transmission line.

For these reasons, it is essential that the raw gas be processed before it is introduced into the main transmission line.

The processing plants are also integrated with the gathering system. The location and design of both the plants and the gathering system are interdependent; compared to similar areas in Alberta, Westcoast's gathering system in northeastern British Columbia is more extensive so that processing can be accomplished using a small number of large scale plants. The planning of major capacity expansions invariably involves both processing and gathering capacity, as in the present application.

...

Westcoast's processing plants are essential to the transportation of gas to market; they are provided solely for the benefit of shippers on the system; they are provided by the owner of the transportation undertaking, that is, Westcoast; and, in my view, they are an integral and essential part of the system. As I indicated at the beginning, it is my view that the entire Westcoast system is a single undertaking. [Appeal Book, at pages 4657-4658.]

How many undertakings?

23 As indicated above, the first determination to be made in answering the constitutional question is whether the relevant facilities of Westcoast constitute one undertaking or more than one. This involves an inquiry into the actual operation of the Westcoast system as it presently exists and functions. The cases make it plain that the question is not how the enterprise might have been structured or how other people in fact operate and structure different enterprises. Thus, in *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*,⁸ it was said:

No doubt the taking up and setting down of passengers journeying wholly within the province could be severed from the rest of Mr. Winner's undertaking, but so to treat the question is not to ask is there an undertaking and does it form a connexion with other countries or other provinces, but can you emasculate the actual undertaking and yet leave it the same undertaking or so divide it that part of it can be regarded as inter-provincial and the other part as provincial.

tion principale, cette opération serait impraticable et plus dangereuse.

Pour ces motifs, le gaz brut doit donc être traité avant d'être introduit dans la canalisation principale.

Les usines de traitement sont aussi intégrées dans le réseau de collecte. Le lieu et la conception des usines et du réseau de collecte sont interdépendants; par rapport à d'autres secteurs semblables en Alberta, le réseau de collecte de Westcoast dans le nord-est de la Colombie-Britannique est plus vaste, de sorte que le traitement peut être accompli à l'aide d'un petit nombre d'usines de grande taille. La planification des gros agrandissements des installations pipelinères est invariablement liée à un agrandissement des moyens de collecte et de traitement, comme c'est le cas dans la présente demande.

...

[L]es usines de traitement de Westcoast sont essentielles au transport du gaz vers le marché; elles existent seulement à l'avantage des expéditeurs du réseau; elles sont fournies par le propriétaire de l'entreprise de transport, soit Westcoast; et, à mon avis, elles forment une partie intégrale (*sic*) et essentielle du réseau. Comme je l'ai indiqué au début, je suis d'avis que l'ensemble du réseau Westcoast constitue une entreprise unique. [Dossier d'appel, aux pages 4657 et 4658.]

Une ou plusieurs entreprises?

23 Comme indiqué précédemment, il convient, pour trancher la question constitutionnelle, de déterminer premièrement si les installations en cause de Westcoast constituent une ou plusieurs entreprises. Il faut donc examiner l'exploitation réelle du réseau Westcoast tel qu'il existe et fonctionne actuellement. Il ressort de la jurisprudence qu'il ne s'agit pas de savoir comment l'entreprise aurait pu être structurée ou comment d'autres personnes exploitent et structurent dans les faits des entreprises différentes. Voici un extrait de l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*⁸ en ce sens:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que l'activité consistant à faire monter puis descendre des passagers qui se déplacent uniquement dans la province pourrait être scindée du reste de l'entreprise de M. Winner. Or, ce faisant, on ne se demanderait pas s'il existe une entreprise et si elle est reliée à d'autres pays ou provinces, mais plutôt si l'on peut démembrer l'entreprise telle qu'elle existe tout en la laissant intacte ou la scinder de façon qu'une partie soit interprovinciale et l'autre provinciale.

The undertaking in question is in fact one and indivisible. It is true that it might have been carried on differently and might have been limited to activities within or without the province, but it is not, and their Lordships do not agree that the fact that it might be carried on otherwise than it is makes it or any part of it any the less an interconnecting undertaking.

24 It is clear, of course, that the simple fact that it is Westcoast which carries out the various operations does not by itself make those operations into one undertaking. This was made plain in *Canadian Pacific Railway Company v. Attorney-General for British Columbia and Attorney-General for Canada*⁹ (the *Empress Hotel* case):

The question for decision, therefore, is, in their Lordships' view, whether the *Empress Hotel* is a part of the appellant's railway works and undertaking connecting the province of British Columbia with other provinces or is a separate undertaking. A company may be authorized to carry on, and may in fact carry on, more than one undertaking. Because a company is a railway company it does not follow that all its works must be railway works or that all its activities must relate to its railway undertaking.

25 By the same token, however, the fact that there may be different activities or services being carried on does not prevent them from forming part of a single undertaking: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*:¹⁰

The undertaking authorized by the Act of 1880 was one single undertaking, though for certain purposes its business may be regarded as falling under different branches or heads. The undertaking of the Bell Telephone Company was no more a collection of separate and distinct businesses than the undertaking of a telegraph company which has a long-distance line combined with local business, or the undertaking of a railway company which may have a large suburban traffic and miles of railway communicating with distant places.

26 Likewise, in the *Empress Hotel* case, *supra*, the Privy Council said, at page 144:

Their Lordships do not read the authority to carry on business "for the comfort and convenience of the travelling public" as requiring the appellant to cater

Il s'agit, en l'instance, d'une entreprise unique et indivisible. Certes, on aurait pu l'exploiter de façon différente et en confiner l'activité soit dans les limites de la province, soit en dehors de celles-ci, mais ce n'est pas le cas, et leurs Seigneuries ne peuvent admettre que la possibilité qu'une entreprise puisse être exercée d'une autre façon qu'elle ne l'est, puisse modifier, en tout ou en partie, son statut d'entreprise interprovinciale ou internationale.

Il est clair, évidemment, que le simple fait que ce soit Westcoast qui exerce les différentes activités n'emporte pas en soi l'existence d'une entreprise unique. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Canadian Pacific Railway Company v. Attorney-General for British Columbia and Attorney-General for Canada*⁹ (l'affaire *Empress Hotel*):

[TRADUCTION] La question qui doit être tranchée, selon leurs Seigneuries, est donc de savoir si l'hôtel *Empress* fait partie des ouvrages et de l'entreprise ferroviaires de l'appelante qui relie la Colombie-Britannique à d'autres provinces ou constitue une entreprise distincte. Une société peut être autorisée à exploiter et peut, dans les faits, exploiter plus d'une entreprise. Ce n'est pas parce qu'une société est une société ferroviaire que tous ses ouvrages doivent être ferroviaires ni que toutes ses activités doivent se rapporter à son entreprise de chemin de fer.

De la même manière, toutefois, le fait que différentes activités puissent être exercées ou que différents services puissent être assurés n'empêche pas de conclure à l'existence d'une entreprise unique: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*¹⁰.

[TRADUCTION] L'entreprise dont l'exploitation a été autorisée par la loi en 1880 était une entreprise unique, même si, à certaines fins, ses activités peuvent être considérées comme appartenant à diverses catégories ou relevant de divers sujets. L'entreprise de la Bell Telephone Company n'est pas davantage un agrégat d'entreprises distinctes que ne l'est l'entreprise d'une société de télégraphie qui exploite une ligne interurbaine en plus d'exercer des activités locales ou l'entreprise d'une société ferroviaire qui peut avoir un important trafic de banlieue et être dotée de kilomètres de chemins de fer assurant la liaison avec des endroits éloignés.

De même, dans l'affaire de *Empress Hotel*, précitée, le Conseil privé dit ce qui suit, à la page 144:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne considèrent pas que l'autorisation d'exercer des activités visant «le confort du public voyageur» exige de l'appelante qu'elle serve des

24

25

26

exclusively or specially for those who are travelling on its system. The appellant is free to enter into competition with other hotel keepers for general hotel business. It appears from the facts stated in the order of reference that the appellant has so interpreted its powers and that in the *Empress Hotel* it does carry on general hotel business. It may be that if the appellant chose to conduct a hotel solely or even principally for the benefit of travellers on its system, that hotel would be a part of its railway undertaking. Their Lordships do not doubt that the provision of meals and rest for travellers on the appellant's system may be a part of its railway undertaking whether that provision is made in trains or at stations, and such provision might be made in a hotel. But the *Empress Hotel* differs markedly from such a hotel. Indeed, there is little, if anything, in the facts stated to distinguish it from an independently owned hotel in a similar position. No doubt the fact that there is a large and well-managed hotel at Victoria tends to increase the traffic on the appellant's system; it may be that the appellant's railway business and hotel business help each other, but that does not prevent them from being separate businesses or undertakings.

repas exclusivement ou spécialement aux personnes qui se déplacent grâce à son réseau. Il est loisible à l'appelante de faire concurrence aux autres établissements hôteliers dans la fourniture de services hôteliers généraux. Il ressort des faits énoncés dans l'ordonnance de renvoi que l'appelante a ainsi interprété l'autorisation et qu'elle exerce des activités hôtelières générales à l'hôtel *Empress*. Dans l'hypothèse où l'appelante a choisi d'exploiter un hôtel pour le seul ou pour le principal bénéfice des voyageurs utilisant son réseau, il est possible que cet hôtel ferait partie de son entreprise de chemin de fer. Fournir repas et repos aux voyageurs empruntant son réseau peut constituer, leurs Seigneuries n'en doutent pas, une fonction de l'entreprise de l'appelante, que ces services soient offerts dans les trains ou dans les gares; ils peuvent aussi l'être dans un hôtel. Toutefois, l'hôtel *Empress* est d'un type maintenant différent. Très peu d'éléments, s'il en est, des faits énoncés permettent de le différencier d'un hôtel appartenant à un tiers dans une situation semblable. Il ne fait aucun doute que l'existence d'un grand hôtel bien tenu à Victoria contribue à l'affluence sur le réseau de l'appelante; il se peut que la composante ferroviaire et la composante hôtelière de l'appelante s'aident l'une l'autre, mais cela ne les empêche pas de constituer des activités ou des entreprises distinctes.

27 Similarly, in *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*¹¹ (The *GO Train* case), the Court said:

In the present case, the constitutional jurisdiction depends on the character of the railway line not on the character of a particular service provided on that railway line. The fact that for some purposes the Commuter Service should be considered as a distinct service does not make it a distinct line of railway. From a physical point of view the Commuter Service trains are part of the overall operations of the line over which they run. It is clearly established that the Parliament of Canada has jurisdiction over everything that physically forms part of a railway subject to its jurisdiction.

Dans le même ordre d'idées, la Cour suprême du Canada dit ce qui suit dans l'arrêt *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Board of Transport Commissioners*¹¹ (l'affaire *GO Train*):

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, la compétence constitutionnelle dépend de la nature de la ligne de chemin de fer et non de la nature d'un service en particulier qui y est offert. Le fait que, à certaines fins, le service de banlieue doive être assimilé à un service distinct n'en fait pas une ligne de chemin de fer distincte. Physiquement, les trains de banlieue font partie de l'exploitation globale de la voie sur laquelle ils circulent. Il est bien établi que le Parlement du Canada a compétence sur toute chose qui fait physiquement partie d'un chemin de fer soumis à sa compétence.

28 As we have seen, the majority of the Board were of the view that Westcoast's gathering and processing facilities were separate undertakings from mainline transmission because "gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services". With respect, it seems to me that this observation misses the mark; the fact that different activities are carried on or services provided cannot by itself be determinative of whether one is dealing with more than one undertaking. It is not the difference between the activities and services but the

28 Comme nous l'avons vu, l'Office a estimé, à la majorité, que les installations de collecte et de traitement de Westcoast sont des entreprises distinctes de la canalisation principale de transport parce que «le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents». Avec égard, j'estime que l'Office fait fausse route, car le fait que différentes activités soient exercées ou que différents services soient fournis ne peut en soi être déterminant quant à savoir si on a affaire à une ou à plusieurs entreprises. Ce n'est pas la différence

inter-relationship between them, and whether or not they have a common direction and purpose which will determine whether they form part of a single undertaking. Hogg¹² puts it thus:

The fact that various business operations are carried on by a single proprietor does not foreclose inquiry as to whether or not those operations consist of more than one undertaking for constitutional purposes. It is the degree to which the operations are integrated in a functional or business sense that will determine whether they constitute one undertaking or not.

29 More importantly, the majority's view that gathering and processing are "fundamentally different activities and services" is simply stated as a conclusion and is not supported by any detailed findings of fact which would permit any reasoned analysis of whether one is dealing with a single undertaking or more than one. Fortunately, however, the order of reference contains a meticulous and very detailed statement of facts, a part of which I have already quoted. The following paragraphs of the order contain a very careful description of the gathering and processing facilities and their relationship to one another and to the mainline transmission system:

19. Raw gas which is received by Westcoast contains a mixture of hydrocarbons (primarily methane) and other substances such as hydrogen sulphide and carbon dioxide. In general, the gas is gathered by producers from their individual wells through small diameter pipelines and water is removed from the gas by the producers before it enters Westcoast's raw gas transmission pipelines. Water removal is a step in the processing of the gas for sale as residue gas and its removal assists in transportation of the gas by reducing the potential for corrosion and the formation of hydrates which can obstruct the flow of gas in the pipeline. Westcoast's raw gas transmission pipelines transport the raw gas from the producer facilities to Westcoast's gas processing plants where the gas is processed to remove hydrogen sulphide, carbon dioxide and other substances. The gas processing plants at Fort Nelson, Taylor and Pine River also include sulphur recovery facilities which are required to further process the hydrogen sulphide extracted from the raw gas during the treatment process and thereby ensure compliance with prevailing environmental requirements. In addition, because the gas in the Fort

entre les activités et les services, mais l'interaction entre ceux-ci et le fait qu'ils relèvent ou non de la même direction et partagent ou non des objectifs communs qui permettent de déterminer s'ils font partie d'une entreprise unique. Voici ce que dit Hogg à ce sujet¹²:

[TRADUCTION] Qu'un propriétaire unique exerce différentes activités commerciales n'empêche pas de se demander si ses activités correspondent à plus d'une entreprise sur le plan constitutionnel. C'est la mesure dans laquelle les activités sont intégrées sur le plan fonctionnel ou commercial qui détermine si elles forment une seule entreprise ou non.

Plus important encore est le fait que l'avis de la 29 majorité selon lequel la collecte et le traitement sont «des activités ou services fondamentalement différents» est simplement énoncé comme une conclusion et n'est pas appuyé de conclusions de fait détaillées qui permettraient de trancher rationnellement la question de savoir si on est en présence d'une seule entreprise ou de plusieurs. Heureusement, toutefois, l'ordonnance de renvoi, dont j'ai déjà cité un extrait, énonce les faits de façon méticuleuse et très détaillée. Le texte suivant, tiré de l'ordonnance, décrit très précisément les installations de collecte et de traitement ainsi que leurs liens les unes avec les autres et avec la canalisation principale de transport:

19. Le gaz brut que collecte Westcoast contient un mélange d'hydrocarbures (principalement du méthane) et d'autres substances telles que l'hydrogène sulfuré et le dioxyde de carbone. En général, les producteurs collectent le gaz sortant des puits dans des pipelines de petit diamètre et en enlèvent l'eau avant de l'envoyer dans les pipelines de transport de gaz brut de Westcoast. La déshydratation du gaz est une étape du traitement d'épuration qui facilite le transport en réduisant les risques de corrosion et la formation des hydrates qui peut gêner le déplacement du gaz dans les pipelines. Les pipelines de transport du gaz brut de Westcoast transportent le gaz brut des installations des producteurs jusqu'aux usines de traitement de Westcoast où l'on épure le gaz en le débarrassant de l'hydrogène sulfuré, du dioxyde de carbone et des autres substances. Les usines Fort Nelson, Taylor et Pine River sont également équipées pour la récupération du soufre extrait du gaz brut et garantissent ainsi le respect des normes environnementales en vigueur. De plus, étant donné que le gaz de la région de ressources Fort St. John contient des liquides d'hydrocarbures, l'usine McMahon, située à Taylor (C.-B.),

St. John resource area contains hydrocarbon liquids, the McMahon Plant at Taylor, B.C. has stabilization, fractionation and delivery facilities to handle the hydrocarbon liquids (propane, butane and condensate) extracted from the raw gas during the treatment process.

20. Raw gas which contains hydrogen sulphide and carbon dioxide is called "sour" gas. The combination of hydrogen sulphide and carbon dioxide is called "acid gas" and is corrosive. In order to provide resistance to the corrosive properties of acid gas, the steel used in the manufacture of pipe and associated equipment for raw gas pipelines that transport acid gas has different metallurgical properties than that used in the manufacture of pipelines used to transport gas from which acid gas has been removed. In addition, hydrogen sulphide is toxic and presents unacceptable safety and environmental concerns. For these reasons it is necessary to remove the acid gas from the raw gas stream prior to transportation to markets. It is further necessary, for both environmental and safety reasons, to convert the hydrogen sulphide removed from the raw gas by the processing plants, to elemental sulphur so that it can be stored or delivered to the owners of the gas.
21. Raw gas is transported by pipeline in the same manner as residue gas, that is, by compression. The compressor facilities on Westcoast's raw gas pipelines operate in the same manner, and perform the same functions, as the compressor on Westcoast's residue gas pipelines.
22. The Westcoast raw gas transmission pipelines and processing facilities are part of a web of facilities in British Columbia, and extending beyond the boundaries of the province, the great bulk of which are owned by Westcoast, but some are owned by others, which result in sales gas which is transported by mainline transmission pipelines to regions of consumption inside and outside the province.
23. Residue gas is equivalent in transportation terms to naturally occurring "sweet" gas which does not contain significant quantities of hydrogen sulphide, carbon dioxide and other substances. "Sweet gas" flows to market without processing except for dehydration at or near the wellhead. Westcoast's pipeline facilities include some "sweet" gas pipelines southeast of Fort St. John.

Gas Flow

24. Gas delivered through Westcoast mainline transmission pipeline can flow both east to markets in Alberta or south to markets in British Columbia and

est équipée d'installations de stabilisation, de fractionnement et de livraison pour traiter les liquides (propane, butane et condensats) extraits du gaz naturel au cours du traitement.

20. Le gaz brut qui contient de l'hydrogène sulfuré et du dioxyde de carbone est appelé gaz «acide» ou «gaz corrosif». Le métal utilisé pour les canalisations dans lesquelles passe du gaz acide et pour le matériel connexe a des propriétés métallurgiques différentes du métal utilisé pour les canalisations qui servent au transport de gaz non acide. En outre, l'hydrogène sulfuré est toxique et son transport poserait un problème de sécurité et constituerait un risque inacceptable pour l'environnement. Il est donc nécessaire de débarrasser le gaz brut de ses composés acides avant de l'expédier vers les marchés. De plus, pour des raisons de sécurité et de protection de l'environnement, il est ensuite indispensable de transformer l'hydrogène sulfuré en soufre, lequel peut être stocké, puis livré aux propriétaires du gaz.
21. Le transport du gaz brut s'effectue de la même manière que celui du gaz épuré, c'est-à-dire par compression. Les installations de compression de Westcoast utilisées pour le gaz brut fonctionnent de la même manière que celles utilisées pour le gaz épuré.
22. Les canalisations de transport et les installations de traitement de gaz brut de Westcoast font partie d'un réseau d'installations situées en Colombie-Britannique et hors de la province. La plus grande partie de ces installations appartient à Westcoast. Elles permettent de transporter le gaz épuré vers les régions consommatrices à l'intérieur comme à l'extérieur de la province.
23. En termes de transport, le gaz épuré est l'équivalent du gaz non corrosif naturel, qui ne contient pas beaucoup d'hydrogène sulfuré, de dioxyde de carbone ou d'autres substances. Le gaz non corrosif est acheminé vers le marché sans traitement si ce n'est une déshydratation qui est effectuée à la tête de puits ou à proximité. Les installations pipelinières de Westcoast comprennent certaines canalisations de gaz non corrosif au sud-est de Fort St. John.

Circulation du gaz

24. Le gaz qui circule dans la canalisation principale de transport de Westcoast peut approvisionner aussi bien les marchés de l'Alberta à l'est que ceux de la

the United States. Notwithstanding the direction of the physical flow of gas through the pipelines gas can contractually be "transported", by displacement from any of the four major sources of gas (i.e., Fort Nelson resource area, Fort St. John resource area, Grizzly Valley resource area and Alberta) to either the NOVA pipeline facilities or to points in British Columbia and at the international boundary for export into the United States. The diagram attached as Appendix 6 shows how the "contractual" flow of gas takes place from the various resource areas into the NOVA pipeline facilities in Alberta. The two major junction points which facilitate these physical and contractual gas flows are Compressor Station No. 2 and Compressor Station No. 1.

25. Compressor Station No. 1 is located at Westcoast's McMahon Plant complex at Taylor, B.C. and is the junction point of the Fort St. John raw gas transmission pipelines, the McMahon Plant, as well as the compression for the transportation of residue gas from the McMahon Plant, the 16 inch Boundary Lake and the 26 inch Alberta Mainlines. Compressor Station No. 1 has seven individual 2,000 horsepower ("hp") reciprocating compressor units. Three units provide compression of the raw gas at the McMahon Plant and two units provide compression for the 16 inch Boundary Lake and 26 inch Alberta Mainlines. Two compressor units can be operated on either the raw gas transmission pipelines or the mainline transmission pipelines. Compressor Station No. 1 is operated and maintained by the same staff of operating personnel using common control facilities. In addition to Compressor Station No. 1, Westcoast also operates a booster station (Booster Station No. 1) which also compresses raw gas at the McMahon Plant. Booster Station No. 1 has two 3,000 hp units which are used primarily to compress raw gas delivered through the Oak, Fort St. John and Milligan Peejay raw gas transmission pipelines into the McMahon Plant.
26. Compressor Station No. 2 is located in Willow Flats, B.C. and is the junction point of the Fort Nelson Mainline, the Fort St. John Mainline and the Pine River Mainline and provides compression for the ongoing transportation of gas through Westcoast's mainline transmission pipeline. A flow diagram which shows how the flow of gas at Compressor Station No. 2 is accomplished through the compression facilities is attached as Appendix 7.

Sources and Destinations of Gas Transported the Westcoast Facilities

27. With the exception of minor volumes of gas sold by Westcoast under "offline" sales agreements to local

Colombie-Britannique et des États-Unis au sud. Malgré la direction matérielle qu'il prend dans les canalisations, le gaz peut être «transporté» du point de vue «contractuel» par déplacement à partir de n'importe laquelle des quatre sources principales de production (c.-à-d. les régions de Fort Nelson, Fort St. John, Grizzly Valley et l'Alberta) jusqu'aux installations pipelinaires de NOVA ou jusqu'à des points de livraison en Colombie-Britannique ou à la frontière internationale pour exportation vers les États-Unis. Le diagramme figurant à l'annexe 6 montre comment la circulation «contractuelle» du gaz se déroule entre les différentes régions de ressources et le réseau NOVA en Alberta. Les deux points de raccordement principaux qui facilitent la circulation matérielle et la circulation «contractuelle» du gaz sont les stations de compression n° 1 et n° 2.

25. La station de compression n° 1 est située à l'usine McMahon de Taylor (C.-B.). Elle est le point de raccordement entre les canalisations de transport de gaz brut Fort St. John, l'usine McMahon, et les canalisations principales Boundary Lake (16 po) et Alberta (26 po), dans lesquelles est envoyé le gaz épuré de l'usine McMahon. La station n° 1 se compose de sept compresseurs alternatifs d'une puissance individuelle de 2 000 chevaux (ch). Trois compresseurs compriment le gaz brut de l'usine McMahon, deux compresseurs compriment le gaz des canalisations principales Boundary Lake et Alberta et les deux compresseurs restants peuvent servir soit pour les canalisations de transport du gaz brut, soit pour les canalisations principales. Le fonctionnement et l'entretien de la station de compression n° 1 sont effectués par le même personnel avec l'aide des mêmes installations de contrôle. En plus de cette station, Westcoast a une station auxiliaire (station auxiliaire n° 1), équipée de deux compresseurs de 3 000 ch, qui comprime principalement le gaz brut de l'usine McMahon qui y arrive par les canalisations de transport du gaz brut Oak, Fort St. John et Milligan Peejay.
26. La station de compression n° 2 est située à Willow Flats (C.-B.). Elle est le point de raccordement des canalisations principales Fort Nelson, Fort St. John et Pine River. On y comprime le gaz qui circule constamment dans la canalisation principale de transport de Westcoast. Un diagramme, qui montre la circulation du gaz à la station de compression n° 2, figure à l'annexe 7.

Sources et destinations du gaz transporté par les installations de Westcoast

27. À part des petites quantités de gaz vendu par Westcoast, dans le cadre de contrats de vente hors-réseau,

distribution utilities in northeastern British Columbia, all gas which is transported through the Westcoast facilities is owned by producers, gas brokers, local distribution utilities, industrial gas users and other customers and is transported by Westcoast on behalf of such entities pursuant to service agreements. Gathering, processing, northern mainline transmission and southern mainline transmission are separate services provided by Westcoast and can be subject to separate agreements or can be provided pursuant to the terms of a single agreement.

28. Ownership of the gas may change at points such as the point at which the residue gas leaves a processing plant. One party may own the raw gas prior to processing while other parties may own the residue gas and other marketable commodities after production in a processing plant. Arrangements for the ownership of the sulphur and natural gas liquids produced in a processing plant may be different than the arrangements for the ownership of the residue gas. Residue gas can be produced in a processing plant owned by other than Westcoast and then transported on the mainline transmission pipeline of Westcoast in exactly the same manner as if the residue gas had been produced in a processing plant owned by Westcoast.
29. Residue gas received by Westcoast from Alberta sources moves through the northern mainline pipeline and the southern mainline pipeline of Westcoast but does not move through any of the gathering or processing facilities owned by Westcoast.

Operations and Maintenance

30. For purposes of operating and maintaining its pipelines and related compressor facilities, Westcoast's mainline transmission pipeline facilities and raw gas transmission pipeline facilities are operated by the same personnel. Westcoast's pipeline operations are divided into two geographic regions, namely Southern District and Northern District. Southern District personnel operate and maintain the Southern Mainline to and including Compressor Station No. 2, as well as Compressor Station N5 on the Fort Nelson Mainline. Northern District personnel operate and maintain the Fort Nelson Mainline north of Compressor Station No. 2, the Fort Nelson raw gas transmission pipeline facilities, the Fort St. John mainline transmission pipeline, the Fort St. John raw gas transmission pipeline, the 16 inch Boundary Lake mainline transmission pipeline, the 26 inch Alberta mainline transmission pipeline, the Pine River mainline transmission pipeline and the Grizzly Valley raw gas transmission pipelines. In this regard, pipeline crews, directed by the same Westcoast management, work at

à des distributeurs locaux du nord-est de la Colombie-Britannique, tout le gaz qui est transporté grâce aux installations de Westcoast appartient à des producteurs, des courtiers, des distributeurs locaux, des usagers industriels et d'autres clients. Westcoast transporte donc ce gaz au nom de ses clients, en vertu de contrats de service. La collecte, le traitement, l'utilisation de la canalisation principale Nord ou de la canalisation principale Sud constituent des services différents de Westcoast et, en tant que tels, ils peuvent faire l'objet de contrats séparés ou peuvent être fournis dans le cadre d'un contrat unique.

28. Le gaz peut changer de mains à divers points, par ex. à la sortie de l'usine de traitement. Une partie peut posséder le gaz brut avant le traitement, tandis que d'autres parties peuvent être les propriétaires du gaz épuré et d'autres produits commercialisables extraits à l'usine de traitement. Les contrats de propriété du soufre et des liquides de gaz naturel extraits à l'usine de traitement peuvent être différents des contrats de propriété du gaz naturel épuré. Le gaz épuré peut être produit dans une usine n'appartenant pas à Westcoast et ensuite acheminé par la canalisation principale de Westcoast exactement de la même façon que s'il avait été produit dans une usine de traitement appartenant à Westcoast.
29. Le gaz épuré de sources albertaines reçu par Westcoast est transporté par les canalisations principales Nord et Sud de Westcoast, mais il ne passe pas par les installations de collecte ou de traitement de Westcoast.

Exploitation et entretien

30. Aux fins d'exploitation et d'entretien des canalisations et des installations de compression, c'est le même personnel qui assure l'exploitation des canalisations principales et des installations de transport du gaz brut de Westcoast. Les opérations pipelinières de la compagnie se déroulent dans deux régions géographiques, les districts Sud et Nord. Le personnel du district Sud veille au fonctionnement et à l'entretien de la canalisation principale Sud jusqu'à la station de compression n° 2 inclusivement, ainsi que de la station de compression N5 située sur la canalisation principale Fort Nelson. Le personnel du district Nord veille au fonctionnement et à l'entretien de la canalisation principale Fort Nelson au nord de la station de compression n° 2, des installations de transport du gaz brut Fort Nelson, de la canalisation principale Fort St. John, de la canalisation de transport du gaz brut Fort St. John, de la canalisation de 16 po Boundary Lake, de la canalisation principale Alberta de 26 po, de la canalisation principale Pine River et de la canalisation de transport du gaz brut Grizzly Valley.

times on raw gas transmission pipelines and associated compressor facilities and at other times on mainline transmission pipelines and associated compressor facilities. Both Westcoast's mainline and raw gas pipelines are serviced by common field offices, pipe storage yards, warehouses, compression repair facilities and measurement and pipeline maintenance shops.

31. The personnel who maintain and operate pipelines or compressor facilities of Westcoast may also operate or maintain pipelines or compressor facilities owned by subsidiaries or affiliates of Westcoast which are not regulated by the Board. At times some of them may also undertake work related to the maintenance or operation of Westcoast's processing plants.
 32. The field operation of Westcoast's processing plants is carried out by Westcoast plant personnel at each plant location under the direction and supervision of management personnel located in the Vancouver office. An exception is the Aitken Creek processing plant which is operated by Unocal Canada Ltd. employees under Westcoast's direction and supervision.
 33. Management personnel located in the Vancouver offices of Westcoast also direct and supervise Westcoast personnel involved in the operation of the facilities of related companies. These facilities have not been subject to regulation by the Board.
 34. Westcoast, for the operation of its pipeline and processing facilities uses an extensive telecommunications system. "Main Haul" circuits comprise four full time party line or selective private telephone channels interconnecting all compressor and booster stations, offices, warehouse and other fixed installations throughout its facilities. In those areas where Westcoast's facilities are not within reasonable range of existing telecommunications systems, Westcoast owns and operates multi-channel point-to-point radio coverage. Westcoast also owns and operates a two-way radio system which provides mobile radio coverage along the pipeline rights-of-way and contiguous highways throughout the extent of the facilities. Two-way radio base stations are provided at all compressor stations, booster stations and gas processing plants to provide coverage to mobile radio-equipped vehicles in the local areas and to provide back-up support to telephone channels. The two-way radio system is controlled from Fort Nelson, Fort St. John, Prince George, Savona and Vancouver and is, when required, remotely connected into a continuous end-to-end communications system.
- À cet égard, ces équipes, sous la supervision des mêmes cadres de Westcoast, travaillent parfois sur les canalisations de transport du gaz brut, et les installations de compression connexes, et parfois sur les canalisations principales et les installations de compression connexes. Des bureaux locaux, des parcs de stockage des tuyaux, des entrepôts, des ateliers de réparation des appareils de compression et des ateliers de mesure et d'entretien des pipelines communs desservent les canalisations principales et les canalisations de transport du gaz brut de Westcoast.
 31. Le personnel qui veille au fonctionnement et à l'entretien des pipelines ou des installations de compression de Westcoast peut aussi travailler pour des filiales de Westcoast qui ne sont pas réglementées par l'Office. Par moments, certains employés s'occupent de l'exploitation ou de l'entretien des usines de traitement de Westcoast.
 32. Le fonctionnement local des usines de traitement de Westcoast est assuré par le personnel de chaque usine, sous la supervision des cadres à Vancouver, sauf pour ce qui est de l'usine Aitken Creek, que des employés de Unocal Canada Ltd. font tourner sous la supervision de Westcoast.
 33. Les cadres des bureaux de Vancouver dirigent et supervisent aussi le personnel de Westcoast qui participe à l'exploitation des installations de compagnies connexes. Ces installations ne sont pas réglementées par l'Office.
 34. L'exploitation des pipelines et des usines de traitement de Westcoast repose sur un vaste système de télécommunication. Les circuits principaux comprenant quatre lignes partagées à temps complet ou voies téléphoniques sélectives relient toutes les stations de compression et les stations auxiliaires, les bureaux, les entrepôts et autres installations fixes de l'ensemble du réseau. Dans les régions où les installations de Westcoast se trouvent hors de portée raisonnable des systèmes de télécommunication existants, Westcoast possède et utilise un système radio multivoies point à point. Elle possède et utilise aussi un système de radiocommunications bilatérales pour les communications avec des stations mobiles le long des emprises et sur les routes contiguës pour l'ensemble du réseau. Toutes les stations de compression, les stations auxiliaires et les usines de traitement du gaz sont munies d'une station de base de radiocommunications bilatérales permettant de communiquer avec les véhicules dotées d'équipement radio mobile dans les zones et servant de systèmes de relève pour les voies téléphoniques. Le système de radiocommunications bilatérales est commandée à partir de Fort Nelson, Fort St.

John, Prince George, Savona et Vancouver et, au besoin, il peut être relié à distance en un système de communication continue bout à bout.

35. Westcoast's Gas Control personnel in the Vancouver Gas Control centre are responsible for monitoring and controlling the flow of gas through both Westcoast's raw gas transmission pipeline facilities and mainline transmission pipeline facilities to ensure that shippers are able to deliver gas into the pipelines and receive that gas off the pipelines.
36. Gas Control personnel monitor and control pressures throughout the raw gas and mainline transmission facilities to ensure that shippers maintain a balance between gas receipts into the raw gas transmission pipelines and deliveries off the mainline transmission pipelines. Maintaining a balance between receipts and deliveries is critical to the safe and efficient operation of the pipeline facilities.
37. To monitor gas flows through the facilities, Westcoast's Gas Control uses a supervisory control and data acquisition (SCADA) system. The SCADA system provides Gas Control personnel with access to real time information on line pressures at critical locations throughout the pipelines, important operating parameters for compressor and processing plant facilities and gas quality information for gas deliveries into the pipelines. The SCADA system is also used by the Gas Control personnel to remotely start, stop and control the operation of compressor facilities both in the raw gas transmission and mainline transmission facilities. Some compressor facilities are operated manually by field personnel on instruction from Gas Control.
38. This interdependence and co-ordination is a necessary feature of the natural gas industry. The various facilities involved in the production, transportation and distribution of natural gas to the ultimate consumers are physically connected and must be operated in a coordinated manner. This dependency and coordination of facilities is true regardless of ownership. [Case Book, at pages 6-9.]
35. Le personnel du Contrôle du gaz de Westcoast au Centre de contrôle du gaz à Vancouver surveille et contrôle l'acheminement du gaz par les canalisations de transport du gaz brut et les canalisations principales de Westcoast pour assurer que les expéditeurs peuvent livrer et prendre le gaz aux canalisations.
36. Le personnel du Contrôle du gaz surveille et contrôle les pressions dans les canalisations de transport du gaz brut et des canalisations principales pour assurer que les expéditeurs maintiennent un équilibre entre les arrivages de gaz dans les canalisations de transport du gaz brut et les prises de gaz dans les canalisations principales. Pour que l'exploitation des installations pipelinieres se déroule de façon sûre et efficace, il est essentiel que les réceptions et les livraisons de gaz soient équilibrées.
37. Le Contrôle du gaz surveille les acheminements de gaz dans le réseau à l'aide d'un système d'acquisition et de contrôle des données (SCADA). Grâce au SCADA, ce personnel a accès à des renseignements en temps réel sur les pressions dans les conduites à des points critiques du réseau, à des paramètres d'exploitation importants pour les installations de compression et de traitement du gaz, ainsi qu'à des renseignements sur la qualité du gaz livré dans les pipelines. Il utilise aussi le SCADA pour démarrer, arrêter et contrôler à distance les installations de compression des canalisations de transport du gaz brut et des canalisations principales. Certaines installations de compression sont actionnées manuellement par le personnel local d'après les instructions du Contrôle du gaz.
38. Cette interdépendance et cette coordination sont une facette essentielle de l'industrie du gaz naturel. Les diverses installations de production, de transport et de distribution du gaz naturel jusqu'à livraison aux utilisateurs ultimes sont reliées matériellement et doivent fonctionner de façon coordonnée. Peu importe l'appartenance, les installations doivent toujours fonctionner de façon interdépendante et coordonnée. [Recueil, aux pages 6 à 9.]
- 30 I must say that I find it impossible to read this description without concluding that Westcoast is engaged in a single undertaking comprised of the business of gathering, processing and transporting natural gas. The following facts, in particular, seem to me to lead inescapably to that conclusion:
- Je dois dire qu'il me semble impossible de prendre connaissance de cette description sans arriver à la conclusion que Westcoast n'exploite qu'une seule entreprise englobant les activités de collecte, de traitement et de transport du gaz naturel. Les faits suivants, plus particulièrement, semblent mener inéluctablement à cette conclusion:

- (1) Westcoast is a provider of services only; it does not trade or deal in the gas it transports;
- (2) Processing is required to facilitate the transportation service provided by Westcoast. In particular, processing,
- a) makes long distance transportation easier and safer from the point of view of the physical pipeline facilities themselves and,
 - b) removes components from the raw gas which would not be acceptable for transportation in populated areas from the point of view of public health and safety;
- 3) Processing is offered as a service exclusively to shippers on Westcoast's mainline transmission facilities; while some raw gas comes into some of Westcoast's processing facilities by means of gathering lines owned and operated by others, all fuel gas coming out of such processing plants is transported onwards by Westcoast;
- 4) The fuel gas which goes into Westcoast's mainline transmission facilities is, by far, the major component (over 80%) of the raw gas gathered and processed by Westcoast; the methane does not change¹³ during processing other than to have removed from it the hydrocarbon liquids, hydrogen sulphide and other components which make transportation difficult or dangerous;
- 5) Westcoast's facilities are not only physically interconnected and interdependent, they are, in some cases, interchangeable; some compressors may be used on either the raw gas or the fuel gas sides of the processing plants and some are apparently used on both;
- 6) Fuel gas may be contractually delivered across provincial borders (by means of displacement) from all Westcoast processing plants, including those which take their raw gas supply from across provincial borders;
- (1) Westcoast n'est qu'un fournisseur de services; elle ne fait pas le commerce du gaz dont elle assure le transport;
- (2) Le traitement est nécessaire pour faciliter le transport assuré par Westcoast. Plus particulièrement,
- a) il rend le transport sur de longues distances plus facile et plus sûr pour ce qui concerne les installations pipelinières elles-mêmes et
 - b) il débarrasse le gaz brut des composés dont le transport, dans les régions habitées, serait inacceptable sur le plan de la sécurité et de la santé publiques;
- 3) Le traitement est un service offert uniquement à l'expéditeur qui a recours aux canalisations principales de transport de Westcoast; bien qu'une certaine quantité de gaz brut soit acheminée dans certaines des installations de traitement de Westcoast au moyen de canalisations de collecte possédées et exploitées par d'autres, la totalité du gaz combustible provenant de ces usines de traitement est acheminée par Westcoast;
- 4) Le gaz combustible qui est acheminé dans les canalisations principales de transport de Westcoast est de loin le principal composant (plus de 80 %) du gaz brut collecté et traité par Westcoast; le méthane n'est pas modifié¹³ pendant le traitement, si ce n'est qu'il est débarrassé des liquides d'hydrocarbures, de l'hydrogène sulfuré et d'autres substances qui rendent son transport difficile ou périlleux;
- 5) Les installations de Westcoast sont non seulement reliées physiquement entre elles et interdépendantes, mais elles sont aussi parfois interchangeables; certains compresseurs peuvent être utilisés pour le gaz brut ou le gaz combustible dans les usines de traitement, et d'autres semblent être utilisés pour les deux;
- 6) Le gaz combustible peut être acheminé, sur une base contractuelle, à l'extérieur de la province à partir de toutes les usines de traitement de Westcoast, y compris celles qui s'approvisionnent en gaz brut au-delà des limites de la province;

7) The same personnel work on both the gathering and mainline transmission pipelines and they, together with the personnel of the processing plants, are subject to a unified central operational control and direction;

8) Westcoast is the owner of all the facilities in question.

7) Le même personnel est affecté aux installations de collecte et aux canalisations principales de transport et, tout comme le personnel des usines de traitement, il relève d'un même centre de direction et de contrôle des opérations,

8) Westcoast est propriétaire de toutes les installations en cause.

31 Where a local work or undertaking is controlled and operated by and in common with an interprovincial or international transportation undertaking of the same type it in effect becomes part of the latter. This is the effect of the decision of the Privy Council in *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*:¹⁴

Their Lordships agree with the opinion of Duff J. that the Mountain Park Railway and the Luscar Branch are, under the circumstances hereinbefore set forth, a part of a continuous system of railways operated together by the Canadian National Railway Company, and connecting the Province of Alberta with other Provinces of the Dominion. It is, in their view, impossible to hold as to any section of that system which does not reach the boundary of a Province that it does not connect that Province with another. If it connects with a line which itself connects with one in another Province, then it would be a link in the chain of connection, and would properly be said to connect the Province in which it is situated with other Provinces.

In the present case, having regard to the way in which the railway is operated, their Lordships are of opinion that it is in fact a railway connecting the Province of Alberta with others of the Provinces, and therefore falls within s. 92, head 10 (a), of the Act of 1867. There is a continuous connection by railway between the point of the Luscar Branch farthest from its junction with the Mountain Park Branch and parts of Canada outside the Province of Alberta. If under the agreements hereinbefore mentioned the Canadian National Railway Company should cease to operate the Luscar Branch, the question whether under such altered circumstances the railway ceases to be within s. 92, head 10 (a), may have to be determined, but that question does not now arise.

32 In my view, however, this case is even stronger than *Luscar*, for the gathering and processing facilities are not only operated and controlled by Westcoast, they are actually owned by it. In the reason-

L'ouvrage ou l'entreprise de nature locale qui est contrôlé et exploité par une entreprise interprovinciale ou internationale de transport du même genre, ou conjointement avec elle, fait partie de cette dernière. Telle est la teneur de la décision rendue par le Conseil privé dans *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*¹⁴:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries conviennent, à l'instar du juge Duff, que le chemin de fer Mountain Park et l'embranchement Luscar, vu les circonstances de l'espèce, font partie d'un même réseau continu de chemins de fer exploité par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et qui relie la province de l'Alberta aux autres provinces canadiennes. Il est impossible, à leur avis, de dire d'une section quelconque de ce réseau qui ne s'étend pas jusqu'à la frontière de la province, qu'elle ne relie pas cette province à une autre. Si elle est reliée à une ligne qui est elle-même reliée à une ligne dans une autre province, alors elle constitue un maillon de la chaîne, et on peut dire à bon droit qu'elle relie la province dans laquelle elle est située avec d'autres provinces.

Dans la présente affaire, considérant le mode d'exploitation du chemin de fer, leurs Seigneuries sont d'avis qu'il s'agit en fait d'un chemin de fer reliant la province d'Alberta avec d'autres provinces et, par conséquent, visé par l'art. 92(10)a) de l'Acte de 1867. Il existe une liaison ferroviaire continue entre le point de l'embranchement Luscar le plus éloigné de son point de jonction avec l'embranchement Mountain Park et certaines parties du Canada situées à l'extérieur de l'Alberta. Si, en vertu des accords susmentionnés, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada devait cesser d'exploiter l'embranchement Luscar, il se peut que, dans cette nouvelle situation, la question de savoir si le chemin de fer n'est plus visé par l'art. 92(10)a) doive être décidée, mais cette question ne se pose pas maintenant.

À mon avis cependant, les faits sont encore plus clairs en l'espèce que dans *Luscar*, parce que non seulement Westcoast exploite et contrôle les installations de collecte et de traitement, mais elle en est

ing of the majority of the Board, and in the submissions of those contending for provincial jurisdiction, much is made of the undoubted fact that ownership is not, by itself, determinative of constitutional jurisdiction. That, however, is a very different thing from saying that ownership, together with its attendant control and direction, is irrelevant to the question of jurisdiction. In *Central Western Railway*, *supra*, Dickson C.J. dealt with this question in some detail, at pages 1131-1133:

A change in corporate control can be significant, however, where it leads to alterations in the operation of the activity in question. The crucial determination is not simply whether there has been a change of corporate control, but whether the work in question can properly be described, with regard to its nature of operations, as being interprovincial.

In this case, the respondents argue that since Central Western had previously been owned by CN the sale to a provincial company cannot remove it from federal jurisdiction. Moreover, in arguing that there exists a significant operational connection between Central Western and CN, they point to the fact that Central Western is connected only with CN, and note that all of the appellant's freight goes to CN for onward transport. In the same vein, the respondents argue that the various contractual arrangements between the appellants and CN add to the physical connection between the two to establish a functional integration.

The respondents' points are not without merit, yet neither are they convincing. In my view, while the factors mentioned by the respondents indicate a close commercial relationship between the two railways they do not show that CN operates Central Western. Rather, the sale of Central Western has resulted in a fundamental change in the management of the rail line. Most notably, the difference is manifested in the daily control of the business of the rail line. The distribution of the grain cars along the rail line is handled by the appellant, and CN rail cars do not travel on Central Western, nor does the federal rail company participate in the management of any of the leases connected to the property. Basically, CN exercises no control over the running of the rail line, making it difficult to view Central Western as a federal work or undertaking.

également propriétaire. Dans le raisonnement suivi par les membres majoritaires de l'Office et les observations formulées par les tenants de la compétence provinciale, on insiste beaucoup sur le fait indubitable que la propriété n'est pas, en elle-même, déterminante au chapitre de la compétence constitutionnelle. Il ne s'ensuit toutefois pas que la propriété, ainsi que le contrôle et la direction qui s'y rattachent, n'a aucune importance lorsqu'il s'agit de trancher la question de la compétence. Voici ce que dit à ce sujet, de façon plutôt détaillée, le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Central Western Railway*, précité, aux pages 1131 à 1133:

Un changement quant à la personne morale qui a le contrôle peut néanmoins s'avérer important lorsque cela entraîne des modifications dans l'exploitation de l'entreprise en question. Ce qui est crucial, ce n'est pas simplement de déterminer si une autre personne morale en a acquis le contrôle, mais bien de se demander si l'ouvrage en question peut à bon droit être qualifié d'interprovincial, compte tenu de la nature de ses opérations.

En l'espèce, les intimés soutiennent que, comme Central Western appartenait antérieurement au CN, sa vente à une compagnie provinciale ne saurait la soustraire à la compétence fédérale. De plus, ils allèguent à l'appui de l'argument selon lequel il existe un lien opérationnel important entre Central Western et CN que la voie de Central Western ne se raccorde qu'à celle de CN, et soulignent que la totalité des marchandises transportées par l'appelante sont livrées au CN en vue de leur acheminement. Dans le même ordre d'idées, les intimés font valoir que les différents contrats subsistant entre l'appelante et CN confirment l'existence d'un lien matériel entre les deux compagnies et établissent ainsi l'intégration fonctionnelle de ces dernières.

Les points soulevés par les intimés sont certes valables, mais ils ne sont pas non plus convaincants. À mon avis, si les facteurs mentionnés par les intimés révèlent l'existence de rapports commerciaux étroits entre les deux compagnies de chemin de fer, ils n'établissent pas que la voie de Central Western est exploitée par CN. Au contraire, la vente de cette voie a entraîné un changement fondamental dans la gestion de celle-ci. Cette différence se manifeste principalement dans la gestion quotidienne des affaires reliées à la voie en question. En effet, c'est l'appelante qui s'occupe de la répartition des wagons à grain le long de la voie et les wagons de CN ne circulent pas sur le chemin de fer Central Western. De plus, la compagnie ferroviaire fédérale ne participe pas à la gestion des baux afférents aux biens-fonds. Tout compte fait, CN n'exerce aucun contrôle sur l'exploitation du chemin de fer Central Western, tant et si bien qu'on peut difficilement considérer

The respondents, however, rely on a number of cases in support of their argument on this point. One of these is *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (*Luscar*), which is said to aid the contention that the appellant's ownership of Central Western does not immunize the railway from federal jurisdiction. *Luscar* concerned a short branch line railway that was situated within Alberta. The line was owned and built by a provincial coal company, Luscar Collieries, but was operated by CN and had been constructed for the purpose of future sale to CN. In these circumstances the railway was held to fall under federal jurisdiction, but in delivering the judgment of the Privy Council, Lord Warrington of Clyffe appeared to base his decision on the fact that the local railway was operated by the national company. He stated, at pp. 932-33:

It is, in their [Lords] view, impossible to hold as to any section of that system which does not reach the boundary of a Province that it does not connect that Province with another. If it connects with a line which itself connects with one in another Province, then it would be a link in the chain of connection, and would properly be said to connect the Province in which it is situated with other Provinces.

In the present case, having regard to the way in which the railway is operated, their Lordships are of opinion that it is in fact a railway connecting the Province of Alberta with others of the Provinces, and therefore falls within s. 92, head 10(a) of the Act of 1867 . . . If under the agreements hereinbefore mentioned the Canadian National Railway Company should cease to operate the Luscar Branch, the question whether under such altered circumstances the railway ceases to be within s. 92, head 10(a), may have to be determined, but that question does not now arise.

As the above quotation indicates, the Privy Council in *Luscar* viewed the operation of the line as the determinative factor. This reading of the decision was supported by the Court in *British Columbia Electric Railway, supra*, at pp. 169-70. Left open by *Luscar*, however, is the very issue before the Court on this appeal, namely, whether a transfer of ownership of the rail line could result in a change of jurisdiction. Although there is a connection between the business of the appellant and CN, the arrangement is different from that in *Luscar*. Most obviously, while the railway in *Luscar* was owned by a provincial company, it was operated in common with the federal work or undertaking. That is not the case here. CN does not operate Central Western nor does it have any future plan or expectation to take over the railway, as was the

celui-ci comme un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale.

Les intimés invoquent toutefois plusieurs arrêts au soutien de leur argument sur ce point. Parmi ceux-ci figure l'arrêt *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (*Luscar*), qui, à ce qu'on prétend, appuie l'argument suivant lequel Central Western n'échappe pas à la compétence fédérale du simple fait qu'il appartient à l'appelante. Il s'agissait dans l'affaire *Luscar* d'un court chemin de fer secondaire situé en Alberta. Ce chemin de fer appartenait à une compagnie de charbon provinciale, Luscar Collieries, qui l'avait également construit. C'était toutefois CN qui l'exploitait et il avait été construit en vue d'une vente future au CN. Dans ces circonstances, on a jugé que le chemin de fer relevait de la compétence fédérale, mais en rendant l'arrêt du Conseil privé, lord Warrington of Clyffe a paru fonder sa conclusion sur le fait que le chemin de fer local était exploité par la compagnie nationale. Il affirme, aux pp. 932 et 933:

[TRADUCTION] Il est impossible, à leur avis [celui des lords juges], de dire d'une section quelconque de ce réseau qui ne s'étend pas jusqu'à la frontière de la province, qu'elle ne relie pas cette province à une autre. Si elle est reliée à une ligne qui est elle-même reliée à une ligne dans une autre province, alors elle constitue un maillon de la chaîne, et on peut dire à bon droit qu'elle relie la province dans laquelle elle est située avec d'autres provinces.

Dans la présente affaire, considérant le mode d'exploitation du chemin de fer, leurs Seigneuries sont d'avis qu'il s'agit en fait d'un chemin de fer reliant la province d'Alberta avec d'autres provinces et, par conséquent, visé par l'al. 92(10)a de l'Acte de 1867. . . . Si, en vertu des accords susmentionnés, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada devait cesser d'exploiter l'embranchement Luscar, il se peut que, dans cette nouvelle situation, la question de savoir si le chemin de fer n'est plus visé par l'al. 92(10)a) doit être décidée, mais cette question ne se pose pas maintenant.

Ainsi que l'indique ce passage, le Conseil privé dans l'arrêt *Luscar* a tenu pour déterminante l'exploitation de la ligne de chemin de fer. Cette interprétation de l'arrêt a été appuyée par notre Cour dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway*, précité, aux pp. 169 et 170. L'arrêt *Luscar* ne tranche cependant pas la question même dont nous sommes saisis en l'espèce, c'est-à-dire celle de savoir si le transfert de la propriété du chemin de fer pouvait opérer un changement de compétence. Bien qu'il y ait un lien entre l'entreprise de l'appelante et CN, il diffère de celui qui existait dans l'affaire *Luscar*. La différence la plus évidente est que le chemin de fer en cause dans l'affaire *Luscar*, quoique appartenant à une compagnie provinciale, était exploité conjointement avec l'ouvrage ou l'entreprise à caractère fédéral. Tel n'est pas

case in *Luscar*. [Emphasis in original.]

le cas en l'espèce. CN n'exploite pas Central Western et n'envisage pas d'en prendre la direction ni ne s'attend à le faire, contrairement à ce qui s'est passé dans *Luscar*. [Souligné dans l'original.]

33 *Central Western Railway*, was, of course, a case where ownership changed from a federal interprovincial railway company to a purely local company. The result in that case, namely that the change in ownership resulted in a transfer to provincial jurisdiction, is enough to explain¹⁵ why gathering and processing facilities which are not owned by Westcoast have never been subject to the Board's jurisdiction. The present case does not, of course, involve a change of ownership but is analogous to the situation in *Central Western Railway* before the sale took place.

Dans l'affaire *Central Western Railway*, le chemin de fer était passé des mains d'une société interprovinciale de compétence fédérale à celles d'une société de nature purement locale. Ainsi, le changement de propriétaire a fait en sorte que l'entreprise a cessé de relever de la compétence fédérale pour être assujettie à la compétence provinciale, ce qui suffit à expliquer¹⁵ pourquoi les installations de collecte et de traitement qui n'appartiennent pas à Westcoast n'ont jamais relevé de la compétence de l'Office. La présente espèce ne met certes pas en cause un transfert de propriété, mais elle présente des analogies avec les faits dans l'affaire *Central Western Railway* avant que la vente n'ait lieu.

34 This Court has had occasion to discuss the importance of ownership (always, of course, where it is accompanied by direction and control) on more than one occasion. In *Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board*,¹⁶ Mahoney J.A., speaking for the Court, said:

Notre Cour a eu plus d'une fois l'occasion d'analyser l'importance de la propriété (assortie, bien sûr, dans tous les cas, de la direction et du contrôle). Dans l'arrêt *Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie*¹⁶, le juge Mahoney, J.C.A., dit ce qui suit au nom de la Cour:

As I appreciate it, the undertaking of the joint venture's pipeline, Cochin, is the transportation of the products it is authorized to carry from Fort Saskatchewan to Sarnia and intermediate points. There must be means of taking product from the line if the product in it is to move; without that there can be no transportation. The Judicial Committee observed, in *Canadian Pacific Rly. v. A.G. for British Columbia*, at p. 144:

Tel que je le conçois, le pipe-line de l'entreprise en participation, le Cochin, est une entreprise ayant pour objet le transport des produits qu'elle est autorisée à acheminer de Fort Saskatchewan à Sarnia ainsi qu'aux points intermédiaires. Il faut, pour assurer le mouvement des produits qui y transitent, qu'existent des moyens de retirer ceux-ci de la canalisation; sans cela, il ne peut y avoir transport. Le Comité judiciaire a fait remarquer dans *Canadian Pacific Rly. v. A.G. for British Columbia*, à la p. 144:

"It may be that, if the appellant chose to conduct a hotel solely or even principally for the benefit of travellers on its system, that hotel would be a part of its railway undertaking. Their Lordships do not doubt that the provision of meals and rest for travellers on the appellant's system may be a part of its railway undertaking whether that provision is made in trains or at stations, and such provision might be made in a hotel. But the *Empress Hotel* differs markedly from such a hotel."

«[TRADUCTION] Dans l'hypothèse où l'appelante a choisi d'exploiter un hôtel pour le seul ou pour le principal bénéfice des voyageurs utilisant son réseau, il est possible que cet hôtel fasse partie de son entreprise de chemin de fer. Fournir repas et repos aux voyageurs empruntant son réseau peut constituer, leurs Seigneuries n'en doutent pas, une fonction de l'entreprise de l'appelante, que ces services soient offerts dans les trains ou dans les gares; ils peuvent aussi l'être dans un hôtel. Toutefois, l'hôtel *Empress* est d'un type nettement différent.»

The relationship of the storage caverns to Cochin's undertaking differs markedly from that of the *Empress Hotel* to *Canadian Pacific's* railway undertaking.

Le lien existant entre les cavités d'emmagasinage et le Cochin diffère de façon marquée de celui qui existait entre l'hôtel *Empress* et le *Canadien Pacifique*.

The terminalling facilities of a pipeline, whoever provides them and whatever the ultimate destination of shipments, are provided solely for the benefit of shippers on the line. In my opinion, when they are provided by the owner of the transportation undertaking, they are part and parcel of that undertaking. That is the case here. The joint venture's storage caverns are an integral and essential part of its Cochin system. [Emphasis added.]

Les installations du terminal d'un pipe-line sont fournies, quel qu'en soit le fournisseur, pour le seul bénéfice des expéditeurs de produits, peu importe la destination finale de ceux-ci. À mon avis, lorsqu'elles sont fournies par le propriétaire de l'entreprise de transport, elles font partie de cette entreprise. C'est le cas en l'espèce. Les cavités d'emmagasinage de l'entreprise en participation sont un élément essentiel du réseau Cochin et en font partie intégrante. [Non souligné dans l'original.]

35 Likewise, in *National Energy Board (Re)*,¹⁷ the Court had to deal with a "bypass" pipeline built by a local consumer of gas to connect its operations directly to the interprovincial undertaking of Trans-Canada Pipelines Ltd. The finding was in favour of provincial jurisdiction but MacGuigan J.A. clearly implied that the result would have been different if the bypass had been built and operated by the interprovincial undertaking:

In fact, the closest parallel to the *Winner* situation in the instant reference would be an application by TCPL to build and operate the bypass pipeline as its own. Failing that situation, it seems to me that the bypass line must meet the necessary nexus test in order to establish federal jurisdiction under 92(10)(a).

De même, dans *Office national de l'énergie (Re)*¹⁷, notre Cour était appelée à se prononcer relativement à un pipeline de «dérivation» construit par un consommateur local de gaz afin de raccorder ses installations directement au réseau interprovincial de Trans-Canada Pipelines Ltd. La Cour a tranché en faveur de la compétence provinciale, mais le juge MacGuigan, J.C.A. a clairement laissé entendre que l'issue aurait été différente si le pipeline de dérivation avait été construit et exploité par le réseau interprovincial:

En fait, pour pouvoir établir une analogie convaincante entre le renvoi actuel et l'arrêt *Winner*, il faudrait que TCPL ait déposé une demande visant la construction et l'exploitation du pipeline de dérivation pour son propre compte. En l'absence d'une telle situation, j'estime que le pipeline de dérivation doit satisfaire au critère du lien nécessaire pour que la compétence fédérale se trouve établie suivant l'alinéa 92(10)a).

36 Finally, the fact that the gas transported in West-coast's interprovincial and international lines is the very same gas as over 80% of what is transported in the gathering lines, and that the processing plants simply remove those components that make transportation difficult or dangerous, makes this case analogous to, but stronger than, the situation which this Court considered in *Flamborough v. National Energy Board, Interprovincial Pipe Line Ltd. and Canada*:¹⁸

The evidence is beyond question that NGL consists of 35% propane with the balance being made up of butane and condensate. The fractionation process at Dome Petroleum's facilities is simply one of separation. It is a non-chemical process and there is no chemical change in the propane. When fractionation is completed the specification propane is nothing more than the propane which was in the stream raised to a concentration needed for market by the removal of the substances with which it was mixed. It remains the substance which Interprovincial has already

Enfin, le fait que le gaz transporté grâce aux canalisations interprovinciales et internationales de Westcoast soit à plus de 80 % le même que celui acheminé dans les installations de collecte et que les usines de traitement en retirent simplement les composés qui rendent le transport difficile ou périlleux, rend la présente affaire analogue, bien que les faits qui la sous-tendent soient plus concluants, à la situation que notre Cour a examinée dans *Flamborough c. Office national de l'énergie, Interprovincial Pipe Line Ltd. et Canada*¹⁸:

La preuve établit sans conteste que les produits liquides extraits du gaz naturel (N.G.L.) sont composés de 35 % de propane, le reste étant composé de butane et de condensat. Le procédé de fractionnement effectué aux installations de Dome Petroleum n'est qu'un procédé de séparation. Il s'agit d'un procédé non chimique et le propane ne subit aucun changement chimique. Au terme du fractionnement, le propane pur n'est ni plus ni moins que le propane qui se trouvait dans le réseau et dont on a augmenté la concentration en fonction des besoins du marché, en retirant

transported by pipeline from the prairie provinces to Sarnia and which it is entitled to transport by pipeline further east.

37 In my view, the combination of ownership, direction and control in the hands of Westcoast, together with the other factors which I have enumerated above, lead ineluctably to the conclusion that Westcoast is a single undertaking engaged in the interprovincial and international transportation of natural gas. As such, it is subject to federal jurisdiction by virtue of the combined effect of sections 91(29) and 92(10)(a).

38 The foregoing is enough to dispose of the constitutional question. There were, however, a number of matters raised in argument which should be mentioned for the sake of completeness. They are respectively the effect of section 92A of the *Constitution Act, 1867*, *supra*, the significance of the fact that some of Westcoast's gathering pipelines extend across provincial borders, and whether or not the second branch of the *Central Western Railway* test has been met. I now turn to those matters.

Section 92A of the *Constitution Act, 1867*

39 This text, which was added to the Constitution in the repatriation process, must be read together with the definition found in the sixth schedule. They read as follows:

92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

- (a) exploration for non-renewable natural resources in the province;
- (b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and
- (c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

(2) In each province, the legislature may make laws in relation to the export from the province to another part of Canada of the primary production from non-renewable natural resources and forestry resources in the province

les substances avec lesquelles il était mélangé. Il demeure la substance qu'Interprovincial avait déjà transportée par pipeline depuis les provinces des Prairies jusqu'à Sarnia, et qu'elle est habilitée à acheminer par pipeline plus loin vers l'est.

37 À mon avis, le fait que Westcoast cumule propriété, direction et contrôle, de même que les autres facteurs dont je fais mention précédemment, mènent inéluctablement à la conclusion que Westcoast est une entreprise unique de transport interprovincial et international de gaz naturel. Elle relève donc de la compétence fédérale par le jeu des articles 91(29) et 92(10)(a).

38 Voilà qui suffit à trancher la question constitutionnelle. Il importe cependant de faire état, par souci d'exhaustivité, de certaines questions soulevées en plaidoirie. Il s'agit respectivement de l'effet de l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, de l'importance du fait que certaines des installations pipelinières de collecte de Westcoast s'étendent au-delà des limites de la province et de la question de savoir s'il a été satisfait au deuxième volet du critère dégagé dans l'arrêt *Central Western Railway*. J'examinerai maintenant ces questions.

L'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*

39 Ajouté à la *Loi constitutionnelle de 1867* lors du rapatriement de la Constitution, ce texte doit être interprété en fonction de la définition qui figure à la sixième annexe. En voici le libellé:

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

- a) prospection des ressources naturelles non renouvelables de la province;
- b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;
- c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(2) La législature de chaque province a compétence pour légiférer en ce qui concerne l'exportation, hors de la province, à destination d'une autre partie du Canada, de la production primaire tirée des ressources naturelles non

and the production from facilities in the province for the generation of electrical energy, but such laws may not authorize or provide for discrimination in prices or in supplies exported to another part of Canada.

(3) Nothing in subsection (2) derogates from the authority of Parliament to enact laws in relation to the matters referred to in that subsection and, where such a law of Parliament and a law of a province conflict, the law of Parliament prevails to the extent of the conflict.

(4) In each province, the legislature may make laws in relation to the raising of money by any mode or system of taxation in respect of

(a) non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the primary production therefrom, and

(b) sites and facilities in the province for the generation of electrical energy and the production therefrom,

whether or not such production is exported in whole or in part from the province, but such laws may not authorize or provide for taxation that differentiates between production exported to another part of Canada and production not exported from the province.

(5) The expression "primary production" has the meaning assigned by the Sixth Schedule.

(6) Nothing in subsections (1) to (5) derogates from any powers or rights that a legislature or government of a province had immediately before the coming into force of this section.

...

THE SIXTH SCHEDULE

Primary Production from Non-Renewable Natural Resources and Forestry Resources

1. For the purposes of section 92A of this Act,

(a) production from a non-renewable natural resource is primary production therefrom if

(i) it is in the form in which it exists upon its recovery or severance from its natural state, or

(ii) it is a product resulting from processing or refining the resource, and is not a manufactured product or a product resulting from refining crude oil, refining upgraded heavy crude oil, refining gases or liquids derived from coal or refining a synthetic equivalent of crude oil; and

renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production d'énergie électrique de la province, sous réserve de ne pas adopter de lois autorisant ou prévoyant des disparités de prix ou des disparités dans les exportations destinées à une autre partie du Canada.

(3) Le paragraphe (2) ne porte pas atteinte au pouvoir du Parlement de légiférer dans les domaines visés à ce paragraphe, les dispositions d'une loi du Parlement adoptée dans ces domaines l'emportant sur les dispositions incompatibles d'une loi provinciale.

(4) La législature de chaque province a compétence pour prélever des sommes d'argent par tout mode ou système de taxation:

a) des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production primaire qui en est tirée;

b) des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique, ainsi que de cette production même.

Cette compétence peut s'exercer indépendamment du fait que la production en cause soit ou non, en totalité ou en partie, exportée hors de la province, mais les lois adoptées dans ces domaines ne peuvent autoriser ou prévoir une taxation qui établisse une distinction entre la production exportée à destination d'une autre partie du Canada et la production non exportée hors de la province.

(5) L'expression «production primaire» a le sens qui lui est donné dans la sixième annexe.

(6) Les paragraphes (1) à (5) ne portent pas atteinte aux pouvoirs ou droits détenus par la législature ou le gouvernement d'une province lors de l'entrée en vigueur du présent article.

...

SIXIÈME ANNEXE

Production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières

1. Pour l'application de l'article 92A:

a) on entend par production primaire tirée d'une ressource naturelle non renouvelable:

(i) soit le produit qui se présente sous la même forme que lors de son extraction du milieu naturel,

(ii) soit le produit non manufacturé de la transformation, du raffinage ou de l'affinage d'une ressource, à l'exception du produit du raffinage du pétrole brut, du raffinage du pétrole brut lourd amélioré, du raffinage des gaz ou des liquides dérivés du charbon ou du raffinage d'un équivalent synthétique du pétrole brut;

(b) production from a forestry resource is primary production therefrom if it consists of sawlogs, poles, lumber, wood chips, sawdust or any other primary wood product, or wood pulp, and is not a product manufactured from wood.

b) on entend par production primaire tirée d'une ressource forestière la production constituée de billots, de poteaux, de bois d'œuvre, de copeaux, de sciure ou d'autre produit primaire du bois, ou de pâte de bois, à l'exception d'un produit manufacturé en bois

40 As was made plain by the Supreme Court of Canada in *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*,¹⁹ this section must be read in conjunction with the other sections of the Constitution, and the powers that it grants to the provincial legislatures are, like other provincial legislative powers, subject to the federal declaratory power under section 92(10)(c). By the same token, it would seem to me that, while any consideration of federal powers under section 92(10)(a) must bear in mind the various grants of exclusive provincial powers, including those in section 92A, the latter cannot in any sense be said to override the federal powers.

40 Comme l'énonce clairement la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*¹⁹, cet article s'applique de pair avec les autres dispositions constitutionnelles, et les pouvoirs qu'il accorde aux législatures provinciales sont, comme tous les autres pouvoirs législatifs des provinces, subordonnés au pouvoir déclaratoire fédéral prévu à l'article 92(10)c). Aussi, même si l'examen des pouvoirs fédéraux aux termes de l'article 92(10)a) doit tenir compte des différents pouvoirs exclusifs accordés aux provinces, y compris ceux énumérés à l'article 92A, j'estime que cette dernière disposition ne saurait avoir préséance, de quelque manière, sur les pouvoirs du Parlement du Canada.

41 For present purposes, the relevant part of section 92A is in paragraph 92A(1)(b) relating to the development, conservation and management of non-renewable natural resources and the rate of primary production therefrom. Even on the most broad and generous interpretation, I cannot read this as preventing the exercise of federal jurisdiction over a transportation undertaking which receives raw gas from the producers thereof after it has been extracted from the ground, dehydrated, and transported to delivery points. Such federal jurisdiction is entirely compatible with the exercise of the provincial powers mentioned in section 92A.

41 Aux fins de la présente affaire, la partie de l'article 92A pertinente est l'alinéa 92A(1)b), lequel porte sur l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles non renouvelables et sur leur rythme de production primaire. Même en me fondant sur l'interprétation la plus large et la plus généreuse qui soit, je ne peux conclure que cette disposition empêche l'exercice de la compétence fédérale à l'égard d'une entreprise de transport qui reçoit du gaz brut des producteurs, une fois qu'il a été extrait du sous-sol, déshydraté et acheminé aux points de livraison. Cette compétence fédérale est parfaitement compatible avec l'exercice des pouvoirs conférés aux provinces à l'article 92A.

Gathering lines which cross provincial borders

Prolongement des canalisations de collecte au-delà des limites de la province

42 It will be recalled that the majority of the Board did not consider this question because they were of the view that Westcoast's gathering facilities in the Fort St. John area would "not form part of the same undertaking" as Westcoast's gathering facilities which extended into Alberta, Yukon and the Northwest Territories.

42 On se souviendra que la majorité des membres de l'Office n'a pas examiné cette question, car elle estimait que les installations de collecte de Westcoast dans la région de Fort St. John «ne form[ai]ent pas partie de la même entreprise» que les installations de collecte de Westcoast qui se prolongeaient jusqu'en Alberta, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest.

43 With respect, I find this reasoning to be quite extraordinary. It is one thing to assert, as the Board did, that gathering and processing are different undertakings from mainline transmission. It is quite another to say that the gathering activities of Westcoast conducted in one part of British Columbia are a different undertaking from the identical activities conducted under a common management and direction by the same company in another part of British Columbia. I can find no warrant for such a view in any of the cases.

44 That being so, it is my view that even if one were to consider Westcoast's gathering operations as being a separate undertaking from its processing and mainline transmission operations (a position which, for the reasons given, I do not think is correct) that undertaking, including the operations in the Fort St. John and Grizzly Valley areas, must be regarded as interprovincial because such transportation takes place on a regular and continuous basis across provincial boundaries. Nor is the fact that only a relatively small part of Westcoast's gathering facilities extend into Yukon, the Northwest Territories and Alberta of any constitutional significance. In *Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279 et al., Re*,²⁰ Cory J.A. (as he then was) said:

The appellant contended that since the extent of the extraprovincial operation was very small when compared to the total operation that this, in itself, should be sufficient to exempt the undertaking from the provisions of s. 92(10)(a). This contention cannot be accepted. If the extraprovincial operation is regular and continuous, as it is here, then the undertaking falls within the section.

45 Later, in the same case, Cory J.A. continued, at page 570:

There are difficulties inherent in a quantitative approach. For example, the question must always arise, where should the line be drawn in any particular case? Should the crucial ratio be 80-20, 90-10, 95-5 or 60-40? If

Avec égards, ce raisonnement me semble assez inusité. C'est une chose que d'affirmer, comme le fait l'Office, que la collecte et le traitement constituent des entreprises distinctes du transport au moyen de la canalisation principale. C'en est tout à fait une autre que d'affirmer que les activités de collecte exercées par Westcoast dans une partie de la Colombie-Britannique constituent une entreprise distincte par rapport aux mêmes activités exercées dans le cadre d'une gestion et d'une direction communes par la même société dans une autre partie de cette province. Je ne vois rien dans la jurisprudence qui puisse justifier un tel point de vue.

44 Par conséquent, je suis d'avis que même si les activités de collecte de Westcoast constituaient une entreprise distincte par rapport aux activités de traitement et de transport au moyen de la canalisation principale (un point de vue que je ne crois pas fondé, pour les motifs donnés précédemment), cette entreprise, y compris les activités exercées dans les régions de Fort St. John et de la vallée Grizzly, doit être considérée comme étant interprovinciale, car le transport s'effectue de façon régulière et ininterrompue au-delà des limites de la province. Que seulement une partie relativement infime des installations de collecte de Westcoast se prolonge au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et en Alberta n'a non plus aucune importance sur le plan constitutionnel. Dans l'arrêt *Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279 et al., Re*²⁰, le juge Cory (qui était alors juge de la Cour d'appel de l'Ontario) dit ce qui suit:

[TRADUCTION] L'appelante a fait valoir que la faible étendue de l'exploitation extraprovinciale, par rapport à l'ensemble de l'exploitation, devait suffire, en soi, pour soustraire l'entreprise à l'application de l'art. 92(10)(a). On ne saurait faire droit à cette prétention. Lorsque l'exploitation extraprovinciale est régulière et ininterrompue, comme c'est le cas en l'espèce, l'entreprise est assujettie à la disposition.

45 Plus loin, dans la même décision, le juge Cory ajoute, à la page 570:

[TRADUCTION] La méthode quantitative comporte des difficultés inhérentes. Par exemple, la question se pose toujours de savoir où il convient de tracer la ligne de démarcation dans un cas en particulier. Le rapport critique

a quantitative approach is to be taken, then should a very large corporation with a small but regular extraprovincial business representing 4% of its operations be in a different category from a small concern with the same amount of extraprovincial business but, because of its smaller total operation, the extraprovincial work amounting to 50% of its total? Should the labour relations of the smaller concern be regulated by a different body than those of the larger business? In my view, the quantitative approach should not be adopted. Rather, the determination of the essential issue as to whether the undertaking connects provinces should be based upon the continuity and regularity of the connecting operation or extraprovincial business.

- 46 In my view, the Board erred on this point as well. At a minimum, all Westcoast's gathering facilities are subject to federal jurisdiction.

The second branch of the *Central Western Railway* test

- 47 Because I have concluded that Westcoast's facilities constitute a single undertaking subject to federal jurisdiction, it is not necessary for me to deal with the second branch of the *Central Western Railway* test which inquires whether an undertaking which is not itself federal becomes subject to federal jurisdiction because it is essential and integral to a core federal undertaking. In *Central Western Railway*, *supra*, Dickson C.J., quoting from his earlier decision in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*,²¹ summarized this part of the test as follows, at page 1139:

First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as "vital", "essential" or "integral".

- 48 However, where, as here, there is a finding of a single undertaking, it is not in my view necessary

doit-il correspondre à 80-20, à 90-10, à 95-5 ou à 60-40? Si l'on retient la méthode quantitative, une très grande société ayant une activité extraprovinciale minime, mais régulière, représentant 4 % de l'ensemble de ses activités devrait-elle appartenir à une autre catégorie que celle dont fait partie une petite entreprise ayant le même niveau d'activités extraprovinciales, lesquelles, en raison des dimensions moindres de l'entreprise, représentent 50 % de l'exploitation globale? Les relations de travail de l'entreprise plus modeste devraient-elles être régies par un organisme différent par rapport à celles de l'entreprise plus importante? À mon avis, il n'est pas opportun d'avoir recours à la méthode quantitative. Pour trancher la question fondamentale de savoir si l'entreprise relie des provinces, il convient plutôt de se fonder sur le caractère ininterrompu et régulier des activités de liaison ou de l'activité extraprovinciale.

- À mon avis, l'Office a également commis une erreur à cet égard. À tout le moins, la totalité des installations de collecte de Westcoast relèvent de la compétence fédérale.

Le deuxième volet du critère dégagé dans l'arrêt *Central Western Railway*

- Comme je suis arrivé à la conclusion que les installations de Westcoast ne constituent qu'une seule entreprise assujettie à la compétence fédérale, il est inutile que je me penche sur le second volet du critère dégagé dans l'arrêt *Central Western Railway* aux termes duquel il convient de se demander si une entreprise qui n'est pas en soi de caractère fédéral le devient lorsqu'elle est essentielle à une entreprise fédérale principale et qu'elle fait partie intégrante de celle-ci. Dans l'arrêt *Central Western Railway*, précité, le juge en chef Dickson, citant les propos qu'il avait tenus antérieurement dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*²¹, résume comme suit cet élément du critère, à la page 1139:

Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié «fondamental», «essentiel» ou «vital».

- Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, on conclut à l'existence d'une entreprise unique, il n'est pas

that every integral part of that undertaking should also be “vital” or “essential” thereto. Or, to come at the matter the other way, it is not necessary that the federal undertaking itself should be dependent upon the existence and operation of all of its parts. Those questions need only be asked in connection with the second branch of the *Central Western Railway* test.

49 An undertaking may well include activities and services which are not vital or essential to it. Those activities and services will, however, still be part of the same undertaking if they are functionally and operationally integral to it and if there is a sufficient commonality of purpose. No one would suggest that a railway could not operate if it did not run station restaurants; but since the purpose of such restaurants, namely the comfort and convenience of passengers on trains, is the same as one of the purposes of the train operations themselves, they form part of the same undertaking. By the same token, Westcoast’s processing plants, which offer a service to shippers of raw gas to enable their product to be carried on to market, are part of its transportation undertaking within the first branch of the *Central Western Railway* test.

50 It follows, in my view, that a finding that the gathering and processing facilities owned and operated by Westcoast are a part of its transportation undertaking does not necessarily establish that the gathering and processing operations carried on by others are vital or essential to the Westcoast undertaking so as to become themselves subject to federal jurisdiction. That is a question for another day and I express no opinion on it.

The statutory question

51 This brings me finally to the question of statutory interpretation.

52 For convenience, I reproduce the definition of “pipeline” in section 2 of the *National Energy Board Act*:

nécessaire, selon moi, que chacune des composantes de cette entreprise soit également «fondamentale» ou «essentielle» à celle-ci. Autrement dit, il n’est pas nécessaire que l’entreprise fédérale elle-même dépende de l’existence et de l’exploitation de chacune de ses composantes. Ces questions ne sont pertinentes qu’aux fins du second volet du critère dégagé dans l’arrêt *Central Western Railway*.

49 Une entreprise peut fort bien englober des activités et des services qui ne lui sont ni fondamentaux ni essentiels. Ces activités et services font néanmoins partie de la même entreprise dans la mesure où ils font partie intégrante de celle-ci sur le plan du fonctionnement et de l’exploitation et qu’il existe un objectif commun suffisant. Nul ne prétend qu’un chemin de fer ne pourrait fonctionner s’il n’exploitait pas de restaurant dans les gares, mais comme l’objectif de tels restaurants est d’assurer le confort des passagers et qu’il s’agit également de l’un des objectifs de l’exploitation d’un train comme telle, les restaurants font partie de la même entreprise. Ainsi, les usines de traitement de Westcoast, qui offrent aux expéditeurs de gaz brut un service qui permet l’acheminement de leur produit vers les marchés, font partie de son entreprise de transport aux fins du premier volet du critère de l’arrêt *Central Western Railway*.

50 Il s’ensuit, selon moi, que la conclusion selon laquelle les installations de collecte et de traitement que possède et qu’exploite Westcoast font partie de son entreprise de transport n’implique pas nécessairement que les activités de collecte et de traitement exercées par d’autres sont fondamentales ou essentielles à l’entreprise de Westcoast au point de devenir elles-mêmes assujetties à la compétence fédérale. Mais il s’agit d’une toute autre question, et je m’abstiens de me prononcer à ce sujet.

La question de l’interprétation législative

51 Reste donc à trancher la question de l’interprétation du terme «pipeline» défini à l’article 2 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

52 Par souci de commodité, je reprends le libellé de la définition:

2. . . .

“pipeline” means a line that is used or to be used for the transmission of oil or gas, alone or with any other commodity, and that connects a province with any other province or provinces or extends beyond the limits of a province or the offshore area as defined in section 123, and includes all branches, extensions, tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio and real and personal property and works connected therewith;

2. . . .

«pipeline» Canalisation servant ou destinée à servir au transport du pétrole ou du gaz, seul ou avec un autre produit, et reliant une province et une ou plusieurs autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province ou de la zone extracôtière, au sens de l'article 123, y compris les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations de stockage ou de chargement, pompes, rampes de chargement, compresseurs, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes.

53 The question is to know whether this definition includes the Westcoast processing plants.

La question est donc de savoir si cette définition 53 comprend les usines de traitement de Westcoast.

54 In my view, a part of the answer lies in the findings on the constitutional question; once it is determined that Westcoast is a single undertaking, it seems to me to be much easier to view the processing plants as being an integral part of the pipelines to which they are connected on each side. Indeed, the only argument of substance put forward against such a view is that the enumeration of facilities in the second part of the definition should be read as controlling the very general words at the end.

À mon avis, les conclusions tirées sur le plan 54 constitutionnel permettent de répondre en partie à la question; une fois qu'il est établi que Westcoast constitue une entreprise unique, il me semble en effet beaucoup plus facile de considérer que les usines de traitement font partie intégrante des pipelines auxquels elles sont reliées de part et d'autre. En fait, le seul argument substantiel avancé à l'effet contraire est que l'énumération des installations dans la deuxième partie de la définition devrait circonscrire la portée des termes généraux employés à la fin.

55 I do not agree. The second part of the definition is in its terms inclusive and should not be read so as to restrict the more general words which both precede and follow it. Those words are in themselves very broad and quite adequate to cover processing plants. Furthermore, it seems to me that there is a sound constitutional reason why the processing plants should not have been included in the enumeration: such plants are ordinarily local works subject to provincial jurisdiction; they only become subject to federal jurisdiction by reason of their being part of a federal interprovincial transportation undertaking. It would be unusual for Parliament to include in the definition works which would not normally be subject to its jurisdiction and only became so by reason of factors external to the legislation.

Je ne suis pas d'accord. La deuxième partie de la 55 définition, qui revêt un caractère inclusif, ne devrait pas être interprétée comme restreignant la portée des termes plus généraux qui la précèdent et de ceux qui la suivent. Ces termes sont en soi très généraux et tout à fait aptes à englober les usines de traitement. De plus, il me semble exister une bonne raison d'ordre constitutionnel pour laquelle les usines de traitement n'auraient pas pu figurer dans l'énumération. En effet, ces usines constituent habituellement des ouvrages de nature locale soumis à la compétence provinciale. Elles ne sont assujetties à la compétence fédérale que lorsqu'elles font partie d'une entreprise fédérale de transport interprovincial. Il serait inusité que le législateur inclue dans la définition des ouvrages qui ne sont habituellement pas soumis à la compétence fédérale et qui ne le deviennent qu'en raison de facteurs étrangers à la loi.

56 In my view, the Board's jurisdiction extends to the processing plants in issue here.

Disposition

57 I would allow the appeal (Court file A-545-95), set aside the decision of the Board declining jurisdiction, and return the matter to the Board for a decision on the merits of the application.

58 In the reference (Court file A-606-95) I would answer both questions in the affirmative.

59 No special reasons having been shown, I would make no order as to costs.

60 PRATTE J.A.: I agree.

61 STONE J.A.: I agree.

J'estime que l'Office a compétence à l'égard des usines de traitement visées en l'espèce. 56

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir l'appel (numéro du greffe A-545-95), d'annuler la décision de l'Office déclinant toute compétence et de renvoyer l'affaire à l'Office afin qu'il se prononce sur le bien-fondé de la demande. 57

En ce qui concerne le renvoi portant le numéro du greffe A-606-95, je suis d'avis de répondre aux deux questions par l'affirmative. 58

Aucune raison spéciale n'ayant été avancée, je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens. 59

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 60

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 61

¹ R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5].

² R.S.C., 1985, c. N-7.

³ The table is a simplified version of information found at Appeal Book, p. 968.

⁴ Federal jurisdiction over the proposed expansion of the mainline transmission pipeline facilities downstream of the Aitken Creek plant (as indeed over the analogous facilities downstream of the Pine River plant in the Grizzly Valley project) was not and has not been questioned at any stage of the proceedings. Those facilities are, however, a relatively minor part of both the proposed expansions.

⁵ 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]].

⁶ These two parties both moved to quash the reference on the grounds of alleged procedural irregularities. We dismissed those applications from the Bench on the first day of the hearing of this appeal.

⁷ [1990] 3 S.C.R. 1112, at pp. 1124-1125.

⁸ [1954] A.C. 541 (P.C.), *per* Lord Porter, at pp. 581-582.

⁹ [1950] A.C. 122 (P.C.), *per* Lord Reid, at p. 143.

¹⁰ [1905] A.C. 52 (P.C.), *per* Lord Macnaghten, at p. 59.

¹¹ [1968] S.C.R. 118, at p. 127.

¹ L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5].

² L.R.C. (1985), ch. N-7.

³ Le tableau est une version simplifiée des renseignements qui figurent à la p. 968 du dossier d'appel.

⁴ La compétence fédérale à l'égard de l'agrandissement projeté des installations de la principale canalisation de transport en aval de l'usine Aitken Creek (tout comme sur les installations analogues en aval de l'usine Pine River dans le cadre du projet Grizzly Valley) n'était pas et n'a pas été remise en cause à une étape ou à une autre des procédures. Cependant, ces installations correspondent à une partie relativement peu importante des deux agrandissements projetés.

⁵ 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]].

⁶ Ces deux parties ont tenté de faire annuler le renvoi sur la base de prétendus vices de procédure. La Cour a rejeté leurs requêtes à l'audience le jour où elle a commencé à entendre le présent appel.

⁷ [1990] 3 R.C.S. 1112, aux p. 1124 et 1125.

⁸ [1954] A.C. 541 (P.C.), lord Porter, aux p. 581 et 582.

⁹ [1950] A.C. 122 (P.C.), lord Reid, à la p. 143.

¹⁰ [1905] A.C. 52 (P.C.), lord Macnaghten, à la p. 59.

¹¹ [1968] R.C.S. 118, à la p. 127.

¹² Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (supplemented) (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992), at p. 22-11.

¹³ The hydrogen sulphide undergoes a significant change when it is converted into elemental sulphur, but this only takes place after it has been separated from the fuel gas.

¹⁴ [1927] A.C. 925, *per* Lord Warrington of Clyffe, at pp. 932-933.

¹⁵ If any explanation is needed; the failure to assert jurisdiction in the past is of very marginal relevance to a determination as to whether such jurisdiction exists.

¹⁶ (1987), 73 N.R. 135 (F.C.A.), at pp. 139-140.

¹⁷ [1988] 2 F.C. 196 (C.A.), at p. 218.

¹⁸ (1984), 55 N.R. 95 (F.C.A.), *per* Mahoney J.A., at pp. 102-103.

¹⁹ [1993] 3 S.C.R. 327.

²⁰ (1983), 44 O.R. (2d) 560 (C.A.), at p. 568.

²¹ [1980] 1 S.C.R. 115 (*Northern Telecom No. 1*).

¹² Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., (édition augmentée), Scarborough (Ontario): Carswell, 1992, à la p. 22-11.

¹³ L'hydrogène sulfuré subit une modification importante lorsqu'il est transformé en soufre, ce qui n'a lieu qu'une fois qu'il est séparé du gaz combustible.

¹⁴ [1927] A.C. 925, lord Warrington of Clyffe, aux p. 932 et 933.

¹⁵ Si une explication est nécessaire; l'omission de l'exercer dans le passé a très peu d'importance aux fins de déterminer si la compétence existe.

¹⁶ (1987), 73 N.R. 135 (C.A.F.), aux p. 139 et 140.

¹⁷ [1988] 2 C.F. 196 (C.A.), à la p. 218.

¹⁸ (1984), 55 N.R. 95 (C.A.F.), le juge d'appel Mahoney, aux p. 102 et 103.

¹⁹ [1993] 3 R.C.S. 327.

²⁰ (1983), 44 O.R. (2d) 560 (C.A.), à la p. 568.

²¹ [1980] 1 R.C.S. 115 (*Northern Telecom n° 1*).

T-1293-95

T-1293-95

Sheldon S. Richmond et al. (Applicants)**Sheldon S. Richmond et al. (requérants)**

v.

c.

Attorney General of Canada (Public Service Commission of Canada, Department of National Defence, Revenue Canada, Customs & Excise) (Respondent)

Procureur général du Canada (Commission de la Fonction publique du Canada, ministère de la Défense nationale, Revenu Canada, Douanes et Accise) (intimé)

INDEXED AS: RICHMOND v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: RICHMOND c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (I^{re} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, January 31 and February 13, 1996.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 31 janvier et 13 février 1996.

Public Service — Labour relations — Application for judicial review of Adjudicator's decision respecting grievances referred for adjudication under Public Service Staff Relations Act, s. 92 — Applicants claiming "other leave with pay" under collective agreements to observe Jewish religious holidays — Employer denying claim but approving applications for annual leave — Must accommodate employees up to degree of undue hardship — Where offer of accommodation not reasonable, "other leave with pay" provisions mandatory to ensure compliance with non-discrimination provisions of collective agreements — No need to resort to other leave with pay provisions as reasonable offer made by employer — Offer of accommodation need only be reasonable to satisfy duty to accommodate — Obligation met by employer.

Fonction publique — Relations du travail — Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre relativement au renvoi à l'arbitrage de griefs conformément à l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique — Les requérants ont présenté des demandes d'«autre congé payé» en vertu de leurs conventions collectives en vue d'observer des fêtes religieuses juives — L'employeur a rejeté ces demandes de congé, mais a accordé leurs demandes de congé annuel — Il doit accommoder ses employés sous réserve de contrainte excessive — Lorsque l'employeur propose une mesure d'accommodement déraisonnable, les clauses d'«autre congé payé» sont obligatoires afin de garantir le respect des clauses concernant l'élimination de la discrimination prévues dans les conventions collectives — Il n'y a pas lieu de recourir aux clauses concernant d'autres congés payés puisque l'employeur avait proposé des mesures d'accommodement raisonnables — La proposition doit seulement être raisonnable pour satisfaire à l'obligation d'accommodement — L'employeur a satisfait cette obligation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68), 96(2).

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68), 96(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

JURISPRUDENCE

APPLIED:

DÉCISION APPLIQUÉE:

Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, [1994] 2 S.C.R. 525; (1994), 115 D.L.R. (4th) 609; 21 Admin. L.R. (2d) 169; 4 C.C.E.L. (2d) 165; 22 C.H.R.R. D/1; 94 CLLC 17,023; 169 N.R. 281; 62 Q.A.C. 241.

Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525; (1994), 115 D.L.R. (4th) 609; 21 Admin. L.R. (2d) 169; 4 C.C.E.L. (2d) 165; 22 C.H.R.R. D/1; 94 CLLC 17,023; 169 N.R. 281; 62 Q.A.C. 241.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Wiseman, [1995] F.C.J. No. 692 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

National Energy Board v. Public Service Staff Relations Board (Can.) et al. (1994), 178 N.R. 377 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 14 Admin. L.R. (2d) 1; 93 CLLC 14,032; 152 N.R. 1; 63 O.A.C. 1.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Public Service Staff Relations Board respecting grievances referred for adjudication under section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Catherine H. MacLean for applicants.
Harvey A. Newman and *Micheline Langlois* for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan Power, Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

- 1 GIBSON J.: These reasons relate to an application for judicial review of a decision of the Public Service Staff Relations Board, rendered by Thomas W. Brown, board member, on May 15, 1995 [[1995] C.P.S.S.R.B. No. 43 (QL)], respecting 27 grievances referred for adjudication pursuant to section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*.¹

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Procureur général) c. Wiseman, [1995] A.C.F. n° 692 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Office national de l'énergie c. Commission des relations de travail dans la fonction publique (Can.) et autres (1994), 178 N.R. 377 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 14 Admin. L.R. (2d) 1; 93 CLLC 14,032; 152 N.R. 1; 63 O.A.C. 1.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique en ce qui concerne des griefs renvoyés à l'arbitrage conformément à l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Catherine H. MacLean pour les requérants.
Harvey A. Newman et *Micheline Langlois* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Nelligan Power, Ottawa, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

- 1 LE JUGE GIBSON: Les présents motifs se rapportent à une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rendue par Thomas W. Brown, commissaire, le 15 mai 1995 [[1995] C.R.T.F.P.C. n° 43 (QL)], relativement au renvoi à l'arbitrage de 27 griefs, conformément à l'article 92

de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*¹.

2 An agreed statement of facts was filed before the Public Service Staff Relations Board (the Adjudicator). The most relevant elements of the agreed statement of facts, as incorporated in the Adjudicator's decision, are as follows:

1. A total of 27 grievances have been referred to adjudication on the issue of accommodation of religious beliefs. Of these, 14 relate to request for "other leave with pay" in 1992; the final 13 grievances refer to similar requests in 1993.
2. The Grievors, their occupational group, the Departmental employer, and the years to which the request for "other leave with pay" were made are as follows:

[16 Grievors are listed including the named applicant, Sheldon Richmond. Mr. Richmond was, at the relevant time, employed by the Public Service Commission. One other grievor was employed by the Department of National Defence. The others were employed by Revenue Canada.]

3. All the grievances were submitted in a timely fashion for 1992 and 1993 respectively.
4. With respect to the 1992 grievances, the Grievors submitted applications for "other leave with pay" in order to observe the Jewish religious holidays Rosh Hashana (September 28 and 29, 1992) and Yom Kippur (October 7, 1992). Each of these days were scheduled work days for the Grievors. The applications were denied by the employer. The Grievors subsequently submitted applications for annual leave with pay for the three days. These applications were approved.
5. With respect to the 1993 grievances, the Grievors submitted applications for "other leave with pay" in order to observe the Jewish religious holiday Rosh Hashana (September 16 and 17, 1993). Both of these days were scheduled work days for the Grievors. Yom Kippur did not fall on a scheduled work day in 1993. The applications were denied by the employer. The Grievors subsequently submitted applications for annual leave for the two days. These applications were approved.
6. At no point did the Employer deny the Grievors the opportunity to absent themselves for [sic] the workplace in order to observe the religious holidays in question. Rather, the Grievors were offered various options to permit their respective absences without

2 Un énoncé conjoint des faits a été déposé devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique (l'arbitre). L'arbitre a intégré à sa décision les éléments les plus pertinents de cet énoncé conjoint des faits, savoir:

1. Au total, 27 griefs ont été renvoyés à l'arbitrage au sujet de la question de l'accommodement des croyances religieuses. Quatorze d'entre eux, présentés en 1992, concernent une demande d'«autre congé payé»; les autres, présentés en 1993, concernent des demandes analogues.
2. Les fonctionnaires s'estimant lésés, leur groupe professionnel, leur employeur ministériel et les années où les demandes d'«autre congé payé» ont été présentées sont indiqués ci-dessous:

[Seize fonctionnaires s'estimant lésés figurent sur la liste, notamment le requérant en l'espèce qui travaillait à l'époque en cause à la Commission de la fonction publique. Un autre fonctionnaire s'estimant lésé travaillait au ministère de la Défense nationale, alors que les autres travaillaient à Revenu Canada.]

3. Tous les griefs ont été présentés dans les délais impartis pour 1992 et 1993 respectivement.
4. En ce qui concerne les griefs de 1992, les fonctionnaires s'estimant lésés ont présenté une demande d'«autre congé payé» en vue d'observer la Ros-hasanah, une fête juive (les 28 et 29 septembre 1992 (*sic*)), et le Yom Kippour (le 7 octobre 1992); ils devaient travailler ces jours-là. L'employeur a refusé de leur accorder ce congé. Les fonctionnaires s'estimant lésés ont subséquemment présenté des demandes de congé annuel de trois jours, ce qui leur a été accordé.
5. Pour ce qui est des griefs de 1993, les fonctionnaires s'estimant lésés ont présenté des demandes d'«autre congé payé» pour observer la Ros-ha-sanah, une fête juive, (les 16 et 17 septembre 1993). Ces deux journées étaient des jours de travail normaux pour ces employés. En 1993, le Yom Kippour n'est pas tombé un jour de travail normal. L'employeur a rejeté les demandes de congé. Les fonctionnaires s'estimant lésés ont subséquemment demandé un congé annuel de deux jours, ce qui leur a été accordé.
6. L'employeur n'a jamais interdit aux fonctionnaires s'estimant lésés de s'absenter en vue d'observer les fêtes religieuses en question. En fait, il leur a offert diverses options pour qu'ils puissent s'absenter sans perdre de salaire, notamment un congé annuel, un

loss of pay. These options included use of annual leave, compensatory leave, and working extra hours ("make-up time"). The Employer's position is consistent with the Treasury Board Policy entitled "Leave with Pay for Religious Observance". . . .

7. Mr. Richmond is a member of the Computer Systems (CS) Group and is governed by the CS Collective Agreement.

Dr. Livingstone [one of the other grievors] is a member of the Defence Science (DS) Group and is governed by the PIPSC Master Agreement.

The remaining 14 Grievors are members of the Auditing (AU) Group and are governed by the AU Collective Agreement.

8. Rosh Hashana, which is observed over a period of two consecutive days, and Yom Kippur are together known as the "High Holidays" and are recognized as the most significant of the holy days on the Jewish religious calendar.

9. The Grievors rely on the respective "No Discrimination" articles in each of the relevant collective agreements as the basis for their grievances. The respective articles, . . . are identical in wording and read as follows:

"There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or any disciplinary action exercised or practiced with respect to an employee by reason of age, race, creed, colour, national origin, religious affiliation, sex, sexual orientation or membership or activity in the union."

10. In particular, the Grievors assert that they have been discriminated against on the basis of their religious affiliation by the Employer's refusal to grant them Leave With Pay for Other Reasons in order to observe the above-noted religious holidays. The respective Articles [relating to leave with pay for other reasons] . . . are similar but not identical in wording. Each has the effect of stipulating that the Employer, at its discretion, may grant leave with pay for purposes other than those specified in the collective agreement.

The texts of the leave with pay for other reasons articles in the three collective agreements are set out in Appendix 1 to these reasons.

congé compensatoire et des heures de travail additionnelles (pour «rattraper le temps d'absence»). La position de l'employeur est conforme à la politique du Conseil du Trésor intitulée: «Congé payé pour obligations religieuses» . . .

7. M. Richmond est membre du groupe de la Gestion des systèmes d'ordinateur et est assujéti à la convention collective du groupe CS.

M. Livingstone est membre du groupe des Services scientifiques de la défense (DS) et est assujéti à la Convention cadre de l'IPFPC.

Les 14 autres fonctionnaires s'estimant lésés sont membres du groupe de Vérification (AU) et sont assujéti à la convention collective du groupe AU.

8. La Ros-ha-sanah, fête observée pendant deux jours consécutifs, et le Yom Kippour sont, ensemble, appelés «Grandes Fêtes», et sont considérés comme étant les plus importantes fêtes religieuses du calendrier juif.

9. À l'appui de leur grief, les fonctionnaires s'estimant lésés invoquent l'article concernant l'«Élimination de la discrimination» qui figure dans leur convention collective respective. Le libellé de cet article, . . . est identique dans les trois conventions collectives:

«Il n'y aura aucune discrimination, ingérence, restriction, coercition, harcèlement, intimidation, ni aucune mesure disciplinaire exercée ou appliquée à l'égard d'un employé du fait de son âge, sa race, ses croyances, sa couleur, son origine ethnique, sa confession religieuse, son sexe, son orientation sexuelle, son adhésion au syndicat ou son activité dans l'Institut.»

10. En particulier, les fonctionnaires s'estimant lésés affirment que l'employeur a discriminé contre eux leur refusant un congé payé pour d'autres motifs pour leur permettre d'observer les fêtes religieuses susmentionnées. Le libellé des dispositions respectives [qui concerne un congé payé pour d'autres motifs] . . . est analogue mais non identique. Selon ces diverses dispositions, l'employeur peut, à sa discrétion, accorder un congé payé à des fins autres que celles indiquées dans la convention collective.

Le libellé des clauses relatives aux congés payés pour d'autres motifs des trois conventions collectives figure à l'annexe 1 des présents motifs.

- 3 After setting out the arguments advanced on behalf of the grievors and the employer at consider-

- Après avoir exposé avec force détails les arguments avancés au nom des plaignants et de l'em- 3

able length, the Adjudicator concluded in the following terms [at pages 67-73]:

The facts in this case are not in any way in dispute, having been set out entirely in the Agreed Statement of Facts. What is in dispute is the manner in which certain clauses of the applicable collective agreements should be interpreted and applied to the established facts. The “No-discrimination” clause has application in all of these grievances and the employer agrees with the grievors that they should not in any way be discriminated against because of their Jewish faith—they should not be prevented from fulfilling their religious obligations, which in the instant grievances means that they should be allowed time off from work on each of the Jewish high holidays of Rosh Hashana and Yom Kippur to fulfil their religious obligations on those days.

In the grievances before me, each grievor was allowed time off for the holidays of Rosh Hashana and Yom Kippur. They complain, however, that they had to cover for the time off by taking vacation leave and believe that their employer should have instead granted them leave with pay “for other reasons”, a type of discretionary leave which is available under their collective agreements. By taking vacation leave, while they did not lose any pay, their vacation leave credits were depleted and because of this they have been discriminated against, they claim, because Christian employees are allowed to take their religious holidays, such as Christmas and Easter, without loss of pay and without loss of leave credits.

Counsel for the grievors bases himself principally on the decision in Chambly . . . by the Supreme Court of Canada, which clearly establishes that employees who are members of a religion which is in a minority vis-a-vis the religious beliefs of other employees of an employer must be accommodated by the employer, up to the degree of undue hardship for the employer, when allowing them time off to fulfil their religious obligations. In the instant cases, counsel for the grievors argued, that means that the employer must grant the grievors leave with pay under the clause in the collective agreement which is available to the employer to grant leave with pay “for other reasons”. In this way, the grievors would be granted time off and would not suffer any loss of leave credits—just as is the case for other employees to take time off without loss of pay or leave credits to meet their religious obligations on their holy days. It is not sufficient, counsel for the grievors argued, that the employer make available other arrangements for the grievors under its “policy”, which would not involve any loss of leave credits or wages.

Counsel for the employer stated that the essence of the argument of counsel for the grievors is that the only way

ployeur, l’arbitre a conclu comme suit [aux pages 73 à 79]:

On ne conteste pas les faits en l’occurrence, ces derniers étant clairement exposés dans l’Énoncé conjoint des faits. Par contre, on conteste la manière dont certaines clauses des conventions collectives pertinentes devraient être interprétées et appliquées aux faits tels qu’ils sont établis. La clause concernant l’«Élimination de la discrimination» s’applique à l’égard de tous les griefs en cause, et l’employeur est d’accord avec les fonctionnaires s’estimant lésés qu’ils ne devraient nullement être victimes de discrimination parce qu’ils sont de religion juive—on ne doit pas les empêcher d’observer leurs obligations religieuses, ce qui, en l’occurrence, signifie qu’ils doivent pouvoir s’absenter du travail à l’occasion de la Ros-ha-sanah et du Yom Kippour, deux Grandes Fêtes juives, pour observer leurs obligations religieuses ces jours-là.

Dans les griefs dont je suis saisi, chacun des fonctionnaires s’estimant lésés a pu s’absenter pour observer la Ros-ha-sanah et le Yom Kippour. Or, ces derniers se plaignent d’avoir été obligés de prendre un congé annuel alors que l’employeur aurait dû leur accorder un congé payé «pour d’autres motifs», type de congé discrétionnaire prévu dans leurs conventions collectives. Même s’ils n’ont perdu aucun salaire en prenant un congé annuel, leurs crédits de congé annuel, eux, ont été réduits et, selon eux, c’est ce qui fait qu’ils ont été victimes de discrimination puisque les employés de religion chrétienne sont autorisés à prendre congé pour célébrer les fêtes religieuses, telles que Noël et Pâques, sans perte de salaire ni de crédits de congé.

L’avocat des fonctionnaires s’estimant lésés invoque essentiellement l’arrêt Chambly . . . de la Cour suprême du Canada où il est clairement dit que les employés qui appartiennent à un groupe religieux minoritaire par rapport aux croyances religieuses de leurs collègues doivent être accommodés par l’employeur sous réserve de contrainte excessive en les autorisant à s’absenter pour observer leur [*sic*] obligations religieuses. En l’occurrence, selon l’avocat des fonctionnaires s’estimant lésés, cela signifie que l’employeur doit accorder un congé payé à ces derniers conformément à la clause de la convention collective selon laquelle il peut accorder un congé payé «pour d’autres motifs». Ainsi, les fonctionnaires s’estimant lésés seraient autorisés à s’absenter et ne perdraient aucun crédit de congé—tout comme les autres employés appartenant aux religions chrétiennes peuvent s’absenter sans perdre de salaire ni de crédits de congé pour observer leurs obligations religieuses. Il ne suffit pas, selon l’avocat des fonctionnaires s’estimant lésés, que l’employeur leur offre d’autres arrangements conformément à sa «politique», arrangements qui n’entraîneraient aucune perte de crédits de congé ou de salaire.

Selon l’avocat de l’employeur, l’essentiel de l’argumentation de l’avocat des fonctionnaires s’estimant lésés est

in which the employer can accommodate the grievors is by granting them leave with pay "for other reasons" under the clause in their collective agreements which provides for such type of leave. It must be pointed out immediately, counsel stated, that such leave is discretionary on the part of the employer—it "may" grant such leave at its discretion. What the grievors want me to do, counsel argued, is to ignore this discretion and order the employer to grant such leave. Counsel argued that nowhere in the Supreme Court decision in *Chambly* . . . is there mention that leave with pay for "other reasons" must be granted to accommodate an employee.

Having considered the relevant jurisprudence, I am satisfied that a need to accommodate has been established by the Supreme Court of Canada but that there is no need to accommodate "up to the point of undue hardship" if there is another means of accommodation available. In the instant cases, the employer had in place a policy with regard to leave for religious observances; there could be "the use of annual or compensatory leave, shift exchanges in the case of shift workers, variable hours of work (compressed work week) or individual arrangements for make-up time, if operationally feasible". However, none of the grievors asked for accommodation other than through leave with pay "for other reasons".

A careful reading of the *Chambly* . . . decision does not reveal any need for an employer to suffer hardship in order to accommodate an employee in fulfilling his or her religious obligations. There was identified, however, a need to accommodate an employee in such circumstances and this accommodation must provide for time off without loss of pay. Loss of pay, I believe, formed the very foundation for the Court's decision in *Chambly* . . . to restore the award of the majority of the arbitration board granting the teachers in question leave with pay in that the Court was of the opinion that the employer refused to reasonably accommodate them when it only allowed them to take time off without pay.

In the instant grievances, there was no loss of pay for the grievors. They were all granted the leave they ultimately requested, namely vacation leave, when they were refused their first request, that is, leave with pay "for other reasons" under a clause in the collective agreement allowing for such leave at the employer's discretion. As counsel for the employer has suggested, there may be circumstances where the employer might grant such leave to accommodate an employee in fulfilling his or her religious obligations, but when there are other arrangements made available to an employee to take the necessary leave without loss of pay, I believe that it would violate the collective agreement for me to order that

que la seule façon dont l'employeur peut accommoder ces derniers c'est en leur accordant un congé payé «pour d'autres motifs» conformément à une clause de leurs conventions collectives. Dès le départ, selon l'avocat de l'employeur, il faut dire que l'autorisation de ce congé est laissée à la discrétion de l'employeur puisque ce dernier «peut» l'accorder à sa discrétion. Selon lui, les fonctionnaires me demandent de ne pas tenir compte de cet aspect et d'ordonner à l'employeur de leur accorder le congé. Il a soutenu que nulle part dans l'arrêt *Chambly* . . . la Cour suprême du Canada a-t-elle mentionné que le congé payé «pour d'autres motifs» doit être accordé pour accommoder un employé.

Ayant examiné la jurisprudence pertinente, je suis convaincu que la Cour suprême du Canada a établi qu'il fallait qu'il y ait accommodement, mais que cet accommodement ne devait pas entraîner une «contrainte excessive» s'il existe une autre forme d'accommodement. En l'occurrence, l'employeur s'est doté d'une politique concernant les congés pour obligations religieuses, notamment «le recours aux congés annuels ou compensatoires, les échanges de quart pour les travailleurs par équipe, l'horaire variable (semaine de travail comprimée) ou des arrangements individuels pour rattraper le temps d'absence, si les impératifs du service le permettent». Toutefois, aucun des fonctionnaires s'estimant lésés n'a demandé d'être accommodés autrement que par le biais d'un congé payé «pour d'autres motifs».

Une lecture attentive de l'arrêt *Chambly* . . . n'indique pas que l'employeur doit subir une contrainte pour accommoder un membre du personnel afin que celui-ci puisse observer ses obligations religieuses. Il est indiqué par ailleurs qu'il doit accommoder un employé dans de telles circonstances et que cet accommodement doit être sous forme d'une période d'absence sans perte de salaire. Selon moi, la perte de salaire a constitué le fond même de l'arrêt de la Cour dans *Chambly* . . . lorsqu'elle a décidé de rétablir la décision de la majorité du tribunal d'arbitrage d'accorder aux enseignants en question un congé payé en ce sens que la Cour était d'avis que l'employeur a refusé de raisonnablement les accommoder en ne leur accordant qu'un congé non payé.

En l'occurrence, les fonctionnaires s'estimant lésés n'ont perdu aucun salaire. Ils ont tous pu prendre le congé demandé, soit un congé annuel, après qu'on eut rejeté leur première demande de congé, c'est-à-dire un congé payé «pour d'autres motifs» conformément à une clause de la convention collective qui prévoit l'autorisation d'un tel congé à la discrétion de l'employeur. Comme l'a signalé l'avocat de l'employeur, il peut se présenter des circonstances où l'employeur pourrait accorder un tel congé pour permettre à un employé d'observer ses obligations religieuses. Mais lorsque l'employé peut prendre d'autres arrangements lui permettant de s'absenter sans perte de salaire, je crois que ce serait violer la convention collec-

discretionary leave be granted in light of the employer's scheme in place to accommodate an employee by other arrangements such as those provided for in the employer's "policy". In this regard, I refer to subsection 96(2) of the Public Service Staff Relations Act. There is no absolute right to "leave with pay for other reasons" for employees who wish to take time off to observe their religious obligations. The courts have recognized only that an employer must accommodate such an employee by allowing him time off without loss of pay. The requirement that the accommodation must be up to the point of undue hardship comes into play only if there are no other arrangements less onerous to the employer available to accommodate an employee—then the employer must burden itself up to the point of undue hardship.

Accordingly, for all these reasons, I am satisfied that the employer did not violate the "No discrimination" provision of the relevant collective agreements in relation to the grievors. In addition, the grievors have failed to satisfy me that the employer acted arbitrarily, discriminatorily, unreasonably or in bad faith when it denied the grievors' requests for other leave with pay to celebrate the Jewish high holidays.

In view of the foregoing, I find that the grievances before me cannot be sustained and are denied. [Underlining added by me for emphasis.]

In the applicants' application record, the applicants request that the decision of the Adjudicator be set aside and that the matter be remitted back to the Public Service Staff Relations Board to be decided in accordance with the reasons of this Court. In the same document, the issues in dispute before this Court are described as: whether the Adjudicator erred when he determined that the employer had not violated the "No Discrimination" provisions of the collective agreements; and whether the Adjudicator erred when he determined that the employer had not acted in a discriminatory manner or unreasonably when it denied the applicants' requests for other leave with pay to celebrate the Jewish High Holidays.

tive que d'ordonner à l'employeur d'accorder un congé discrétionnaire compte tenu du fait que celui-ci a mis en place un programme en vue d'accueillir un employé en lui offrant d'autres arrangements tels que ceux prévus dans la «politique» de l'employeur. À cet égard, je rappelle le paragraphe 96(2) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique. Aucun droit absolu à «un congé payé pour d'autres motifs» n'a été dévolu aux employés qui désirent s'absenter pour observer leurs obligations religieuses. Les tribunaux ont reconnu seulement le fait qu'un employeur doit accommoder l'employé en l'autorisant à s'absenter sans perte de salaire. L'exigence selon laquelle l'accommodement doit être sous réserve de contrainte excessive intervient seulement si l'employeur ne peut prendre d'autres arrangements moins onéreux pour accommoder l'employé—alors il incombe à l'employeur, à moins de contrainte excessive, d'accueillir ce dernier.

Par conséquent, pour tous ces motifs, je suis convaincu que l'employeur n'a pas contrevenu à la disposition concernant l'«Élimination de la discrimination» que l'on retrouve dans les conventions collectives auxquelles sont assujettis les fonctionnaires s'estimant lésés. De plus, ces derniers ne m'ont pas convaincu que l'employeur avait agi de manière arbitraire, discriminatoire, déraisonnable ou de mauvaise foi lorsqu'il a refusé de leur accorder un congé payé pour d'autres motifs pour leur permettre de célébrer les Grandes Fêtes juives.

Vu ce qui précède, je conclus que les griefs ne peuvent être accueillis. Ils sont donc rejetés. [Non souligné dans l'original.]

Dans leur dossier de la demande, les requérants demandent que la décision de l'arbitre soit infirmée et l'affaire renvoyée devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique pour jugement, conformément aux motifs de cette Cour. Dans ce même document, les points en litige devant la Cour sont ainsi formulés: l'arbitre a-t-il rendu une décision entachée d'une erreur lorsqu'il a établi que l'employeur n'avait pas violé les clauses concernant l'«Élimination de la discrimination» des conventions collectives?; et l'arbitre a-t-il rendu une décision entachée d'une erreur lorsqu'il a établi que l'employeur n'avait pas agi de manière discriminatoire ou déraisonnable lorsqu'il a refusé d'accorder aux requérants un congé payé pour d'autres motifs afin de leur permettre de célébrer les Grandes Fêtes juives?

me to *Canada (Attorney General) v. Wiseman*,² a recent decision of Cullen J. of this Court. Mr. Justice Cullen concluded [at page 19]:

In my opinion, having considered the criteria referred to above and the cases from the Supreme Court dealing with the standard of review, I find that the decision of the arbitrator in the case at bar should be accorded considerable or significant curial deference, particularly since it concerns a matter squarely within the scope of the arbitrator's jurisdiction and special expertise. Although I was unable to come up with a pat phrase—such as “patently reasonable”—to describe the kind of decision that demands judicial intercession, it is sufficient to say that only decisions not supportable by the evidence are subject to intervention.³

The decision of the Arbitrator in this matter was dependent to a significant degree on his interpretation of the decision of the Supreme Court of Canada in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*⁴ as can be seen from the quotation from his decision above. Given that fact and the fact that the issue before the Adjudicator was essentially the interpretation of anti-discrimination clauses and the employer's obligation in the face of those clauses, the decision as much related to human rights law as it did to the interpretation of collective agreements *per se* and labour legislation. As the Adjudicator was unlikely to have special expertise in human rights law and the interpretation of judicial decisions in that area of law, I have doubts that the degree of deference that Mr. Justice Cullen concluded was appropriate on the facts before him, is required here. I make no determination on that question because I am satisfied that, whatever the degree of deference owed to the decision of the Adjudicator, the decision that he reached was correct.

5 Counsel for the applicants urged that the Adjudicator erred in concluding that there would be a violation of the collective agreements in question if he were to order that discretionary leave be granted in light of the employer's scheme in place to accommodate by other arrangements. The Adjudicator had found that where the employer had made an offer of accommodation, to find that the employer must

ont cité l'affaire *Canada (Procureur général) c. Wiseman*², un jugement récent de cette Cour rendu par le juge Cullen, dans lequel il conclut comme suit [à la page 20]:

J'ai examiné les critères susmentionnés et les arrêts de la Cour suprême du Canada concernant la norme de contrôle et je conclus qu'il faut faire preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision que l'arbitre a rendue en l'espèce, en particulier parce qu'elle se rapporte à une question qui relève directement du champ de compétence et d'expertise spéciale de l'arbitre. Je n'ai pu arriver à une formule toute faite—comme celle du «caractère manifestement déraisonnable»—pour décrire le genre de décision qui exige l'intervention judiciaire, mais il suffit de dire que seules les décisions qui ne peuvent pas être étayées par la preuve peuvent faire l'objet d'une intervention³.

La décision de l'arbitre dans cette affaire dépendait, dans une large mesure, de son interprétation de l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*⁴ rendu par la Cour suprême du Canada, comme en font foi les passages cités dans sa décision ci-dessus. Cela étant, et comme l'arbitre était saisi essentiellement d'une question d'interprétation des clauses antidiscriminatoires et de l'obligation qu'elles imposent à l'employeur, il s'agissait là d'une décision qui relevait autant du domaine des droits de la personne que de l'interprétation des conventions collectives comme telles et de la législation du travail. Comme il était peu probable que l'arbitre ait des connaissances spécialisées en matière de droits de la personne et d'interprétation des décisions judiciaires dans ce domaine du droit, je doute que le degré de retenue qui s'imposait selon le juge Cullen d'après les faits dont il était saisi soit exigé en l'espèce. Quel que soit le degré de retenue dont il faille faire preuve à l'égard de la décision de l'arbitre, je suis convaincu qu'il a eu raison de trancher en ce sens, et je ne me prononcerai donc pas sur cette question.

L'avocat des requérants a allégué que l'arbitre 5 avait commis une erreur en concluant que ce serait violer les conventions collectives que d'ordonner à l'employeur d'accorder des congés discrétionnaires, compte tenu du fait que celui-ci a mis en place un programme en vue d'accueillir les employés en leur offrant d'autres arrangements. L'arbitre avait conclu que d'enjoindre à un employeur qui avait

grant leave with pay would alter the collective agreements, by changing a discretionary authority to a mandatory one, and would therefor violate subsection 96(2) of the *Public Service Staff Relations Act* which provides as follows:

96. . . .

(2) No adjudicator shall, in respect of any grievance, render any decision thereon the effect of which would be to require the amendment of a collective agreement or an arbitral award.

I am satisfied that in certain circumstances, the Arbitrator could find resort to the leave with pay provisions of the collective agreements to be required in order to comply with the non-discrimination provisions of the collective agreements, and that in those circumstances the collective agreements would not be violated, nor would subsection 96(2) be transgressed. In this regard, I agree with the position advanced on behalf of the applicants. The Adjudicator was required to interpret the collective agreements as a whole and not in abstract, apart from the non-discrimination provisions. Thus, where an offer of accommodation from the employer was not reasonable, the Adjudicator might be obliged to read the otherwise discretionary "other leave with pay" provisions as mandatory in order to ensure compliance with the non-discrimination provisions. Indeed the essential finding in the *Chambly* decision was that a similar clause ought to be interpreted in this manner, where resort to the clause was the sole method of ensuring compliance with the non-discrimination provisions in that collective agreement.

6 However, in this case, the Adjudicator was correct in concluding that a reasonable offer had been made by the employer, and there was no need to resort to the other leave with pay provisions. On the facts before the Adjudicator, it was clear that the employer had offered the applicants a range of options to accommodate their religious obligations. Among those options was the opportunity to work extra hours, to "make up" the time taken as leave.

proposé une mesure d'accommodement d'accorder un congé payé équivaldrait à modifier les conventions collectives en rendant obligatoire un pouvoir par ailleurs discrétionnaire et qu'il s'agirait donc d'une violation du paragraphe 96(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* dont voici la teneur:

96. . . .

(2) En jugeant un grief, l'arbitre ne peut rendre une décision qui aurait pour effet d'exiger la modification d'une convention collective ou d'une décision arbitrale.

Je suis convaincu que dans certaines circonstances, l'arbitre pouvait conclure que le recours aux clauses concernant les congés payés des conventions collectives était nécessaire pour respecter les clauses relatives à l'élimination de la discrimination et que, dans ces circonstances, il n'y aurait ni violation des conventions collectives ni infraction au paragraphe 96(2). Je fais droit à cet égard à la thèse présentée au nom des requérants. L'arbitre se devait d'interpréter les conventions collectives dans leur ensemble et non dans l'abstrait, indépendamment des clauses concernant l'élimination de la discrimination. Ainsi, lorsque l'employeur propose une mesure d'accommodement déraisonnable, l'arbitre peut être forcé d'interpréter les clauses par ailleurs discrétionnaires concernant d'«autres congés payés» comme des clauses obligatoires afin de garantir le respect des clauses concernant l'élimination de la discrimination. En effet, la conclusion fondamentale dans l'arrêt *Chambly* était qu'une clause semblable devait être interprétée de cette façon, lorsque le recours à cette clause constituait l'unique moyen de garantir le respect des clauses concernant l'élimination de la discrimination prévues dans la convention collective.

En l'espèce toutefois, l'arbitre a eu raison de conclure qu'il y a eu une proposition raisonnable d'accommodement de la part de l'employeur, et qu'il n'y avait pas lieu de recourir aux clauses concernant d'autres congés payés. Il ressortait clairement des faits devant l'arbitre que l'employeur avait proposé aux requérants un éventail de mesures d'accommodement à l'égard de leurs obligations religieuses, notamment, la possibilité de faire des heures

This option effectively provided the applicants with the opportunity to meet their religious obligations without loss of pay and without reliance on “banked” leave credits. On the basis of this option alone, I conclude that the Adjudicator was correct in deciding that the employer had extended a reasonable offer to accommodate, albeit one that stopped short of undue hardship for the employer.

7 In the *Chambly* decision, Mr. Justice Cory concluded [at page 546]:

It is important to remember that the duty to accommodate is limited by the words “reasonable” and “short of undue hardship”. Those words do not constitute independent criteria. Rather they are alternate methods of expressing the same concept.

8 Like the Adjudicator, I interpret this statement to mean that an offer of accommodation need only be reasonable to satisfy the duty to accommodate. No obligation existed on the employer to accommodate in the specific manner demanded by the applicants. The sole obligation on the employer was to provide reasonable accommodation. I am satisfied that the adjudicator was correct in concluding that on the facts before him, the employer had met that obligation.

9 For the foregoing reasons, this application for judicial review will be dismissed.

APPENDIX 1⁵

1. The CS Agreement:

17.13 Leave With or Without Pay for Other Reasons

At his discretion, the Employer may grant leave with or without pay for purposes other than those specified in this Agreement.

2. The PIPSC Master Agreement:

17.14 **Other Leave With Pay**

At its discretion, the Employer may grant leave with pay for purposes other than those specified in this Agreement, including military or civil defence training

supplémentaires pour rattraper le temps d'absence. Cette mesure permettait effectivement aux requérants de remplir leurs obligations religieuses sans perte de salaire ni de crédits de congé. Compte tenu de cette mesure seulement, je conclus que l'arbitre a eu raison de décider que l'employeur avait proposé une offre d'accommodement raisonnable, bien qu'elle n'ait entraîné aucune contrainte excessive pour l'employeur.

Dans l'arrêt *Chambly*, le juge Cory a conclu ainsi [à la page 546]:

Il importe de se rappeler que l'obligation d'accommodement est limitée par les mots «raisonnable» et «sans s'imposer de contrainte excessive». Il s'agit là non pas de critères indépendants, mais plutôt de différentes façons d'exprimer le même concept.

À l'instar de l'arbitre, je conclus que cette déclaration signifie que, pour qu'il soit satisfait à l'obligation d'accommodement, la proposition à cet égard doit seulement être raisonnable. L'employeur n'était nullement tenu d'accéder aux demandes particulières des requérants. Il n'était tenu que de fournir des mesures d'accommodement raisonnables. Je suis convaincu que l'arbitre a eu raison de conclure, compte tenu des faits qui lui étaient soumis, que l'employeur avait satisfait à cette obligation.

Pour les motifs qui précèdent, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

ANNEXE 1⁵

1. La convention collective du groupe CS:

17.13 Congés payés ou non payés pour d'autres motifs

L'employeur peut, à sa discrétion, accorder un congé payé ou non payé à des fins autres que celles indiquées dans la présente convention.

2. La Convention cadre de l'IPFPC:

17.14 **Autres congés payés**

À sa discrétion, l'employeur peut accorder un congé payé pour des fins autres que celles qui sont indiquées dans la présente convention collective, y compris

ning, emergencies affecting the community or place of work, and when circumstances not directly attributable to the employee prevent his reporting for duty.

3. The AU Agreement:

At its discretion, the Employer may grant:

21.13 Leave With or Without Pay for Other Reasons

- (a) leave with pay when circumstances not directly attributable to the employee prevent his reporting for duty. Such leave shall not be unreasonably withheld;
- (b) leave with or without pay for purposes other than those specified in this Agreement.

pris l'instruction militaire, les cours de formation en protection civile et les situations d'urgence touchant la localité ou le lieu de travail et lorsque des circonstances qui ne sont pas directement attribuables à l'employé l'empêchent de se rendre au travail.

3. La convention collective du groupe de Vérification (AU):

L'employeur peut à sa discrétion, accorder:

21.13 Congés payés ou non payés pour d'autres motifs

- a) un congé payé lorsque des circonstances qui ne sont pas directement imputables à l'employé l'empêchent de se rendre au travail. Ce congé n'est pas refusé sans motif raisonnable;
- b) un congé payé ou non payé à des fins autres que celles indiquées dans la présente convention.

¹ R.S.C., 1985, c. P-35 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68].

² [1995] F.C.J. No. 692 (T.D.) (QL).

³ Cases referred to by Mr. Justice Cullen in relation to the issue of standard of review were the following: *National Energy Board v. Public Service Staff Relations Board (Can.) et al.* (1994), 178 N.R. 377 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (PSAC No. 2); *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557 and *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230.

⁴ [1994] 2 S.C.R. 525 (referred to in the portion of the Arbitrator's decision quoted earlier in these reasons as the decision "*Chambly*").

⁵ See par. 7 of the agreed statement of facts quoted from the Adjudicator's decision at p. 2 *supra*, and the brief paragraph at p. 3 of these reasons immediately following the quotation from the agreed statement of facts.

¹ L.R.C. (1985), ch. P-35 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68].

² [1995] A.C.F. n° 692 (1^{re} inst.) (QL).

³ Les arrêts cités par le juge Cullen en ce qui concerne la question de la norme de contrôle étaient les suivants: *Office national de l'énergie c. Commission des relations de travail dans la fonction publique (Can.) et autres* (1994), 178 N.R. 377 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (AFPC n° 2); *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 et *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230.

⁴ [1994] 2 R.C.S. 525 (à laquelle il est fait référence dans une partie de la décision de l'arbitre précitée dans les présents motifs comme étant l'arrêt "*Chambly*").

⁵ Voir le para. 7 de l'énoncé conjoint des faits cité dans la décision de l'arbitre à la p. 2 précitée, ainsi que le bref paragraphe à la p. 3 des présents motifs qui suivent, immédiatement la citation tirée de l'énoncé conjoint des faits.

DES-2-95

Mohammed Nazir Khan, Marek Kalenski, Baldev Singh Gill and Nasreen Begum Nazir (*Applicants*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

INDEXED AS: KHAN v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Edmonton, February 7, 8, 9, 10 and 11; Ottawa, February 14, 1996.

Criminal justice — Evidence — Applicants charged with drug trafficking — Provincial Court judge directing Crown to disclose correspondence between RCMP, liaison officers in Pakistan, Switzerland — Crown filing complaint under CEA s. 37(1) objecting to disclosure on basis of specified public interest and as injurious to international relations — Jurisdiction of designated Federal Court Judge — Factors considered in cases under ss. 37(2), 38(1) — General disclosure obligation of Crown — Must disclose material relevant, useful to defence — Rule against disclosing information identifying informers, statutory provisions regarding injury to international relations exceptions to general disclosure obligation — Standards, procedure in ss. 37(2), 38(1) cases — “Likely relevance” test — “Likely relevance”, balancing stages separate — “Likely relevance” not onerous burden on accused but higher than usefulness to defence — Admissibility not a consideration — Credibility issue not basis for disclosure — Whether apparent case for disclosure herein — Applicants failing to show how disclosure concerning foreign bank accounts logically probative of any issue at trial — Court not satisfied grounds for seeking disclosure more than fishing expedition — “Likely relevance” test unmet.

Federal Court jurisdiction — Jurisdiction of designated judge under Canada Evidence Act, s. 38(1) — Validity of objections to disclosure to be decided by Chief Justice or designated judge of Federal Court where objections based

DES-2-95

Mohammed Nazir Khan, Marek Kalenski, Baldev Singh Gill et Nasreen Begum Nazir (*requérants*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: KHAN C. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Edmonton, 7, 8, 9, 10 et 11 février; Ottawa, 14 février 1996.

Justice criminelle et pénale — Preuve — Les requérants ont été accusés de trafic de stupéfiants — Un juge de la Cour provinciale a ordonné à la Couronne de divulguer la correspondance échangée entre le bureau de la GRC et les agents de liaison de la GRC au Pakistan et en Suisse — La Couronne a déposé une plainte conformément à l'art. 37(1) de la LPC en s'opposant à la divulgation pour des raisons d'intérêt public déterminées et pour le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales — Compétence d'un juge désigné de la Cour fédérale — Facteurs pris en considération dans les cas visés par les art. 37(2) et 38(1) — Obligation générale de divulgation de la Couronne — Celle-ci doit divulguer les documents pertinents, utiles à la défense — La règle interdisant la divulgation de renseignements révélant l'identité d'indicateurs et les dispositions législatives concernant le préjudice possible aux relations internationales constituent des exceptions à l'obligation générale de divulgation — Normes à respecter et procédure à suivre dans les cas visés par les art. 37(2) et 38(1) — Critère de la «pertinence probable» — La «pertinence probable» et la pondération sont des étapes distinctes — Le critère de la «pertinence probable» n'est pas un fardeau onéreux incombant à l'accusé mais va au-delà de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense — L'admissibilité des renseignements ne doit pas être prise en considération — La question de la crédibilité ne peut pas servir de fondement à la divulgation — Y a-t-il une apparence de droit à la divulgation en l'espèce? — Les requérants n'ont pas prouvé comment la divulgation de renseignements concernant des comptes bancaires à l'étranger a une valeur logiquement probante relativement à une question en litige — On n'a pas convaincu la Cour que les raisons pour demander la divulgation s'avéraient plus qu'une recherche à l'aveuglette — Il n'a pas été satisfait au critère de la «pertinence probable».

Compétence de la Cour fédérale — Compétence d'un juge désigné en vertu de l'art. 38(1) de la Loi sur la preuve au Canada — La validité des oppositions à la divulgation doit être tranchée par le juge en chef ou un

on injury to international relations, defence, security — Objection herein involving injury to international relations, thereby engaging Federal Court jurisdiction — Designated judge having jurisdiction to decide validity of Crown's entire objection.

This was an application for disclosure of information pertaining to foreign bank accounts. The Crown has objected to such disclosure on the grounds that it would reveal the identity of police informants and the targets of criminal investigations and that it would jeopardize international relations and arrangements of the RCMP. The applicants have been charged with various offences relating to drug trafficking in the Provincial Court of Alberta. A judge of that Court directed the Crown to disclose the correspondence it had in its possession; instead, the latter filed a certificate under subsection 37(1) of the *Canada Evidence Act* objecting to disclosure on the basis of a specified public interest and because such disclosure would be injurious to international relations. An RCMP officer has filed an amended certificate which withdrew the objection to disclosure for certain information and went into further detail as to the reasons for confidentiality of specific documents. Although being filed late, the amended certificate complied with the statute that authorized it. Shortly before the disclosure proceedings commenced on April 3, 1995, the case involving one of the applicants was severed and was no longer a part of the proceedings that commenced on that date. Therefore, the applicant in question did not have status in these proceedings. This case raised two issues: 1) a preliminary issue concerning the jurisdiction of the designated judge under subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act* and 2) whether the applicants have made out an apparent case for disclosure.

Held, the application should be dismissed.

1) In the case of an objection to disclosure based on injury to international relations, national defence or security, subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act* provides that only the Chief Justice of the Federal Court or a judge of the Federal Court designated by him may decide the validity of the objection. In this case, the objection was made before the Provincial Court of Alberta. Had the objection not involved a claim of injury to international relations, but only the protection of informers and the confidentiality of targets of criminal investigations, the validity of the objection could have been decided by the Court of Queen's Bench of Alberta. However, the objec-

juge désigné de la Cour fédérale lorsque les oppositions sont fondées sur un préjudice possible aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales — En l'espèce, l'opposition soulevait un préjudice possible aux relations internationales, ce qui entraînait la compétence de la Cour fédérale — Le juge désigné a compétence pour trancher la question de la validité de l'opposition de la Couronne dans son ensemble.

Il s'agissait d'une demande de divulgation de renseignements se rapportant à des comptes bancaires à l'étranger. La Couronne s'est opposée à la divulgation de ces renseignements pour le motif que cela révélerait l'identité d'informateurs de police et des personnes visées par des enquêtes criminelles, et aussi parce que cela mettrait en péril les relations et les ententes internationales établies par la GRC. Les requérants ont été accusés de diverses infractions relatives au trafic de stupéfiant devant la Cour provinciale de l'Alberta. Un juge de cette Cour a ordonné à la Couronne de divulguer la correspondance en sa possession; au lieu de ce faire, celle-ci a déposé un certificat conformément au paragraphe 37(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* en s'opposant à la divulgation pour des raisons d'intérêt public déterminées et pour le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales. Un agent de la GRC a déposé un certificat modifié dans lequel on renonçait à l'opposition faite à la divulgation de certains renseignements et on donnait certains détails supplémentaires sur les raisons du caractère confidentiel de documents particuliers. Bien que déposé à une date tardive, le certificat modifié était conforme à la loi qui l'autorisait. Peu de temps avant que la procédure de divulgation soit intentée le 3 avril 1995, il y a eu disjonction de la cause impliquant une requérante de sorte que celle-ci n'était plus partie à la procédure intentée ce jour-là. Par conséquent, la requérante en question n'avait pas la qualité de partie. La présente affaire soulevait deux questions: 1) une question préliminaire concernant la compétence du juge désigné en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et 2) celle de savoir si les requérants ont établi l'existence d'une apparence de droit à la divulgation.

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) Dans le cas d'une opposition à la divulgation fondée sur le préjudice possible aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales, le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit que seul le juge en chef de la Cour fédérale ou un autre juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande peut trancher la question de la validité de l'opposition. En l'espèce, l'opposition a été soulevée devant la Cour provinciale de l'Alberta. Si l'opposition n'avait pas soulevé un préjudice possible aux relations internationales, mais seulement la protection des indicateurs et de l'identité des personnes visées par des enquêtes criminelles, la question

tion embraced an allegation of injury to international relations, thereby engaging the jurisdiction of the Chief Justice or designated judge of the Federal Court. In cases in which an objection is made on the grounds of injury to international relations, national defence or security as well as other grounds, the designated judge has jurisdiction to decide the validity of the Crown's objection in its entirety.

2) Under subsection 37(2) of the Act, the court must be satisfied that the public interest in disclosure outweighs the importance of the specified public interest in confidentiality. The party seeking disclosure must first make out an "apparent case" for disclosure before any documents are inspected. The Crown is under a duty to disclose to the defence all material evidence whether favourable to the accused or not and regardless of whether the Crown proposes to adduce it. There are exceptions to that general obligation such as where information is clearly irrelevant or subject to privilege. Although it has been held that where documents as therapeutic records are in the hands of the Crown, they must be considered relevant as information which may be useful to the defence, that does not extend to information which might identify informers. The procedure to be followed in cases under CEA subsections 37(2) and 38(1) is that the applicants must first demonstrate that the information is likely to be relevant. Once the "likely relevance" test is established, the accused must demonstrate that the salutary effect of ordering documents produced to the Court for inspection outweighs the deleterious effects of seeking production. A judge would need to review the material in order to engage in this balancing analysis. The "likely relevance" test is higher than "whether the information may be useful to the defence". The judge must be satisfied that the information is logically probative of an issue at trial or of the competency of a witness to testify. The "likely relevance" test is appropriate for the "apparent case for disclosure" stage in proceedings under subsections 37(2) and 38(1) of the Act. Admissibility should not be taken into account in proceedings under those provisions.

The arguments relied on by the applicants to establish an apparent case for disclosure were ill-founded. The decision of the Provincial Court of Alberta was based on the lower threshold — whether the information may be useful to the defence. The standard of relevance for purposes of establishing an apparent case for disclosure in the

de la validité de l'opposition aurait pu être tranchée par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Cependant, l'opposition soulevait un préjudice possible aux relations internationales, ce qui entraînait la compétence du juge en chef ou d'un juge désigné de la Cour fédérale. Dans les cas où une opposition est fondée sur le préjudice possible aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales ainsi que sur d'autres raisons, le juge désigné peut trancher la question de la validité de l'opposition de la Couronne dans son ensemble.

2) Aux termes du paragraphe 37(2) de la Loi, le tribunal doit être convaincu que l'intérêt public dans la divulgation des renseignements l'emporte sur l'intérêt public déterminé dans le caractère confidentiel des renseignements. La partie qui demande la divulgation de renseignements doit d'abord établir une «preuve apparente» en faveur de la divulgation avant l'inspection de tout document. La Couronne est tenue de divulguer à la défense toute la preuve substantielle, qu'elle soit favorable à l'accusé ou non et indépendamment du fait que la Couronne se propose de la produire. Il y a des exceptions à cette obligation générale, comme lorsque les renseignements ne sont manifestement pas pertinents ou qu'ils font l'objet d'un privilège. Bien qu'il ait été jugé que, lorsque la Couronne est en possession de documents comme des dossiers thérapeutiques, ceux-ci doivent être considérés comme pertinents en tant que renseignements qui peuvent être utiles à la défense, cela ne s'étend pas aux renseignements qui pourraient révéler l'identité d'indicateurs. La procédure à suivre dans les cas visés par les paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC est la suivante: les requérants doivent d'abord prouver que les renseignements sont susceptibles d'être pertinents. Une fois établi le critère de la «pertinence probable», l'accusé doit prouver que les effets bénéfiques qu'entraînerait l'ordonnance de production des documents à la Cour pour inspection l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle production. Un juge aurait besoin d'examiner les documents en question pour être en mesure d'entreprendre cette pondération. Le critère de la «pertinence probable» va au-delà de «l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense». Il faudra convaincre le juge que les renseignements ont une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Le critère de la «pertinence probable» convient à l'étape de «l'apparence de droit à la divulgation» dans les procédures visées aux paragraphes 37(2) et 38(1) de la Loi. L'admissibilité des renseignements ne devrait pas être prise en considération dans les procédures visées par ces dispositions.

Les arguments invoqués par les requérants pour prouver qu'il y avait une apparence de droit à la divulgation étaient mal fondés. La Cour provinciale de l'Alberta a fondé sa décision sur le seuil plus bas — à savoir l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense. La norme de la pertinence aux fins de déterminer s'il y a une

context of the *Canada Evidence Act* is whether the information is likely relevant. The Crown has not disclosed further information voluntarily but was ordered by the Provincial Court of Alberta to do so. This is not a case of waiver, nor a case in which the Crown could be said to be conceding relevance at the level applicable to a proceeding under subsections 37(2) and 38(1). The disclosure of some information did not estop the Crown from arguing that the balance of the information is not relevant at the applicable standard. Counsel for the applicants were unable to explain how disclosure of information about bank accounts in Switzerland or Pakistan would be logically probative of any issue at trial. The applicants gave no indication why information about these accounts would be helpful to them, and what issue they intend to raise to which such information would relate. The Court was not satisfied that the grounds for seeking disclosure proved to be more than speculation or a fishing expedition. Credibility is always an issue in trial proceedings and therefore, credibility at large cannot provide a basis for disclosure of information in a proceeding under sections 37 and 38 of the Act. The assertions of counsel for the applicants amounted to nothing more than speculation. Nothing specific has been indicated, and the "likely relevance" test has not been met.

apparence de droit à la divulgation dans le contexte de la *Loi sur la preuve au Canada* consiste à savoir si les renseignements sont vraisemblablement pertinents. La Couronne n'a pas divulgué de renseignements supplémentaires volontairement, mais elle a été contrainte de le faire par la Cour provinciale de l'Alberta. Ce n'est pas un cas de renonciation ni un cas où on pourrait dire que la Couronne reconnaît la pertinence des renseignements au niveau applicable à une procédure visée aux paragraphes 37(2) et 38(1). La divulgation de certains renseignements n'a pas empêché la Couronne de soutenir que le reste des renseignements n'est pas visé par la norme applicable. Les avocats des requérants n'ont pas pu expliquer comment la divulgation de renseignements sur des comptes bancaires en Suisse ou au Pakistan aurait une valeur logiquement probante relativement à quelque question en litige. Les requérants n'ont pas fourni d'explications sur l'utilité que les renseignements sur ces comptes pourraient avoir pour eux et sur la question qu'ils veulent soulever et à laquelle ces renseignements se rapporteraient. On n'a pas convaincu la Cour que les raisons pour demander la divulgation s'avéraient plus que des conjectures ou une recherche à l'aveuglette. La crédibilité est toujours une question en litige et, par conséquent, la crédibilité en général ne peut pas servir de fondement à la divulgation de renseignements dans une procédure visée aux articles 37 et 38 de la Loi. Les affirmations des avocats des requérants n'équivalaient à rien d'autre que des conjectures. Rien de précis n'a été mentionné, et il n'a pas été satisfait au critère de la «pertinence probable».

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(1)(c).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(1),(2), 19.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 42, s. 12), 19.2 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. O'Connor, [1995] 4 S.C.R. 411.

CONSIDERED:

R. v. Harrer, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98.

LOIS ET RÉGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(1)(c).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1),(2), 19.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 42, art. 12), 19.2 (édicte, *idem*).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98.

REFERRED TO:

Kevork v. The Queen, [1984] 2 F.C. 753; (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.); *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.); *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.); *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (T.D.); *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.); *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *R. v. Egger*, [1993] 2 F.C. 451; (1993), 141 A.R. 81; 103 D.L.R. (4th) 678; 82 C.C.C. (3d) 193; 21 C.R. (4th) 186; 15 C.R.R. (2d) 193; 45 M.V.R. (2d) 161; 153 N.R. 272; 46 W.A.C. 81; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; (1990), 116 N.R. 361; 43 O.A.C. 277.

APPLICATION for disclosure of information objected to by the Crown under sections 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Robert H. Davidson, Q.C., for applicant Mohammed Nazir Khan.

Shawn Beaver for applicants Marek Kalenski and Nasreen Begum Nazir.

Karl R. Wilberg for applicant Baldev Singh Gill.

Barbara S. Ritzen for respondent.

SOLICITORS:

Davidson, Gregory, Edmonton, for applicant Mohammed Nazir Khan.

Pringle, Renouf & Associates, Edmonton, for applicants Marek Kalenski and Nasreen Begum Nazir.

Andrew, Donahoe & Oake, Edmonton, for applicant Baldev Singh Gill.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order of the Court delivered orally in English by

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Kevork c. La Reine, [1984] 2 C.F. 753; (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (1^{re} inst.); *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.); *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.); *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (1^{re} inst.); *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.); *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *R. c. Egger*, [1993] 2 C.F. 451; (1993), 141 A.R. 81; 103 D.L.R. (4th) 678; 82 C.C.C. (3d) 193; 21 C.R. (4th) 186; 15 C.R.R. (2d) 193; 45 M.V.R. (2d) 161; 153 N.R. 272; 46 W.A.C. 81; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; (1990), 116 N.R. 361; 43 O.A.C. 277.

DEMANDE de divulgation de renseignements à laquelle s'est opposée la Couronne en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Robert H. Davidson, c.r., pour le requérant Mohammed Nazir Khan.

Shawn Beaver pour les requérants Marek Kalenski et Nasreen Begum Nazir.

Karl R. Wilberg pour le requérant Baldev Singh Gill.

Barbara S. Ritzen pour l'intimée.

PROCUREURS:

Davidson, Gregory, Edmonton, pour le requérant Mohammed Nazir Khan.

Pringle, Renouf & Associés, Edmonton, pour les requérants Marek Kalenski et Nasreen Begum Nazir.

Andrew, Donahoe & Oake, Edmonton, pour le requérant Baldev Singh Gill.

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

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance de la Cour prononcés à l'audience par

1 ROTHSTEIN J.:

LE JUGE ROTHSTEIN:

1

IntroductionIntroduction

2 The Crown has refused to disclose to the applicants, who are the accused in criminal proceedings in the Provincial Court of Alberta, certain information on the grounds that disclosure would reveal the identity of police informants and the targets of criminal investigations, and as well, because disclosure of criminal intelligence information received from police, security and governmental forces of other countries would jeopardize international relations and arrangements of the RCMP.

2 La Couronne a refusé de divulguer aux requérants, qui sont les accusés dans des poursuites pénales devant la Cour provinciale de l'Alberta, certains renseignements pour le motif que leur divulgation révélerait l'identité d'informateurs de police et des personnes visées par des enquêtes criminelles, et aussi parce que la divulgation de renseignements de nature criminelle obtenus de forces policières, gouvernementales et de sécurité d'autres pays mettrait en péril les relations et les ententes internationales établies par la GRC.

3 The issue in this application is whether there should be disclosure to the applicants. The matter comes before a designated judge of this Court by virtue of subsections 37(2) and 38(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, as amended, (CEA), because the Crown's objection is based in part, at least, on injury to international relations.¹

3 La question soulevée dans la présente demande est de savoir s'il devrait y avoir divulgation des renseignements aux requérants. L'affaire arrive devant un juge de notre Cour chargé de l'entendre en vertu des paragraphes 37(2) et 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et ses modifications, (LPC), parce que l'opposition de la Couronne est fondée en partie, au moins, sur le préjudice qui serait porté aux relations internationales¹.

4 The information in question, pertaining to bank accounts in Switzerland and Pakistan, had been sought by the applicants commencing in August 1994. The Crown consistently refused disclosure. On April 3, 1995, the issue of disclosure came before Judge E. Walter of the Provincial Court of Alberta who was seized with the criminal prosecutions of the applicants. (A few days before the disclosure proceedings commenced on April 3, 1995, the case involving the applicant Nasreen Begum Nazir, was severed and was no longer a part of the proceedings that commenced on that date.)

4 Les renseignements en question, qui se rapportaient à des comptes bancaires en Suisse et au Pakistan, avaient été demandés par les requérants à partir du mois d'août 1994. La Couronne en a constamment refusé la divulgation. Le 3 avril 1995, la question de la divulgation a été instruite devant le juge E. Walter, de la Cour provinciale de l'Alberta, qui était saisi des poursuites criminelles intentées contre les requérants. (Quelques jours avant que la procédure de divulgation soit intentée le 3 avril 1995, il y a eu disjonction de la cause impliquant la requérante Nasreen Begum Nazir, de sorte que celle-ci n'était plus partie à la procédure intentée ce jour-là.)

5 On April 4, 1995, the learned Judge directed the Crown "to disclose the correspondence which is in its possession and to do so in a timely and meaningful time frame". The correspondence was specified to be "the correspondence between the office of the RCMP and liaison officers of the RCMP in Pakistan and Switzerland".

5 Le 4 avril 1995, le juge a ordonné à la Couronne [TRADUCTION] «de divulguer la correspondance en sa possession et de le faire en temps opportun». Il s'agissait de [TRADUCTION] «la correspondance échangée entre le bureau de la GRC et les agents de liaison de la GRC au Pakistan et en Suisse».

6 The Crown did not disclose pursuant to Judge Walter's directive but rather, on or about April 27, 1995, filed a certificate in the proceedings in the Provincial Court of Alberta pursuant to subsection 37(1) of the CEA objecting to disclosure "on the basis of a specified public interest and on the basis that such disclosure would be injurious to international relations". On May 2, 1995, the applicants filed an application in this Court asking that the certificate be set aside and that disclosure be ordered.

6 La Couronne n'a pas divulgué les renseignements conformément à la directive du juge Walter, mais, aux alentours du 27 avril 1995, elle a déposé un certificat dans les poursuites intentées devant la Cour provinciale de l'Alberta conformément au paragraphe 37(1) de la LPC en s'opposant à la divulgation [TRADUCTION] «pour des raisons d'intérêt public déterminées et pour le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales». Le 2 mai 1995, les requérants ont présenté à notre Cour une demande visant à faire annuler le certificat et ordonner la divulgation des renseignements.

The Proceedings in the Provincial Court of Alberta

Les poursuites intentées devant la Cour provinciale de l'Alberta

7 The applicants Khan, Kalenski, and Gill have been charged with various offenses relating to drug trafficking:

7 Les requérants Khan, Kalenski et Gill ont été accusés de diverses infractions relatives au trafic de stupéfiant:

February 24, 1993: Khan charged with trafficking in cocaine contrary to subsection 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, (NCA).

24 février 1993: Khan est accusé de trafic de cocaïne en violation du paragraphe 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, et ses modifications, (ci-après la «LS»).

July 16, 1993: Khan, Kalenski and Gill charged with trafficking in cocaine between March and June 1993 contrary to subsection 4(1) of the NCA.

16 juillet 1993: Khan, Kalenski et Gill sont accusés de trafic de cocaïne entre mars et juin 1993 en violation du paragraphe 4(1) de la LS.

July 16, 1993: Kalenski and Gill charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking contrary to subsection 4(2) of the NCA.

16 juillet 1993: Kalenski et Gill sont accusés de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic en violation du paragraphe 4(2) de la LS.

July 16, 1993: Kalenski charged with possession of the proceeds of crime contrary to section 19.1 of the NCA [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 42, s. 12].

16 juillet 1993: Kalenski est accusé de possession des produits de la criminalité en violation de l'article 19.1 de la LS [édicé par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 42, art. 12].

February 7, 1994: Kalenski pleads guilty to all charges.

7 février 1994: Kalenski plaide coupable à toutes les accusations.

March 1994: Khan charged with laundering contrary to section 19.2 of the NCA [as enacted *idem*].

Mars 1994: Khan est accusé de recyclage des produits de la criminalité en violation de l'article 19.2 de la LS [édicte, *idem*].

April 19, 1994: Khan, Kalenski and Gill charged with conspiracy to traffic in cocaine contrary to subsection 4(1) of the NCA and paragraph 465(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended.

19 avril 1994: Khan, Kalenski et Gill sont accusés de complot en vue de faire le trafic de la cocaïne en violation du paragraphe 4(1) de la LS et de l'alinéa 465(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, et ses modifications.

8 On May 26, 1994, Nasreen Begum Nazir was charged with being in possession of the proceeds of crime contrary to section 19.1 of the NCA and laundering the proceeds of crime contrary to section 19.2 of the NCA.

Le 26 mai 1994, Nasreen Begum Nazir a été accusée de possession des produits de la criminalité en violation de l'article 19.1 de la LS et de recyclage des produits de la criminalité en violation de l'article 19.2 de la LS.

9 After preliminary motions, the trial of Khan, Kalenski and Gill on all outstanding criminal charges commenced before Judge Walter on May 1, 1995. By December 14, 1995 the trial had proceeded to the point at which the Crown's evidence had been completed and the Crown had closed its case. The trial is to continue on February 20, 1996.

Après des requêtes préliminaires, le procès de Khan, Kalenski et Gill relativement à toutes les accusations criminelles en instance s'est ouvert devant le juge Walter le 1^{er} mai 1995. Au 14 décembre 1995, le procès était rendu au point où la Couronne avait terminé sa preuve. Il doit se poursuivre le 20 février 1996.

10 The certificate that has given rise to these proceedings was made by Superintendent François Hummel of the RCMP. It makes no reference to specific documents in this case. On January 12, 1996 an amended certificate of Inspector Garry William Gordon Clement of the RCMP was filed in the proceedings in this Court which withdrew the objection to disclosure for certain information and went into some further detail as to the reasons for confidentiality of specific documents.

Le certificat qui est à l'origine de la présente instance émanait du surintendant François Hummel de la GRC. Il ne fait référence à aucun document précis en l'espèce. Le 12 janvier 1996, un certificat modifié délivré par l'inspecteur Garry William Gordon Clement de la GRC a été déposé dans le cadre des procédures engagées devant notre Cour: on y renonçait à l'opposition faite à la divulgation de certains renseignements et on donnait certains détails supplémentaires sur les raisons du caractère confidentiel de documents particuliers.

The Amended Certificate

Le certificat modifié

11 Applicant's counsel objected to the filing of the amended certificate of Inspector Clement. However, the filing of such certificate was provided for in an order for directions of January 3, 1996. Counsel for all parties participated in the directions hearing and

Les avocats des requérants se sont opposés au dépôt du certificat modifié de l'inspecteur Clement. Toutefois, le dépôt d'un tel certificat était prévu dans une ordonnance de directives en date du 3 janvier 1996. Les avocats de toutes les parties ont parti-

there was no objection at that time.

12 In addition, the certificate withdraws the objection to disclosure in respect of some documents, and in that sense, is favourable to the applicants.

13 Further, subsection 38(6) of the CEA entitles the person making the objection to make representations *ex parte*. It seems that even if the certificate was rejected, counsel for the Crown could make *ex parte* submissions as to the reasons for confidentiality contained in the amended certificate.

14 While I can see no objection in principle to the filing of an amended certificate, it has indeed been filed at a late date in these proceedings. The amended certificate indicates that it was occasioned by changed circumstances. Crown counsel says that changed circumstances giving rise to further disclosure include the fact that information from Switzerland had been disclosed. Therefore, the confidentiality of some information based on injury to international relations was no longer necessary.

15 The disclosure under the amended certificate was made because of the April 4, 1995 order of Judge Walter. It will be for Judge Walter to deal with whether the late disclosure under the amended certificate complies with his order that disclosure be "in a timely and meaningful time frame".

16 In the context of the proceedings before me, timely disclosure is to be encouraged and late disclosure can be the subject of an award of costs. Further, I will take this opportunity to comment on the generality of the Hummel certificate. Subsections 37(1) and 38(1) prescribe nothing further than a requirement that a certificate contain an objection "that the information should not be disclosed on the

cipé à l'audience visant à donner des directives, et aucune opposition n'a été soulevée à ce moment-là.

De plus, le certificat retire l'opposition à la divulgation de certains documents et, en ce sens, il est favorable aux requérants.

En outre, le paragraphe 38(6) de la LPC permet à celui qui s'oppose de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. Il semble que, même si le certificat était rejeté, l'avocat de la Couronne pourrait présenter des arguments en l'absence d'une autre partie au sujet des raisons que le certificat modifié expose relativement au caractère confidentiel des documents concernés.

Bien que je ne voie rien qui s'oppose en principe au dépôt d'un certificat modifié, celui-ci a en fait été déposé à une date tardive dans les présentes procédures. Le certificat modifié indique qu'il découle d'un changement de circonstances. L'avocat de la Couronne soutient que, au nombre des nouvelles circonstances ayant entraîné la divulgation d'autres renseignements, il faut mentionner le fait qu'il y avait déjà eu divulgation de renseignements provenant de la Suisse. Donc, il n'était plus nécessaire de tenir secrets certains renseignements pour le motif que leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales.

La divulgation des renseignements aux termes du certificat modifié s'est faite en raison de l'ordonnance rendue par le juge Walter le 4 avril 1995. Ce sera à ce juge de déterminer si la divulgation tardive des renseignements faite aux termes du certificat modifié est conforme à son ordonnance selon laquelle la divulgation doit avoir lieu «en temps opportun».

Dans le contexte des procédures se déroulant devant moi, il faut encourager la divulgation des renseignements au moment opportun, et leur divulgation tardive peut entraîner l'adjudication de dépens. De plus, je profite de l'occasion pour formuler certaines remarques sur le caractère général du certificat du surintendant Hummel. Les paragraphes 37(1) et 38(1) n'exigent rien de plus que le

grounds of a specified public interest” (subsection 37(1)) or “on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security” (subsection 38(1)). Strictly speaking, therefore, the Hummel certificate (and the Clement certificate) comply with the statute that authorizes them.

- 17 Of course, a certificate cannot be so specific as to breach the confidentiality it seeks to maintain. However, it is hard to believe that some further specificity could not have been provided without resulting in inadvertent disclosure of what is intended to be kept confidential. At least the documents could have been listed even if only by number. Perhaps had this been done, the Crown might have concluded that some further disclosure could have been made in respect to the April 4, 1995 order of Judge Walter.

Jurisdiction

- 18 In the case of an objection to disclosure based on injury to international relations, national defence or security, subsection 38(1) of the CEA provides that only the Chief Justice of the Federal Court or a judge of the Federal Court designated by him may decide the validity of the objection. In this case, the objections are based not just on injury to international relations, but also on informer privilege and the harm that might result from disclosure of the names of targets of criminal investigations. Is the jurisdiction of the designated judge under subsection 38(1) limited to dealing with the international relations objection only, or may the objection on the other specified public interest grounds also be decided by the designated judge?

- 19 The scheme under section 37 indicates that a minister or other person interested may object to

certificat contienne une opposition attestant que «ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d’intérêt public déterminées» (paragraphe 37(1)) ou se fondant «sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales» (paragraphe 38(1)). Par conséquent, à strictement parler, le certificat du surintendant Hummel (et le certificat de l’inspecteur Clement) sont conformes à la loi qui les autorise.

- 17 Naturellement, le certificat ne peut pas être précis au point de rompre le secret qu’il cherche à protéger. Cependant, on a du mal à croire qu’il n’était pas possible de fournir certaines précisions supplémentaires sans entraîner la divulgation par inadvertance de ce qui est censé être tenu secret. On aurait pu au moins donner la liste des documents, ne fût-ce même que par numéro. Si cela avait été fait, la Couronne aurait peut-être conclu que certains renseignements supplémentaires auraient pu être divulgués conformément à l’ordonnance rendue par le juge Walter le 4 avril 1995.

Compétence

- 18 Dans le cas d’une opposition à la divulgation fondée sur le préjudice possible aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales, le paragraphe 38(1) de la LPC prévoit que seul le juge en chef de la Cour fédérale ou un autre juge de ce tribunal qu’il charge de l’audition de ce genre de demande peut trancher la question de la validité de l’opposition. En l’espèce, les oppositions sont fondées non seulement sur le préjudice aux relations internationales, mais également sur l’immunité accordée à l’indicateur et le préjudice qui peut résulter de la divulgation des noms des personnes visées par des enquêtes criminelles. Le pouvoir de la personne désignée en vertu du paragraphe 38(1) se limite-t-il à trancher la question de l’opposition fondée sur les relations internationales seulement ou bien le juge désigné peut-il trancher également la question de l’opposition fondée sur d’autres raisons d’intérêt public déterminées?

- 19 Selon l’article 37, un ministre ou toute autre personne intéressée peut s’opposer à la divulgation de

disclosure before the court, person or body with jurisdiction to compel the production of information. If the proceedings are before a superior court, the superior court judge may decide the objection. If the objection is made before any other court, the objection is to be determined by a judge of the superior court of the province in which the other court exercises jurisdiction. In the case of objections made before a person or body other than a court, the objection is to be decided by the Federal Court Trial Division. In all cases, however, if the objections are based on injury to international relations, defence or security, the validity of the objection must be decided by the Chief Justice or designated judge of the Federal Court.

20 The legislation is explicit as to which court is to decide objections, depending upon the original court, person or body before whom the objection was made. In this case, the objection was made before the Provincial Court of Alberta. There is no doubt that had the objection not involved a claim of injury to international relations, but only the protection of informers and of the confidentiality of targets of criminal investigations, the validity of the objection should be decided by the Court of Queen's Bench of Alberta. However, in this case, the objection also involved injury to international relations, thereby engaging the jurisdiction of the Chief Justice or designated judge of the Federal Court.

21 I am of the view that in cases in which an objection is made on the grounds of injury to international relations, national defence or security as well as other grounds, the designated judge may decide the validity of the entire objection. While I think the word "only" in subsection 38(1) makes it clear that a superior court of a province could not decide an objection on one of the grounds referred to therein, there is no express limitation on the designated judge deciding an objection which involves both grounds under subsection 38(1) and other grounds. Further, subsections 37(2) and (3) are expressly

renseignements devant le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements. Si les procédures sont portées devant une cour supérieure, un juge de ce tribunal peut trancher la question de l'opposition. Si l'opposition est portée devant un autre tribunal, elle doit être tranchée par un juge de la cour supérieure de la province dans laquelle l'autre tribunal exerce sa juridiction. Dans le cas des oppositions portées devant une personne ou un organisme autres qu'un tribunal, elles doivent être tranchées par la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans tous les cas, toutefois, si les oppositions sont fondées sur le préjudice aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité, la question de la validité de l'opposition doit être tranchée par le juge en chef ou un juge désigné de la Cour fédérale.

20 La loi prévoit expressément quel tribunal doit trancher les oppositions, compte tenu du tribunal, de la personne ou de l'organisme devant lequel l'opposition a été soulevée à l'origine. En l'espèce, l'opposition a été soulevée devant la Cour provinciale de l'Alberta. Il n'y a pas de doute que, si l'opposition n'avait pas soulevé un préjudice possible aux relations internationales, mais seulement la protection des indicateurs et de l'identité des personnes visées par des enquêtes criminelles, la question de la validité de l'opposition devrait être tranchée par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Cependant, en l'espèce, l'opposition soulevait également un préjudice possible aux relations internationales, ce qui entraînait la compétence du juge en chef ou d'un juge désigné de la Cour fédérale.

21 Je suis d'avis que, dans les cas où une opposition est fondée sur le préjudice possible aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales ainsi que sur d'autres raisons, le juge désigné peut trancher la question de la validité de l'opposition dans son ensemble. Même si je pense que le mot «uniquement» utilisé au paragraphe 38(1) vient préciser qu'une cour supérieure d'une province ne pourrait pas trancher une opposition fondée sur l'une des raisons y mentionnées, aucune limite n'est imposée expressément en ce qui concerne le juge désigné qui tranche une opposition qui soulève à la fois des

made subject to section 38.

raisons mentionnées au paragraphe 38(1) et d'autres raisons. De plus, les paragraphes 37(2) et (3) prévoient une réserve faite expressément à l'article 38.

22 In terms of practicality, any other course of action would appear to be unnecessarily cumbersome, expensive and confusing. Further, the distinction between international relations and other specified public interests may not be easily made. The same documentary material may pertain to both grounds, and the information pertaining to both may be inextricably intertwined.

22 En pratique, toute autre façon d'agir semblerait inutilement lourde, onéreuse et déroutante. En outre, il n'est peut-être pas facile de faire la distinction entre les relations internationales et d'autres raisons d'intérêt public déterminées. Les mêmes documents d'information peuvent se rapporter aux deux types de raisons, et les renseignements relatifs à ces deux types peuvent être liés entre eux inextricablement.

23 While the legislation is not beyond doubt on this point, I think there is a basis, both in the opening words of subsections 37(2) and (3), and in the words of subsection 38(1), for the designated judge to decide the validity of the entire objection when the objection is based both on the grounds set forth in subsection 38(1) and on other grounds.

23 Bien que la loi ne soit pas certaine sur ce point, le début des paragraphes 37(2) et (3) ainsi que le libellé du paragraphe 38(1) portent à croire, selon moi, que le juge désigné peut trancher la question de la validité de l'opposition dans son ensemble lorsque celle-ci est fondée tant sur les motifs énoncés au paragraphe 38(1) que sur d'autres motifs.

24 In the circumstances of this case, I am of the view that a designated judge has jurisdiction to decide the validity of the objection of the Crown in its entirety in this proceeding.

24 Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'opinion qu'un juge désigné a compétence pour trancher la question de la validité de l'opposition de la Couronne dans son ensemble.

Law

Le droit

25 The jurisprudence of this Court has established a procedure to be followed in cases under subsections 37(2) and 38(1) of the CEA. By virtue of subsection 37(2), the court must be satisfied that the public interest in disclosure outweighs the importance of the specified public interest in confidentiality. The party seeking disclosure must first make out an "apparent case" for disclosure before any documents are inspected. If the party seeking disclosure establishes an apparent case for disclosure, the court then proceeds to examine the documents in issue.

25 La jurisprudence de notre Cour a établi la façon de procéder dans les cas visés par les paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC. En vertu du paragraphe 37(2), le tribunal doit être convaincu que l'intérêt public dans la divulgation des renseignements l'emporte sur l'intérêt public déterminé dans le caractère confidentiel des renseignements. La partie qui demande la divulgation de renseignements doit d'abord établir une «preuve apparente» en faveur de la divulgation avant l'inspection de tout document. Si la partie qui demande la divulgation établit une preuve apparente en faveur de la divulgation, le tribunal examine ensuite les documents en question.

26 In assessing whether an apparent case for disclosure has been made out, the following factors have been considered:

26 Pour déterminer si on a établi une preuve apparente en faveur de la divulgation, on a pris en considération les facteurs suivants:

- (a) The nature of the public interest sought to be protected by confidentiality; *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753 (T.D.), at pages 762 to 764; *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.), at page 884; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.) at page 479.
- (b) Whether the evidence in question will “probably establish a fact crucial to the defence”; *Kevork v. The Queen*, *supra*, at pages 764 and 765; *Goguen v. Gibson*, *supra*, (T.D.), at page 906.
- (c) The seriousness of the charge or issues involved; *Kevork v. The Queen*, *supra*, at pages 765 and 766; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at page 238.
- (d) The admissibility of the documentation and the usefulness of it; *Kevork v. The Queen*, *supra*, at pages 766 to 768; *Goguen v. Gibson*, *supra*, (T.D.), at page 906; *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.).
- (e) Whether the applicants have established that there are no other reasonable ways of obtaining the information; *Kevork v. The Queen*, *supra*, at page 767.
- (f) Whether the disclosures sought amount to general discovery or a fishing expedition; *Kevork v. The Queen*, *supra*, at page 767; *Gold v. R.*, *supra*, at pages 139 to 140.
- a) La nature de l’intérêt public que l’on tente de protéger par le secret; *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753 (1^{re} inst.), aux pages 762 à 764; *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.), à la page 884; *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.), à la page 479.
- b) La question de savoir si «un fait crucial pour la défense sera probablement ainsi établi»; *Kevork c. La Reine*, précité, aux pages 764 et 765; *Goguen c. Gibson*, précité, (1^{re} inst.), à la page 906.
- c) La gravité de l’accusation ou des questions concernées; *Kevork c. La Reine*, précité, aux pages 765 et 766; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), à la page 238.
- d) L’admissibilité des documents et leur utilité; *Kevork c. La Reine*, précité, aux pages 766 à 768; *Goguen c. Gibson*, précité, (1^{re} inst.), à la page 906; *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.).
- e) La question de savoir si les requérants ont établi qu’il n’existe pas d’autres moyens raisonnables d’obtenir les renseignements; *Kevork c. La Reine*, précité, à la page 767.
- f) La question de savoir si les demandes de divulgation de renseignements visent la communication de certains documents ou constituent des interrogatoires à l’aveuglette; *Kevork c. La Reine*, précité, à la page 767; *Gold c. R.*, précité, aux pages 139 et 140.

27 Counsel for the applicants argue that the law in respect of disclosure by the Crown in criminal proceedings has undergone significant changes in recent years in light 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.) (Charter). They submit that the designated judge, in applications under subsections 37(2) and 38(1) of the CEA should, where criminal proceedings are involved, be guided by recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada in respect of disclosure. I agree.

27 Les avocats des requérants soutiennent que le droit en matière de divulgation de renseignements par la Couronne dans les poursuites pénales a subi des changements importants au cours des dernières années à la lumière 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.) (Charte). Ils font valoir que le juge désigné, dans les demandes présentées en vertu des paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC, devrait, lorsqu’il s’agit de poursuites pénales, être guidé par la jurisprudence récente de la Cour

- 28 The general obligation of the Crown to disclose relevant information to the defence is set forth in the well-known case of *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 (*Stinchcombe*). In the usual case, the Crown is under a duty to disclose to the defence all material evidence whether favourable to the accused or not and regardless of whether the Crown proposes to adduce it. This obligation however is not absolute. There are exceptions such as where information is clearly irrelevant or is subject to privilege.
- 29 Applicants' counsel also argue that the law set forth in the recent case of *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411 (*O'Connor*), is also relevant to a consideration of the procedure to be followed in cases under subsections 37(2) and 38(1) of the CEA. *O'Connor* outlines the procedures to be followed when an accused seeks production of material in the hands of third parties such as medical or therapeutic records of a complainant in rape or sexual assault prosecutions.
- 30 In *O'Connor*, Lamer C.J. and Sopinka J., for the majority on this point, held that when such records are in the hands of the Crown, the disclosure obligation of the Crown is to produce that which is relevant. Relevance in such circumstances is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence (see *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451 (*Egger*) and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727 (*Chaplin*) which follow the reasoning in *Stinchcombe*). They further held that the relevance of therapeutic records must be presumed when the records are in the possession of the Crown as any concern relating to privacy or privilege disappears when the documents in question have fallen into the Crown's possession.
- 31 Before me, applicants' counsel argue that, as the information in question here is in the hands of the
- suprême du Canada en matière de divulgation. Je suis d'accord.
- L'obligation générale de la Couronne de divulguer à la défense les renseignements pertinents est exposée dans l'arrêt bien connu *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 (*Stinchcombe*). Habituellement, la Couronne est tenue de divulguer à la défense toute la preuve substantielle, qu'elle soit favorable à l'accusé ou non et indépendamment du fait que la Couronne se propose de la produire. Cette obligation n'est toutefois pas absolue. Il y a des exceptions, comme lorsque les renseignements ne sont manifestement pas pertinents ou qu'ils font l'objet d'un privilège.
- Les avocats des requérants soutiennent également que le droit exposé dans l'arrêt récent *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (*O'Connor*), se rapporte aussi à un examen de la procédure à suivre dans les cas visés par les paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC. L'arrêt *O'Connor* indique les procédures à suivre lorsqu'un accusé demande la production de documents en la possession de tiers comme les dossiers médicaux ou thérapeutiques d'une plaignante dans des poursuites pour viol ou agression sexuelle.
- Dans l'arrêt *O'Connor*, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont, au nom de la majorité sur ce point, conclu que l'obligation de divulgation de la Couronne, lorsqu'elle a en sa possession des dossiers de ce genre, consiste à produire ceux qui sont pertinents. La question de la pertinence dans de telles circonstances est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense (voir les arrêts *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451 (*Egger*) et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727 (*Chaplin*), qui suivent le raisonnement adopté dans l'arrêt *Stinchcombe*). Ils ont également conclu que la pertinence des dossiers thérapeutiques devait se présumer lorsque les dossiers sont en la possession de la Couronne, car toute préoccupation relative à la protection des renseignements personnels ou au privilège disparaît dès lors que la Couronne a en sa possession les documents en cause.
- Les avocats des requérants ont allégué que, comme les renseignements en question ici sont en la

Crown, it must be presumed to be relevant and therefore the disclosure obligation prescribed by *Egger* and *Chaplin* must be observed.

possession de la Couronne, il faut présumer qu'ils sont pertinents, et que l'obligation de divulgation prescrite par les arrêts *Egger* et *Chaplin* doit donc être respectée.

32 I do not agree. We are dealing here with an objection to the disclosure of information involving informers, targets of criminal investigations and international relations. In respect of informers, the rule against the disclosure of information which might identify the informers is one of long standing. The rule, of course, is not absolute and there are specific exceptions: see *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979 (*Scott*). Nothing in *O'Connor* alters the privilege attaching to the identity of informers as set out in *Scott*. As to the targets of criminal investigations, *Stinchcombe* recognizes that, although not to be encouraged, disclosure might have to be delayed in order to complete investigations (see page 328). Injury to international relations as a basis for nondisclosure, is statutorily recognized in subsection 38(1) of the CEA. All of these cases are exceptions to the general obligation to disclose.

Je ne suis pas d'accord. Nous examinons ici une opposition à la divulgation de renseignements concernant des indicateurs, des personnes visées par des enquêtes criminelles et des relations internationales. En ce qui a trait aux indicateurs, la règle interdisant la divulgation de renseignements qui permettraient d'identifier les indicateurs existe depuis longtemps. Naturellement, cette règle n'est pas absolue et il existe des exceptions précises: voir l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 (*Scott*). Rien dans l'arrêt *O'Connor* ne modifie le privilège qui s'attache à l'identité des indicateurs comme il est énoncé dans l'arrêt *Scott*. Quant aux personnes visées par des enquêtes criminelles, l'arrêt *Stinchcombe* reconnaît que, bien que cette pratique ne doive pas être encouragée, la divulgation pourrait devoir être retardée afin que les enquêtes puissent être complétées (voir page 328). La loi reconnaît au paragraphe 38(1) de la LPC le préjudice possible aux relations internationales comme fondement de la non-divulgation. Tous ces cas représentent des exceptions à l'obligation générale de divulgation.

33 On the other hand, the comments of Lamer C.J. and Sopinka J. in *O'Connor*, again for the majority on the point, in respect of information in the hands of third parties, shed some further light on the standards to be applied and the procedure to be followed in cases under subsections 37(2) and 38(1) of the CEA. Although the reasons for nondisclosure in *O'Connor* are different, the analysis to be performed in deciding whether to order disclosure is similar to cases under the CEA.

Par ailleurs, les observations faites par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka dans l'arrêt *O'Connor*, encore une fois au nom de la majorité sur ce point, relativement aux renseignements en la possession de tiers, jettent un peu plus de lumière sur les normes à appliquer et la procédure à suivre dans les cas visés par les paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC. Bien que les raisons en faveur de la non-divulgation dans l'arrêt *O'Connor* soient différentes, l'analyse à effectuer pour décider s'il faut ordonner la divulgation des renseignements ressemble aux cas visés par la LPC.

34 The approach in *O'Connor* first requires that the applicants demonstrate that the information is likely to be relevant. Once the "likely relevance" test is established, the accused must demonstrate that the salutary effect of ordering documents produced to the Court for inspection outweighs the deleterious

La méthode adoptée dans l'arrêt *O'Connor* exige d'abord que les requérants prouvent que les renseignements sont susceptibles d'être pertinents. Une fois établi le critère de la «pertinence probable», l'accusé doit prouver que les effets bénéfiques qu'entraînerait l'ordonnance de production des docu-

effects of seeking production. A judge will only be in an informed position to engage in this required balancing analysis by reviewing the material in question. Lamer C.J. and Sopinka J. state at paragraph 21 of *O'Connor* [at pages 435-436]:

According to L'Heureux-Dubé J., once the accused meets the "likely relevance" threshold, he or she must then satisfy the judge that the salutary effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production. We are of the view that this balancing should be undertaken at the second stage of the procedure. The "likely relevance" stage should be confined to a question of whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records. Moreover, a judge will only be in an informed position to engage in the required balancing analysis once he or she has had an opportunity to review the records in question.

35 With respect to the likely relevance test, the standard is higher than "whether the information may be useful to the defence". The judge must be satisfied that the information is logically probative of an issue at trial or to the competency of a witness to testify. The Chief Justice and Sopinka J. state at paragraph 22 [at page 436]:

In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence (see *Egger, supra*, at p. 467, and *Chaplin, supra*, at p. 740). In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. When we speak of relevance to "an issue at trial", we are referring not only to evidence that may be probative to the material issues in the case (i.e. the unfolding of events) but also to evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case. See *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (Ont. C.A.), at p. 398.

36 *O'Connor* more clearly separates the "likely relevance" or "apparent case for disclosure" stage, from the balancing stage than prior jurisprudence under the CEA As Lamer C.J. and Sopinka J. point

ments à la Cour pour inspection l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle production. C'est seulement en examinant les documents en question qu'un juge sera en mesure d'entreprendre cette pondération requise. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka disent au paragraphe 21 de l'arrêt *O'Connor* [aux pages 435 et 436]:

Selon le juge L'Heureux-Dubé, une fois que l'accusé a satisfait au critère de la «pertinence probable», il lui faudra convaincre le juge que les effets bénéfiques qu'entraînerait l'ordonnance de production des documents à la cour pour inspection l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle production. Nous estimons que cette pondération devrait être entreprise à la seconde étape de la demande. L'étape de la «pertinence probable» devrait se limiter à la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière. De plus, le juge ne sera en mesure de procéder à la pondération requise que lorsqu'il aura eu l'occasion d'examiner les dossiers en question.

En ce qui concerne le critère de la pertinence probable, la norme va au-delà de «l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense». Il faudra convaincre le juge que les renseignements ont une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Le juge en chef et le juge Sopinka déclarent au paragraphe 22 [à la page 436]:

Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense (voir *Egger*, précité, à la p. 467, et *Chaplin*, précité, à la p. 740). Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge présidant le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque nous parlons de pertinence par rapport à «une question en litige», nous faisons allusion non seulement à la preuve qui peut avoir une valeur probante relativement aux questions substantielles (c'est-à-dire le déroulement des événements), mais également à la preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l'affaire. Voir *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (C.A. Ont.), à la p. 398.

L'arrêt *O'Connor* distingue plus clairement l'étape de la «pertinence probable» ou de «l'apparence de droit à la divulgation» de l'étape de la pondération que ne le faisait auparavant la jurisprudence relative

out, the balancing analysis requires a review of the records in question. There can be no balancing at the “likely relevance” stage. In terms of the approach under the CEA, this simply means that the “apparent case for disclosure” stage is to be primarily concerned with whether the information in question is likely relevant, leaving the balancing analysis to the stage when information is reviewed, once an apparent case for disclosure has been made out. Of course, it is still appropriate, at the “apparent case for disclosure” stage, to consider whether there is another reasonable way of obtaining the information.

37 The considerations in previous CEA jurisprudence e.g., will the evidence in question “probably establish a fact crucial to the defence” or whether the disclosure sought amounts to a general discovery or fishing expedition, indicate a standard of relevance similar to the “likely relevance” standard set out in *O’Connor*. Lamer C.J. and Sopinka J. say in *O’Connor* that the “likely relevance” test is a significant burden, but that it should not be interpreted as an onerous burden on the accused. It is to prevent speculative, unmeritorious and time consuming requests for production (paragraph 24 [at page 437]). Nonetheless, it is a higher test than that of usefulness to the defence as set out in *Egger* and *Chaplin*. The “apparent case for disclosure” test as it has been expressed in CEA jurisprudence, is also higher, and in that sense it is similar to the “likely relevance” test in *O’Connor*. I am satisfied that the “likely relevance” test in *O’Connor* is appropriate for the “apparent case for disclosure” stage in proceedings under subsections 37(2) and 38(1) of the CEA.

38 One condition specified in CEA jurisprudence for the “apparent case for disclosure” stage is the ad-

à la LPC. Comme le juge en chef Lamer et le juge Sopinka le signalent, la pondération exige un examen des dossiers en question. Il ne peut pas y avoir de pondération à l’étape de la «pertinence probable». Selon l’approche relative à la LPC, cela signifie simplement que l’étape de «l’apparence de droit à la divulgation» doit d’abord porter sur la question de savoir si les renseignements en question sont vraisemblablement pertinents, ce qui laisse l’analyse de pondération à l’étape de l’examen des renseignements, une fois qu’on a établi une apparence de droit à la divulgation. Naturellement, il convient encore, à l’étape de «l’apparence de droit à la divulgation» d’examiner s’il existe un autre moyen raisonnable d’obtenir les renseignements.

Les questions prises en considération dans l’ancienne jurisprudence relative à la LPC, par exemple celles de savoir si «un fait crucial pour la défense sera probablement ainsi établi» ou si la demande de divulgation vise la communication de certains documents ou constitue un interrogatoire à l’aveuglette, indiquent une norme de pertinence analogue à la norme de «pertinence probable» énoncée dans l’arrêt *O’Connor*. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka disent dans l’arrêt *O’Connor* que le critère de la «pertinence probable» constitue un fardeau important, mais qu’il ne devrait pas s’interpréter comme un fardeau onéreux incombant à l’accusé. Il cherche à éviter les demandes de production qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées et dilatoires (paragraphe 24) [à la page 437]. Néanmoins, c’est un critère plus élevé que celui de l’utilité pour la défense qui a été énoncé dans les arrêts *Egger* et *Chaplin*. Le critère de «l’apparence de droit à la divulgation», tel qu’il a été formulé dans la jurisprudence relative à la LPC, est également plus élevé et, en ce sens, il ressemble au critère de la «pertinence probable» énoncé dans l’arrêt *O’Connor*. Je suis convaincu que le critère de la «pertinence probable» énoncé dans l’arrêt *O’Connor* convient à l’étape de «l’apparence de droit à la divulgation» dans les procédures visées aux paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC.

L’une des conditions mentionnées dans la jurisprudence relative à la LPC en ce qui concerne l’é-

missibility of the documentation. In her reasons, L'Heureux-Dubé J., for the majority in *O'Connor*, states at paragraphs 164 and 166 [at pages 507-508]:

I cannot emphasize enough that the guidelines outlined above are clearly not synonymous with the test for admissibility of evidence at trial, outlined in *Seaboyer* and in s. 276 of the *Code*. Disclosure and production are broader concepts than admissibility and, as such, evidence which is produced to the defence will not necessarily be admissible at trial.

...

In any event, the admissibility of the records as evidence must be determined if and when the accused seeks to introduce them. The fact that records have been ordered produced to the defence does not mean that the records are necessarily admissible.

39 I think these observations, which were endorsed by Lamer C.J. and Sopinka J. (see paragraph 24 [at page 437]) suggest that disclosure and production are broader concepts than admissibility, and that admissibility is not a factor to be taken into account in the analysis leading to a decision on disclosure of information. For this reason, I am of the view that admissibility should not be taken into account in proceedings under subsections 37(2) and 38(1) of the CEA.

40 I would add one further observation which flows naturally from the likely relevance test in *O'Connor*. Credibility is always in issue and therefore, as L'Heureux-Dubé J. stated (paragraph 142 [at page 497]), an applicant may not simply claim credibility at large as a basis for disclosure of information. If this were so, disclosure would be inevitable in all cases. Some foundation, albeit limited, is necessary to invoke credibility as a reason for disclosure so as to take it out of the realm of speculation. I think this approach to questions of credibility is consistent with the "likely relevance" test established by Lamer C.J. and Sopinka J. in *O'Connor*.

tape de «l'apparence de droit à la divulgation» est l'admissibilité des documents. Dans ses motifs, le juge L'Heureux-Dubé déclare au nom de la majorité dans l'arrêt *O'Connor* aux paragraphes 164 et 166 [aux pages 507 et 508]:

Je ne saurais assez insister sur le fait que les lignes directrices énoncées ci-dessus ne correspondent pas nécessairement au test énoncé dans l'arrêt *Seaboyer* et à l'art. 276 du *Code* régissant l'admissibilité de la preuve lors du procès. La divulgation et la production sont des notions plus larges que l'admissibilité et, en conséquence, les éléments de preuve divulgués à la défense ne seront pas nécessairement admissibles lors du procès.

...

De toute façon, l'admissibilité des dossiers à titre d'éléments de preuve doit être réglée au moment où l'accusé cherche à les mettre en preuve. Le fait que la production de dossiers à la défense ait été ordonnée ne signifie pas que les dossiers soient nécessairement admissibles.

Je pense que ces observations, auxquelles ont 39 souscrit le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (voir le paragraphe 24 [à la page 437]), laissent entendre que la divulgation et la production sont des notions plus larges que l'admissibilité, et que cette dernière n'est pas un facteur à prendre en considération dans l'analyse qui mène à une décision portant sur la divulgation de renseignements. Je suis donc d'avis que l'admissibilité des renseignements ne devrait pas être prise en considération dans les procédures visées aux paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC.

J'ajouterai une autre observation qui découle 40 naturellement du critère de la pertinence probable énoncé dans l'arrêt *O'Connor*. La crédibilité est toujours en cause et par conséquent, comme le dit le juge L'Heureux-Dubé (paragraphe 142 [à la page 497]), un requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité en général comme fondement de la divulgation des renseignements concernés. S'il en était ainsi, la divulgation serait inévitable dans tous les cas. Il faut fournir une certaine base, bien que limitée, pour invoquer la crédibilité comme motif de divulgation afin de sortir du domaine de la conjecture. Je crois que cette façon d'aborder les questions relatives à la crédibilité est compatible avec le critère de la «pertinence probable» établi par le juge en

chef Lamer et le juge Sopinka dans l'arrêt *O'Connor*.

Status of Nasreen Begum Nazir

Qualité pour agir de Nasreen Begum Nazir

41 Ms. Nazir is named as an applicant in the proceedings before me. However the proceedings involving her were severed from the proceedings involving the other three applicants. The first step in a case involving an objection to disclosure is the filing of a certificate before a court with jurisdiction to compel production. In view of the fact that the proceedings involving Ms. Nazir were severed from those involving the other applicants, I am not satisfied that the Crown has certified, orally or in writing to a court with jurisdiction to compel production, its objection to disclosure in Ms. Nazir's case as required under subsection 37(1). Until that occurs, there is no basis for an application to this Court under subsections 37(2) and 38(1). In other words, a condition precedent to the bringing of an application under subsections 37(2) and 38(1) in the case of Ms. Nazir has not been satisfied.

M^{me} Nazir a la qualité de requérante dans les 41
procédures instruites devant moi. Cependant, les
procédures la concernant ont été disjointes des pro-
cédures concernant les trois autres requérants. La
première étape dans une affaire concernant une
opposition à la divulgation de renseignements est le
dépôt d'un certificat auprès du tribunal qui a le
pouvoir de contraindre à leur production. Comme les
procédures concernant M^{me} Nazir ont été disjointes
de celles concernant les autres requérants, je ne suis
pas convaincu que la Couronne ait attesté, verbale-
ment ou par écrit devant un tribunal ayant le pouvoir
de contraindre à la production, son opposition à la
divulgation dans le cas de M^{me} Nazir tel que le
requiert le paragraphe 37(1). Tant que cela ne se
fera pas, rien ne justifie la présentation d'une de-
mande à notre Cour en vertu des paragraphes 37(2)
et 38(1). Autrement dit, une des conditions préala-
bles à la présentation d'une demande en vertu des
paragraphes 37(2) et 38(1) n'a pas été remplie dans
le cas de M^{me} Nazir.

42 Counsel for Ms. Nazir argued that a designated judge could be considered a judge under subsection 37(2) and as the certificate is now filed in this proceeding and indeed there has been an amended certificate filed only in these proceedings, there is jurisdiction to consider the objections to disclosure in respect of Ms. Nazir. However, the scheme of the legislation is clear that the courts referred to in section 37 are the courts in which the primary litigation is proceeding. While that might be the Federal Court in some circumstances, there is never primary litigation before a designated judge.

L'avocat de M^{me} Nazir a avancé qu'un juge dési- 42
gné pourrait être considéré comme un juge au sens
du paragraphe 37(2) et que, puisque le certificat est
maintenant déposé en l'espèce et qu'en fait il y a eu
dépôt d'un certificat modifié seulement dans la
présente instance, la Cour a le pouvoir d'examiner
les oppositions à la divulgation des renseignements
en ce qui concerne M^{me} Nazir. Toutefois, la loi
prévoit clairement que les tribunaux mentionnés à
l'article 37 sont les tribunaux devant lesquels le
litige a été porté en premier lieu. Bien que ce puisse
être la Cour fédérale dans certains cas, le litige n'est
jamais porté en premier lieu devant un juge désigné.

43 In the circumstances, I am of the view that Ms. Nazir does not have status in these proceedings. She may continue to seek disclosure of information in the normal course from the Crown. It is only if and when the Crown certifies orally or in writing, in proceedings in the court having jurisdiction to compel production, its objection to disclose under the

Dans les circonstances, j'estime que M^{me} Nazir 43
n'a pas la qualité de partie dans la présente instance.
Elle peut continuer de demander normalement la
divulgation de renseignements par la Couronne.
C'est seulement si la Couronne atteste verbalement
ou par écrit, dans des procédures instruites devant le
tribunal ayant le pouvoir de contraindre à la produc-

CEA, that Ms. Nazir will have the status to bring an application pursuant to subsections 37(2) and 38(1) of the CEA.

Is there an Apparent Case for Disclosure?

44 The applicants rely on three arguments.

1. Judge Walter ordered disclosure.
2. The Crown filed an amended certificate disclosing some information which implies that all the information is relevant.
3. The disclosed information suggests that information not yet disclosed is likely to be relevant.

45 I will deal with each argument in turn. First, Judge Walter was governed, in his approach to disclosure, by the *Egger* and *Chaplin* standard. His decision was based on the lower threshold—whether the information may be useful to the defence. The standard of relevance for purposes of establishing whether there is an apparent case for disclosure in the context of the CEA is whether the information is likely relevant. As previously indicated, this is a higher standard of relevance than that prescribed by *Egger* and *Chaplin*. Therefore, Judge Walter's ruling does not assist the applicants because it was decided on the basis of a lower threshold of relevance than is applicable in these proceedings.

46 Second, the Crown has disclosed further information. Had the Crown disclosed this information voluntarily, it might suggest that the balance of information must also be disclosed on the grounds of waiver. That, however, is not the case here. Judge Walter had ordered the material in question disclosed. The amended certificate withdraws the objection in respect of certain information, leaving that information fully subject to the disclosure order of Judge Walter. Under these circumstances, the Crown was obligated to disclose the documents to which no objection now applied. This is not a case of waiver,

tion, son opposition à la divulgation en vertu de la LPC que M^{me} Nazir aura la qualité requise pour présenter une demande conformément aux paragraphes 37(2) et 38(1) de la LPC.

Y a-t-il une apparence de droit à la divulgation?

Les requérants invoquent trois arguments.

44

1. Le juge Walter a ordonné la divulgation.
2. La Couronne a déposé un certificat modifié divulguant certains renseignements, ce qui implique que tous les renseignements sont pertinents.
3. Les renseignements divulgués laissent supposer que les renseignements non encore divulgués sont susceptibles d'être pertinents.

Je traiterai chacun des arguments à tour de rôle. 45
Premièrement, le juge Walter a été guidé, dans sa façon d'aborder la divulgation, par la norme énoncée dans les arrêts *Egger* et *Chaplin*. Il a fondé sa décision sur le seuil plus bas—à savoir l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense. La norme de la pertinence aux fins de déterminer s'il y a une apparence de droit à la divulgation dans le contexte de la LPC consiste à savoir si les renseignements sont vraisemblablement pertinents. Comme il a été indiqué précédemment, c'est une norme de pertinence plus élevée que celle prescrite par les arrêts *Egger* et *Chaplin*. Par conséquent, la décision du juge Walter n'aide pas les requérants parce qu'il s'est fondé sur un seuil plus bas de pertinence que celui qui est applicable en l'espèce.

Deuxièmement, la Couronne a divulgué des renseignements supplémentaires. Si la Couronne avait divulgué ces renseignements volontairement, cela pourrait laisser entendre que le reste des renseignements doit également être divulgué en raison de la renonciation. Ce n'est toutefois pas le cas ici. Le juge Walter avait ordonné la divulgation des documents en question. Le certificat modifié retire l'opposition relativement à certains renseignements, de sorte que ces renseignements sont pleinement assujettis à l'ordonnance de divulgation du juge Walter. Dans ces circonstances, la Couronne était tenue de 46

nor a case in which the Crown could be said to be conceding relevance at the level applicable to a proceeding under subsections 37(2) and 38(1).

divulguer les documents auxquels aucune opposition ne s'appliquait plus. Ce n'est pas un cas de renonciation ni un cas où on pourrait dire que la Couronne reconnaît la pertinence des renseignements au niveau applicable à une procédure visée aux paragraphes 37(2) et 38(1).

47 There may be a question as to the lateness of the Crown's amended certificate and disclosure. If so, it is to be dealt with before the Provincial Court of Alberta. The issue before me is simply whether the disclosure of some information estops the Crown from arguing that the balance of the information is not relevant at the applicable standard, and I have decided that it does not. Having said this, I do not rule out late filing of an amended certificate as a consideration in the award of costs in these proceedings.

Il se pose peut-être une question au sujet du retard dans la présentation du certificat modifié de la Couronne et dans la divulgation des renseignements. Si tel est le cas, elle doit être tranchée par la Cour provinciale de l'Alberta. Quant à la question dont je suis saisi, il s'agit seulement de savoir si la divulgation de certains renseignements empêche la Couronne de soutenir que le reste des renseignements n'est pas visé par la norme applicable, et j'ai conclu qu'elle ne l'en empêche pas. Cela dit, je n'écarte pas le dépôt tardif d'un certificat modifié comme élément à prendre en considération dans l'adjudication des frais en l'espèce.

48 I now turn to whether, having regard to the circumstances of this case and what has been argued by the applicants, there is a reasonable possibility that the information that is sought is logically probative to an issue at trial or the competency of a witness to testify, including questions of credibility of witnesses and reliability of other evidence.

Je passe maintenant à la question de savoir si, compte tenu des circonstances de l'espèce et des arguments des requérants, il existe une possibilité raisonnable que les renseignements demandés aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin, y compris les questions de la crédibilité des témoins et de la fiabilité des autres éléments de preuve.

49 The documents in question constitute correspondence between the RCMP in Canada, and RCMP liaison officers in Switzerland and Pakistan. The subject-matter of the correspondence is the existence and ownership of, and the amounts in, bank accounts in Switzerland and Pakistan. It is said by applicants' counsel that this type of information is relevant to the charges of being in possession of proceeds of crime, money laundering, and conspiracy to traffic in cocaine.

Les documents en question sont de la correspondance échangée entre la GRC au Canada et les agents de liaison de la GRC en Suisse et au Pakistan. La correspondance porte sur l'existence et la propriété de comptes bancaires en Suisse et au Pakistan et des sommes d'argent qui s'y trouvent. Les avocats des requérants allèguent que ce genre de renseignements se rapporte aux accusations de possession des produits de la criminalité, de blanchiment d'argent et de complot en vue de faire le trafic de la cocaïne.

50 Before me, the parties agreed that there had been no foreign evidence called at the trial before Judge Walter. The only evidence relating to foreign accounts was given by Canadian witnesses who testified to transfers to foreign accounts. Counsel for

Les parties ont convenu devant moi qu'aucun témoin étranger n'avait été assigné à comparaître au procès tenu devant le juge Walter. Les seules dépositions relatives aux comptes à l'étranger ont été faites par des témoins canadiens ayant déposé au

the applicants were unable to explain to me how disclosure of information about bank accounts in Switzerland or Pakistan would be logically probative to any issue at trial. The Crown has not relied on such information in its case against the applicants and the Crown's case is closed. I agree with counsel for the applicants that the fact that the Crown has closed its case is not determinative of relevance. However, if the Crown has not raised, as an issue at trial, anything about foreign bank accounts, then it is incumbent on the applicants to give some indication why information about these accounts would be helpful to them, and what issue they intend to raise to which such information would relate. They have not done so.

51 The applicants argue that should they be convicted, the Crown may yet call evidence of foreign bank accounts in order to establish the extent of the alleged conspiracy, thereby affecting their potential sentences. Crown counsel has undertaken that there is no intention to call such evidence at the sentencing stage, but that if such evidence is called, the information will be disclosed. I am satisfied to accept the undertaking of the Crown in this respect. It must be made clear of course, that should the undertaking not be honoured, the accused have not lost their right to renew their application for disclosure in this Court and, if necessary, it will be heard and dealt with on an expedited basis.

52 It is then argued that the information not disclosed may show that the Crown unduly delayed in charging Mr. Kalenski with conspiracy. This delay had originally been argued before Judge Walter as an abuse of process which should result in a stay of proceedings against Mr. Kalenski. Judge Walter refused to stay the proceedings. Applicants' counsel argue before me that the information that has now been disclosed shows that Corporal Duguay of the RCMP, who was involved in the investigation, was of the opinion that the conspiracy charge would be

sujet de transferts dans des comptes à l'étranger. Les avocats des requérants n'ont pas pu m'expliquer comment la divulgation de renseignements sur des comptes bancaires en Suisse ou au Pakistan aurait une valeur logiquement probante relativement à quelque question en litige. La Couronne ne s'est pas fondée sur de tels renseignements pour établir sa preuve contre les requérants, et cette preuve est close. Je suis d'accord avec les avocats des requérants pour dire que le fait que la Couronne a terminé sa preuve n'est pas déterminant en ce qui a trait à la pertinence. Cependant, si la Couronne n'a rien soulevé, relativement à une question en litige, au sujet de comptes bancaires à l'étranger, il incombe alors aux requérants de fournir des explications sur l'utilité que les renseignements sur ces comptes pourrait avoir pour eux et sur la question qu'ils veulent soulever et à laquelle ces renseignements se rapporteraient. Mais ils ne l'ont pas fait.

Les requérants soutiennent que, s'ils devaient être reconnus coupables, la Couronne peut encore assigner des témoins à déposer au sujet des comptes bancaires à l'étranger pour établir l'envergure du complot allégué, ce qui influencerait sur leurs peines possibles. L'avocat de la Couronne a confié qu'il n'avait pas l'intention d'assigner de tels témoins à l'étape de la détermination de la peine, mais que, si ces témoins devaient être assignés, les renseignements seront divulgués. L'engagement de la Couronne à cet égard me satisfait. Il faut naturellement préciser que, si cet engagement n'est pas respecté, les accusés n'auront pas perdu le droit de présenter de nouveau à notre Cour leur demande de divulgation et, le cas échéant, elle sera traitée avec célérité.

Il est ensuite maintenu que les renseignements non divulgués peuvent montrer que la Couronne a attendu indûment avant d'accuser M. Kalenski de complot. On a d'abord fait valoir devant le juge Walter que ce délai constituait un abus de procédure qui devrait entraîner l'arrêt des procédures prises contre M. Kalenski. Le juge Walter a refusé de prononcer l'arrêt des procédures. Les avocats des requérants soutiennent devant moi que les renseignements qui ont maintenant été divulgués montrent que le caporal Duguay de la GRC, qui a participé à l'enquête, était

laid by March 1, 1994. They say that the charge was not laid until April 19, 1994 and that this gives rise to the argument that there is unexplained delay.

- 53 Judge Walter dealt with the issue of abuse of process in his ruling dated April 26, 1995. He stated at page 7:

All the evidence which would support a conspiracy charge was not, in my opinion, in Detective Murphy's possession until February 2nd of 1994 at the earliest and really in a usable form not in his possession until the tape of Majcharzak's statement was transcribed and reviewed by Detective Murphy in March of 1994. The accused was apprised of the fact that a conspiracy charge would likely be laid and this was prior to pleading guilty to the substantive charges. I do not accept the argument that the accused has suffered any prejudice in terms of global disposition geared towards a global sentence in the event of a conviction on the conspiracy. I can find no evidence before me of a pre-charge delay and no prejudice or unfairness to the accused.

- 54 Counsel for the applicants argue that Judge Walter did not have information about Corporal Duguay's view that the charge would be laid by March 1, 1994, when he made his ruling. They say this gives rise to a conflict between the evidence relied upon by Judge Walter in his April 26, 1995 ruling and the information pertaining to Corporal Duguay's view.

- 55 Corporal Duguay's opinion has now been disclosed and is available to counsel for Mr. Kalenski to use in a renewed stay of proceedings application if he chooses to make one. It will be Judge Walter who will ultimately make the decision on such an application.

- 56 To obtain further disclosure, what the applicants must demonstrate is that the statement of Corporal Duguay gives rise to an inference that there is other information in the confidential material that in some way would be logically probative to the issue of

d'avis que l'accusation de complot serait portée au plus tard le 1^{er} mars 1994. Ils affirment que l'accusation n'a été portée que le 19 avril 1994 et que cela laisse entendre qu'il s'agit d'un délai inexpliqué.

- Le juge Walter a traité de la question de l'abus de procédure dans sa décision en date du 26 avril 1995. Il a déclaré, à la page 7:

[TRADUCTION] Tous les éléments de preuve qui viendraient étayer une accusation de complot n'ont été, à mon avis, en la possession du détective Murphy que le 2 février 1994 au plus tôt et vraiment sous une forme utilisable que lorsque l'enregistrement de la déclaration de Majcharzak a été transcrit et examiné par le détective Murphy en mars 1994. L'accusé a pris connaissance du fait qu'une accusation de complot serait vraisemblablement portée contre lui, et ce, avant qu'il plaide coupable à des accusations sur des faits matériels précis. Je n'accepte pas l'argument selon lequel l'accusé a subi un préjudice quelconque relativement à un dispositif global allant dans le sens d'une peine globale si éventuellement il était reconnu coupable de complot. Rien dans les éléments de preuve portés à ma connaissance n'indique qu'il y ait eu un retard préalablement au dépôt de l'accusation ni que l'accusé ait subi un préjudice ou ait été victime d'une injustice.

- Les avocats des requérants font valoir que le juge Walter ne disposait pas des renseignements concernant l'opinion du caporal Duguay selon laquelle l'accusation serait portée au plus tard le 1^{er} mars 1994, lorsqu'il a rendu sa décision. Ils disent que cela donne lieu à un conflit entre les éléments de preuve sur lesquels le juge Walter s'est fondé dans sa décision du 26 avril 1995 et les renseignements se rapportant à l'opinion du caporal Duguay.

- L'opinion du caporal Duguay a maintenant été divulguée, et l'avocat de M. Kalenski peut s'en servir dans une nouvelle demande d'arrêt des procédures s'il choisit d'en présenter une. C'est le juge Walter qui en fin de compte rendra une décision relativement à cette demande.

- Pour obtenir la divulgation de renseignements supplémentaires, les requérants doivent prouver que la déclaration du caporal Duguay donne lieu à une inférence selon laquelle il y a d'autres renseignements dans les documents confidentiels qui, d'une

unreasonable delay in charging Mr. Kalenski with conspiracy. No such connection has been made. All that counsel can say is the information that has now been disclosed is helpful, that it was not previously disclosed, and that this suggests there may be other information that may also be helpful. This is nothing more than speculation. Indeed, if there was unreasonable delay, it arose after February 2, 1994 when Judge Walter found the Crown was in possession of the evidence to support the conspiracy charge. I have been given no reason to think that correspondence between the RCMP in Canada, Switzerland and Pakistan relates to this issue. Counsel conceded that he had to satisfy the Court that the grounds for seeking disclosure proved to be more than a fishing expedition. I am not satisfied that this has been done on this issue.

certain façon, auraient une valeur logiquement probante relativement à la question du retard déraisonnable dans le dépôt des accusations de complot contre M. Kalenski. Aucun lien de ce genre n'a été établi. Tout ce que l'avocat peut dire, c'est que les renseignements qui ont maintenant été divulgués lui sont utiles, qu'ils n'ont pas été divulgués antérieurement et que cela laisse supposer qu'il existe peut-être d'autres renseignements qui peuvent également lui être utiles. Ce ne sont que des conjectures. En effet, s'il y a eu un retard déraisonnable, il est survenu après le 2 février 1994 lorsque le juge Walter a conclu que la Couronne était en possession des éléments de preuve pour étayer l'accusation de complot. On ne m'a donné aucune raison de croire que la correspondance échangée entre des agents de la GRC au Canada, en Suisse et au Pakistan se rapporte à la présente question. L'avocat a reconnu qu'il devait convaincre la Cour que les raisons pour demander la divulgation s'avéraient plus qu'une recherche à l'aveuglette. Je ne suis pas convaincu que cela ait été fait relativement à cette question.

57 It was then argued that a search warrant used for the purposes of searching the homes and business premises of the applicants was obtained on information obtained from Switzerland or Pakistan. The applicants wish to challenge the validity of the search warrant. If they are successful, they will argue under section 24 of the Charter, that any evidence obtained through the use of the search warrant should be excluded. They argue that the reason for challenging the validity of the search warrant is that the information used for obtaining the search warrant was unreliable or illegally obtained.

On a ensuite prétendu qu'un mandat de perquisition ayant autorisé la perquisition des résidences et des locaux commerciaux des requérants a été obtenu sur la base d'une dénonciation obtenue de la Suisse ou du Pakistan. Les requérants désirent contester la validité du mandat de perquisition. S'ils ont gain de cause, ils soutiendront en vertu de l'article 24 de la Charte que tout élément de preuve obtenu au moyen du mandat de perquisition devrait être écarté. Ils avancent que la contestation de la validité du mandat de perquisition découle du fait que la dénonciation utilisée pour obtenir le mandat de perquisition n'était pas fiable ou avait été obtenue illégalement.

58 The information in question was sworn by Detective J. W. Anderson, a member of the Edmonton Police Service on April 6, 1994. The applicants refer to two paragraphs in the information which make reference to bank accounts in Switzerland held by Mr. Khan, Ms. Nazir and Mr. Kalenski, and in Pakistan by Mr. Khan. Paragraph 54 states that documentation regarding the Swiss accounts is located at the Vancouver office of the Swiss Bank Corporation. Paragraph 57 states that the identifica-

La dénonciation en question a été signée sous serment le 6 avril 1994 par le détective J. W. Anderson, qui fait partie des services de police de la ville d'Edmonton. Les requérants se reportent à deux paragraphes de la dénonciation qui font allusion aux comptes bancaires en Suisse détenus par M. Khan, M^{me} Nazir et M. Kalenski et aux comptes bancaires au Pakistan détenus par M. Khan. Le paragraphe 54 mentionne que les documents concernant les comptes en Suisse se trouvent au bureau de Vancouver de

57

58

tion of three accounts in Pakistan was made as a result of a search of Mr. Khan's residence in Canada.

59 Nothing in paragraph 54 suggest that any information was obtained from foreign sources respecting Swiss bank accounts. Paragraph 57 does indicate that Corporal Duguay ascertained that the amount in two accounts exceeded \$850,000 and that two other accounts were also held, but that the amounts in the accounts were not available. This information might have been obtained from the RCMP liaison officer at Islamabad.

60 There was no suggestion before me that the information in paragraph 57 was untrue. To make an argument that evidence is unreliable, there is an obligation on the applicants to provide at least some explanation. That has not been done here. The only other argument that could be made is that the information was illegally obtained and therefore not properly used in the Anderson Information to obtain the search warrant. Counsel relied on *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562 (*Harrer*). *Harrer* stands for the proposition that evidence obtained in other countries that does not conform to Canadian procedures should not be rejected if, in the particular context, its admission would not make the trial unfair.

61 It should be remembered that the issue here is not evidence at trial, but information leading to a search warrant. The standard applicable is reasonable and probable grounds. There is no indication by the applicants of any unfairness involved in obtaining information in Pakistan. Indeed, even assuming some unfairness in obtaining the information from Pakistan, Detective Anderson's information is some 89 paragraphs long. While it is not for a designated judge to make conclusive findings on such issues, it is necessary to determine if the arguments made in terms of disclosure are realistic. In the cir-

la Swiss Bank Corporation. Le paragraphe 57 indique que l'identification de trois comptes au Pakistan a été rendue possible en raison d'une perquisition effectuée à la résidence de M. Khan au Canada.

Rien dans le paragraphe 54 ne laisse supposer que des renseignements ont été obtenus de sources étrangères en ce qui concerne les comptes bancaires situés en Suisse. Le paragraphe 57 mentionne effectivement que le caporal Duguay s'est assuré que le montant d'argent déposé dans deux comptes dépassait la somme de 850 000 \$ et que deux autres comptes étaient également détenus, mais que les montants déposés dans ces comptes n'étaient pas connus. Ces renseignements ont pu être obtenus de l'agent de liaison de la GRC à Islamabad.

Rien dans les éléments portés à ma connaissance ne laisse supposer que les renseignements contenus au paragraphe 57 étaient faux. Pour établir que les éléments de preuve ne sont pas fiables, les requérants doivent fournir au moins quelque explication. Cela n'a pas été fait en l'espèce. Tout ce qu'ils pourraient soutenir d'autre, c'est que les renseignements ont été obtenus illégalement et n'ont donc pas été utilisés régulièrement dans la dénonciation d'Anderson pour obtenir le mandat de perquisition. Les avocats ont invoqué l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 (*Harrer*). L'arrêt *Harrer* contient la proposition selon laquelle les éléments de preuve qui ont été obtenus dans d'autres pays mais ne sont pas conformes aux procédures canadiennes ne devraient pas être écartés si, dans le contexte particulier, leur admission ne rendrait pas le procès injuste.

Il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'éléments de preuve présentés lors du procès mais de renseignements qui ont mené à la délivrance d'un mandat de perquisition. La norme applicable consiste en des motifs raisonnables et probables. Les requérants n'ont fait aucunement mention de quelque injustice commise dans l'obtention des renseignements au Pakistan. En effet, même en supposant que quelque injustice soit survenue dans l'obtention des renseignements du Pakistan, il faut noter que la dénonciation du détective Anderson comporte environ 89 paragraphes. Bien qu'il n'incombe pas à un

cumstances, I conclude that the argument in respect of information obtained from Pakistan is not realistic, but is speculative only.

62 The applicants argue that they are entitled to test the credibility of informers and for that purpose they must receive the undisclosed information. As I earlier indicated, credibility is always an issue in trial proceedings and therefore it cannot be credibility at large that provides a basis for disclosure of information in a proceeding under sections 37 and 38 of the CEA. There must be a reasonable possibility that the information to be disclosed is logically probative in the context of credibility. While the standard may not be high, there must be some indication beyond vague assertions to meet the relevance test applicable in cases under subsections 37(2) and 38(1). Here, the assertions of counsel, in my view, amount to nothing more than speculation. Nothing specific has been indicated, and the “likely relevance” test has not been met.

63 Having regard to all the submissions made by counsel for the applicants and all the reasons they have given, I am not satisfied that the applicants have established that the information they seek meets the “likely relevance” test. In the circumstances, there is no foundation to proceed further to inspect the documents and conduct a balancing analysis between the public interest in favour of disclosure and the specified public interest in favour of continued confidentiality.

Costs

64 The applicants sought costs on a solicitor/client basis. However, I see no misconduct by counsel for the Crown in these proceedings that would justify such an award.

juge désigné de tirer des conclusions relativement à de telles questions, il lui faut déterminer si les arguments présentés au sujet de la divulgation sont réalistes. Dans les circonstances, je conclus que l'argument au sujet des renseignements obtenus du Pakistan n'est pas réaliste mais repose seulement sur la conjecture.

62 Les requérants prétendent qu'ils ont le droit de vérifier la crédibilité des indicateurs et qu'ils doivent, à cette fin, prendre connaissance des renseignements non divulgués. Comme je l'ai indiqué précédemment, la crédibilité est toujours une question en litige et, par conséquent, ce ne peut pas être la crédibilité en général qui peut servir de fondement à la divulgation de renseignements dans une procédure visée aux articles 37 et 38 de la LPC. Il doit exister une possibilité raisonnable que les renseignements devant être divulgués aient une valeur logiquement probante dans le contexte de la crédibilité. Bien que la norme puisse ne pas être élevée, il doit y avoir plus que de vagues affirmations pour satisfaire au critère de la pertinence applicable aux procédures visées aux paragraphes 37(2) et 38(1). En l'espèce, les affirmations des avocats n'équivalent, selon moi, à rien d'autre que des conjectures. Rien de précis n'a été mentionné, et il n'a pas été satisfait au critère de la «pertinence probable».

63 Compte tenu de toutes les observations faites par les avocats des requérants et de toutes les raisons qu'ils ont données, je ne suis pas convaincu que les requérants aient prouvé que les renseignements qu'ils demandent satisfont au critère de la «pertinence probable». Dans les circonstances, rien ne justifie d'aller plus avant dans l'inspection des documents et la conduite d'une analyse de pondération entre l'intérêt public en faveur de la divulgation et l'intérêt public déterminé en faveur du maintien du secret.

Dépens

64 Les requérants ont demandé des dépens sur une base procureur-client. Cependant, je ne perçois aucun acte fautif de la part du procureur de la Couronne en l'espèce qui justifierait l'adjudication de ces dépens.

65 Pursuant to Rule 1618 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., 1978, c. 663 [as enacted by SOR/92-43, s. 19], costs may only be awarded in the case of special circumstances. The Crown argues that the applicants have not met the test for apparent disclosure, as they did not submit an affidavit upon which to base their claims of relevancy (although not strictly required to do so), and that many of their arguments were not contained in their memorandum, but were first argued at the oral hearing. I would think that these constitute special circumstances in an appropriate case. However, the Crown did not file its amended certificate until late in the proceedings. There may be reasons for late filing not entirely attributable to the Crown, but nonetheless, the applicants were faced with, what might be termed a change of pleadings late in the process. The late filing of the amended certificate has undoubtedly caused the applicants some difficulty in preparing for this hearing.

66 In all the circumstances, this is a case in which there should be no award of costs.

Conclusion

67 The application is dismissed.

¹ Ss. 37 and 38 of the *Canada Evidence Act* are set out in their entirety as various subsections are referred to throughout these reasons.

37. (1) A minister of the Crown in right of Canada or other person interested may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(2) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in

65 Conformément à la Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., 1978, ch. 663 [éditée par DORS/92-43, art. 19], les dépens ne peuvent être accordés que dans des circonstances spéciales. La Couronne soutient que les requérants n'ont pas satisfait au critère de l'apparence de droit à la divulgation, car ils n'ont pas présenté d'affidavit sur lequel fonder leurs prétentions à la pertinence (bien qu'ils ne fussent pas strictement tenus de le faire), et que plusieurs de leurs arguments ne figuraient pas dans leur exposé, mais avaient d'abord été soutenus à l'audience orale. Je crois que cela constituerait des circonstances spéciales dans une affaire appropriée. Toutefois, la Couronne n'a déposé son certificat modifié que tard au cours de l'instance. Il y a peut-être des raisons expliquant le dépôt tardif du certificat qui ne sont pas attribuables entièrement à la Couronne, mais néanmoins, les requérants ont dû faire face à ce qui pourrait être considéré comme la modification d'un acte de procédure tard en cours d'instance. Le dépôt tardif du certificat modifié a sans doute posé certains problèmes aux requérants dans la préparation de la présente audience.

66 Dans les circonstances, il s'agit d'une affaire dans laquelle il ne devrait pas y avoir d'adjudication des dépens.

Conclusion

La demande est rejetée.

¹ Les art. 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont reproduits dans leur intégralité, car plusieurs paragraphes sont mentionnés tout au long des présents motifs.

37. (1) Un ministre fédéral ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

(2) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu'elle estime indiquées, si elle conclut qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent

importance the specified public interest.

(3) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection (2) by

(a) the Federal Court—Trial Division, in the case of a person or body vested with power to compel production by or pursuant to an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(4) An application pursuant to subsection (3) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(5) An appeal lies from a determination under subsection (2) or (3)

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court—Trial Division; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of a province.

(6) An appeal under subsection (5) shall be brought within ten days from the date of the determination appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

(7) Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made pursuant to subsection (5) shall be made within ten days from the date of the judgment appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to grant leave to appeal considers appropriate in the circumstances; and

(b) where leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within such time as the court that grants leave specifies.

38. (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 37(1) on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 37(2) only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

(3) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant le tribunal, un organisme ou une personne qui ne constitue pas une cour supérieure, la question peut être décidée conformément au paragraphe (2), sur demande, par:

a) la Section de première instance de la Cour fédérale, dans les cas où l'organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements en vertu d'une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d'une province;

b) la division ou cour de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(5) L'appel des décisions rendues en vertu des paragraphes (2) ou (3) se fait:

a) devant la Cour d'appel fédérale, pour ce qui est de celles de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) devant la cour d'appel d'une province, pour ce qui est de celles de la division ou cour de première instance d'une cour supérieure d'une province.

(6) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (5) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais la cour d'appel peut le proroger si elle l'estime indiqué dans les circonstances.

(7) Nonobstant toute autre loi fédérale:

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, visé au paragraphe (5), mais le tribunal compétent pour autoriser l'appel peut proroger ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé le tribunal qui a autorisé l'appel.

38. (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 37(1) se fonde sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 37(2), sur demande, mais uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

(2) An application under subsection (1) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications, considers appropriate.

(3) An appeal lies from a determination under subsection (1) to the Federal Court of Appeal.

(4) Subsection 37(6) applies in respect of appeals under subsection (3), and subsection 37(7) applies in respect of appeals from judgments made pursuant to subsection (3), with such modifications as the circumstances require.

(5) An application under subsection (1) or an appeal brought in respect of the application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the person objecting to the disclosure of information, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(6) During the hearing of an application under subsection (1) or an appeal brought in respect of the application, the person who made the objection in respect of which the application was made or the appeal was brought shall, on the request of that person, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

(2) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (1) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué.

(3) Il y a appel de la décision visée au paragraphe (1) devant la Cour d'appel fédérale.

(4) Le paragraphe 37(6) s'applique aux appels prévus au paragraphe (3) et le paragraphe 37(7) s'applique aux appels des jugements rendus en vertu du paragraphe (3), compte tenu des adaptations de circonstance.

(5) Les demandes visées au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si la personne qui s'oppose à la divulgation le demande.

(6) La personne qui a porté l'opposition qui fait l'objet d'une demande ou d'un appel a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

T-404-94

T-404-94

Tony McAleer and Canadian Liberty Net (*Applicants*)

Tony McAleer et Canadian Liberty Net (*requérants*)

v.

c.

Canadian Human Rights Commission and John Payzant (*Respondents*)

Commission canadienne des droits de la personne et John Payzant (*intimés*)

INDEXED AS: MCALEER v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: MCALEER c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Joyal J. — Vancouver, May 4 and December 13, 1995; Ottawa, February 6, 1996.

Section de première instance, juge Joyal — Vancouver, 4 mai et 13 décembre 1995; Ottawa, 6 février 1996.

Human rights — Judicial review of CHRT decision ordering applicants to cease discriminatory practice — CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination — Applicants disseminating recorded message by telephone advocating trampling "queers" into peat bog — CHRT holding sexual orientation prohibited ground of discrimination; message likely to expose homosexuals, identifiable on basis of prohibited ground of discrimination, to hatred, contempt — S. 13(1) infringing Charter, s. 2 freedoms, but justifiable under Charter, s. 1 — Communications relayed by telecommunications undertaking within legislative authority of Parliament — "Sexual orientation" neither vague nor overly broad, but precise legal concept dealing specifically with individual's gender preference in sexual relationships — CHRA should be interpreted, applied, administered as though contained "sexual orientation" as prohibited ground of discrimination.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des droits de la personne enjoignant aux requérants de mettre fin à leur acte discriminatoire — L'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite — Les requérants diffusaient des messages enregistrés par téléphone où ils incitaient à piétiner les «pédales» dans les tourbières — Le Tribunal des droits de la personne a jugé que l'orientation sexuelle était un motif de discrimination illicite et que le message était susceptible d'exposer à la haine ou au mépris les personnes homosexuelles, lesquelles appartiennent à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite — L'art. 13(1) viole les libertés prévues à l'art. 2 de la Charte, mais il est justifié en vertu de l'art. premier de la Charte — Les communications sont relayées grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement — «Orientation sexuelle» ni trop imprécise ni de portée trop large mais une notion juridique précise puisqu'elle traite plus particulièrement de la préférence d'une personne en matière de sexe — La LCDP devrait être interprétée, appliquée et administrée comme si elle contenait l'«orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination — Infringing Charter, s. 2 freedoms but justified under Charter, s. 1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — L'art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite — Violation des libertés prévues à l'art. 2 de la Charte, mais justifiée en vertu de l'art. premier.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination — Applicants disseminating recorded message by telephone advocating trampling "queers" into peat bog — Principle of fundamental justice laws may not be too vague — Law unconstitutionally vague if so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate i.e. for reaching conclusion as to meaning by reasoned analysis applying legal criteria — Sexual orientation as prohibited ground of discrimination precise legal concept, dealing specifically with person's sexual preference in terms of gender — Neither vague nor overly broad.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — CHRA, s. 13(1) making it discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination — Infringing Charter, s. 2 freedoms — Justified under Charter, s. 1 — (1) Objective of s. 13, to promote equal opportunity, unhindered by discriminatory practices and preventing serious harm caused by hate propaganda, sufficiently important to warrant overriding freedom of expression — (2) S. 13(1) satisfying proportionality test — (i) Rationally connected to legislative purpose as aids in restricting activities antithetical to promotion of equality, tolerance in society — (ii) Meeting minimal impairment criteria as not overly broad, vague — Offering sufficient guidance for legal debate — (iii) Degree of limitation imposed by s. 13(1) not unduly harsh.

Constitutional law — Distribution of powers — Applicants disseminating recorded message allegedly exposing homosexuals to hatred by telephone — CHRA, s. 13(1) providing discriminatory practice to communicate by telecommunication undertaking within Parliament's legislative authority hate messages against persons identifiable on prohibited ground of discrimination — Telecommunication system extending beyond or connecting one province to one or more other provinces, within federal jurisdiction — Communications at issue relayed in whole or in part by telecommunication undertaking within legislative authority of Parliament.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite — Les requérants diffusaient des messages enregistrés, par téléphone, qui incitaient à piétiner les «pédales» dans les tourbières — Principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises — Loi jugée d'une imprecision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques — L'orientation sexuelle, en tant que motif de distinction illicite, est une notion juridique précise puisqu'elle traite plus particulièrement de la préférence d'une personne en matière de sexe — Ni trop imprécise, ni d'une portée trop large.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite — Violation des libertés prévues à l'art. 2 de la Charte — Justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte — (1) Objectif de l'art. 13, promouvoir l'égalité des chances indépendamment des considérations discriminatoires et prévenir la gravité du préjudice occasionné par la propagande haineuse, suffisamment important pour justifier la dérogation à la liberté d'expression — (2) L'art. 13(1) répond au critère de proportionnalité — (i) Rationnellement lié à l'objectif de la Loi pour aider à restreindre des activités jugées contraires à la promotion de l'égalité et de la tolérance dans la société — (ii) Répond au critère de l'atteinte minimale comme la disposition n'est pas trop imprécise et n'a pas de portée trop large — Constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire — (iii) Degré de limite imposé par l'art. 13(1) n'est pas une restriction trop sévère.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les requérants diffusent des messages par téléphone qui sont susceptibles d'exposer les homosexuels à la haine — L'art. 13(1) de la LCDP constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite — Le système de télécommunication s'étend à plusieurs provinces ou relie une province à d'autres, dans un ressort fédéral — Les communications en cause sont relayés en tout ou partie grâce aux services

This was an application for judicial review of the Canadian Human Rights Tribunal's decision, ordering the applicants to cease its discriminatory practice under *Canadian Human Rights Act*, subsection 13(1), which makes it a discriminatory practice to communicate by means of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament hate messages against persons identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

On dialing the applicant's telephone number, respondent Payzant heard a recorded message advocating trampling "queers . . . into the peat bogs". The Tribunal emphasized that sexual orientation is a prohibited ground of discrimination and found that the message was likely to expose homosexuals, identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination, to hatred or contempt.

Charter, paragraph 2(a) guarantees freedom of conscience and religion; paragraph 2(b) guarantees freedom of expression; and section 7 guarantees the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice.

The issues were: whether subsection 13(1) (1) was contrary to Charter, paragraphs 2(a), (b) and section 7; (2) was beyond the jurisdiction of Parliament; and (3) whether the Tribunal's interpretation of "sexual orientation" was vague and overly broad, thereby infringing Charter, paragraphs 2(a), (b) and section 7.

Held, the application should be dismissed.

The Tribunal had sufficient evidence to rule as it did. It did not err jurisdictionally or otherwise.

(1) Subsection 13(1) does infringe Charter, section 2. (i) The infringement is, however, justified under section 1 because the objective of subsection 13(1), to promote equal opportunity unhindered by discriminatory practices and accordingly of preventing the serious harm caused by hate propaganda, is sufficiently important to warrant overriding the freedom of expression. Furthermore, the enshrinement of equality and multiculturalism values in Charter, sections 15 and 27 also indicates the importance of Parliament's objective in enacting subsection 13(1).

(ii) The means were reasonable and demonstrably justified: (a) Subsection 13(1) is rationally connected to the legislative purpose in enacting the provision. It aids in

d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des droits de la personne enjoignant aux requérants de mettre fin à leur acte discriminatoire en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui constitue en acte discriminatoire le fait de communiquer grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement des messages haineux à l'encontre de personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite.

Après avoir composé le numéro de téléphone du requérant, l'intimé Payzant avait entendu un message enregistré qui incitait à piétiner «(les pédales). . . dans les tourbières». Le Tribunal a souligné que l'orientation sexuelle est un motif de distinction illicite et a conclu que le message était susceptible d'exposer à la haine ou au mépris les personnes homosexuelles, lesquelles appartiennent à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite.

L'alinéa 2a) de la Charte garantit la liberté de conscience et de religion; l'alinéa 2b) garantit la liberté d'expression et l'article 7 garantit à la personne le droit de ne pas être privé de la vie, de la liberté et de la sécurité, sauf en conformité avec les principes de la justice fondamentale.

Les points en litige étaient les suivants: le paragraphe 13(1) 1) était-il contraire aux alinéas 2a), 2b) et à l'article 7 de la Charte; 2) était-il inconstitutionnel; et 3) l'interprétation de l'orientation sexuelle par le Tribunal était-elle vague et trop large, ce qui violait les alinéas 2a), 2b) et l'article 7 de la Charte.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Le Tribunal avait suffisamment de preuve pour rendre sa décision. Il n'a pas excédé sa compétence ou autrement erré.

1) Le paragraphe 13(1) viole l'article 2 de la Charte. (i) La violation est cependant justifiée en vertu de l'article premier parce que l'objectif du paragraphe 13(1), qui est de promouvoir l'égalité des chances indépendamment des considérations discriminatoires et, de la même manière, de prévenir la gravité du préjudice occasionné par la propagande haineuse, est suffisamment important pour justifier la dérogation à la liberté d'expression. De plus, le fait que les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme sont consacrées aux articles 15 et 27 de la Charte met davantage en relief l'importance de l'objectif visé par le législateur fédéral quand il a adopté le paragraphe 13(1).

(ii) Les moyens étaient raisonnables et justifiés par une démonstration: a) le paragraphe 13(1) a un lien rationnel avec l'objectif que vise l'adoption de cette disposition

restricting activities antithetical to the promotion of equality and tolerance. (b) Subsection 13(1) also meets the minimal impairment criteria. The phrase “hatred or contempt” used in subsection 13(1) is not overly broad or vague since it refers only to unusually strong and deep-felt emotions of detestation. As long as the Tribunal always considers the ardent and extreme nature of the feeling as described in the provision, there is little danger of subjectivity with respect to the proper statutory interpretation. The absence in the CHRA of an interpretative provision does not create in subsection 13(1) an overly wide scope. Subsection 13(1) offers sufficient guidance for legal debates and is neither vague nor overbroad. (c) The effects of subsection 13(1) upon freedom of expression are not “so deleterious as to make intolerable its existence in a free and democratic society”. When considering the context of the procedural and remedial provisions of the CHRA, subsection 13(1) plays a minimal role in the imposition of any sanction. As such the degree of limitation imposed upon the freedom of expression by this provision was not unduly harsh.

(2) A telecommunications system extending beyond a province or connecting one province to one or more other provinces falls within federal jurisdiction. Whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operations. In that light the communications at issue under subsection 13(1) are relayed in whole or in part by means of the facilities of a telecommunications undertaking within the legislative authority of Parliament. This case meets the jurisdictional test.

(3) It is a principle of fundamental justice that laws not be too vague. Courts will be reluctant to find a provision so vague as not to qualify as “law” under section 1, and will rather consider the scope of the provision under the “minimal impairment” test. A law is unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate—that is, for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. Once the general standard has been met, all other submissions with respect to precision of the statute should be considered at the “minimal impairment” stage of the section 1 analysis. “Sexual orientation” as a prohibited ground of discrimination is a precise legal concept as it deals specifically with an individual’s gender preference in sexual relationships. It is neither vague nor overly broad. Rather “sexual orientation” is an analogous ground of discrimination under Charter, section 15. Therefore the CHRA should be interpreted, applied and administered as though it contained “sexual orientation” as a prohibited ground of discrimination under section 3.

législative particulière. Cette disposition aide à restreindre des activités jugées contraires à la promotion de l'égalité et de la tolérance. b) Le paragraphe 13(1) répond aussi au critère de l'atteinte minimale. Les termes «haine» et «mépris» n'ont pas une portée trop large, et ils ne sont pas trop imprécis, vu qu'ils s'appliquent à des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation. Dès lors, tant que le Tribunal tient compte de la nature passionnée et extrême du sentiment comme il est décrit dans la disposition, il y a peu de danger de faire preuve de subjectivité dans l'interprétation adéquate de la loi. L'absence d'une disposition d'interprétation dans la LCDP ne confère pas une portée trop large au paragraphe 13(1). Le paragraphe 13(1) constitue un guide suffisant pour les débats judiciaires et il n'est ni imprécis ni trop large dans sa portée. c) L'effet du paragraphe 13(1) sur la liberté d'expression n'est pas «si dommageable qu'il rende son existence intolérable dans une société libre et démocratique». Dans le contexte des dispositions procédurales et réparatrices prévues par la LCDP, le paragraphe 13(1) a peu d'effets sur l'imposition de sanctions. En tant que tel, il n'impose pas un degré de restriction trop sévère à la liberté d'expression.

(2) Un système de télécommunications s'étendant au-delà d'une province ou liant une province à plusieurs autres relève de la compétence fédérale. Le caractère fédéral d'une entreprise ou d'un service dépend de la nature de ses opérations. À cet égard, les communications en cause en vertu du paragraphe 13(1) sont relayées, en tout ou partie, grâce aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement. L'affaire satisfait au critère de la compétence.

3) Il est un principe de justice fondamentale selon lequel les lois ne doivent pas être trop vagues. Les tribunaux hésiteront à décider qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une «règle de droit» au sens de l'article premier et examineront plutôt la portée de la disposition à la lumière du critère de «l'atteinte minimale». Une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire — c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Si l'on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de «l'atteinte minimale» de l'analyse fondée sur l'article premier. L'«orientation sexuelle», en tant qu'un motif de distinction illicite, est une notion juridique précise puisqu'elle traite plus particulièrement de la préférence d'une personne en matière de sexe. Elle n'est ni trop imprécise ni d'une portée trop large. Plutôt, l'expression «orientation sexuelle» est un motif de distinction analogue en vertu de l'article 15 de la Charte. Dès lors, la LCDP devrait être interprétée, appliquée et administrée comme si «orientation sexuelle»

y était prévue comme un motif de distinction illicite en vertu de l'article 3.

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(a),(b), 7, 15, 24(1), 27.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 13(1).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).
- Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; 94 D.L.R. (4th) 1; 40 C.R.R. (2d) 287; 57 O.A.C. 272 (C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *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. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.); *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; [1989] 5 W.W.R. 385; (1989), 26 C.P.R. (3d) 289; 98 N.R. 161.

CONSIDERED:

- Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 95 CLLC 210-025; *Leshner v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.); *R. v. Barrett* (1987),

LOIS ET RÉGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2a),b), 7, 15, 24(1), 27.
- Human Rights Act*, S.B.C., 1984, ch. 22.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 13(1).
- 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. 92.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 57 (mod., *idem*, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; 94 D.L.R. (4th) 1; 40 C.R.R. (2d) 287; 57 O.A.C. 272 (C.A.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *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. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.); *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; [1989] 5 W.W.R. 385; (1989), 26 C.P.R. (3d) 289; 98 N.R. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 95 CLLC 210-025; *Leshner v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. d'enq. de l'Ont.); *R. v. Bar-*

82 A.R. 45; 56 Alta. L.R. (2d) 20; 39 C.C.C. (3d) 230 (C.A.).

REFERRED TO:

Nealy v. Johnston (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870; (1990), 77 D.L.R. (4th) 128; 61 C.C.C. (3d) 490; 1 C.R. (4th) 266; 3 C.R.R. (2d) 176; 117 N.R. 284; 47 O.A.C. 293.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1990. "bestiality".

Greenspan, Edward L. "Freedom of Expression in Canada: 'Ifs, Buts and Whereases'" (1995), 29 *L. Soc. Gaz.* 212.

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, Oxford: Clarendon Press, 1993 "bestiality", "paedophilia".

APPLICATION for judicial review of the CHRT's decision (*Payzant v. Tony McAleer, Canadian Liberty Net and Harry Voccaro*, [1994] C.H.R.D. No. 4 (QL)), ordering the applicants to cease the discriminatory practice under *Canadian Human Rights Act*, subsection 13(1) of disseminating a recorded message by telephone which was found to expose homosexuals to hatred and contempt. Application dismissed.

COUNSEL:

Douglas H. Christie, Victoria, for applicants.

Prakash Diar and *John Payzant* for respondents.

SOLICITORS:

Douglas H. Christie for applicants.
Canadian Human Rights Commission for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 JOYAL J.: This is an application for judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal*

rett (1987), 82 A.R. 45; 56 Alta. L.R. (2d) 20; 39 C.C.C. (3d) 230 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Nealy c. Johnston (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870; (1990), 77 D.L.R. (4th) 128; 61 C.C.C. (3d) 490; 1 C.R. (4th) 266; 3 C.R.R. (2d) 176; 117 N.R. 284; 47 O.A.C. 293.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1990. «bestiality».

Greenspan, Edward L. «Freedom of Expression in Canada: "Ifs, Buts and Whereases"» (1995), 29 *L. Soc. Gaz.* 212.

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, Oxford: Clarendon Press, 1993 «bestiality» «paedophilia».

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal des droits de la personne (*Payzant c. Tony McAleer, Canadian Liberty Net and Harry Voccaro*, [1994] D.C.D.P. n° 4 (QL)), enjoignant aux requérants de mettre fin à leur acte discriminatoire, en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, cet acte consistant à diffuser par téléphone un message enregistré exposant les personnes homosexuelles à la haine et au mépris. Demande rejetée.

AVOCATS:

Douglas H. Christie, Victoria, pour les requérants.

Prakash Diar et *John Payzant* pour les intimés.

PROCUREURS:

Douglas H. Christie pour les requérants.
Commission canadienne des droits de la personne pour les intimés.

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

1 LE JUGE JOYAL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la *Loi sur*

*Court Act*¹ of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) rendered on January 27, 1994 [[1994] C.H.R.D. No. 4 (QL)], in which the Tribunal ordered the applicants to cease its discriminatory practice, under subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* (the CHRA),² which provides for the following:

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that the person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

2 The suggested grounds of discrimination in the case at bar involve sexual orientation, and in particular, homosexuality. The Tribunal also ordered that the applicants refrain from any such action in the future, anywhere in Canada.

3 The chronology of events leading up to the present hearing are as follows. The applicants originally applied to this honourable Court for judicial review on February 28, 1994. Then, on April 14, 1994, the two parties consented to a motion brought forward by the Canadian Human Rights Commission for an order extending the time for filing the respondents' affidavit and for an order extending the time for filing the applicants' application record.

4 Subsequently, a date for the hearing was set for May 4, 1995, and in fact, the hearing proceeded on that date. However, by reason of some procedural shortcomings, under section 57 of the *Federal Court Act* [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19], the hearing could not be completed on that date, but was continued and was terminated on December 13, 1995.

THE FACTS

5 The facts of this case, as ably summarized by the Tribunal, highlight the complaints brought forward by the respondent, Mr. John Payzant, under subsec-

*la Cour fédérale*¹, d'une décision du Tribunal des droits de la personne (le Tribunal), rendue le 27 janvier 1994 [[1994] D.C.D.P. n° 4 (QL)], relativement à une ordonnance du Tribunal enjoignant aux requérants de mettre fin à leur acte discriminatoire, en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP)² selon lequel:

13. Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

Les présumés motifs de distinction dans l'espèce incluent l'orientation sexuelle, et plus particulièrement, l'homosexualité. Le Tribunal a également ordonné aux requérants de s'abstenir de tels actes à l'avenir, où que ce soit au Canada.

La chronologie des événements qui ont conduit à la présente audience est la suivante: les requérants ont d'abord présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour, le 28 février 1994. Puis, le 14 avril 1994, les deux parties ont accepté que la Commission canadienne des droits de la personne présente une requête visant à obtenir une ordonnance prorogeant le délai de dépôt de l'affidavit des intimés, ainsi que du dossier de la demande des requérants.

Par la suite, une date d'audience a été fixée au 4 mai 1995, et l'audience a effectivement eu lieu à cette date. Toutefois, du fait de certains manquements procéduraux, conformément à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19], l'audience n'a pu se terminer à cette date, et elle a repris et s'est achevée le 13 décembre 1995.

LES FAITS

Les faits en l'espèce, comme ils sont résumés de façon compétente par le Tribunal, font valoir les plaintes présentées par l'intimé, John Payzant, en

tion 13(1) of the CHRA, whereby he alleges that the applicants had discriminated against him on the grounds of his sexual orientation in messages on the applicants' hot line between December 31, 1992 and January 15, 1993. The respondent-complainant argues that certain messages disseminated through the telephone were likely to expose him to hatred or contempt. He testified that he dialled a telephone number, (604) 572-8863, on several occasions during this time period and heard messages which he interpreted as advocating hatred or contempt against gays and lesbians. The full text of this message is as follows, reproduced from Exhibit TM-1:

Transcribed on January 8 1993 from message recorded on December 30, 1992—Canadian Liberty Net

You have reached the Canadian Liberty Net for Monday, December 28, 1992.

In the news, watch out for the latest subtle attack on your freedom of speech and your freedom to read. I am sure many of you have read, with great disgust, the presence and distribution of the N.A.M.B.L.A. newsletter for child-molesters which stands for the North American Man Boy Love Association which believes in legalized sex with consenting children. The newsletter is a thinly veiled "How to" guide for pedophiles. The catch here is that the police cannot do anything about the newsletter which makes it pass Customs. Under the Criminal Code it is illegal to import obscene material but not to possess it. There is a move underfoot to change that law to make it a crime to possess obscene material which is illegal to import. For those who haven't clued in—this section of the Criminal Code under pressure for amendment is the same one that covers so-called hate literature. The proposed changes would also make it a crime to possess for example, Henry Ford's founder of the Ford Motor Corporation, his book called "International Jew" or Martin Luther, the great Protestant reformer, his book "The Jews and Their Lives" or Arnold Leesis' book on "Jewish Ritual Murder". By the way, we can obtain any and all of these books and many more. If you are interested in obtaining any of these books, leave your name and number after the tone. This is the usual thin edge of the wedge tactic used by the Iron Heal for who would disagree with making it legal to possess the N.A.M.B.L.A. newsletter. I think the newsletter should be allowed in Canada but that childmolesters, homo or otherwise, should be executed. This should decrease the possession or circulation within Canada of the newsletter. Hell, the ancient Celts used to take their queers and trample them into the

vertu du paragraphe 13(1) de la LCDP, dans lesquelles il prétend que les requérants avaient fait une distinction à son égard et ce, à cause de l'orientation sexuelle, exprimée dans des messages diffusés sur la ligne réservée des requérants entre le 31 décembre 1992 et le 15 janvier 1993. L'intimé-plaignant fait valoir que certains messages diffusés par téléphone étaient susceptibles de l'exposer à la haine ou au mépris. Il a déclaré dans son témoignage qu'il avait composé un numéro de téléphone, savoir le (604) 572-8863, à plusieurs reprises pendant cette période et qu'il avait entendu des messages qu'il interprétait comme une incitation à la haine et au mépris contre les gais et les lesbiennes. Le texte intégral de ce message se lit comme suit, tel qu'il a été reproduit à partir de la pièce TM-1:

Transcrit le 8 janvier 1993 d'un message enregistré le 30 décembre 1992—Canadian Liberty Net

[TRADUCTION] Vous avez rejoint le Canadian Liberty Net, lundi 28 décembre 1992.

Dans les nouvelles, faites attention à la dernière attaque subtile contre votre liberté d'expression et de lecture. Je suis certain que bon nombre d'entre vous avez appris, avec un profond dégoût, qu'il existait en circulation un bulletin d'information pour pédophiles de la N.A.M.B.L.A., c'est-à-dire la North American Man Boy Love Association (association nord-américaine pour l'amour homme-garçon), laquelle préconise des relations sexuelles légales avec des enfants consentants. Le bulletin d'information est un guide à peine voilé du «comment faire» à l'intention des pédophiles. Le hic ici est que la police ne peut rien faire contre le bulletin de nouvelles, ce qui fait qu'il ne peut être intercepté à la douane. Aux termes du Code criminel, il est illégal d'importer des documents obscènes mais non pas de les posséder. Des démarches ont été faites pour modifier la loi de telle sorte que la possession de documents dont l'importation est illégale deviendrait un acte criminel. Pour ceux qui ne seraient pas au courant—cet article du Code criminel visé par la modification est le même que celui qui concerne ce que l'on appelle la propagande haineuse. Selon les modifications proposées, la possession, par exemple, des livres «International Jew» de Henry Ford, fondateur de la Ford Motor Corporation, ou «The Jews and Their Lives» de Martin Luther, le grand réformateur protestant, ou «Jewish Ritual Murder» de Arnold Leesis deviendrait un acte criminel. Soit dit en passant, nous pouvons obtenir tous ces livres et bien d'autres encore. Si vous êtes intéressés à obtenir l'un de ces livres, laissez votre nom et votre numéro de téléphone après le signal sonore. Il s'agit là de l'aspect habituellement douteux de la manœuvre utilisée par le Iron Heal à l'égard de ceux qui s'opposeraient à la

peat bogs. It's not such a bad idea, maybe. Perhaps we have finally stumbled across the argument which will save Burns bog in Delta from development because it is the only bog big enough to service the needs of the progressive city of Vancouver.

On to other topics, once again, Tom Metzger of WAR, White Aryan Resistance, will be speaking on the 22nd of January. We are keeping the location a secret for obvious reasons but as we get closer to the date, we will announce the meeting place where directions will be given to the venue on the night of the event. You will not want to miss this. That's Tom Metzger of the White Aryan Resistance speaking in Vancouver. To obtain copies of the WAR newsletter, send \$3.00 for a sample and \$25.00 for a year's subscription—that's U.S. funds—made out to John Metzger at WAR, P.O. Box 65, Fallbrook, California, 92088. Also for sale by the Canadian Liberty Net his song "I'm too Nazi", \$7.00, "Black on Black Hate Calls" \$10.00 featuring Lucius Tate; "Might is Right" \$10.00. Send orders to P.O. Box 35683 Vancouver, B.C. V6M 4G9 and remember, Liberty Net message is changed every week, usually on a Monday. We leave you now with a poem from Rudyard Kipling: A Song of the White Man by Rudyard Kipling. (He quotes the Song and that ends the tape.)

THE TRIBUNAL'S DECISION

6 In light of these facts, the Tribunal concluded that the complaints under subsection 13(1) of the CHRA were substantiated for the following reasons:

1. The messages were transmitted over Mr. McAleer's telephone by way of the B.C. Telephone system, which is an undertaking within the legislative authority of the Parliament.
2. Mr. McAleer acknowledged causing this message to be communicated over his telephone line.
3. In analyzing whether the message communicated was likely to expose a person to hatred or contempt by reason of the fact that that person is identifiable

légalisation de la possession du bulletin d'information de la N.A.M.B.L.A. Je pense que le bulletin d'information devrait être autorisé au Canada, mais que les pédophiles, qu'ils soient homosexuels ou autres, devraient être exécutés. Cela devrait réduire la possession ou la circulation du bulletin d'information au Canada. Que diable, les anciens Celtes avaient l'habitude de prendre leurs pédales et de les piétiner dans les tourbières. Ce n'est peut-être pas une si mauvaise idée. Peut-être que nous avons enfin trouvé l'argument qui permettra d'éviter l'aménagement du marais Burns à Delta parce que c'est le seul marécage assez grand pour répondre aux besoins de la ville progressiste de Vancouver.

Passons à d'autres sujets. Une fois de plus, Tom Metzger de WAR, White Aryan Resistance (Résistance aryenne des blancs), fera une allocution le 22 janvier. Nous tenons le lieu secret, pour des raisons évidentes, mais à mesure que la date approche, nous annoncerons le lieu de rencontre où des instructions seront données pour le rassemblement le soir de l'événement. Ne manquez pas cette occasion. Je répète, Tom Metzger de White Aryan Resistance fait un discours à Vancouver. Pour obtenir des copies du bulletin d'information de WAR, envoyez 3 \$ pour un exemplaire et 25 \$ pour un abonnement d'un an—dollars US—à l'ordre de John Metzger à WAR, P.O. Box 65, Fallbrook, California, 92088. Aussi en vente par le Canadian Liberty Net, sa chanson «I'm too Nazi», 7 \$, «Black on Black Hate Calls», 10 \$, avec Lucius Tate, «Might is Right» 10 \$. Envoyez les commandes à P.O. Box 35683, Vancouver, B.C. V6M 4G9 et rappelez-vous, on change le message de Liberty Net chaque semaine, généralement le lundi. Nous vous laissons maintenant sur ce poème de Rudyard Kipling: A Song of the White Man par Rudyard Kipling. (Il lit le poème et c'est la fin de la bande.)

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

6 À la lumière de ces faits, le Tribunal a conclu que les plaintes formulées en vertu du paragraphe 13(1) de la LCDP étaient fondées pour les raisons suivantes:

1. Les messages étaient transmis par le téléphone de McAleer par le biais du réseau téléphonique de B.C. Telephone, une entreprise relevant de la compétence du Parlement.
2. McAleer a reconnu qu'il avait fait en sorte que ce message soit diffusé sur sa ligne téléphonique.
3. Dans son analyse visant à savoir si le message communiqué était susceptible d'exposer à la haine ou au mépris une personne appartenant à un groupe

on the basis of a prohibited ground of discrimination, the Tribunal underlined that intent to discriminate is not a pre-condition to a finding of discrimination under the CHRA.

4. The Tribunal also found that the message clearly communicates extreme ill toward a group of persons, namely "queers", and suggests that such persons have no redeeming qualities. As such, the message creates a condition for hatred to flourish.

7 Furthermore, the Tribunal underlined that it is now recognized, in light of the Ontario Court of Appeal's decision in *Haig v. Canada*,³ that sexual orientation is a prohibited ground of discrimination and that it is not necessary to go any further in defining the scope of the term "sexual orientation". Accordingly, the Tribunal found that the message at issue was likely to expose homosexual persons, identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination, to hatred or contempt. In this regard, the Tribunal concluded that it is the effect of the message rather than the intent of its author that must be assessed.

8 On a final note, the Tribunal remarked that the fact that Mr. McAleer does not approve of homosexuality is certainly a view he is free to communicate telephonically, as long as he does not do so in such manner as to offend subsection 13(1) of the CHRA.

THE APPLICANTS' POSITION

9 According to the applicants, subsection 13(1) of the CHRA is beyond the jurisdiction of Parliament as it represents an interference in the provinces' exclusive jurisdiction over property and civil rights pursuant to section 92 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 I) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. In this regard, the province of British Columbia has legislated its own *B.C. Human Rights Act* [S.B.C. 1984, c. 22] and has passed legislation similar to that of subsection 13(1) of the CHRA. The

sur la base d'un motif de distinction illicite, le Tribunal a souligné que l'intention d'établir une distinction n'est pas une condition préalable pour pouvoir conclure à une discrimination aux termes de la LCDP.

4. Le Tribunal a également statué que le message véhiculé clairement une malice extrême envers un groupe de personnes, en l'occurrence les «pédales», et insinue que ces personnes n'ont aucune qualité qui les rachète. En tant que tel, le message crée une situation propice à la propagation de la haine.

7 De plus, le Tribunal a souligné qu'il est maintenant reconnu, depuis la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Haig v. Canada*³, que l'orientation sexuelle est un motif de distinction illicite et qu'il n'est pas nécessaire d'étoffer la définition de l'expression «orientation sexuelle». En conséquence, le Tribunal a décidé que le message en l'espèce était susceptible d'exposer à la haine ou au mépris les personnes homosexuelles, lesquelles appartiennent à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite. À cet égard, le Tribunal a conclu qu'il convient d'évaluer l'effet du message plutôt que son intention.

8 Enfin, le Tribunal a noté que le fait que McAleer réprovoie l'homosexualité est certainement une opinion qu'il peut communiquer librement par téléphone, à condition de ne pas le faire d'une façon qui contrevienne au paragraphe 13(1) de la LCDP.

LA THÈSE DES REQUÉRANTS

9 De l'avis des requérants, le paragraphe 13(1) de la LCDP ne relève pas de la compétence du Parlement puisqu'il constitue une ingérence dans la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et des droits civils aux termes de l'article 92 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]]. À cet égard, la province de la Colombie-Britannique a adopté sa propre loi sur les droits de la personne (*Human Rights Act* [S.B.C. 1984, ch. 22]),

applicants further argue that an answering machine is not a telecommunications undertaking within the legislative authority of Canada.

et elle a promulgué une mesure législative dont le contenu est semblable à celui du paragraphe 13(1) de la LCDP. Les requérants font également valoir qu'un répondeur ne constitue pas une entreprise de télécommunication qui relève de la compétence législative du Canada.

10 The applicants also submit that subsection 13(1) of the CHRA is contrary to paragraphs 2(a) and 2(b) as well as section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). Furthermore, the applicants submit that the Tribunal's interpretation of "sexual orientation," as a prohibited ground of discrimination under subsection 13(1) of the CHRA, is vague and overly broad, thereby infringing paragraphs 2(a), 2(b) and section 7 of the Charter. As such, subsection 13(1) of the CHRA should be declared of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

Les requérants soutiennent aussi que le paragraphe 13(1) de la LCDP contrevient aux alinéas 2a) et 2b), ainsi qu'à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). De plus, les requérants prétendent que l'interprétation du Tribunal de l'expression «orientation sexuelle» comme un motif de distinction illicite aux termes du paragraphe 13(1) de la LCDP est imprécise, qu'elle a une portée trop large et qu'elle viole de ce fait les alinéas 2a) et 2b) et l'article 7 de la Charte. À ce titre, le paragraphe 13(1) de la LCDP devrait être déclaré inopérant conformément à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

11 Alternatively, the applicants contend that the inclusion of child molesters or pædophiles in the interpretation of the term "sexual orientation" is overly broad, thereby infringing section 7, and paragraphs 2(a) and 2(b) of the Charter and ought to be stayed or abrogated by the application of subsection 24(1) of the Charter.

De façon subsidiaire, les requérants affirment que l'inclusion de pédophiles dans l'interprétation de l'expression «orientation sexuelle» a une portée trop large, qu'elle viole de ce fait l'article 7 et les alinéas 2a) et 2b) de la Charte et qu'elle devrait être suspendue ou abrogée par l'application du paragraphe 24(1) de la Charte.

12 The applicants further elaborate on the errors found in the conventional thinking derived from *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*.⁴ As an example, the Supreme Court of Canada decision in *Egan v. Canada*⁵ noted that a ban on marriage between homosexuals did not constitute discrimination, signifying that the state's legitimate societal interests can prevail.

Les requérants précisent aussi les erreurs constatées dans le raisonnement conventionnel qui a suivi l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*⁴. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Egan c. Canada*⁵, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que l'interdiction du mariage entre homosexuels ne constituait pas de la discrimination, ce qui signifiait que les intérêts sociaux légitimes de l'État peuvent prévaloir.

13 It is also argued by the applicants that the position of the CHRC, in the case at bar, failed the test of a "pressing social ill" or, for that matter, the

Les requérants prétendent également que la position de la Commission canadienne des droits de la personne, en l'espèce, ne satisfaisait pas au critère

rationality and proportionality test. It did not refer to any "real and present danger". As a result, there is grave risk that any comment or communication on the subject of race, religion, sexual orientation or any of the other subjects listed in subsection 13(1) of the CHRA against which a complaint is filed, will be immediately proscribed with serious criminal sanctions imposed in the event of a further complaint.

14 Further, counsel for the applicants refers to the findings of the Tribunal and argues that the facts therein must meet the Charter test. In effect, the panel erroneously dismissed out of hand counsel's arguments with respect to "queers" and "sodomites".

15 It is also argued that the Tribunal failed to consider the later message (Exhibit TM-2). It is a fact, according to counsel, that the second message is a part of the evidence and the contents, of course, are of a nature to mitigate considerably the "hatred or contempt" effect of the first message.

THE RESPONDENTS' POSITION

16 The respondents highlight the fact that the applicants do not suggest that the Tribunal erred in reaching its conclusions. It is therefore submitted that where the statutory discretion has been exercised in good faith, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon irrelevant considerations, the courts should not interfere.

17 According to the respondents, the Tribunal's decision is well founded for the following reasons:

(1) The applicant, Tony McAleer, admitted to the Tribunal that he communicated telephonically the message at hand. Moreover, the B.C. Telephone Company, incorporated in 1916 pursuant to an Act of the Parliament of Canada, is a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parlia-

d'un [TRADUCTION] «mal social pressant» ni d'ailleurs au critère de rationalité et de proportionnalité. Elle ne faisait référence à aucun [TRADUCTION] «danger réel et actuel». Il s'ensuit qu'il existe un grave risque que tout commentaire ou toute communication sur la race, la religion, l'orientation sexuelle ou l'un des autres objets énumérés au paragraphe 13(1) de la LCDP, contre lequel une plainte est déposée, soit immédiatement interdit au moyen de sanctions graves prévues pour les actes criminels advenant une autre plainte.

En outre, l'avocat des requérants fait référence 14 aux conclusions du Tribunal et soutient que les faits dans ces cas-là doivent répondre au critère fondé sur la Charte. En effet, le comité a rejeté, par erreur et d'emblée, les arguments de l'avocat en ce qui concerne les «pédales» et les «sodomites».

Il est également affirmé que le Tribunal a omis 15 de prendre en considération le message ultérieur (pièce TM-2). Selon l'avocat, le deuxième message fait partie de la preuve et son contenu, bien sûr, est de nature à mitiger considérablement l'impression de «haine ou mépris» du premier message.

LA POSITION DES INTIMÉS

Comme le font remarquer les intimés, les requé- 16 rants ne prétendent pas que le Tribunal a commis une erreur en arrivant à ses conclusions. Il est dès lors affirmé que si le pouvoir discrétionnaire prévu par la loi a été exercé de bonne foi, conformément aux principes de justice naturelle, et que l'on ne se soit pas fié à des considérations déplacées, les tribunaux ne devraient pas intervenir.

D'après les intimés, la décision du Tribunal est 17 bien fondée pour les raisons suivantes:

(1) Le requérant, Tony McAleer, a avoué devant le Tribunal qu'il communiquait le message en cause par téléphone. De plus, la compagnie de téléphone de la Colombie-Britannique, B.C. Telephone Company, constituée en 1916 en vertu d'un acte du Parlement du Canada, est une entreprise de télécommuni-

ment since the system extends beyond the province and is subject to federal regulation.

(2) According to the respondents, the validity of subsection 13(1) of the CHRA was tested and upheld by the Supreme Court of Canada in the *Taylor*⁶ case.

(3) As for the inclusion of “sexual orientation” as a prohibited ground of discrimination, the respondents underline that the Ontario Court of Appeal in *Haig*,⁷ held sexual orientation to be an analogous ground of discrimination under section 15 of the Charter.

(4) The respondents further underline the fact that the decision in *Haig, supra*, was accepted by both the Department of Justice and the Human Rights Tribunal as being good law.

(5) Finally, the respondents submit that courts and tribunals, both federal and provincial, recognize that the concept of “sexual orientation” does not include unlawful or illegal acts such as pædophilia or bestiality, which are not protected by the CHRA.

THE LAW

A. The constitutionality of subsection 13(1) of the CHRA

18 Counsel for the applicants has already challenged unsuccessfully the constitutionality of subsection 13(1) of the CHRA before the Supreme Court of Canada in the *Taylor*⁸ case, which dealt with the issue of whether the effect of that subsection upon communications tending to expose persons to hatred or contempt on the specific grounds listed in that provision, violated the provisions of the Charter.

19 The relevant sections of the Charter read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

cation qui relève de la compétence du Parlement puisque le système s'étend au-delà des frontières de la province et est assujéti à un règlement fédéral.

(2) Selon les intimés, la validité du paragraphe 13(1) de la LCDP a été examinée et confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Taylor*⁶.

(3) Quant à l'inclusion de l'expression «orientation sexuelle» comme un motif de distinction illicite, les intimés soulignent que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Haig*⁷, a statué que l'orientation sexuelle était un motif de distinction analogue en vertu de l'article 15 de la Charte.

(4) Les intimés soulignent aussi le fait que l'arrêt *Haig*, précité, a été accepté tant par le ministère de la Justice que par le Tribunal des droits de la personne comme étant du droit valable.

(5) Enfin, les intimés font valoir que les tribunaux, tant à l'échelon fédéral que provincial, reconnaissent que la notion d'«orientation sexuelle» n'inclut pas des actes illicites ou illégaux comme la pédophilie ou la bestialité, lesquels ne sont pas visés par la LCDP.

LE DROIT

A. La constitutionnalité du paragraphe 13(1) de la LCDP

L'avocat des requérants a déjà contesté, sans succès, la constitutionnalité du paragraphe 13(1) de la LCDP devant la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Taylor*⁸ qui portait sur la question de savoir si, par son effet sur les communications tendant à exposer des personnes à la haine ou au mépris pour les motifs précis énumérés dans cette disposition, le paragraphe 13(1) violait les dispositions de la Charte.

Voici les articles pertinents de la Charte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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.

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.

20 Having first determined that the freedom of expression was breached by subsection 13(1), the Supreme Court of Canada upheld the infringement on the basis of section 1 of the Charter. Subsection 13(1) of the CHRA was held to constitute a reasonable limit upon the freedom of expression. Given the similarity of the matter at issue, it is possible to adopt herein certain aspects of the Supreme Court's analysis in the *Taylor, supra*, decision. In this regard, this Court may acknowledge that subsection 13(1) infringes section 2 of the Charter and proceed to determine whether the infringement may be justified under section 1 in light of this particular factual situation.

20 Après avoir établi en premier lieu, que le paragraphe 13(1) violait la liberté d'expression, la Cour suprême du Canada a confirmé la violation d'après l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte. La Cour a statué que le paragraphe 13(1) de la LCDP constituait une restriction raisonnable à la liberté d'expression. Vu la ressemblance entre les questions en litige, il est possible d'adopter aux présentes certains aspects de l'analyse effectuée par la Cour suprême dans l'arrêt *Taylor*, précité. À cet égard, la présente Cour peut reconnaître que le paragraphe 13(1) viole l'article 2 de la Charte et ainsi procéder à l'analyse fondée sur l'article premier pour déterminer si, à la lumière des faits particuliers, la violation peut être justifiée.

21 It is established law that the onus falls on the respondents to demonstrate that the infringement of the Charter is justified in a free and democratic society pursuant to the following two-branch test enunciated in *The Queen v. Oakes*⁹ and modified more recently by the Supreme Court of Canada:

21 Selon le droit établi, il incombe aux intimés de montrer que la violation de la Charte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément au critère à deux volets énoncé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*⁹ et modifié plus récemment par la Cour suprême du Canada:

1. The objective to be served by the measures limiting a Charter right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.

1. L'objectif qui doit être servi par les mesures limitant un droit garanti par la Charte doit être suffisamment important pour justifier une dérogation à un droit ou à une liberté protégé par la constitution.

2. Secondly, the party invoking section 1 of the Charter must show the means to be reasonable and demonstrably justified, thus meeting the requirements of a proportionality test, involving three different components. In this regard, the Supreme Court of Canada in *Taylor*¹⁰ reiterated the well recognized principles of *Oakes* in the following manner:

2. Deuxièmement, la partie qui invoque l'article premier de la Charte doit établir que les moyens sont raisonnables et qu'ils peuvent être justifiés par une démonstration, répondant ainsi aux exigences d'un critère de proportionnalité qui comprend trois volets différents. À cet égard, dans l'arrêt *Taylor*¹⁰, la Cour suprême du Canada a réitéré les principes bien connus de l'arrêt *Oakes* de la façon suivante:

. . . an impugned measure is seen as proportionate only if the state shows that: (i) a connection exists between the measure and objective so that the former cannot be said to be arbitrary, unfair or irrational; (ii) the measure impairs the Charter right or freedom at stake no more than is

. . . une mesure contestée n'est considérée comme proportionnée que si l'État démontre: (i) qu'il existe un lien entre la mesure et l'objectif de manière que cette mesure ne puisse être qualifiée d'arbitraire, d'injuste ou d'irrationalle; (ii) que la mesure porte le moins possible atteinte au

necessary; and (iii) the effects of the measure are not so severe as to represent an unacceptable abridgment of the right or freedom.

B. Application of the two-pronged Oakes test, regarding section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

22 (1) The objective test

23 In its analysis, the Supreme Court of Canada in *Taylor, supra*, fully examined the purpose of subsection 13(1) of the CHRA. In this regard, the Court remarked that Parliament's objective of promoting equal opportunity unhindered by discriminatory practices and accordingly, of preventing the serious harm caused by hate propaganda, is sufficiently important to warrant overriding the freedom of expression. Dickson C.J., further stated that the enshrinement of equality and multiculturalism values in sections 15 and 27 of the Charter is yet another indicator of the importance of Parliament's objective in enacting subsection 13(1). In his analysis, Chief Justice Dickson adopted the following conclusion [at page 922], reached by the Supreme Court of Canada in *R. v. Keegstra*:¹¹

... I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)"

24 Although it might be remembered that the Supreme Court split 4 to 3 on the issue, and that to

droit ou à la liberté en cause garantis par la *Charte*; et (iii) que les effets de la mesure ne sont pas sévères au point de représenter une restriction inacceptable du droit ou de la liberté.

B. Application du critère à deux volets énoncé dans l'arrêt Oakes, dans le contexte de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés

22 1) Le critère de l'objectif visé par la mesure législative

23 Dans son analyse, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Taylor*, précité, a examiné en profondeur l'objet du paragraphe 13(1) de la LCDP. À cet égard, la Cour a noté que l'objectif du Parlement de promouvoir l'égalité des chances indépendamment des considérations discriminatoires et, de la même manière, de prévenir la gravité du préjudice occasionné par la propagande haineuse, est suffisamment important pour justifier la dérogation à la liberté d'expression. Le juge en chef Dickson a également déclaré que le fait que les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme sont consacrées aux articles 15 et 27 de la Charte met davantage en relief l'importance de l'objectif visé par le législateur fédéral quand il a adopté le paragraphe 13(1). Dans son analyse, le juge en chef Dickson a adopté la conclusion suivante [à la page 922] de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Keegstra* ¹¹:

... Je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'«il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)»

24 Bien qu'il convienne de se rappeler que la Cour suprême était divisée quatre contre trois sur cette

this day, there is no universal acceptance of it, the decision is still law of the land and, on that principle at least, must be respected.

25 (2) The proportionality criteria

26 With respect to the first branch of the proportionality test, namely the rational connection between the measure and the objective, I respectfully defer to the conclusion drawn by Dickson C.J. in *Taylor*.¹² In drawing an analogy between that case and the case at bar, I should find that subsection 13(1) of the CHRA is rationally connected to the legislative purpose in enacting this particular provision. In particular, this provision aids in restricting activities considered antithetical to the promotion of equality and tolerance in society.

27 With regards to the second component of the proportionality test, regard must be had to the applicants' view that the expression "sexual orientation" is vague, overly broad, and may be interpreted as including such practices as pædophilia and bestiality.

28 On the one hand, it is important to note that Dickson C.J. found that, in *Taylor, supra*, subsection 13(1) also met the "minimal impairment" criteria, since the provision was not overly broad or vague. In this regard, he made the following observations:

1. The phrase "hatred or contempt" used in subsection 13(1) is not overly broad or vague since this phrase refers only to unusually strong and deep-felt emotions of detestation. Accordingly, as long as the Tribunal always considers the ardent and extreme nature of the feeling as described in the provision, there is little danger of subjectivity with regards to the proper statutory interpretation.

2. The absence in the CHRA of an interpretative provision does not create in subsection 13(1) an overly wide scope. Finally, the absence of an intent

question et que, jusqu'à ce jour, la décision ne fait toujours pas l'unanimité, elle demeure une règle de droit du pays et doit, du moins en principe, être respectée.

2) Le critère de proportionnalité

26 En ce qui concerne le premier volet du critère de proportionnalité, savoir le lien rationnel entre la mesure et l'objectif, je me reporte respectueusement à la conclusion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Taylor*¹². En faisant une analogie entre cet arrêt et l'affaire dont je suis saisi, je devrais conclure que le paragraphe 13(1) de la LCDP a un lien rationnel avec l'objectif que vise l'adoption de cette disposition législative particulière. Plus précisément, cette disposition aide à restreindre des activités jugées contraires à la promotion de l'égalité et de la tolérance dans la société.

27 Quant au deuxième volet du critère de proportionnalité, il convient de s'attarder sur la prétention des requérants selon lesquels l'expression «orientation sexuelle» est imprécise et a une portée trop large, et peut être interprétée comme incluant des pratiques comme la pédophilie et la bestialité.

28 D'une part, il est important de noter que le juge en chef Dickson a conclu, dans l'arrêt *Taylor*, précité, que le paragraphe 13(1) répondait aussi au critère de «l'atteinte minimale», étant donné que la disposition n'était pas trop imprécise ni n'avait une portée trop large. À cet égard, il a fait les observations suivantes:

1. Les termes «haine» et «mépris» au paragraphe 13(1) n'ont pas une portée trop large, et ils ne sont pas trop imprécis, vu que ces termes s'appliquent à des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation. Dès lors, tant que le Tribunal tient compte de la nature passionnée et extrême du sentiment comme il est décrit dans la disposition, il y a peu de danger de faire preuve de subjectivité dans l'interprétation adéquate de la loi.

2. L'absence d'une disposition d'interprétation dans la LCDP ne confère pas une portée trop large au paragraphe 13(1). Enfin, l'absence d'un élément

25

26

27

28

component in the provision does not present a problem when one considers the purpose of this section.

29 On the other hand, regard must now be paid to the particular context of a complaint filed on the grounds of “sexual orientation”. The leading case with respect to a section’s abrogation due to vagueness is *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*¹³ where the Supreme Court of Canada, upon giving a brief overview of the pertinent case law, set out the following general principles.

30 According to the Supreme Court, the issue of vagueness can be raised under either section 7 or section 1 of the Charter. In this sense, it is a principle of fundamental justice that laws may not be too vague. Vagueness is also relevant to the “minimal impairment” stage of the *Oakes* test. In this regard, courts will be reluctant to find a provision so vague as not to qualify as “law” under section 1 and will rather consider the scope of the provision under the “minimal impairment” test. Mr. Justice Gonthier also explains that the doctrine of “vagueness” is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement discretion.

31 On a final note, Mr. Justice Gonthier listed the following factors to be considered with respect to vagueness:¹⁴

. . . (a) the need for flexibility and the interpretative role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist

32 According to the Supreme Court, the doctrine of vagueness can be thus summed up in one proposition:¹⁵

. . . a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate . . . that is for reaching a conclusion as to its

d’intention dans la disposition ne pose aucun problème si l’on considère l’objectif du présent article.

29 D’autre part, il convient maintenant de s’attarder plus longuement sur le contexte précis du dépôt d’une plainte fondée sur l’«orientation sexuelle». La jurisprudence clé en ce qui concerne l’abrogation d’un article du fait de son imprécision est l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*¹³ dans lequel la Cour suprême du Canada, après un survol des décisions judiciaires pertinentes, a établi les principes généraux suivants.

30 Selon la Cour suprême du Canada, la question de l’imprécision peut être invoquée du chef de l’article 7 de la Charte ou de l’article premier puisqu’un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. L’imprécision est aussi pertinente sous le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*. À cet égard, les tribunaux hésiteront à décider qu’une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une «règle de droit» au sens de l’article premier et examineront plutôt la portée de la disposition à la lumière du critère de «l’atteinte minimale». Le juge Gonthier explique aussi que la «théorie de l’imprécision» repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi soit limité.

31 En conclusion, le juge Gonthier a énuméré les facteurs suivants dont il faut tenir compte pour déterminer l’imprécision¹⁴:

. . . a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d’interprétation; b) l’impossibilité de la précision absolue, une norme d’intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu’une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister.

32 De l’avis de la Cour suprême, la théorie de l’imprécision peut donc se résumer en une seule proposition¹⁵:

. . . une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire . . .

meaning by reasoned analysis applying legal criteria.

Moreover, this standard of “absence of legal debate” applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other.

c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques.

De plus, cette norme d’«absence de débat judiciaire» s’applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre.

33 Mr. Justice Gonthier further outlines that once the general standard has been met, all other submissions with respect to the precision of the statute should be considered at the “minimal impairment” stage of the section 1 analysis. In my estimation, subsection 13(1) of the CHRA offers sufficient guidance for legal debates and is neither vague nor overbroad, as alleged by the applicants.

33 Le juge Gonthier affirme aussi que si l’on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l’étape de l’étude de «l’atteinte minimale» de l’analyse fondée sur l’article premier. À mon avis, le paragraphe 13(1) de la LCDP constitue un guide suffisant pour les débats judiciaires et il n’est ni imprécis ni trop large dans sa portée, comme le prétendent les requérants.

34 Finally, the last branch of the proportionality test remains to be examined, namely the consideration of the effect of the provision at issue. The Supreme Court of Canada in *Taylor*¹⁶ states that the effects of subsection 13(1) upon freedom of expression are not “so deleterious as to make intolerable its existence in a free and democratic society”. The Supreme Court also remarked that when considering the context of the procedural and remedial provisions of the CHRA, subsection 13(1) plays a minimal role in the imposition of any sanction. As such, the degree of limitation imposed upon the freedom of expression by this provision is not unduly harsh.

34 Enfin, il reste à examiner le dernier volet du critère de proportionnalité, c’est-à-dire la considération de l’effet de la disposition en cause. Dans l’arrêt *Taylor*¹⁶, la Cour suprême du Canada ne considère pas que l’effet du paragraphe 13(1) sur la liberté d’expression soit «si dommageable qu’il rende son existence intolérable dans une société libre et démocratique». La Cour suprême a aussi noté que dans le contexte des dispositions procédurales et réparatrices prévues par la LCDP, le paragraphe 13(1) a peu d’effet sur l’imposition de sanctions. En tant que tel, le paragraphe 13(1) n’impose pas un degré de restriction trop sévère à la liberté d’expression.

THE JURISDICTIONAL ISSUE

35 The claim that subsection 13(1) of the Act was constitutionally invalid as constituting an infringement on provincial fields of jurisdiction in section 92 of the *Constitution Act, 1867*, was raised in the applicants’ pleadings. I do not remember that it was seriously argued at the hearing of the judicial review application, but nevertheless, I should briefly traverse it.

LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE

35 L’argument selon lequel le paragraphe 13(1) de la Loi était inconstitutionnel et constituait une violation des champs de compétence provinciaux prévus à l’article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été soulevé par les requérants. Je ne me rappelle pas si cette revendication a été plaidée sérieusement à l’audience de la demande de contrôle judiciaire mais, quoi qu’il en soit, je devrais m’y attarder brièvement.

36 As far back as 1905, in *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*,¹⁷ the Privy Council ruled that a telecommunications system extending beyond a province or connecting one

36 Déjà en 1905, dans l’affaire *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*¹⁷, le Conseil privé avait statué qu’un système de télécommunication s’étendant au-delà d’une province ou liant une

province to one or more other provinces, fell within federal jurisdiction.

province à plusieurs autres relevait de la compétence fédérale.

37 Similarly, in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*,¹⁸ the Supreme Court of Canada held that notwithstanding the fact that AGT was created by provincial statute to provide telephone services within Alberta, it was nevertheless an interprovincial undertaking within the meaning of section 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. The Supreme Court, in effect, ruled that whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operations. In this regard, the Court was able to note that AGT had numerous multilateral commercial links which enabled it to play an indispensable role in the Canadian national telecommunications system.

37 De la même manière, dans l'affaire *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*¹⁸, la Cour suprême du Canada a décidé que, bien que AGT avait été constituée en vertu d'une loi provinciale pour fournir des services téléphoniques en Alberta, il s'agissait néanmoins d'une entreprise interprovinciale au sens de l'article 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, la Cour suprême a statué que le caractère fédéral d'une entreprise ou d'un service dépendait de la nature de ses opérations. À cet égard, la Cour pouvait faire remarquer que AGT avait de nombreux liens commerciaux multilatéraux qui lui permettaient de jouer un rôle indispensable dans le réseau de télécommunication national du Canada.

38 In that light, it is my view that the communications at issue under subsection 13(1) of the CHRA are relayed "in whole or in part by means of the facilities of a telecommunications undertaking within the legislative authority of Parliament", and that the case before me meets the jurisdictional test.

38 Dans ces conditions, je suis d'avis que les communications en cause en vertu du paragraphe 13(1) de la LCDP sont relayées grâce «aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement», et que l'affaire dont je suis saisi satisfait au critère de la compétence.

THE ISSUE OF SEXUAL ORIENTATION

LA QUESTION DE L'ORIENTATION SEXUELLE

39 The thesis advanced by counsel for the applicants on this issue is fairly subtle and imaginative. It is a parallel argument to the one advanced with respect to the second test of proportionality set out in the *Oakes*¹⁹ case and directed at the vague and over-broad meaning attributable to sexual orientation.

39 La thèse avancée par l'avocat des requérants en ce qui concerne cette question est assez subtile et imaginative. Il s'agit d'un argument parallèle à celui qui a été avancé à l'égard du deuxième volet du critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*¹⁹ et qui vise le sens vague et trop large qui peut être donné à l'orientation sexuelle.

40 Counsel for the applicants argues that the expression "sexual orientation" covers all forms of sexual activity. These activities might not only cover those in which adult gays and lesbians are engaged, but might also include pædophilia, incest, date rape, bestiality and other forms of sexual behaviour.

40 L'avocat des requérants soutient que l'expression «orientation sexuelle» inclut toutes les formes d'activité sexuelle. Ces activités peuvent englober non seulement celles qui concernent les gais et les lesbiennes adultes, mais aussi la pédophilie, l'inceste, le viol par une connaissance, la bestialité et d'autres formes de comportement sexuel.

41 As a result, says counsel, it is wrong of the Tribunal to ignore the whole communication on the hot

41 Il s'ensuit, selon l'avocat, que le Tribunal aurait tort de ne pas tenir compte de l'ensemble de la

line to interpret the impugned message as being directed to loving and caring gays and lesbians. This error is especially egregious when the early thrust of the message is directed to the North American Man Boy Love Association (NAMBLA), which advocates sex with consenting children and whose newsletter is described as a thinly veiled “how to” guide for pædophiles.

communication sur la ligne réservée afin d’interpréter le message contesté comme s’adressant à des gais et des lesbiennes affectueux et généreux. Il s’agit là d’une erreur particulièrement maladroite lorsque la première pointe du message est dirigée contre la North American Man Boy Love Association (NAMBLA), laquelle préconise les relations sexuelles avec des enfants consentants et dont le bulletin d’information est décrit comme un guide à peine voilé du «comment faire» à l’intention des pédophiles.

42 The same may be said, says counsel, of a later message, marked TM-2, which attempts to clarify the ambiguities in the early message and which this time quotes from a safe sex pamphlet printed by AIDS—Vancouver, relating to such practices as “fisting”, “rimming”, the risks of infection from urine and excrement on broken skin, or safe methods of torture, be it by whipping, heat or knife branding or by electric terminals.

Il en va de même, selon l’avocat, d’un message ultérieur, déposé sous la cote TM-2, qui essaye d’éclaircir les ambiguïtés du premier message et qui cite des extraits d’une brochure sur la sexualité sans risque publiée par AIDS—Vancouver portant sur des pratiques comme la «pénétration anale du poing» et l’«anilingus», les risques d’infection causés par l’urine et les excréments sur la peau éraflée, ou les méthodes de torture sécuritaires, que ce soit par flagellation, marquage au fer, au couteau ou par borne électrique.

43 The conclusion which counsel for the applicants prays the Court to adopt is that the Tribunal has simply said that the complaint was justified and that what was said *à propos* queers and bogs was likely to expose the complainant to hatred or ridicule. This is regarded as a rubber-stamping operation, the effect of which is to change the order of things in terms of Charter rights and freedoms. It conveniently forgets that subsection 13(1) of the CHRA is a breach of section 2 of the Charter, and its constitutionality is maintained only by reason of section 1. The approach now suggests that any critical comment, in any of the discrimination areas, is *prima facie* contrary to subsection 13(1) and, as I understand the consequences of counsel’s argument, the burden shifts to the wrong party. In essence, argues counsel for the applicants, subsection 13(1) must always be considered as unconstitutional unless it can be justified under section 1. The burden of justification rests on the complainant or on the Crown and never shifts. In this respect, says counsel for the applicants, the Tribunal was in error.

La conclusion que l’avocat des requérants souhaite que la Cour adopte est que le Tribunal a simplement dit que la plainte était justifiée et que les déclarations sur les pédales et les marais étaient susceptibles d’exposer le plaignant à la haine ou au ridicule. Il s’agit de ce qu’on appelle une opération d’approbation sans discussion qui a pour effet de changer l’ordre établi en matière de droits et libertés garantis par la Charte. Elle fait fi, de façon opportune, du fait que le paragraphe 13(1) de la LCDP constitue une violation de l’article 2 de la Charte et que sa constitutionnalité est sauvegardée uniquement en vertu de l’article premier. La nouvelle méthode présume que tout commentaire critique, dans l’un des domaines de discrimination, est à première vue contraire au paragraphe 13(1) et, comme je comprends les conséquences de l’argument de l’avocat, il y a inversion du fardeau sur la mauvaise partie. Au fond, comme l’affirme l’avocat des requérants, le paragraphe 13(1) doit toujours être considéré comme inconstitutionnel, à moins que sa validité ne puisse être sauvegardée en vertu de l’article premier. La charge de la justification de la règle de droit repose sur le plaignant ou

44 In my view, the points of argument raised by counsel are certainly pertinent to the issues raised but, with all due respect, are not conclusive. These points constitute more an expression of concern that the prohibition in subsection 13(1), constraining as it does the exercise of the fundamental freedom of speech, might be made to apply whenever political correctness says so.

45 In this respect, I should refer the parties to a paper by Edward L. Greenspan, Q.C., presented at the Ambassador's Lecture Series at the Canadian Embassy in Washington, D.C. in September 1995, and found in the September/December 1995 issue of the *Law Society of Upper Canada Gazette*, entitled "Freedom of Expression in Canada: 'Ifs, Buts and Whereases'". The article, in my view, contains much food for thought, but I should not believe that the application of subsection 13(1) to date has reached an abusive state, or that the human rights tribunals have themselves become stereotypes.

46 Further, I should find it difficult to attribute much merit to the argument that the inclusion of "sexual orientation" in the definition of discrimination is tantamount to legitimizing or legally protecting acts of pædophilia or bestiality.

47 In *Leshner v. Ontario (No. 2)*,²⁰ the following comments were made with regards to the concept of "sexual orientation":

"Sexual orientation" was added to the *Code* as a prohibited ground in 1986 (S.O. 1986, c. 64, s. 18(1)). While not defined in the *Code*, it is "commonly understood to denote an individual's orientation or preference in terms of sexual relationship to others, whether homosexual or heterosexual or perhaps both" (Respondent's Argument, para. 26). As Dr. Valverde testified, sexual orientation is a vital aspect of an individual's psychological identity. Dr. Valverde emphasized that sexual orientation functions in a manner similar to religion or ethnicity with respect to a

sur la Couronne et n'est jamais inversée. À cet égard, l'avocat des requérants estime que le Tribunal a commis une erreur.

À mon avis, les arguments présentés par l'avocat sont certainement pertinents dans les questions soulevées mais, en toute déférence, ils ne sont pas concluants. Ces arguments constituent davantage l'expression d'une inquiétude voulant que l'interdiction prévue dans le paragraphe 13(1), restreignant comme elle le fait l'exercice de la liberté d'expression fondamentale, pourrait être appliquée chaque fois que l'orthodoxie politique le commande.

À cet égard, je renvoie les parties à un article de Edward L. Greenspan, c.r., présenté dans le cadre d'une série de conférences organisée par l'ambassadeur à l'ambassade du Canada à Washington (D.C.) en septembre 1995, publié dans le numéro de septembre-décembre 1995 du *Law Society of Upper Canada Gazette* et sous le titre «Freedom of Expression in Canada: "Ifs, Buts and Whereases"». À mon avis, l'article contient beaucoup d'éléments de réflexion, mais je ne pense pas que, jusqu'à présent, l'application du paragraphe 13(1) ne soit devenue abusive, ou que les tribunaux des droits de la personne ne soient devenus eux-mêmes des stéréotypes.

De plus, il me serait difficile de trouver un fondement valable à l'argument selon lequel l'inclusion de l'expression «orientation sexuelle» dans la définition de discrimination équivaldrait à sanctionner ou à protéger de façon légale les actes de pédophilie ou de bestialité.

Dans l'affaire *Leshner v. Ontario (No. 2)*²⁰, les commentaires suivants ont été faits sur la notion d'«orientation sexuelle»:

[TRADUCTION] L'expression «orientation sexuelle» a été ajoutée au *Code* comme un motif illicite en 1986 (L.O. 1986, ch. 64, art. 18(1)). Bien qu'elle ne soit pas définie dans le *Code*, il est «habituellement entendu qu'elle dénote l'orientation d'un individu ou sa préférence en termes de relations sexuelles avec d'autres, qu'elles soient homosexuelles ou hétérosexuelles ou peut-être les deux» (Plaidoirie de l'intimé, par. 26). Comme M. Valverde l'a déclaré dans sa déposition, l'orientation sexuelle est un aspect essentiel de l'identité psychologique d'un individu.

person's identity (Transcript, Vol. 5, pp. 52-57). Public recognition of one's identity and inherent dignity is essential to healthy social integration into community life.

M. Valverde a souligné que le fonctionnement de l'orientation sexuelle en ce qui concerne l'identité d'une personne est semblable à celui de la religion ou de l'ethnicité (Transcription, vol. 5, aux pp. 52 à 57). La reconnaissance publique de l'identité d'un individu et de sa dignité inhérente est fondamentale dans l'intégration sociale saine dans la vie communautaire.

48 In comparison, paedophilia has been defined as follows in *R. v. Barrett*.²¹

En comparaison, la pédophilie a été définie de la façon suivante dans l'affaire *R. v. Barrett*²¹:

Paedophilia is defined as "sexual desire in an adult for a child" (*Random House Dictionary of the English Language*, 1987). The fact that two sexual acts committed by an accused with two different immature females would both (if proven) constitute acts of "paedophilia" does not, in itself, means that "similar fact evidence" by first complainant is admissible in a trial arising from the second complaint.

[TRADUCTION] La pédophilie est définie comme étant «le désir sexuel d'un adulte pour un enfant» (*Random House Dictionary of the English Language*, 1987). Le fait que deux actes sexuels commis par un accusé avec deux jeunes filles constitueraient (s'ils étaient prouvés) des actes de «pédophilie» ne signifie pas, en soi, que «la preuve de faits semblables» du premier plaignant est recevable au procès qui découle de la deuxième plainte.

49 In the *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, Vol 2, (1993) paedophilia is succinctly defined as "sexual desire directed towards children".

Dans le *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 2, (1993), la pédophilie est définie succinctement comme une [TRADUCTION] «attraction sexuelle pour les enfants».

50 As for the meaning of "bestiality", the Oxford Dictionary defines this concept as "copulation between a person and an animal". As for *Blacks' Law Dictionary*, 6th ed, 1990, St.Paul, Minnesota, it defined this concept as "[a] sexual connection between a human being and an animal . . . At common law the term 'crime against nature' embraced both 'sodomy' and 'bestiality'".

Quant à la signification de «bestialité», le Oxford Dictionary définit cette notion comme une [TRADUCTION] «copulation entre une personne et un animal». Pour sa part, le *Blacks' Law Dictionary*, 6^e éd, 1990, St.Paul, Minnesota, définit cette notion comme suit: [TRADUCTION] «une relation sexuelle entre un être humain et un animal . . . En common law le terme "crime contre nature" incluait à la fois la "sodomie" et la "bestialité"».

51 Regardless of any moral values attached to these concepts, I fail to agree with the respondents that these acts are surely not included in the concept of "sexual orientation" and it is not really necessary to elaborate on the distinction between them. In my view, "sexual orientation" as a prohibited ground of discrimination is a precise legal concept as it deals specifically with an individual's preference in terms of gender. It is not vague or overly broad. Rather, as was pointed out recently in the decision of *Haig v. Canada*,²² "sexual orientation" is an analogous ground of discrimination under section 15 of the Charter. Therefore, the Court of Appeal concluded that the CHRA should be interpreted, applied and administered as though it contained "sexual orienta-

51 Quelles que soient les valeurs morales véhiculées par ces notions, je ne peux souscrire à l'avis des intimés selon lesquels ces actes ne sont certainement pas inclus dans la notion d'«orientation sexuelle» et qu'il ne convient pas vraiment de s'attarder sur la distinction entre eux. À mon avis, l'expression «orientation sexuelle», en tant que motif de distinction illicite, est une notion juridique précise puisqu'elle traite plus particulièrement de la préférence d'une personne en matière de sexe. Elle n'est ni trop imprécise ni d'une portée trop large. Plutôt, comme il a été établi récemment dans l'affaire *Haig v. Canada*²², l'expression «orientation sexuelle» est un motif de distinction analogue en vertu de l'article 15 de la Charte. Dès lors, la Cour d'appel a conclu que

tion” as a prohibited ground of discrimination under section 3 of the Act.²³

52 I refer, in this respect, to the following passage from the *Taylor*²⁴ decision, which was cited earlier by the Tribunal in the case at bar:

In sum, the language employed in s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* extends only to that expression giving rise to the evil sought to be eradicated and provides a standard of conduct sufficiently precise to prevent the unacceptable chilling of expressive activity. Moreover, as long as the Human Rights Tribunal continues to be well aware of the purpose of s. 13(1) and pays heed to the ardent and extreme nature of feeling described in the phrase “hatred or contempt”, there is little danger that subjective opinion as to offensiveness will supplant the proper meaning of the section.

...

The focus of s. 13(1) is solely upon likely effects, it being irrelevant whether an individual wishes to expose persons to hatred or contempt on the basis of their race or religion [or sexual orientation, as in the case at bar]. [My emphasis.]

CONCLUSIONS

53 As is the case with similar messages which have been the subject of a subsection 13(1) scrutiny, the Court is left with little doubt that the Tribunal in the case at bar had sufficient evidence to rule as it did. In reaching its conclusions, the Tribunal, in my respectful view, did not commit the kind of error, jurisdictional or otherwise, which would justify this Court’s intervention in judicial review proceedings.

54 A reading of the Tribunal’s considered reasons for decision satisfies me that on the whole, proper and pertinent evidence was relied upon; the Tribunal was well aware of its mandate under subsection 13(1) and, in my view, adroit at coping with the new field of discrimination under the CHRA, namely sexual orientation.

la LCDP devrait être interprétée, appliquée et administrée comme si «orientation sexuelle» y était prévue comme un motif de distinction illicite en vertu de l’article 3 de la Loi²³.

Je fais référence, à cet égard, au passage suivant de la décision dans l’arrêt *Taylor*²⁴, laquelle a été citée précédemment par le Tribunal dans l’espèce:

En somme, les termes employés au par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n’englobent que l’expression qui donne naissance au mal que l’on vise à éliminer et ils établissent une norme de conduite suffisamment précise pour empêcher le résultat inacceptable que serait la paralysie de l’activité expressive. De plus, tant que le Tribunal des droits de la personne demeurera bien conscient de l’objet du par. 13(1) et tiendra compte de la nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par les termes «haine» ou «mépris», il y a peu de danger qu’une opinion subjective quant au caractère offensant vienne se substituer à la véritable signification du paragraphe en cause.

...

Le paragraphe 13(1) n’envisage que les effets probables et il semble être sans pertinence qu’un individu ait voulu exposer des personnes à la haine ou au mépris en raison de leur race ou de leur religion [ou de leur orientation sexuelle, comme dans l’espèce—non souligné dans l’original].

CONCLUSIONS

53 Comme dans l’affaire portant sur des messages semblables examinés minutieusement au regard du paragraphe 13(1), la Cour doute peu que le Tribunal en l’espèce avait suffisamment de preuve pour rendre sa décision. Le Tribunal n’a pas, à mon humble avis, rendu une décision entachée d’une erreur en matière de compétence ou autre, qui justifierait l’intervention de la présente Cour par voie de contrôle judiciaire.

54 La lecture des motifs arrêtés de la décision du Tribunal me convainc que, dans l’ensemble, le Tribunal s’est appuyé sur une preuve appropriée et pertinente; le Tribunal était conscient de son mandat en vertu du paragraphe 13(1) et, à mon avis, il a adroitement analysé le nouveau champ de distinction en vertu de la LCDP, savoir l’orientation sexuelle.

- 55 The Tribunal, furthermore, effectively dealt with the concept of intention or *mens rea* in evaluating the impugned message and it correctly applied the doctrine propounded in the *Taylor*²⁵ case and in *Nealy v. Johnston*²⁶ in that regard.
- 56 The Court, on the meaning attributable to the expression “sexual orientation”, takes judicial notice that the expression would not appear to have confounded provincial tribunals who have dealt with it for some time.
- 57 The Tribunal did not fail to enquire into and to rule on gays and lesbians being identified on the basis of their sexual orientation, and its reasoning in this respect cannot be faulted. More than that, the Chairman of the Tribunal expressed specific concern about the scope to be given to “sexual orientation” and wondered, at page 605 et seq. of the transcript of the proceeding,
- . . . whether we would be here if in fact the message had been slightly differently worded, directed only against and clearly against paedophiles, and the message urged that people do what the Celts were alleged to have done . . . would the legislation protect individuals against the urging for vigilante action and that kind of hatred.
- This is, in my view, clear evidence that the Chairman and his tribunal had a firm grasp of the issues and had them well defined in their own minds for purposes of the enquiry.
- 58 Judges and scholars have often observed that no right or freedom under the Charter is absolute and in many cases, the Court’s role has been to balance rights and freedoms which are in conflict. What are the elements which will weigh in favour of one or in favour of the other? Often, its “Hobson’s choice”, the limit on one particular right simply enuring to the greater benefit of the other.
- 59 The same applies to the elements which will or will not legitimize a Charter breach by recourse to section 1 of the Charter. The difficulty in coming to acceptable terms in all of these cases is perhaps best illustrated by reference to the Supreme Court of Canada decisions in *R. v. Andrews*,²⁷ *Keegstra*²⁸ and
- De plus, le Tribunal a traité de façon efficace de la notion d’intention ou de *mens rea* dans l’évaluation du message contesté, et il a correctement appliqué la doctrine exposée dans l’arrêt *Taylor*²⁵ et dans l’affaire *Nealy v. Johnston*²⁶ à cet égard.
- Quant au sens de l’expression «orientation sexuelle», la Cour admet d’office que l’expression n’a pas semblé troubler les tribunaux provinciaux qui en sont saisis depuis un certain temps.
- Le Tribunal n’a pas omis de faire enquête sur des gays et lesbiennes identifiés sur la base de leur orientation sexuelle et de rendre des décisions à leur égard, et son raisonnement à cet égard ne peut être jugé défaillant. En outre, le président du Tribunal s’est expressément inquiété de la portée à donner à «orientation sexuelle» et il s’est demandé, à la page 605 et suivantes de la transcription de la procédure,
- [TRADUCTION] . . . si nous en serions là si, en fait, le message avait été formulé de façon légèrement différente, visant uniquement et clairement les pédophiles, et si le message incitait les gens à faire ce que les Celtes avaient censément fait . . . , les lois protégeraient-elles les individus contre l’incitation à la solution de justicier et à ce type de haine.
- À mon avis, cette réflexion montre clairement que le président et son tribunal étaient très conscients des points en litige et qu’ils les avaient bien définis dans leur esprit aux fins de l’enquête.
- Les juges et les juristes ont souvent fait observer qu’aucun droit ou liberté garanti par la Charte n’est absolu et, dans de nombreux cas, le rôle de la Cour a été d’équilibrer les droits et libertés en conflit. Quels sont les éléments qui feront pencher la balance vers l’un ou l’autre de ces droits? Souvent, il s’agit d’un choix forcé, la limite d’un droit particulier bénéficiant simplement à un autre droit.
- Ce même raisonnement s’applique aux éléments qui légitimeront ou non une violation de la Charte par un recours à l’article premier de ce document. La difficulté qu’il y a à atteindre une solution acceptable dans tous ces cas est peut-être le mieux illustrée par une référence aux décisions de la Cour

Taylor,²⁹ where in each case, the Court was split 4 to 3 with both sides issuing some pretty persuasive reasons for judgment.

suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Andrews*²⁷, *Keegstra*²⁸ et *Taylor*²⁹. Dans chacune de ces affaires, la Cour était divisée à quatre contre trois, et tant la majorité que la dissidence présentaient des motifs bien convaincants pour le jugement.

60 I might reiterate here that the more generic arguments advanced by counsel for the applicants and to which I have referred directly or inferentially in these reasons, are more expressions of concern that subsection 13(1) might well become a facile instrument to suppress the expression of any opinion which, from time to time, is neither right nor wrong, but simply unpopular. Such a risk no doubt exists and, in my view, our institutions need constant reminders of it. To paraphrase Thomas Jefferson's famous saying, I might add here: "The price of freedom of expression is eternal vigilance".

Je pourrais réitérer ici que les arguments plus généraux avancés par l'avocat des requérants et auxquels j'ai fait référence, que ce soit directement ou indirectement dans les présents motifs, reflètent davantage une inquiétude que le paragraphe 13(1) ne devienne un moyen facile de taire l'expression de tout avis qui, à l'occasion, n'est ni juste ni faux, mais simplement impopulaire. Un tel risque existe sans doute et, à mon avis, il convient de le rappeler régulièrement à nos institutions. Pour paraphraser les paroles célèbres de Thomas Jefferson, je pourrais ajouter ici: [TRADUCTION] «Le prix à payer pour la liberté d'expression est la vigilance éternelle».

61 For the rest, however, the within application for judicial review is hereby denied.

Au demeurant, toutefois, la présente demande de 61 contrôle judiciaire est rejetée.

¹ R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

² R.S.C., 1985, c. H-6.

³ (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

⁴ [1990] 3 S.C.R. 892.

⁵ [1995] 2 S.C.R. 513.

⁶ [1990] 3 S.C.R. 892.

⁷ (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

⁸ [1990] 3 S.C.R. 892.

⁹ [1986] 1 S.C.R. 103.

¹⁰ [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 921.

¹¹ [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 766.

¹² [1990] 3 S.C.R. 892.

¹³ [1992] 2 S.C.R. 606.

¹⁴ *Supra*, at p. 627.

¹⁵ *Supra*, at pp. 643 and 639.

¹⁶ [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 939.

¹⁷ [1905] A.C. 52 (P.C.).

¹⁸ [1989] 2 S.C.R. 225.

¹⁹ [1986] 2 S.C.R. 103.

²⁰ (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.), at pp. D/196-D/197.

²¹ (1987), 82 A.R. 45 (C.A.).

²² (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

¹ L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

² L.R.C. (1985), ch. H-6.

³ (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

⁴ [1990] 3 R.C.S. 892.

⁵ [1995] 2 R.C.S. 513.

⁶ [1990] 3 R.C.S. 892.

⁷ (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

⁸ [1990] 3 R.C.S. 892.

⁹ [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁰ [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 921.

¹¹ [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 766.

¹² [1990] 3 R.C.S. 892.

¹³ [1992] 2 R.C.S. 606.

¹⁴ Précité, à la p. 627.

¹⁵ Précité, aux p. 643 et 639.

¹⁶ [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 939.

¹⁷ [1905] A.C. 52 (P.C.).

¹⁸ [1989] 2 R.C.S. 225.

¹⁹ [1986] 2 R.C.S. 103.

²⁰ (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. d'enq. de l'Ont.), aux p. D/196 et D/197.

²¹ (1987), 82 A.R. 45 (C.A.).

²² (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

²³ *Idem*, at p. 496.

²⁴ *Supra*, at pp. 929 and 931.

²⁵ [1990] 3 S.C.R. 892.

²⁶ (1989), 10 C.H.R.R. D/6450, at pp. D/6468 and D/6471.

²⁷ [1990] 3 S.C.R. 870.

²⁸ [1990] 3 S.C.R. 697.

²⁹ [1990] 3 S.C.R. 892.

²³ *Idem*, à la p. 496.

²⁴ Précitée, aux p. 929 et 931.

²⁵ [1990] 3 R.C.S. 892.

²⁶ (1989), 10 C.H.R.R. D/6450, aux p. D/6468 et D/6471.

²⁷ [1990] 3 R.C.S. 870.

²⁸ [1990] 3 R.C.S. 697.

²⁹ [1990] 3 R.C.S. 892.

T-956-90

T-956-90

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*)Sa Majesté la Reine (*demanderesse*)

v.

c.

St. Lawrence Cruise Lines Inc. (*Defendant*)St. Lawrence Cruise Lines Inc. (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA v. ST. LAWRENCE CRUISE LINES INC. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. ST. LAWRENCE CRUISE LINES INC. (1^{re} INST.)

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, December 4, 1995 and January 30, 1996.

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 4 décembre 1995 et 30 janvier 1996.

Administrative law — Basic principles — Delegated legislation — Whether regulatory provision imposing passenger charges on cruise vessels using public dock while exempting ferries ultra vires Public Harbours and Port Facilities Act — Review of leading cases on exercise of discretionary powers — Objective of national ports policy — Act, s. 12 empowering Governor in Council to regulate for management, use of public harbours including imposition of charges — Understandable fees may vary according to vessel type — Definition of “vessel” within Minister’s discretion — No discrimination between persons similarly situated as all cruise vessels charged — Ferries not similarly situated as providing different service.

Droit administratif — Principes fondamentaux — Législation déléguée — Une disposition réglementaire imposant un droit sur les passagers des navires de croisière qui utilisent une installation portuaire publique alors que les transbordeurs en sont exemptés, est-elle ultra vires au regard de la Loi sur les ports et installations portuaires? — Analyse de précédents jurisprudentiels marquants mettant en cause l’exercice du pouvoir discrétionnaire — L’objet de la politique portuaire nationale — L’art. 12 habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements relatifs à la gestion et à l’utilisation des ports publics y compris l’imposition de droits — Il est compréhensible que les droits puissent varier selon le type de navire — La définition du mot «navire» est laissée à la discrétion du ministre — Aucune discrimination n’est faite entre des personnes se trouvant dans une même situation puisque les droits frappent tous les navires de croisière — Les transbordeurs n’entrent pas dans cette catégorie puisqu’ils offrent un autre genre de service.

Maritime law — Harbours — Delegated legislation — Whether Government Wharves Regulations ultra vires Public Harbours and Port Facilities Act as (1) not authorized by Act (2) based on irrelevant considerations (3) discriminatory — Passenger charges in respect of cruise vessels using public dock — Local ferry using same dock free of charges — Objective of national ports policy — Regulatory powers of Governor in Council set out in Act — Definition of “cruise vessel” in Regulations excluding ferry — Whether Regulations going beyond confines of Act in distinguishing between “cruise vessel” and other vessels — S. 12 of Act affording Minister discretion to impose fees on cruise vessels — Understandable fees may vary according to vessel type.

Droit maritime — Ports — Législation déléguée — Le Règlement sur les quais de l’Etat est-il ultra vires au regard de la Loi sur les ports et installations portuaires du fait: (1) que la Loi n’a pas autorisé ce règlement, (2) que celui-ci repose sur des considérations hors de propos, et (3) qu’il est discriminatoire — Des droits sont imposés sur les passagers des navires de croisière faisant usage d’une installation portuaire publique — Le transbordeur local utilise sans frais la même installation — L’objet de la politique portuaire nationale — Les pouvoirs de réglementation du gouverneur en conseil sont énoncés dans la Loi — Le Règlement exclut les transbordeurs de la définition de «navire de croisière» — Ce Règlement outrepassé-t-il le cadre de la Loi en distinguant entre un «navire de croisière» et d’autres embarcations? — L’art. 12 de la Loi accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire d’imposer des droits sur les navires de croisière — Il est compréhensible que les droits puissent varier selon le type de navire.

This was an action for passenger charges incurred under the *Public Harbours and Port Facilities Act* and the

Il s’agit d’une action en réclamation des droits afférents aux passagers imposés en vertu de la *Loi sur les ports et*

Government Wharves Regulations. Since 1988 the defendant has owned and operated passenger cruise vessels which use a public port facility at Kingston, Ontario to embark and disembark passengers.

Act, section 3 declares the objectives of the national ports policy as including the creation of an efficient system of public harbours for the achievement of national, regional and local economic and social objectives and to provide equitable treatment to users of Canadian ports. The broad definition of "vessel" in section 2 includes every description of ships. Section 12 permits the Governor in Council to make regulations for the management, control, development and use of any public port facility, including the imposition of rates, tolls, fees or charges on vessels and persons using the facility. The local ferry, which uses the same dock as do defendant's vessels, is excluded from the definition of "cruise vessel" and the payment of fees. The defendant submitted that the Regulations were *ultra vires* on the grounds that (1) they were not authorized by the Act; (2) the purpose of the Regulations was based on irrelevant considerations; and (3) they were discriminatory. The defendant submitted that one of the objectives of the national ports policy is the equitable treatment of users of Canadian ports and that the statute provides for the imposition of fees and other charges upon a vessel and does not confer a power to differentiate between cruise vessels, passenger vessels, day-trippers or ferries. It argued that the Minister's stated objectives of increasing harbour fees to enhance cost recovery with respect to the public harbours infrastructure and to support the federal government's deficit reduction exercise was not a valid ground for distinguishing between ferry and cruise vessel passengers. Finally, the defendant argued that the cruise vessel passenger fee was clearly discriminatory, and there was no legislative authority in the empowering Act for the Governor in Council to create such a distinction.

Held, the action should be allowed.

(1) The Governor in Council had properly exercised his discretion. The Regulations were legislated pursuant to the enabling statute and were not *ultra vires* on any of the grounds submitted by the defendant. Section 12 affords the Minister sufficient discretion to introduce Regulations imposing fees on cruise vessels.

(2) The definition of "vessel" is within the Minister's discretion. Under section 4 of the Act, the Minister is responsible for achieving the objective of the national ports policy. If the purpose of the exercise is to raise revenues and reduce the deficit, it is valid and authorized

installations portuaires et du Règlement sur les quais de l'État. Depuis 1988, la défenderesse a possédé et exploité des navires de croisière qui utilisent une installation portuaire publique située à Kingston (Ontario) pour l'embarquement et le débarquement des passagers.

L'article 3 de la Loi énonce l'objet de la politique portuaire nationale qui comprend la création d'un système efficace de ports publics en vue de réaliser des objectifs sociaux et économiques aux plans tant national que régional ou local et de garantir l'égalité de traitement aux usagers des ports canadiens. Le terme «navire», qui est largement défini à l'article 2, comprend toutes les catégories d'embarcations. L'article 12 autorise le gouverneur en conseil à édicter des règlements en vue de la gestion, du contrôle, de l'exploitation et de l'utilisation des ports et installations portuaires publics, y compris l'imposition de droits ou taxes sur les navires et les personnes qui font usage de ces installations. Le transbordeur local, qui utilise le même quai que les navires de la défenderesse, est exclu de la définition de «navire de croisière» et il est exempté des droits. La défenderesse a allégué que le Règlement était *ultra vires* aux motifs (1) que la Loi ne l'a pas autorisé, (2) qu'il reposait sur des considérations hors de propos, et (3) qu'il était discriminatoire. Elle a soutenu que l'un des objectifs de la politique portuaire nationale consiste à garantir l'égalité de traitement aux usagers des ports canadiens et que la Loi prévoit l'imposition de droits et d'autres frais à un navire sans conférer le pouvoir de distinguer entre les navires de croisière ou à passagers, les navires de croisière de jour ou les transbordeurs. Elle a fait valoir que l'objectif avoué du ministre en haussant les droits portuaires pour mieux récupérer les coûts relatifs à l'infrastructure portuaire nationale et appuyer les efforts du gouvernement fédéral visant à réduire le déficit, ne justifiait pas la distinction établie entre les passagers des transbordeurs et ceux des navires de croisière. La défenderesse a enfin soutenu que le droit frappant les passagers des navires de croisière était nettement discriminatoire et que la loi habilitante n'autorisait pas le gouverneur en conseil à établir pareille distinction.

Jugement: l'action doit être accueillie.

(1) Le gouverneur en conseil avait exercé à bon escient son pouvoir discrétionnaire. Le Règlement a été édicté conformément à la loi habilitante et aucun des motifs invoqués par la défenderesse ne prouve qu'il était *ultra vires*. L'article 12 de la Loi accorde au ministre un pouvoir discrétionnaire suffisant pour imposer, par voie de règlement, des droits sur les navires de croisière.

(2) La définition du mot «navire» est laissée à la discrétion du ministre à qui incombe, en vertu de l'article 4 de la Loi, la réalisation de la politique portuaire nationale. Si l'initiative vise à accroître les recettes et à réduire le déficit, elle est valide et autorisée par l'article 3 de la Loi

under section 3 as providing efficient service under the national ports policy.

(3) The Regulations were not discriminatory. Discrimination may result from distinctions if their effects are unequal as between persons who are similarly situated. There was, however, no evidence that the passenger fees were not imposed on all cruise vessels. They were not imposed on the local ferry, but it was not the same type of vessel and did not provide the same type of service and was therefore not similarly situated.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Government Wharves Regulations, C.R.C., c. 881, s. 2 "cruise vessel" (as enacted by SOR/86-493, s. 1).
Pilotage Act, S.C. 1970-71-72, c. 52.
Public Harbours and Port Facilities Act, R.S.C., 1985, c. P-29, ss. 2 "vessel", 3(1), 12(1).
Referendum Act, S.C. 1992, c. 30.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Metropolitan Toronto, The Municipality of v. The Corporation of the Village of Forest Hill, [1957] S.C.R. 569; (1957), 9 D.L.R. (2d) 113; *Bunce and Town of Cobourg, Re*, [1963] 2 O.R. 343; (1963), 39 D.L.R. (3d) 513 (C.A.); *Tegon Developments Ltd. and Montreal Trust Company v. City of Edmonton and Alberta Minister of Culture* (1977), 8 A.R. 384; 81 D.L.R. (3d) 543; 5 Alta. L.R. (2d) 63 (S.C.A.D.); affd [1979] 1 S.C.R. 98; (1978), 7 Alta. L.R. (2d) 292; 24 N.R. 269; *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 368; (1985), 14 D.L.R. (4th) 161; 29 M.P.L.R. 220; 58 N.R. 339; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *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; *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 156 N.R. 81.

AUTHORS CITED

Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 1, trans. Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.

pour que soit offert un service efficace dans le cadre de la politique portuaire nationale.

(3) Le Règlement n'était pas discriminatoire. Des distinctions peuvent être discriminatoires si leurs effets se reflètent inégalement sur des personnes de même situation. Rien ne prouve, toutefois, que les droits imposés aux passagers ne frappaient pas tous les navires de croisière. Si le transbordeur local n'y a pas été assujéti, c'est parce qu'il ne s'agissait pas d'un navire de la même catégorie qui n'offrirait pas le même genre de service et ne se trouvait donc pas dans la même situation.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30.
Loi sur le pilotage, S.C. 1970-71-72, ch. 52.
Loi sur les ports et installations portuaires publics, L.R.C. (1985), ch. P-29, art. 2 «navire», 3(1), 12(1).
Règlement sur les quais de l'État, C.R.C., ch. 881, art. 2 «navire de croisière» (édicte par DORS/86-493, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Metropolitan Toronto, The Municipality of v. The Corporation of the Village of Forest Hill, [1957] R.C.S. 569; (1957), 9 D.L.R. (2d) 113; *Bunce and Town of Cobourg, Re*, [1963] 2 O.R. 343; (1963), 39 D.L.R. (3d) 513 (C.A.); *Tegon Developments Ltd. and Montreal Trust Company v. City of Edmonton and Alberta Minister of Culture* (1977), 8 A.R. 384; 81 D.L.R. (3d) 543; 5 Alta. L.R. (2d) 63 (D.A.C.S.); conf. par [1979] 1 R.C.S. 98; (1978), 7 Alta. L.R. (2d) 292; 24 N.R. 269; *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 368; (1985), 14 D.L.R. (4th) 161; 29 M.P.L.R. 220; 58 N.R. 339; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *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; *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 156 N.R. 81.

DOCTRINE

Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., vol. 1, Québec: Presses de l'Université Laval, 1984.

Holland, D. C. and J. P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989.

Jones, D. P. and A. S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994.

Keyes, J. M. *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.

ACTION for annual fees imposed under *Public Harbours and Port Facilities Act* and *Government Wharves Regulations* for the use of a public dock. Action allowed.

COUNSEL:

Marie-Louise Wcislo for plaintiff.
J. Kenrick Sproule for defendant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.
Marler, Sproule, Castonguay, Montréal, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 DUBÉ J: The plaintiff, as represented by the Minister of Transport (the Minister), claims passenger charges incurred by the defendant, St. Lawrence Cruise Lines Inc. (St. Lawrence Cruise) under the *Public Harbours and Port Facilities Act*¹ (the Act) and the *Government Wharves Regulations*,² as amended, SOR/86-493 (the Regulations).

2 The essential facts are admitted. Since 1988, St. Lawrence Cruise owned and operated the *Canadian Empress* and in addition, during the years 1990-1992, the *Victorian Empress*, both of which are passenger cruise vessels, and used the Crawford Dock, a public port facility in the City of Kingston for purposes of embarking and disembarking passengers. St. Lawrence Cruise received invoices totalling \$52,636.27 as of November 28, 1994. Pursuant to an order of this Court dated April 23, 1990, St. Lawrence Cruise deposited into Court the yearly

Holland, D. C. and J. P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989.

Jones, D. P. and A. S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994.

Keyes, J. M. *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.

ACTION en réclamation des droits annuels afférents à l'utilisation d'une installation portuaire publique, imposés en vertu de la *Loi sur les ports et installations portuaires* et du *Règlement sur les quais de l'État*. Action est accueillie.

AVOCATS:

Marie-Louise Wcislo pour la demanderesse.
J. Kenrick Sproule pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.
Marler, Sproule, Castonguay, Montréal, pour la défenderesse.

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

1 LE JUGE DUBÉ: La demanderesse, représentée par le ministre des Transports (le ministre) réclame le paiement des droits afférents aux passagers dont la défenderesse, la St. Lawrence Cruise Lines Inc. (St. Lawrence Cruise) est redevable en vertu de la *Loi sur les ports et installations portuaires publics*¹ (la Loi) et le *Règlement sur les quais de l'État*², modifié par le DORS/86-493 (le Règlement).

2 Les faits essentiels ne sont pas contestés. Depuis 1988, St. Lawrence Cruise a exploité le *Canadian Empress* et, en outre, durant la période 1990-1992, le *Victorian Empress*, deux navires de croisière dont elle est propriétaire et qui sont affectés au transport de passagers. La société utilisait le quai Crawford, une installation portuaire publique située dans la ville de Kingston, pour l'embarquement et le débarquement des passagers. Elle a reçu des factures s'élevant, au 28 novembre 1994, à la somme de 52 636,27 \$. Suite à une ordonnance de la Cour en

fees claimed by the Minister in order to be allowed to continue using the Crawford Dock.

date du 23 avril 1990, la susdite société a déposé à la Cour le montant des droits annuels réclamés par le ministre pour pouvoir continuer à utiliser le quai Crawford.

3 St. Lawrence Cruise claims that it has no legal obligation to pay the charges on the ground that the new Regulations are *ultra vires* the Act pursuant to which they were enacted. At the hearing of this matter counsel for the defendant fully outlined the three bases upon which he rested his *ultra vires* arguments: (1) the new Regulations are not authorized by the Act; (2) the purpose of the new Regulations is based on irrelevant considerations; (3) the new Regulations are discriminatory.

3 St. Lawrence Cruise allègue qu'elle n'est pas légalement tenue de verser les droits en question au motif que le nouveau Règlement est *ultra vires* au regard de la Loi habilitante. À l'audition de la cause, l'avocat de la défenderesse a pleinement exposé les trois raisons qu'il invoquait à l'appui de son argument, à savoir: 1) que la Loi n'a pas autorisé le nouveau Règlement; 2) que l'objet de ce nouveau Règlement repose sur des considérations hors de propos; 3) et que le nouveau Règlement est discriminatoire.

1- The new Regulations are not authorized by the Act

1- La Loi n'a pas autorisé le nouveau règlement

4 Counsel for the defendant divided his first basis of attack into two grounds. First, the new Regulations create two different categories of fee payers and second, they ignore the purpose of the enabling statute.

4 En s'attaquant au règlement, l'avocat de la société s'est appuyé, dans le premier volet de sa contestation, sur deux points, à savoir: que tout d'abord, le nouveau texte réglementaire crée deux catégories distinctes de payeurs de droits et, en second lieu, qu'il ne tient pas compte de l'objet de la loi habilitante.

5 The objective of the national ports policy is outlined in subsection 3(1) of the Act which reads as follows:

5 L'objet de la politique portuaire nationale est énoncé au paragraphe 3(1) de la Loi que voici:

3. (1) It is hereby declared that the objective of the national ports policy for Canada is to create a system of public harbours that

3. (1) La politique portuaire nationale a pour objet la création d'un système de ports publics qui ait pour rôle ou caractéristique:

(a) is an effective instrument of support for the achievement of Canadian international trade objectives and of national, regional and local economic and social objectives;

a) de contribuer à la réalisation des objectifs en matière de commerce extérieur ainsi que des objectifs sociaux et économiques, aux plans tant national que régional et local;

(b) is efficient;

b) d'être efficace;

(c) provides accessibility and equitable treatment in the movement of goods and persons to users of Canadian ports; and

c) de garantir aux usagers des ports canadiens l'égalité de traitement et le libre accès aux services de transport de marchandises et de passagers;

(d) is coordinated with other marine activities and surface and air transportation systems.

d) de coordonner ses activités avec celles du secteur maritime et avec les réseaux de transport aérien et terrestre.

6 Section 2 of the Act defines the word "vessel" as follows:

6 L'article 2 définit le mot «navire», dans les termes suivants:

2. . . .

“vessel” includes every description of ship, boat or craft used or capable of being used solely or partly for marine navigation without regard to method or lack of propulsion, a dredge, a floating elevator, a floating home, an oil-rig, a sea-plane, a raft or boom of logs or lumber and an air cushion vehicle.

7 Section 12 of the Act outlines the regulatory powers of the Governor in Council and more specifically provides as follows at paragraphs 12(1)(i) and 12(1)(j):

12. (1) The Governor in Council may make regulations for the management, control, development and use of any public harbour or public port facility, including regulations

. . .

(i) for the imposition and collection of rates or tolls on vehicles, vessels and persons coming onto or into or using any public harbour or public port facility and on goods or cargoes landed from or shipped on board those vessels, transhipped by water within the limits of any public harbour or stored on or moved across any public port facility;

(j) prescribing the fee or charge to be paid for the use of any public harbour or any public port facility and for any service provided thereat by the Minister.

8 On June 1, 1986, the Regulations were amended to include a definition of “cruise vessel”:

2. . . .

“cruise vessel” means a vessel carrying passengers for a fare where the vessel is engaged in a voyage during which the passengers are on board the vessel for at least one overnight period, but does not include a ferry;

9 Counsel notes that one of the objectives of the national ports policy is to provide equitable treatment to users of Canadian ports and that the definition of “vessel” under the Act is very broad and does not include a distinction between “cruise vessel” and other vessels such as day-trippers, day-cruisers or ferries. He also underlines the fact that the power to make regulations is for the management, control, development and use of public har-

2. . . .

«navire» Toute construction flottante qui sert ou peut servir, exclusivement ou partiellement, à la navigation maritime, qu'elle soit pourvue ou non d'un moyen propre de propulsion, y compris une drague, un élévateur flottant, une habitation flottante, une plate-forme de forage, un hydravion, un radeau, une estacade de billes ou de bois de construction et un aéroglisseur.

L'article 12 de la Loi énonce, de façon générale, les pouvoirs de réglementation du gouverneur en conseil et, plus précisément, prévoit ce qui suit aux alinéas 12(1)(i) et 12(1)(j):

12. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements en vue de la gestion, du contrôle, de l'exploitation et de l'utilisation des ports et installations portuaires publics, notamment dans les domaines suivants

. . .

i) l'imposition et la perception de droits ou taxes sur les navires, véhicules et personnes entrant dans ces ports ou installations ou en faisant usage, ou sur les marchandises ou cargaisons soit déchargées de ces navires, chargées à leur bord ou transbordées par eau dans le périmètre portuaire, soit stockées dans les installations portuaires publiques ou passant par elles;

j) la fixation des droits ou frais exigibles pour l'usage de ces ports ou installations ou pour la prestation de services qu'y fournit le ministre.

Le 1^{er} juin 1986, le terme «navire de croisière» a été ajouté au règlement et défini ainsi:

2. . . .

«navire de croisière» Navire qui transporte des passagers moyennant tarif et qui est utilisé pour un voyage au cours duquel les passagers sont à bord pour au moins une nuit, à l'exclusion des transbordeurs.

L'avocat signale que l'un des objectifs de la politique portuaire nationale consiste à assurer un traitement équitable aux utilisateurs des ports canadiens, que la définition du mot «navire» figurant dans la Loi est très large et qu'elle ne distingue pas entre un «navire de croisière» et d'autres types d'embarcations qu'il s'agisse de navires d'excursion ou de croisière de jour ou de transbordeurs. Il souligne également que le pouvoir de prendre des règlements

bours. It has been clearly established by administrative law jurisprudence that the courts do not permit a regulation to go beyond the confines of its parent Act.³ Counsel claims that the principle refers to a general regulatory power or an omnibus clause which does not exist in this Act. In *Metropolitan Toronto, The Municipality of v. The Corporation of the Village of Forest Hill*,⁴ the Supreme Court of Canada in 1957 struck out a regulation which intended to bring into effect a program of fluoridation. The enabling Act's purpose was to ensure the provision of pure and wholesome water to the villagers. Cartwright J. said (at page 580) that "[i]n pith and substance the by-law relates not to the provision of a water supply but to the compulsory preventive medication of the inhabitants of the area".

se rapporte à la gestion, au contrôle, à l'exploitation et à l'utilisation des ports publics. La jurisprudence en droit administratif a clairement établi que les tribunaux ne permettent pas qu'un règlement outre-passe les cadres de sa loi mère³. L'avocat soutient que ce principe se rapporte à un pouvoir de réglementation général ou à une disposition cadre ce qui n'existe pas dans la Loi. Dans l'affaire *Metropolitan Toronto, The Municipality of v. The Corporation of the Village of Forest Hill*⁴, la Cour suprême du Canada a annulé, en 1957, un règlement visant à mettre en œuvre un programme de fluoruration. La loi habilitante voulait assurer la fourniture d'une eau pure et saine à la population rurale. Le juge Cartwright (à la page 580), s'est ainsi exprimé: [TRADUCTION] «Dans le fond, le règlement ne vise pas essentiellement à assurer la fourniture d'eau, mais à imposer une médication préventive à tous les habitants de la région».

10 The two authors of *Delegated Legislation in Canada*, Denys C. Holland and John P. McGowan, in their paragraph on the interpretation of specific powers, write as follows (at page 196):⁵

Denys C. Holland et John P. McGowan, les deux auteurs de l'ouvrage *Delegated Legislation in Canada*, écrivent au paragraphe relatif à l'interprétation de pouvoirs déterminés (à la page 196) ce qui suit⁵:

We have seen that the courts' attitudes towards the interpretation of enabling clauses will vary according to the extent to which regulations made under them will affect the rights of the individual. While the effect of potential regulatory interference with these rights is therefore a significant interpretive aid, the starting point for any judicial analysis must always be the plain meaning of the words used by the legislature.

[TRADUCTION] Nous avons vu que les attitudes des tribunaux au regard de l'interprétation des dispositions habilitantes varieront dans la mesure où les règlements pris en vertu de ces dispositions se refléteront sur les droits individuels. Si l'effet de cette ingérence réglementaire éventuelle dans ces droits est un outil d'interprétation appréciable, toute analyse judiciaire doit toujours avoir pour point de départ la signification pure et simple des termes utilisés par le législateur.

In practice, the courts will be required to determine the scope of either

Les tribunaux seront appelés en pratique à déterminer la portée

- (i) a specific grant of power, or
- (ii) of the omnibus provision in the enabling clause.

- i) soit d'un octroi de pouvoir précis,
- ii) soit du pouvoir général objet de la disposition habilitante.

11 And at page 197, the authors further describe what they mean by specific grants of power, as follows:

À la page 197, les auteurs expliquent en ces termes ce qu'ils entendent par octroi de pouvoir précis:

When we speak here of grants of power, we are speaking of "power" in the wider of two senses. What we mean in essence is the delegation of legislative authority in any form other than the omnibus clause.

[TRADUCTION] Lorsque nous parlons ici d'octrois de pouvoir, nous donnons au mot «pouvoir» la plus large de deux acceptions. Nous entendons par là essentiellement toute forme de délégation d'autorité législative autre qu'une disposition cadre.

12 And the authors continue at page 198:

Where subordinate legislation has been made pursuant to a specific grant of power as in the restricted sense above, the trend has been toward a literal interpretation of the statutory language.

13 Counsel argues that since there is no omnibus clause in the Act, the powers delegated to the Governor in Council are restricted to a literal interpretation of section 12 of the Act and more specifically paragraphs 12(1)(i) and (j).

14 In an Ontario Court of Appeal decision, *Bunce and Town of Cobourg, Re*,⁶ the municipality had been granted the power to classify shops according to the type of merchandise it sold. At page 346, the Court held there was no power in the municipal council to subdivide the class and make those shops falling within one subdivision subject to the by-law and others not. The Court said that the by-law was “unfair and unreasonable”.

15 In his book *Executive Legislation*, John Mark Keyes,⁷ under the heading “Defining Terms and Requirements” dealt with provisions that expressly define terms as well as those that narrow or expand their meaning. The rule is that the limits on these defining provisions are related “to the interpretive rule that terms found in executive legislation have the meaning that they have in the enabling legislation”. He wrote as follows (at pages 210-211):

Defining a term used in enabling or coordinate legislation is, in itself, innocuous. However, when the definition modifies requirements, rights, benefits or authority imposed or conferred under enabling or coordinate legislation, it is likely to be *ultra vires*. The greater the modification, the greater the chance that the definition will be struck down. Definitions that alter the meaning of terms that define the scope of the enabling legislation are particularly prone to attack on this basis.

Definitions in executive legislation are most frequently struck down when there is no express authority to define terms, or when the enabling authority is an omnibus

Et les auteurs de poursuivre à la page 198:

[TRADUCTION] Lorsque la législation déléguée fait suite à un octroi de pouvoir précis dans le sens restreint ci-dessus, la tendance s’est portée vers une interprétation littérale du langage législatif.

L’avocat soutient qu’en l’absence d’une disposition cadre dans la Loi, les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil se limitent à l’interprétation littérale de l’article 12 de la Loi, plus spécialement les alinéas 12(1)(i) et j).

Dans l’affaire *Bunce and Town of Cobourg, Re*⁶, portée devant la Cour d’appel de l’Ontario, la municipalité avait obtenu le pouvoir de classer les magasins d’après le type de marchandises qu’ils vendaient. Dans sa décision, la Cour a jugé, à la page 346, que le conseil municipal n’avait pas le pouvoir de subdiviser la classification et de faire en sorte que les magasins compris dans une subdivision soient soumis à l’arrêté municipal et d’autres non. La Cour a jugé que l’arrêté en question était [TRADUCTION] «injuste et déraisonnable».

Dans son ouvrage intitulé *Executive Legislation*⁷, John Mark Keyes sous la rubrique “Defining Terms and Requirements”, a examiné les dispositions qui définissent expressément les termes et celles qui en restreignent ou élargissent le sens. La règle veut que les limites imposées à ces dispositions définissantes se rattachent à [TRADUCTION] «la règle d’interprétation voulant que les termes figurant dans les textes réglementaires revêtent la même signification que leur donne la loi habilitante». Il dit ceci (aux pages 210 et 211):

[TRADUCTION] La définition d’un terme dans une loi habilitante ou connexe est en elle-même inoffensive. Cependant, lorsqu’elle modifie des exigences, des droits, des avantages ou l’autorité imposée ou conférée aux termes d’une loi habilitante ou connexe, elle risque vraisemblablement d’être *ultra vires*. Plus la modification est importante et plus forte est la probabilité qu’elle soit frappée de nullité. Les définitions qui altèrent le sens des mots délimitant la portée de la loi habilitante sont spécialement susceptibles de contestation sur cette base.

Les définitions qu’on trouve dans les textes réglementaires sont le plus souvent frappées de nullité en l’absence de toute autorité expresse de définir des termes ou lorsqu’il

12

13

14

15

clause, even when expanded by subjective terminology. However, definitions made under more specific enabling provisions have also been struck down.

s'agit d'une disposition habilitante cadre, même lorsque la portée en est étendue par une terminologie subjective. Toutefois, certaines définitions ont été également annulées bien qu'établies en vertu de dispositions habilitantes plus précises.

16 Counsel invites the Court to conclude that there is no such defining power to be found in paragraph 12(1)(i) or 12(1)(j). The definition of "vessel" under the Act is quite clear and there is no ability granted to the Governor in Council to change that definition by way of regulations. The statute provides for fees and other charges to be imposed upon a vessel or its cargo and allows no power to differentiate between cruise vessels, passenger vessels, day-trippers or ferries.

16 L'avocat invite la Cour à conclure que les alinéas 12(1)(i) et j) ne comportent aucun pouvoir de définition semblable. Le mot «navire» est clairement défini dans la Loi et le gouverneur en conseil n'est nullement habilité à modifier cette définition par voie de règlement. La loi prévoit l'imposition de droits et d'autres frais à un navire ou à sa cargaison, mais elle ne confère pas le pouvoir d'opérer une distinction entre les navires de croisière, les navires à passagers, les navires d'excursion de jour ou les transbordeurs.

17 Moving on to the second prong of his first argument, that is the new Regulations are *ultra vires* because they do not conform to the stated purpose of the Act, counsel returns to the same author, John Mark Keyes and to his chapter 9 entitled "Enabling Provisions", under the heading "Authorized Purposes". The author writes as follows (at pages 187-188):

17 Abordant le second volet de son premier argument, à savoir, que le règlement est *ultra vires* du fait qu'il n'est pas conforme à l'objectif déclaré de la Loi, l'avocat se réfère de nouveau au même auteur, cette fois-ci au chapitre 9 de son ouvrage intitulé «Enabling Provisions», à la rubrique «Authorized Purposes». Voici ce que John Mark Keyes écrit aux pages 187 et 188:

The purposes for which executive legislative authority is conferred always affect its scope. However, their effects vary depending on the degree to which they are expressed in the enabling legislation and are linked to the legislative authority. Express purposes that are clearly linked to the legislative authority give it content. They also affect the authorized matters in so far as they embrace particular matters, preventing the authority from being exercised in relation to matters that have nothing to do with the authorized purposes.

[TRADUCTION] Les objectifs qui motivent l'octroi de l'autorité législative au pouvoir exécutif influent toujours sur sa portée. Toutefois, leurs effets varient en fonction du degré d'expression que leur donne la loi habilitante et du lien avec l'autorité législative. Des objectifs précis et clairement liés à cette autorité lui confèrent sa substance. Ils ont également une incidence sur les actes autorisés dans la mesure où ils englobent des questions précises, faisant ainsi échec à l'exercice de l'autorité sur des points tout à fait étrangers aux objectifs autorisés.

18 Counsel asks the question: do the new Regulations promote the equitable treatment in the movement of persons to users in Canadian ports? He answers that they do not. He offers as an example the local ferry, the *Island Queen*, which embarks and disembarks passengers from Crawford Dock several times a day, yet she is excluded from the new definition and the fees in question. He submits that the only substantial difference between the two classes of passengers is that the passengers on board a cruise have a greater capacity to pay than those taking the ferry. The real *raison d'être* for the cruise

18 L'avocat pose la question suivante: le nouveau Règlement favorise-t-il le traitement équitable au regard du mouvement des passagers dans les ports canadiens? Sa réponse est négative. Il cite, à titre d'exemple, le transbordeur local *Island Queen* qui, plusieurs fois par jour, embarque et débarque des passagers du quai Crawford, mais échappe à la nouvelle définition et aux droits en question. À son avis, la seule différence appréciable entre les deux catégories de passagers est le fait que ceux qui se trouvent à bord d'un navire de croisière ont davantage les moyens de payer que les passagers d'un transbor-

vessel passengers fee, as expressed by the Minister in a letter to the local Member of Parliament, is to raise revenue. Therefore, the fee is not imposed in an equitable way consistent with the objective of the national ports policy as expressed in section 3 of the Act.

2- The purpose of the new Regulations is based on irrelevant considerations

19 In their book *Principles of Administrative Law*,⁸ David Phillip Jones and Anne S. de Villars, discuss this matter under the heading "The Abuse of an Improper Intention: Unauthorized or Ulterior Purpose, Bad Faith, Irrelevant Considerations" (at page 149). They write as follows (at pages 149-150):

Of course, it will frequently be a nice question of statutory interpretation as to whether the particular purpose for which the statutory power is being exercised has been authorized or not by the legislation. . . .

On the other hand, only one of these phrases may be applicable to describe the particular error committed by the statutory delegate. In particular, the courts may be reluctant to find the existence of bad faith, even where the delegate has acted for an improper purpose or on irrelevant considerations. Bearing in mind this terminological difficulty, it is useful to consider examples of each one of these categories.

20 Counsel affirms that there is no question of bad faith in the case at bar, merely ulterior purposes or irrelevant considerations. The authors refer by way of illustration to an Alberta decision,⁹ as follows (at page 151):

The courts' approach to this problem is well illustrated by the decision in *Tegon Developments Ltd. v. Edmonton City Council*. The case involved a resolution by city council prohibiting any development or demolition which might conflict with the historical character of the Old Strathcona area of Edmonton. Although the *Planning Act* specifically provided that a municipal council might make resolutions respecting "(a) the use of land in specific areas, or (b) any special aspects of specific kinds of development and the manner of their control", Moir J.A. held that the resolution in question purported to use this statutory power for an unauthorized purpose.

deur. Comme l'a dit le ministre dans une lettre adressée à la députée de la localité, les droits qui frappent les passagers d'un navire de croisière visent en réalité à produire un revenu. Par conséquent, les droits ne sont pas imposés de la façon équitable qui cadre avec l'objet de la politique portuaire nationale énoncée à l'article 3 de la Loi.

2- L'objet du nouveau Règlement repose sur des considérations hors de propos

19 Dans leur ouvrage intitulé *Principles of Administrative Law*⁸, David Phillip Jones et Anne S. de Villars étudient cette question sous la rubrique «The Abuse of an Improper Intention: Unauthorized or Ulterior Purpose, Bad Faith, Irrelevant Considerations» (à la page 149). Voici ce qu'ils écrivent aux pages 149 et 150:

[TRADUCTION] Bien sûr, le fait de savoir si l'objectif précis qui sous-tend l'exercice du pouvoir de légiférer est autorisé ou non par la loi est une bonne question d'interprétation légale qui se posera fréquemment . . .

Par ailleurs, une seule de ces phrases peut s'appliquer pour décrire l'erreur commise par l'autorité législative déléguée. Les tribunaux tout particulièrement peuvent hésiter à conclure à la mauvaise foi, même lorsque le délégué a agi dans un but irrégulier ou pour des considérations hors de propos. Compte tenu de cette difficulté d'ordre terminologique, il est utile d'étudier des exemples dans chacune de ces catégories.

20 L'avocat affirme que la question de mauvaise foi n'entre pas en jeu dans le cas d'espèce, mais qu'il s'agit simplement d'objectifs inavoués ou de considérations étrangères à la question. Pour illustrer leurs propos, les auteurs citent la décision suivante d'un tribunal albertain⁹ (à la page 151):

[TRADUCTION] La décision rendue dans l'affaire *Tegon Developments Ltd. c. Edmonton City Council* illustre bien l'attitude des tribunaux à l'égard de ce problème. Il s'agissait en l'occurrence d'une résolution du conseil municipal interdisant tout aménagement ou toute démolition de nature à porter atteinte au caractère historique de la région d'Old Strathcona d'Edmonton. Bien que le *Planning Act* reconnût expressément au conseil municipal le droit d'adopter des résolutions touchant «a) l'utilisation de terrains dans des zones déterminées, ou b) tous aspects spéciaux relatifs à des types de mise en valeur particuliers et à la manière de les surveiller», le juge Moir a conclu que la

21 The Supreme Court of Canada in *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*,¹⁰ dealt with the validity of the inclusion of a ship's flag as consideration in exemption from, or waiver of, compulsory pilotage. The Chief Justice said as follows (at page 268):

It is obvious from the opening words of s. 14(1) that the regulation-making power of an Authority is circumscribed by the requirement that the regulations must be in pursuance of or in conformity with its objects. Those objects are specified in s. 12 of the Act in the following terms:

12. The objects of an Authority are to establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service within the region set out in respect of the Authority in the Schedule.

22 The Court ruled that the ship's flag could not be fairly said to be a matter of safety in the realization of the objective of the authority under the *Pilotage Act* [S.C. 1970-71-72, c. 52]. In his letter, above referred to and dated April 10, 1986, to the local member of Parliament, the Honourable Flora MacDonald, Minister of Employment and Immigration, the Minister wrote as follows in answer to concerns expressed by the defendant:

Please inform Mr. Clark that the proposed increases in harbour fees and the introduction of a Cruise Vessel Passenger Charge are required to reflect the rising costs of providing the public harbours and ports infrastructure. They will also add to the level of cost recovery for public harbours and ports, which is part of the federal government's deficit reduction exercise.

As a result of consultations with users and departmental officials, the proposals have been revised. The new Cruise Vessel Passenger Charge will not come into effect until 1 April 1987, and will be \$3.00 per passenger. This is to allow time to reflect the charge in cruise vessel fares for the 1987 season. The charge does not apply to day cruises or ferry operations, and it is assessable when a vessel uses a public port facility to embark or disembark passengers.

résolution en question voulait se servir de ce pouvoir législatif à une fin non autorisée.

Dans l'affaire *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique*¹⁰, la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si le pavillon d'un navire pouvait entrer en ligne de compte pour exempter ou dispenser un navire du pilotage obligatoire. Le juge en chef a déclaré ce qui suit (à la page 268):

Il ressort des premiers mots du par. 14(1) que le pouvoir de réglementation d'une administration est limité par l'exigence que les règlements doivent être établis dans la poursuite de ses objets ou en conformité avec eux. Ces objets sont énumérés à l'art. 12 de la Loi dans les termes suivants:

12. Une Administration a pour objets d'établir, de faire fonctionner, d'entretenir et de gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans la région indiquée dans l'annexe en ce qui concerne cette Administration.

La Cour a jugé que le pavillon d'un navire ne pouvait équitablement pas être considéré comme une question de sécurité pour la réalisation de l'objectif de l'administration aux termes de la *Loi sur le pilotage* [S.C. 1970-71-72, ch. 52]. Dans sa lettre mentionnée ci-dessus, datée du 10 avril 1986, adressée à la députée de la localité, l'honorable Flora MacDonald, ministre de l'Emploi et de l'Immigration, le ministre a répondu dans les termes suivants aux préoccupations formulées par la défenderesse.

[TRADUCTION] Veuillez informer M. Clark qu'il est nécessaire de procéder à la hausse envisagée des frais portuaires et d'imposer un droit aux passagers des navires de croisière pour refléter l'augmentation des coûts relatifs au maintien d'un système de ports publics et d'infrastructure portuaire. Ces hausses permettront aux ports et installations portuaires publics de relever le niveau de récupération de leurs frais, ce qui s'inscrit dans le programme de réduction du déficit gouvernemental.

Suite aux consultations tenues avec les usagers et les fonctionnaires ministériels, les propositions ont été révisées. Le nouveau droit, fixé à 3 \$, frappant les passagers des navires de croisière ne prendra pas effet avant le 1^{er} avril 1987 pour permettre aux exploitants d'en tenir compte dans leur barème des tarifs pour la saison 1987. Il ne s'appliquera pas aux navires de croisière de jour ni aux transbordeurs et sera imposable aux navires qui utilisent

une installation portuaire publique pour embarquer ou débarquer des passagers.

23 Thus, according to the defendant, the twofold objective of the new fees is to raise the revenue and reduce the deficit. Counsel argues that the stated objective is not a valid ground for making a distinction between those who use the facilities to take a ferry and those who embark on a cruise vessel. In fact, ferry passengers make much greater use of the wharf than cruise passengers.

Ainsi, aux dires de la défenderesse, les nouveaux droits ont pour double objectif d'être une source de recettes et de réduire le déficit. L'avocat soutient que l'objectif avoué ne justifie pas que l'on distingue entre les passagers qui utilisent les installations portuaires pour prendre un transbordeur et ceux qui embarquent sur un navire de croisière. En fait, ceux-là utilisent bien davantage les quais que les croisiéristes.

3- The new Regulations are discriminatory

3- Le nouveau Règlement est discriminatoire

24 The authors of *Administrative Law: A Treatise*, the treatise mentioned earlier, René Dussault and Louis Borgeat, deal with discrimination by the legislature or regulatory authorities in these terms (at page 435):

Les auteurs du *Traité de droit administratif*, René Dussault et Louis Borgeat, dont il a été question précédemment, abordent la question de la discrimination par la législature et les autorités de réglementation en ces termes (aux pages 557 et 558):

As has been previously mentioned, the Legislature and regulatory authorities are prohibited from enacting standards which discriminate on certain grounds, such as sex or race. This prohibition is based upon provisions of a constitutional or quasi-constitutional nature, and is rigorously enforced by the courts. However, the criteria for discrimination set out in these provisions are not the only ones that are subject to judicial supervision insofar as the exercise of a regulation-making power is concerned. Indeed, the courts often consider that Parliament alone must possess this delicate power which consists in disadvantaging one category of citizens in relation to another.

L'interdiction faite au législateur et aux autorités réglementantes d'édicter des normes portant discrimination sous certains aspects, tels le sexe ou la race, a été mentionnée antérieurement. Fondée sur des dispositions de nature constitutionnelle ou quasi constitutionnelle, cette prohibition est sanctionnée rigoureusement par les tribunaux. Les critères de discrimination prévus dans ces dispositions ne sont cependant pas les seuls qui fassent l'objet de surveillance de la part du pouvoir judiciaire dans le cas de l'exercice d'un pouvoir réglementaire. Les tribunaux considèrent souvent en effet que le Parlement doit être le seul détenteur de ce pouvoir délicat qui consiste à défavoriser une catégorie de citoyens par rapport à une autre.

25 Thus, discrimination is a boundary surrounding the exercise of the regulation-making power. Counsel claims that it is patently apparent, that there is discrimination "in the neutral sense of the word" between the day-cruisers and the overnight passenger vessels: the power to make regulations does not carry the power to create exemptions of a discriminatory nature. The author John Mark Keyes in his book entitled *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*, quoted earlier, writes as follows under the heading of "Discrimination" (at pages 225-227):

Ainsi, la discrimination constitue une frontière qui vient limiter l'exercice du pouvoir réglementaire. L'avocat prétend que la discrimination [TRADUCTION] «dans l'acception neutre du terme» existe manifestement entre les croisiéristes de jour et ceux qui passent la nuit à bord: le droit de prendre des règlements n'entraîne pas celui de créer des exemptions de nature discriminatoire. Dans son ouvrage cité plus haut et intitulé *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*, John Mark Keyes écrit ce qui suit sous la rubrique «Discrimination» (aux pages 225 et 227):

An earlier and quite distinct form of review for discrimination relates exclusively to delegated legislation. It is sometimes referred to as "administrative law discrimi-

[TRADUCTION] Une forme d'examen antérieure et bien distincte touchant la discrimination concerne exclusivement la législation déléguée. On l'appelle parfois «discrimination»

nation” and is based on an interpretive presumption that requires clear authority for discriminatory delegated legislation. Although this form of review has been overshadowed in Canada by the constitutional and quasi-constitutional provisions just mentioned, it is still viable and, outside Canada, it is the principal basis on which executive legislation is reviewed for discrimination.

The notion of equality is bound up in the rule of law. Although Dicey’s formulation of equality in this context is now outdated, it helps explain the differences between administrative law discrimination and human rights discrimination. For Dicey, discrimination had to do with the administration of the law, as opposed to the law itself. If one views executive legislation as a form of administration of law, then discrimination exists to the extent that it is not contemplated by the “law” that authorizes it.

Administrative law discrimination is a far less sophisticated notion. It arises when legislation expressly distinguishes among the persons to whom it applies. These distinctions do not necessarily depend on the immutable or integral characteristics required for Charter discrimination. Discrimination may arise on the basis of other distinctions if their effects are unequal as between persons who are similarly situated. Finally, it is often found to arise regardless of the rationality of the distinctions. Administrative law discrimination provides a basis for invalidating delegated legislation unless discrimination is authorized by the enabling legislation.

mination législative d’ordre administratif» et elle se fonde sur une présomption interprétative exigeant que la discrimination par voie de législation déléguée soit assortie d’une autorité précise. Bien que cette forme d’examen ait été éclipsée au Canada par les dispositions constitutionnelles et quasi constitutionnelles qu’on vient de mentionner, elle est toujours viable et, en dehors du Canada, constitue l’assise principale sur laquelle repose l’examen de la législation déléguée pour cause de discrimination.

La notion d’égalité est inhérente à la règle de droit. Bien que dans ce contexte la définition de l’égalité selon Dicey est aujourd’hui dépassée, elle aide à expliquer les différences qui existent entre la discrimination législative d’ordre administratif et la discrimination en matière de droits de la personne. Pour Dicey, la discrimination avait trait à l’administration de la loi, par opposition à la loi elle-même. Si l’on tient la législation déléguée pour une forme d’administration de la loi, alors la discrimination existe dans la mesure où elle n’est pas envisagée par la «loi» habilitante.

La discrimination législative d’ordre administratif est une notion bien moins subtile. Elle survient lorsqu’une loi distingue expressément entre les personnes à qui elle s’applique. Ces distinctions ne dépendent pas nécessairement des caractéristiques immuables ou constituantes requises pour qu’il y ait discrimination aux termes de la Charte. La discrimination peut naître d’autres distinctions si les effets qui en découlent se reflètent inégalement sur des personnes partageant la même situation. Souvent, enfin, la discrimination survient indépendamment du caractère rationnel des distinctions. La discrimination législative d’ordre administratif peut servir de base à l’annulation d’un instrument de législation déléguée à moins qu’une telle discrimination soit autorisée par la loi habilitante.

26 Counsel submits that he can attack subordinate legislation on the basis of discrimination if the enabling legislation does not endow the delegated power with the authority to make the distinction between two types of vessels. The landmark decision in administrative law discrimination cases is *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*,¹¹ wherein the Supreme Court of Canada considered a by-law passed by the city of Montréal for the purpose of restricting entry into amusement arcades to persons under the age of 18. The Supreme Court struck in part the impugned subordinate legislation on the basis that it was discriminatory and there was no specific authority within the enabling statute to make the distinction that the by-

L’avocat allègue qu’il peut attaquer la législation déléguée pour cause de discrimination si la loi habilitante n’accorde pas à l’autorité réglementante le droit de distinguer entre deux types de navires. La décision qui marque un tournant dans les affaires de discrimination législative d’ordre administratif a été rendue dans l’arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*¹¹. La Cour suprême du Canada était saisie d’un arrêté municipal de la ville de Montréal visant à interdire l’entrée des jeunes de moins de 18 ans dans les salles de jeux électroniques. La Cour suprême a annulé en partie la législation déléguée qui était contestée, sur le fondement qu’elle était discriminatoire et que la loi n’autorisait pas expressément le genre de distinction envisagé

26

law attempted to make. Beetz J. (at page 406) wrote as follows:

Contemporary academic opinion in Quebec, *inter alia*, recognizes the rule stated by Lord Russell of Killowen in *Kruse v. Johnson*, *supra*. Thus, Louis-Philippe Pigeon wrote in *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, at p. 34:

[TRANSLATION] Another important observation has to be made regarding the regulatory power. It is the following: the power to make regulations does not include a power to adopt discriminatory provisions. In other words, unless the legislation authorizing it states the contrary a regulation must apply to everyone in the same way. If the intent is to make a distinction, this must be stated. One of the interesting decisions on this point is *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537; and there are many others.

Similarly, in their *Traité de droit administratif*, t. I, 1984, p. 558, René Dussault and Louis Borgeat observed:

[TRANSLATION] This rule clearly has the corollary that any discriminatory regulation not authorized by legislation is illegal.

27 Consequently, counsel submits that the cruise vessel passenger fee is clearly discriminatory. Further, there is no legislative authority in the empowering Act for the Governor in Council to create such a distinction.

4- The proper exercise of discretion

28 Plaintiff's counsel readily admits that the new cruise vessel passenger charge is a mechanism to raise revenue for the federal government but submits that this objective is specifically set out in section 3 of the enabling statute. Section 3 declares that the objective of the national ports policy is to create a system of public harbours for the achievement of national as well as regional, local, economic and social objectives. The defendant may argue that he has been inequitably treated and in that he has faced discrimination, but equity does not imply that all people are treated exactly the same way. Different persons who are differently situated may be treated differently. This defendant and the ferry operators are not similarly situated and they are not identical parties.

par l'arrêté. Le juge Beetz a écrit à ce sujet (à la page 406):

La doctrine québécoise contemporaine, entre autres, reconnaît le principe énoncé par lord Russell of Killowen dans *Kruse v. Johnson*, précité. Ainsi, Louis-Philippe Pigeon écrit-il, dans *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, à la p. 34:

Il est une autre observation importante à faire sur la question du pouvoir de réglementation. C'est la suivante: le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'établir des dispositions discriminatoires. Autrement dit, un règlement doit, à moins que le texte qui l'autorise dise le contraire, s'appliquer à tout le monde de la même façon. Si l'on veut pouvoir faire des distinctions il faut le dire. Une des décisions intéressantes sur ce point, c'est *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537. Il y en a quantité d'autres.

De même, René Dussault et Louis Borgeat, dans leur *Traité de droit administratif*, t. I, 1984, à la p. 558:

Ce principe a évidemment pour corollaire l'illégalité de tout règlement discriminatoire non autorisé par une disposition législative.

En raison de quoi, l'avocat soutient que le droit 27 imposé aux passagers des navires de croisière est nettement discriminatoire. De plus, la Loi habilitante n'accorde au gouverneur en conseil aucun pouvoir législatif lui permettant d'établir une telle distinction.

4- L'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire

L'avocat de la demanderesse convient volontiers 28 que le nouveau droit qui frappera les passagers des navires de croisière est un mécanisme permettant d'accroître les recettes du gouvernement fédéral, mais il souligne que cet objet est clairement énoncé à l'article 3 de la loi habilitante. Cet article dispose que la politique portuaire nationale a pour objet la création d'un système de ports publics en vue de réaliser des objectifs sociaux et économiques, aux plans tant national que régional et local. La défenderesse peut rétorquer qu'elle a été injustement traitée et a fait l'objet de discrimination; mais l'équité ne signifie pas que tout le monde soit traité exactement de la même manière. Il est possible que des personnes placées dans des situations différentes ne soient pas traitées de la même façon. En l'espèce, la défenderesse et les exploitants de transbordeurs ne se

29 Section 12, the regulation-making section of the Act, stipulates that the Governor in Council may make regulations for the management, control, development and use of any port facility. These are very broad powers. More precisely, paragraph 12(1)(i) authorizes the Governor in Council to impose and collect rates or tolls on vessels using any port facility. Paragraph 12(1)(j) empowers the Governor in Council to prescribe the fee or charge for the use of any of these facilities. If, in the Governor in Council's opinion, day-cruise operators should not be subjected to these fees, that is a valid exercise of his discretion. The language of the opening subsection 12(1) is broad and wide enough to authorize the creation of a class by way of a definition and such definitions are an essential part of regulations. It must also be borne in mind that it is not the passengers but the owners of the vessels that are required to pay the fees.

5- Analysis

30 In my view, the Governor in Council properly exercised his discretion. The new Regulations were duly legislated pursuant to the enabling statute and I cannot find that they are *ultra vires* on any of the grounds submitted by the defendant. While I am in full agreement with the able presentation of the basic principles of administrative law made by counsel for the defendant, I beg to differ with his application of these principles to the facts of the instant case. Section 12 of the Act affords the Minister sufficient discretion to bring in the new Regulations imposing new fees on cruise vessels. First, a brief review of the jurisprudence in the matter of the exercise of discretionary powers.

31 In *Roncarelli v. Duplessis*,¹² the Supreme Court of Canada provided a basic definition of the proper exercise of discretion, as follows (at page 140):

trouvent pas dans la même situation et ils ne sont pas assimilables.

L'article 12 de la Loi, qui traite du pouvoir de réglementation, dispose que le gouverneur en conseil peut prendre des règlements en vue de la gestion, du contrôle, de l'exploitation et de l'utilisation des ports et installations portuaires. Ces pouvoirs sont très étendus. L'alinéa 12(1)i) autorise, plus particulièrement, le gouverneur en conseil à imposer et à percevoir des droits ou taxes sur les navires qui utilisent de telles installations. L'alinéa 12(1)j) lui reconnaît le droit de fixer des droits ou frais pour l'usage de ces ports et installations. Si le gouverneur en conseil juge que les exploitants des navires de croisière de jour ne devraient pas être assujettis à ces droits, l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est valide. L'introduction du paragraphe 12(1) est rédigée en termes assez larges pour permettre la création d'une catégorie par voie de définition et pareilles définitions constituent une partie essentielle des règlements. Il faut aussi se rappeler que ce ne sont pas les passagers, mais les propriétaires des navires qui doivent acquitter les droits en question.

5- Analyse

Je suis d'avis que le gouverneur en conseil a exercé à bon escient son pouvoir discrétionnaire. Le nouveau Règlement a été dûment édicté conformément à la loi habilitante et je ne peux conclure, à partir des arguments avancés par la défenderesse, qu'il est *ultra vires*. Bien que je souscrive pleinement à l'exposé des principes de droit administratif fondamentaux que l'avocat de la défense a habilement présenté, je me permets de ne pas partager son avis quant à l'application de ces principes aux faits de la présente cause. L'article 12 de la Loi accorde au ministre un pouvoir discrétionnaire suffisant pour édicter le nouveau Règlement imposant de nouveaux droits aux navires de croisière. Passons d'abord succinctement en revue la jurisprudence en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*¹², la Cour suprême du Canada a essentiellement défini cet exercice en ces termes (à la page 140):

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption. Could an applicant be refused a permit because he had been born in another province, or because of the colour of his hair? The ordinary language of the legislature cannot be so distorted.

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une « discrétion » absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit ; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mentionnées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on doit toujours sous-entendre. La « discrétion » implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption. Pourrait-on refuser un permis à celui qui le demande sous le prétexte qu'il est né dans une autre province, ou à cause de la couleur de ses cheveux ? On ne peut fausser ainsi la forme courante d'expression de la législation.

32 In *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*,¹³ the House of Lords in 1968 further examined the exercise of a discretion granted to a government Minister as follows (at page 1030):

En 1968, dans la cause *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*¹³, la Chambre des lords a examiné plus à fond l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé à un ministre du gouvernement. Elle dit (à la page 1030):

It is implicit in the argument for the Minister that there are only two possible interpretations of this provision—either he must refer every complaint or he has an unfettered discretion to refuse to refer in any case. I do not think that is right. Parliament must have conferred the discretion with the intention that it should be used to promote the policy and objects of the Act; the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court. In a matter of this kind it is not possible to draw a hard and fast line, but if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. So it is necessary first to construe the Act.

[TRADUCTION] Dans l'argument présent pour le Ministre, il est implicite qu'il n'y a que deux interprétations possibles de cette disposition—soit qu'il doive renvoyer chaque plainte au comité, soit qu'il ait une discrétion absolue, dans tous les cas, de refuser de renvoyer la plainte au comité. Je ne crois pas que ce soit correct. Le Parlement a dû attribuer ce pouvoir discrétionnaire avec l'intention qu'il soit exercé pour promouvoir la politique et les objets de la Loi. La politique et les objets de la Loi doivent être déterminés en interprétant la Loi dans son ensemble et l'interprétation est toujours une question de droit pour la Cour. Dans une affaire semblable, il n'est pas possible de fixer des limites précises et inflexibles, mais si le Ministre, parce qu'il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique ou les objets de la Loi ou à aller à l'encontre de ceux-ci, alors notre droit accuserait une grave lacune si les personnes qui en subissaient des préjudices n'avaient pas droit à la protection de la Cour. Il est donc nécessaire de procéder d'abord à l'interprétation de la Loi.

33 In 1983, the Supreme Court of Canada in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*¹⁴ had to deal with the question whether a federal order in council expanding the boundaries of St.

En 1983, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*¹⁴ devait trancher la question de savoir si un décret du conseil étendant les limites du port de

John's Harbour to include private property was *ultra vires*. The Court said that although an order in council made pursuant to a statutory power is subject to judicial review, it is not the function of the Court to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to enact it. Moreover, where the evidence shows that it was not passed in bad faith (in the instant case bad faith is not alleged by the defendant) but for valid economic policy and political reasons it should not be struck down. Dickson J. (as he then was) said as follows (at page 117):

The appellants acknowledge that s. 7 does give the federal Cabinet jurisdiction to expand the harbour limits. They say, however, that this can only be done with an eye to the "administration, management and control" of the harbour and that the section does not authorize expansion for the purpose of increasing the Board's revenues.

I have already pointed out that the port was not expanded only for the purpose of increasing revenues, and that "rationalization" of maritime activity in the area was also an important factor. It seems to me that "rationalization" in the sense indicated above easily falls within the scope of the powers conferred by s. 7(2).

34 In the *Thorne's Hardware* case, *supra*, the appellant also argued that the order in council only provided for the imposition and collection of "tolls" whereas in fact "taxes" were imposed. Dickson J. succinctly disposed of that argument as follows (at page 123):

To show that the Board's fees were *ultra vires* as "taxes" it would at least be necessary to show that the Board's revenues were significantly greater than the cost of providing harbour facilities and services to the public and no such showing was attempted here.

35 In the instant case, there was no attempt to show that the fees raised were significantly greater than the costs of providing the facilities in question.

36 Finally, in *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*,¹⁵ the Supreme Court of Canada was asked to rule on the validity of an order in council made pursuant to the *Referendum Act*

St. John's de façon à y inclure une propriété privée, était *ultra vires*. La Cour a déclaré que bien que le décret du conseil, pris en vertu d'un pouvoir établi par la loi, soit susceptible de contrôle judiciaire, il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'enquêter sur les motifs qui ont poussé le cabinet fédéral à l'édicter. De plus, lorsqu'il ressort des éléments de preuve que ce décret n'est pas entaché de mauvaise foi, (ce que la défenderesse n'allègue pas en l'occurrence), mais qu'il est dicté par des considérations de politique économique et des raisons politiques valables, il ne devrait pas être invalidé. Le juge Dickson (tel était alors son titre) s'est exprimé en ces termes (à la page 117):

Les appelantes reconnaissent que l'art. 7 confère effectivement au cabinet fédéral compétence pour étendre les limites du port. Elles prétendent cependant que cela peut se faire seulement en vue de «l'administration, gestion et régie» du port et que l'art. 7 n'autorise nullement l'extension pour augmenter les revenus du Conseil.

J'ai déjà souligné que le port n'a pas été étendu à la seule fin d'accroître les revenus et que la «rationalisation» des activités maritimes de la région a également été un facteur important. Il me semble que la «rationalisation», au sens déjà indiqué, relève facilement des pouvoirs que confère le par. 7(2).

34 Dans le cas de *Thorne's Hardware, supra*, la partie appelante a également soutenu que le décret du conseil prévoyait uniquement l'imposition et la perception de «droits», alors qu'il s'agissait en réalité «d'impôts». Le juge Dickson a succinctement tranché la question en disant ceci (à la page 123):

Pour prouver que les droits exigés par le Conseil sont des «impôts» et, partant, excèdent sa compétence, il faudrait à tout le moins établir que ses revenus dépassent largement les coûts occasionnés par la fourniture au public d'installations et de services portuaires; en l'espèce, on n'a même pas essayé de le démontrer.

35 Aucune tentative n'a été faite, dans ce cas-ci, pour démontrer que les droits exigés dépassaient appréciablement les coûts nécessaires à la fourniture des installations en question.

36 Enfin, dans l'arrêt *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*¹⁵, on a demandé à la Cour suprême de se prononcer sur la validité d'un décret du conseil pris en vertu de la

[S.C. 1992, c. 30] (Canada). The Court held that both the decision to hold a referendum and the decision as to the number of provinces in which a referendum will be held are policy decisions left entirely to governments and legislatures as they involve matters of political consideration. Madam Justice L'Heureux-Dubé amplified as follows (at pages 1046-1047):

... the Governor in Council is not required to justify the reasons for any particular exercise of his discretion. As Dickson J. said in *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at pp. 112-113:

Governments do not publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations.

...

The motives which might have guided the decision of the Governor in Council to hold a referendum are not here in dispute, and it is not the task of courts to second-guess the legislature on its political judgment.

37 Summing up, the objective of the national ports policy for Canada is to create a system of public harbours that is efficient for the achievement of national, regional and local economic and social objectives, and provides accessibility and equitable treatment in the movement of goods and persons. The very broad description of "vessel" under section 2 of the Act includes every description of ships. Section 12 empowers the Governor in Council to make regulations for the management, control, development and use of public harbour facilities including the imposition of rates, tolls, fees or charges for vessels and persons using the facilities. There are many types of vessels using such facilities and understandably such fees may vary according to the vessels involved.

38 Clearly, the definition of "vessel" is within the discretion of the Minister who under section 4 of the Act is charged with the responsibility of achieving the objective of the national ports policy. If the purpose of the exercise is to raise revenues and

Loi référendaire [L.C. 1992, ch. 30] (Canada). La Cour a déterminé que tant la décision de tenir un référendum que celle touchant le nombre de provinces où un référendum aura lieu sont des décisions de politiques entièrement laissées aux soins des gouvernements et des assemblées législatives, du fait qu'elles mettent en cause des questions d'ordre politique. M^{me} le juge L'Heureux-Dubé a développé ce point en disant (aux pages 1046 et 1047):

... le gouverneur en conseil n'est pas tenu de justifier un exercice particulier de son pouvoir discrétionnaire. Ainsi que le note le juge Dickson dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, aux pp. 112 et 113:

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.

...

Les motifs qui ont pu inciter le gouverneur en conseil à la tenue d'un référendum ne sont pas contestés en l'espèce et il n'appartient pas aux tribunaux de se substituer au législateur et à son jugement politique.

37 En résumé, la politique portuaire nationale a pour objet la création d'un système de ports publics efficace pour la réalisation des objectifs sociaux et économiques aux plans tant national que régional et local et elle garantit l'égalité de traitement et le libre accès aux services de transport de marchandises et de passagers. Le mot «navire», défini très largement à l'article 2 de la Loi, comprend toute construction flottante. L'article 12 habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements en vue de la gestion, du contrôle, de l'exploitation et de l'utilisation des ports et installations portuaires y compris l'imposition et la perception de droits ou taxes sur les navires et les personnes faisant usage de ces installations. De nombreuses catégories de navires utilisent pareilles installations et il est compréhensible que les droits imposés varient en conséquence.

38 Sans doute, la définition du mot «navire» relève-t-elle de la discrétion du ministre à qui incombe, en vertu de l'article 4 de la Loi, la réalisation de la politique portuaire nationale. S'il s'agit, par cette initiative, d'accroître les recettes et de réduire le

reduce the deficit, that twofold purpose is not only a laudable purpose but a valid and authorized purpose under section 3 of the Act so as to provide efficient service under the national ports policy.

39 Neither can it be said that the new Regulations are discriminatory. As written by the author John Mark Keyes in his book *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*, quoted earlier (at page 226) “[d]iscrimination may arise on the basis of other distinctions if their effects are unequal as between persons who are similarly situated”. There is no evidence that the passenger fees are not imposed on all cruise vessels. The only evidence is that they are not imposed (in accordance with the new Regulations) on the local ferry, the *Island Queen*, which, obviously, is not the same type of vessel and does not provide the same type of service and is therefore not similarly situated.

40 Consequently, I find that the Regulations in question are not *ultra vires* the enabling statute and that the plaintiff is entitled to the passenger cruise vessel charges in issue in this action for the years 1988-1995 inclusive (the amount for 1995 has now been determined to be \$8,300.85 and paid into Court). Thus, the plaintiff is entitled to the sum of \$60,937.12, pre-judgment interests on that amount, post-judgment interests and costs.

¹ R.S.C., 1985, c. P-29.

² C.R.C., c. 881.

³ René Dussault and Louis Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed. vol. 1. Translated by Murray Rankin, Toronto: Carswell, 1985, at pp. 364-365.

⁴ [1957] S.C.R. 569.

⁵ Denys C. Holland and John P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada*, Toronto: Carswell, 1989.

⁶ [1963] 2 O.R. 343 (C.A.).

⁷ John Mark Keyes, *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*, Toronto: Butterworths, 1992.

⁸ David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1994.

⁹ *Tegon Developments Ltd. and Montreal Trust Company v. City of Edmonton and Alberta Minister of Culture*

déficit, ce double objectif est non seulement louable, mais il est valide et autorisé par l'article 3 de la Loi pour que soit offert un service efficace dans le cadre de la politique portuaire nationale.

Point n'est possible d'alléguer non plus que le nouveau Règlement est discriminatoire. Comme l'écrit John Mark Keyes, auteur de l'ouvrage *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*, cité précédemment (à la page 226) [TRADUCTION] «la discrimination peut surgir à partir d'autres distinctions, si leurs effets se reflètent inégalement sur des personnes de même situation». Rien ne prouve que les droits imposés aux passagers ne frappent pas tous les navires de croisière. La seule évidence est que le nouveau Règlement ne les exige pas du transbordeur local *Island Queen* qui, bien sûr, n'est pas un navire de la même catégorie, n'offre pas le même genre de service et ne se trouve donc pas dans la même situation.

Par conséquent, je conclus que le Règlement en question n'est pas *ultra vires* au regard de la loi habilitante et que la demanderesse est en droit de percevoir les droits imposés aux navires de croisière visés en l'espèce pour les années 1988 à 1995 inclusivement (le montant pour 1995 a été maintenant fixé à 8 300,85 \$ et consigné à la Cour). La demanderesse a ainsi droit à la somme de 60 937,12 \$, les intérêts courus avant et après jugement ainsi que les dépens.

¹ L.R.C. (1985), ch. P-29.

² C.R.C., ch. 881.

³ René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., vol. 1, Québec: Presses de l'Université Laval, 1984, aux p. 463 et 464.

⁴ [1957] R.C.S. 569.

⁵ Denys C. Holland et John P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada*, Toronto: Carswell, 1989.

⁶ [1963] 2 O.R. 343 (C.A.).

⁷ John Mark Keyes, *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*, Toronto: Butterworths, 1992.

⁸ David Phillip Jones et Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 2^e éd., Toronto: Carswell, 1994.

⁹ *Tegon Developments Ltd. and Montreal Trust Company v. City of Edmonton and Alberta Minister of Culture*

(1977), 8 A.R. 384 (S.C.A.D.), affirmed without written reasons at [1979] 1 S.C.R. 98.

¹⁰ [1981] 1 S.C.R. 261.

¹¹ [1985] 1 S.C.R. 368.

¹² [1959] S.C.R. 121.

¹³ [1968] A.C. 997 (H.L.).

¹⁴ [1983] 1 S.C.R. 106.

¹⁵ [1993] 2 S.C.R. 995.

(1977), 8 A.R. 384 (D.A.C.S.), confirmé sans rédaction de motifs par [1979] 1 R.C.S. 98.

¹⁰ [1981] 1 R.C.S. 261.

¹¹ [1985] 1 R.C.S. 368.

¹² [1959] R.C.S. 121.

¹³ [1968] A.C. 997 (H.L.).

¹⁴ [1983] 1 R.C.S. 106.

¹⁵ [1993] 2 R.C.S. 995.

T-1117-89

Symbol Yachts Ltd., Harold William Locke and Michael Locke (Plaintiffs)

v.

John Pearson and Her Majesty the Queen in right of Canada (Defendants)

INDEXED AS: SYMBOL YACHTS LTD. v. PEARSON (T.D.)

Trial Division, Nadon J.—Vancouver, December 4, 1995; Ottawa, January 25, 1996.

Judges and Courts — Prothonotaries — Appeal from Prothonotary's order refusing to extend time to file, serve affidavit of documents fixed by peremptory order — R. 336(1)(g) empowering prothonotary to dispose of any interlocutory application — Standard of review of prothonotary's discretionary orders met — Order raising question vital to final issue of case since effect to terminate action — Prothonotary considering all relevant circumstances, coming to proper conclusion on evidence before him — R. 336(1)(g) not limiting prothonotary's jurisdiction to interlocutory orders — Interlocutory application simply application in course of action which may result in final disposition — In disposing of interlocutory application, prothonotary can render final orders — Jurisdiction to hear interlocutory applications not depending on result of decision — If not within jurisdiction, cannot hear application regardless of result.

This was an appeal from the Prothonotary's order refusing to extend the time to file and serve an affidavit of documents fixed in an earlier peremptory order on a motion to dismiss the action for want of prosecution. The Prothonotary held that the plaintiffs had not shown sufficient reason for a further extension. The peremptory order specifically stated that failure to comply therewith would result in the plaintiffs' action being deemed dismissed.

Paragraph 336(1)(g) of the *Federal Court Rules* gives a prothonotary power to dispose of any interlocutory application.

The issues were whether the Prothonotary (1) considered all of the relevant circumstances; (2) erred in

T-1117-89

Symbol Yachts Ltd., Harold William Locke et Michael Locke (demandeurs)

c.

John Pearson et Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: SYMBOL YACHTS LTD. c. PEARSON (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Nadon—Vancouver, 4 décembre 1995; Ottawa, 25 janvier 1996.

Juges et tribunaux — Protonotaires — Appel d'une ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé de proroger le délai accordé pour déposer et signifier un affidavit de documents — La Règle 336(1)g confère au protonotaire le pouvoir de statuer sur toute demande interlocutoire — Il a été satisfait à la norme de contrôle des ordonnances discrétionnaires du protonotaire — Ordonnance soulevant une question déterminante quant à l'issue de l'affaire car elle a pour effet de mettre fin à l'action — Le protonotaire a pris en considération l'ensemble des circonstances pertinentes soumises à son attention pour arriver à la conclusion qui convenait — La Règle 336(1)g ne limite pas la compétence du protonotaire aux ordonnances interlocutoires — Une demande interlocutoire est simplement une demande présentée dans le cours d'une action qui peut mener au règlement «définitif» d'une question — En statuant sur une demande interlocutoire, le protonotaire peut rendre des ordonnances qui sont définitives — La compétence pour entendre des demandes interlocutoires ne peut dépendre de l'issue de la décision — Si le protonotaire n'a pas compétence, il ne peut entendre la demande, quel que soit le résultat.

Il s'agit de l'appel d'une ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé de proroger le délai accordé pour déposer et signifier un affidavit de documents, délai qui avait été fixé par une ordonnance péremptoire prononcée antérieurement sur une requête en rejet d'action pour défaut de poursuivre. Le protonotaire a conclu que les demandeurs n'avaient pas fait valoir de motif suffisant pour accorder une prorogation. L'ordonnance péremptoire prévoyait expressément qu'en cas de non-respect l'action des demandeurs serait réputée rejetée.

L'alinéa 336(1)g des *Règles de la Cour fédérale* confère au protonotaire le pouvoir de statuer sur toute demande interlocutoire.

Il s'agit de déterminer si le protonotaire (1) a pris en considération toutes les circonstances pertinentes; (2) a

finding that the plaintiffs had ignored the time limits; (3) considered the fact that the discoveries were scheduled to be completed within the time limits set out in his order; (4) had jurisdiction to make the order.

Held, the appeal should be dismissed.

Discretionary orders of prothonotaries should not be disturbed on appeal unless they are "clearly wrong" or raise a question "vital to the final issue of the case". The Prothonotary's order raised a question vital to the final issue of the case since the effect thereof was to terminate the plaintiffs' action. But his order could only be examined in the light of the evidence which was before him when he made his order. It was too late to present evidence which should have been introduced before the Prothonotary.

On the evidence before him the Prothonotary came to the proper conclusion. The Prothonotary did consider all of the relevant circumstances, of which he was made aware, in reaching his conclusion. The affidavit filed in support of the application was insufficient to allow the Prothonotary to extend the time to file and serve the affidavit of documents. That the plaintiffs had made tentative arrangements with the defendants with respect to discovery was not relevant. Better evidence could and should have been placed before the Prothonotary.

An interlocutory application is simply an application in the course of an action which may result in the "final" disposition of an issue. Paragraph 336(1)(g) of the Rules does not limit a prothonotary's jurisdiction to interlocutory orders, but provides that a prothonotary may dispose of any interlocutory application. In disposing of interlocutory applications, a prothonotary can render orders which are final. A prothonotary's jurisdiction to hear interlocutory applications cannot depend on the result of his decision. He either has the jurisdiction to hear a matter or he does not. If he lacks jurisdiction, he cannot hear the application, whatever the result of his decision might be.

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. 8, 24(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 332(1), 336, 419(1).

commis une erreur en concluant que les demandeurs n'avaient pas respecté les délais prescrits; (3) a pris en considération le fait que les interrogatoires préalables étaient censés avoir été tenus dans les délais prescrits dans son ordonnance; (4) avait compétence pour rendre l'ordonnance.

Jugement: l'appel doit être rejeté.

Il ne convient d'intervenir pour modifier l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire que si celle-ci est «entachée d'erreur flagrante» ou porte sur une question «ayant une influence déterminante sur l'issue du principal». L'ordonnance du protonotaire portait sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue de l'affaire étant donné qu'elle avait pour effet de mettre fin à l'action des demandeurs. Cependant, cette ordonnance ne peut être examinée qu'en tenant compte des éléments de preuve dont le protonotaire était saisi au moment où il l'a rendue. Il était trop tard pour présenter des éléments de preuve qui auraient dû lui être soumis auparavant.

D'après les éléments de preuve dont il était saisi, le protonotaire a tiré la conclusion qui convenait. Il a bel et bien pris en considération l'ensemble des circonstances pertinentes soumises à son attention pour arriver à sa conclusion. L'affidavit déposé à l'appui de la requête était manifestement insuffisant pour lui permettre de proroger le délai prévu pour déposer et signifier l'affidavit de documents. Le fait que les demandeurs aient pris des dispositions provisoires avec les défendeurs au sujet des interrogatoires préalables n'est pas pertinent. Il aurait fallu soumettre au protonotaire des preuves plus étoffées.

Une demande interlocutoire est simplement une demande présentée dans le cours d'une action qui peut mener au règlement «définitif» d'une question. L'alinéa 336(1)(g) des Règles ne limite pas la compétence du protonotaire aux ordonnances interlocutoires, mais dispose que celui-ci peut statuer sur toute demande interlocutoire. Ce faisant, il peut rendre des ordonnances qui sont définitives. La compétence du protonotaire pour entendre des demandes interlocutoires ne peut dépendre de l'issue de sa décision. Ou bien il a compétence pour entendre une affaire, ou bien il ne l'a pas. S'il n'a pas compétence, il ne peut entendre la demande, quelle que soit l'issue de sa décision.

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. 8, 24(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 332(1), 336, 419(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc. (1991), 40 C.P.R. (3d) 193; 51 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Cameron Packaging Ltd. v. Ruddy; Ruddy v. Cameron Packaging Ltd.* (1983), 41 C.P.C. 154 (Ont. H.C.).

APPLIED:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.) (concerning standard of review where appeals are taken from discretionary orders of a prothonotary); *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479; (1989), 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (T.D.); *746278 Ontario Ltd. v. Courtot* (1989), 24 C.P.R. (3d) 362; 25 F.T.R. 277 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.) (concerning MacGuigan J.A.'s remarks on the interlocutory nature of the application); affg *The Queen v. Aqua-Gem Investments Ltd.* (1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); revg *The Queen v. Aqua-Gem Investments Ltd.* (1990), 91 DTC 5546 (F.C.T.D.).

APPEAL from Prothonotary's order refusing to extend the time for filing and serving an affidavit of documents fixed in an earlier peremptory order, which resulted in the action being deemed dismissed (*Symbol Yachts Ltd. v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1361 (T.D.) (QL)). Appeal dismissed.

COUNSEL:

R. R. C. Twining for plaintiffs.
Donnaree Nygard for defendants.

SOLICITORS:

Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS NON SUIVIES:

Tribro Investments Ltd. c. Embassy Suites, Inc. (1991), 40 C.P.R. (3d) 193; 51 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); *Cameron Packaging Ltd. v. Ruddy; Ruddy v. Cameron Packaging Ltd.* (1983), 41 C.P.C. 154 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.) (concernant la norme de contrôle applicable en matière d'appel de l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire); *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479; (1989), 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (1^{re} inst.); *746278 Ontario Ltd. c. Courtot* (1989), 24 C.P.R. (3d) 362; 25 F.T.R. 277 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.) (concernant les remarques de MacGuigan, J.C.A., sur le caractère interlocutoire de la demande); conf. *La Reine c. Aqua-Gem Investments Ltd.* (1991), 91 DTC 5641; 50 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.); inf. *La Reine c. Aqua-Gem Investments Ltd.* (1990), 91 DTC 5546 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé de proroger le délai prescrit pour déposer et signifier un affidavit de documents, délai qui avait été fixé antérieurement par ordonnance péremptoire, dont il résultait que l'action était réputée rejetée (*Symbol Yachts Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1361 (1^{re} inst.) (QL)). Appel rejeté.

AVOCATS:

R. R. C. Twining pour les demandeurs.
Donnaree Nygard pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 NADON J.: The plaintiffs are appealing an order rendered by Mr. John Hargrave, Prothonotary, on October 16, 1995 [[1995] F.C.J. No. 1361 (T.D.) (QL)], wherein he refused to extend peremptory dates fixed in a previous order rendered by him on July 24, 1995. Further, the plaintiffs seek leave of this Court to introduce into the record the affidavits of S. Alan Beesley, sworn on October 30, 1995, and of Harold Locke, sworn on November 29, 1995.

1 LE JUGE NADON: Les demandeurs interjettent appel d'une ordonnance datée du 16 octobre 1995 [[1995] A.C.F. n° 1361.(1^{re} inst.) (QL)] dans laquelle le protonotaire John Hargrave a refusé de proroger des délais péremptoires fixés dans une ordonnance antérieure, qu'il avait rendue le 24 juillet 1995. De plus, les demandeurs sollicitent l'autorisation de la présente Cour de verser au dossier l'affidavit de S. Alan Beesley, signé le 30 octobre 1995, ainsi que celui de Harold Locke, signé le 29 novembre 1995.

2 The grounds of the plaintiffs' application are the following:

2 Les motifs de la requête des demandeurs sont les suivants:

3 1. That the learned Prothonotary did not fully and adequately consider all of the relevant circumstances when considering the reasons that the plaintiffs did not file the notice of change of solicitor or the affidavit of documents within the time limits set out in his order of July 24, 1995;

3 1. Que le protonotaire n'a pas considéré entièrement et convenablement toutes les circonstances pertinentes en examinant les raisons pour lesquels les demandeurs n'avaient pas déposé l'avis de constitution d'un nouvel avocat ou l'affidavit de documents dans les délais prescrits dans son ordonnance datée du 24 juillet 1995;

4 2. That the learned Prothonotary incorrectly found that the plaintiffs had ignored the time limits set out in his order of July 24, 1995;

4 2. Que le protonotaire a conclu à tort que les demandeurs n'avaient pas respecté les délais prescrits dans son ordonnance datée du 24 juillet 1995;

5 3. That the learned Prothonotary did not consider the evidence respecting the fact that the discoveries were scheduled to be completed within the time limits set out in his order dated July 24, 1995;

5 3. Que le protonotaire n'a pas pris en considération la preuve relative au fait que les interrogatoires préalables étaient censés avoir été tenus dans les délais prescrits dans son ordonnance datée du 24 juillet 1995;

6 4. That the learned Prothonotary did not have the jurisdiction to make the order of July 24, 1995.

6 4. Que le protonotaire n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance datée du 24 juillet 1995.

7 In order to deal with the plaintiffs' application, it is necessary to briefly review the relevant facts: The plaintiff, Symbol Yachts Ltd., is a company incorporated under the laws of the province of British Columbia. The plaintiffs, Harold Locke and Michael Locke, are father and son respectively. The defendant, John Pearson, is an investigator with Revenue Canada, Customs and Excise. The plaintiffs allege in their statement of claim that John Pearson, in obtaining a search warrant and seizing three yachts, obtained the search warrant for improper and/or

7 Pour statuer sur la requête des demandeurs, il est nécessaire de passer brièvement en revue les faits pertinents. La demanderesse Symbol Yachts Ltd. est une société constituée en vertu des lois de la province de la Colombie-Britannique. Les demandeurs Harold Locke et Michael Locke sont père et fils respectivement. Le défendeur John Pearson est enquêteur auprès de Revenu Canada, Douanes et Accise. Dans leur déclaration, les demandeurs allèguent qu'en obtenant un mandat de perquisition et en saisissant trois yachts, John Pearson a obtenu ledit

unlawful purposes and, in so doing, infringed on the plaintiffs' section 8 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]] rights and caused harm to the plaintiffs' integrity and reputation. The plaintiffs are claiming, in the main action, damages for trespass, damages pursuant to subsection 24(1) of the Charter, and aggravated and punitive damages. The action was begun by the plaintiffs in May of 1989. The statement of defence was filed in July 1989.

8 In June of 1995, the defendants moved to have the plaintiffs' action dismissed for want of prosecution. That motion was heard on July 24, 1995, by the Prothonotary. At the hearing, the plaintiff Harold Locke appeared on behalf of all of the plaintiffs since, at that time, the plaintiffs were apparently not represented by lawyers. After hearing the arguments from both sides, the Prothonotary made an order pursuant to which the plaintiffs were to:

1. Appoint counsel to represent them and file a notice of change of solicitors within 15 days (8 August 1995);
2. File and serve an affidavit of documents and provide dates for examinations for discovery within 30 days (23 August 1995);
3. Complete examinations for discovery within 120 days (21 November 1995);

failing which, the plaintiffs' action "shall be deemed dismissed". The Prothonotary made his order peremptory: "there may be no excuse, on the part of the plaintiffs, for non-compliance".

9 On August 9, 1995, the plaintiffs' notice of change of solicitors dated August 8, 1995, was filed with the Registry in Vancouver. Although the order of the Prothonotary required the filing of the notice

mandat à des fins irrégulières ou illégales et, ce faisant, a violé les droits que garantit aux demandeurs l'article 8 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 a causé un préjudice à leur intégrité et à leur réputation. Les demandeurs réclament, dans l'action principale, des dommages-intérêts pour violation du droit de propriété, des dommages-intérêts en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, de même que des dommages-intérêts majorés et punitifs. Les demandeurs ont entrepris leur action en mai 1989. La défense a été déposée au mois de juillet suivant.

8 En juin 1995, les défendeurs ont demandé par voie de requête que l'action des demandeurs soit rejetée pour défaut de poursuivre. La requête en question a été entendue par le protonotaire le 24 juillet 1995. À l'audience, le demandeur Harold Locke a comparu pour le compte de tous les demandeurs car, à l'époque, il semble que ces derniers n'étaient pas représentés par avocat. Après avoir entendu les arguments des deux parties, le protonotaire a rendu une ordonnance prescrivant aux demandeurs de:

1. Nommer un avocat qui les représenterait et déposer un avis de constitution d'un nouvel avocat dans les 15 jours suivants (8 août 1995);
2. Déposer et signifier un affidavit de documents et fournir les dates d'interrogatoire préalable dans les 30 jours suivants (23 août 1995);
3. Tenir les interrogatoires préalables dans les 120 jours suivants (21 novembre 1995);

faute de quoi, l'action des demandeurs serait [TRANSDUCTION]: «réputée rejetée». L'ordonnance du protonotaire était péremptoire [TRANSDUCTION]: «aucune excuse ne sera acceptée de la part des demandeurs en cas d'inobservation».

9 Le 9 août 1995, les demandeurs déposaient auprès du greffe à Vancouver un avis de constitution d'un nouvel avocat, en date du 8 août 1995. Même si le protonotaire avait exigé dans son ordonnance que

of change of solicitors by August 8, 1995, the Registry, pursuant to instructions from the Prothonotary, accepted for filing, on August 9, 1995, the said notice of change of solicitors. (There is in the file a memorandum to this effect from the Prothonotary to the Registry officer dated August 9, 1995.)

10 On September 22, 1995, the plaintiffs' new solicitor filed a notice of motion pursuant to Rule 324 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] (the Rules) seeking an order to amend the Prothonotary's July 24, 1995 order. Specifically, the plaintiffs, by their motion, were seeking to change the date to file and serve the affidavit of documents from August 23, 1995 to September 30, 1995 and to extend the time for examinations for discovery to November 30, 1995.

11 The defendants submitted written arguments dated September 25, 1995, in opposition to the plaintiffs' motion. In their arguments, the defendants submitted that if the plaintiffs wished to file material outside of the time frame ordered by the Prothonotary, they should have done so by way of an appeal pursuant to Rule 336. According to the defendants, the time for filing an appeal pursuant to that Rule expired on August 7, 1995. Further, the defendants submitted that the Prothonotary possessed the jurisdiction to make the order, which order was a discretionary one made by him after having considered all of the evidence.

12 In the alternative, the defendants argued that the plaintiffs' motion to extend the time for filing their affidavit of documents should not be granted because the evidence in support of the motion, i.e. the affidavit of Harold William Locke, "does not offer a reasonable excuse for not meeting the specific filing requirements set out in the Prothonotary's order".

13 The plaintiffs' solicitor, although served with a copy of the defendants' written arguments, did not respond to the defendants' arguments.

l'avis en question soit déposé avant le 8 août 1995, le greffe, sur instructions du protonotaire, a accepté ledit avis pour dépôt, le 9 août 1995. (Le dossier comporte une note à cet effet, datée du 9 août 1995, de la part du protonotaire à l'agent du greffe.)

10 Le 22 septembre 1995, le nouvel avocat des demandeurs déposait un avis de requête en vertu de la Règle 324 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] (ci-après appelées les Règles) en vue d'obtenir une ordonnance modifiant l'ordonnance du protonotaire datée du 24 juillet 1995. Plus précisément, par leur requête, les demandeurs cherchaient à faire reporter au 30 septembre 1995 la date fixée pour le dépôt et la signification de l'affidavit de documents (23 août 1995), ainsi qu'à faire proroger au 30 novembre 1995 le délai fixé pour les interrogatoires préalables.

11 Les défendeurs ont présentés des arguments écrits datés du 25 septembre 1995, à l'encontre de la requête des demandeurs. Dans leur argumentation, ils ont fait valoir que si les demandeurs désiraient déposer des documents à une date postérieure à celle que le protonotaire avait ordonnée, ils auraient dû procéder par voie d'appel en vertu de la Règle 336. Selon les défendeurs, le délai fixé pour déposer un appel en application de cette règle expirait le 7 août 1995. De plus, ils étaient d'avis que le protonotaire avait compétence pour rendre l'ordonnance, laquelle était une ordonnance discrétionnaire rendue par lui après avoir pris en considération l'ensemble des éléments de preuve.

12 Les défendeurs ont soutenu, subsidiairement, qu'il ne fallait pas faire droit à la requête des demandeurs concernant la prorogation du délai fixé pour déposer leur affidavit de documents car la preuve à l'appui de ladite requête, soit l'affidavit de Harold William Locke, [TRADUCTION] «n'excuse pas de manière raisonnable le non-respect des conditions précises en matière de dépôt fixées dans l'ordonnance du protonotaire».

13 Bien qu'une copie des arguments écrits des défendeurs lui ait été signifiée, l'avocat des demandeurs n'a pas opposé de réplique.

- 14 On October 16, 1995, the Prothonotary dismissed the plaintiffs' motion. In his reasons for order, the Prothonotary examined the events in this file commencing from July 24, 1995, when he was asked to dismiss the plaintiffs' action for want of prosecution. The Prothonotary explained why [at pages 4-5], on July 24, 1995, he had decided to "give the plaintiffs the benefit of a rather elusive doubt and to put the plaintiffs on a schedule requiring that the plaintiffs, Symbol Yachts Ltd., appoint a lawyer to act as counsel by August 8, and file and serve their affidavit of documents by August 23, 1995, with completion of examinations for discovery by November 21, 1995".
- Le 16 octobre 1995, le protonotaire a rejeté la requête des demandeurs. Dans ses motifs d'ordonnance, il a examiné les faits survenus dans ce dossier depuis le 24 juillet 1995, date à laquelle il avait été saisi de la requête en rejet de l'action des demandeurs pour défaut de poursuivre. Le protonotaire a expliqué pourquoi [à la page 3], le 24 juillet 1995, il avait décidé «d'accorder aux demandeurs le bénéfice d'un doute très ténu et établir un calendrier en vertu duquel la demanderesse, Symbol Yachts Ltd., devrait nommer au plus tard le 8 août un avocat pour représenter tous les demandeurs et déposer et signifier leur affidavit de documents au plus tard le 23 août 1995, afin que les interrogatoires préalables soient terminés le 21 novembre 1995».
- 15 The Prothonotary then examined the relevant case law with respect to the effect and the consequences of preemptory orders. The Prothonotary concluded that, notwithstanding a preemptory order, the Court had the power to extend the time, but that such power should be exercised [at page 10] "cautiously, with due regard for the necessity of maintaining the principle that orders are made to be complied with and not to be ignored".
- Le protonotaire a ensuite examiné la jurisprudence applicable concernant l'effet et les conséquences des ordonnances péremptoires. Il a conclu que, nonobstant une ordonnance péremptoire, la Cour avait le pouvoir de proroger le délai; toutefois, il convenait d'exercer ce pouvoir [à la page 10] «avec prudence, en tenant dument compte de la nécessité de respecter le principe selon lequel les ordonnances sont faites pour être suivies et non pas ignorées».
- 16 The Prothonotary then proceeded to examine the reasons for which the plaintiffs were seeking an extension of the deadlines set forth in his July 24, 1995 order. Specifically, the Prothonotary examined the affidavit of Harold Locke which was the only evidence filed in support of the plaintiffs' motion. In particular, the Prothonotary considered paragraph 4 of Mr. Locke's affidavit which reads as follows [at page 11]:
- Le protonotaire a ensuite entrepris d'analyser les raisons pour lesquelles les demandeurs cherchaient à faire proroger les délais fixés dans son ordonnance du 24 juillet 1995. Plus particulièrement, il a examiné l'affidavit de Harold Locke, seul élément de preuve déposé à l'appui de la requête des demandeurs. En particulier, le protonotaire a pris en considération le paragraphe 4 dudit affidavit, dont le texte est le suivant [à la page 11]:
- [TRANSDUCTION]
4. I had provided Mr. Beesley [the Plaintiffs' new solicitor] with a list of documents for the Affidavit of Documents in a timely manner but the list that I provided was not as comprehensive as Mr. Beesley required. Accordingly I was further delayed in my preparation of the Affidavit of Documents.
4. J'ai remis dans les délais prévus à M. Beesley [le nouvel avocat des demandeurs] une liste de documents à inclure dans l'affidavit de documents, mais la liste que j'ai fournie n'était pas suffisamment exhaustive pour les besoins de M. Beesley. Par conséquent, j'ai été de nouveau retardé dans ma préparation de cet affidavit.
- 17 The Prothonotary concluded that the evidence adduced by the plaintiffs was not sufficient to allow him to extend the time given to the plaintiffs to file
- Le protonotaire a conclu que la preuve déposée par les demandeurs n'était pas suffisante pour lui permettre de proroger le délai accordé à ces derniers

and serve their affidavit of documents. At pages 11-12 of his reasons for order, the Prothonotary states the following:

This excuse is rather short on particulars. It does not disclose when the plaintiffs' list was provided to counsel, but merely an opinion as to timeliness, nor indeed what, if any, steps were taken to expedite production of documents. This appears symptomatic of the manner in which the plaintiffs have conducted the litigation from 1989 to date.

Keeping in mind both that relief in instances such as the present is not automatic and the necessity for maintaining the principle that orders are to be complied with and not to be ignored, the plaintiffs have not shown sufficient reason for a further time extension so that they may proceed with their action. The motion is dismissed, with costs to the defendants.

18 The plaintiffs now appeal before me the Prothonotary's order dismissing their motion. Further, the plaintiffs seek leave to introduce the affidavit of Alan Beesley, sworn on October 30, 1995, and the affidavit of Harold Locke, sworn on November 29, 1995.

19 During the hearing of this appeal at Vancouver, I informed the parties, after arguments on the issue, that I would not allow the plaintiffs to file, for the purposes of this appeal, the affidavits of Harold Locke and Alan Beesley. By their affidavits, Mr. Locke and Mr. Beesley purported to explain why the plaintiffs had been unable to comply with the Prothonotary's order of July 24, 1995. It appeared to me quite obvious that those affidavits, or at least the information contained therein, should have been put before the Prothonotary prior to his decision of October 16, 1995. However, that evidence was not before the Prothonotary and, on the basis of what was before him, the Prothonotary dismissed the plaintiffs' application to extend the time.

20 The present matter is an appeal from the Prothonotary's decision pursuant to subsection 336(5) of the Rules. For me to disturb the Prothonotary's order, I must be satisfied that his order was "clearly

pour déposer et signifier leur affidavit de documents. Voici ce que déclare le protonotaire aux pages 11 et 12 de ses motifs d'ordonnance:

Cette excuse n'est pas très explicite. Elle n'indique pas à quelle date la liste des demandeurs a été remise à l'avocat, mais donne simplement une opinion quant au respect des délais et elle n'indique pas non plus si des mesures ont été prises pour accélérer la production des documents. Cette attitude me semble assez représentative de la manière dont les demandeurs ont mené le litige depuis 1989 jusqu'à ce jour.

Compte tenu du fait que le redressement dans les cas comme celui en l'espèce ne doit pas être automatiquement accordé et de la nécessité de respecter le principe selon lequel les ordonnances sont faites pour être suivies et non ignorées, je conclus que les demandeurs n'ont pas établi de motif suffisant pour qu'une nouvelle prorogation de délai leur soit accordée en vue de poursuivre leur action. La requête est rejetée, et les dépens sont adjugés aux défendeurs.

18 Les demandeurs interjettent maintenant appel devant moi de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a rejeté leur requête. De plus, ils souhaitent obtenir l'autorisation de déposer l'affidavit de Alan Beesley, signé le 30 octobre 1995, ainsi que celui de Harold Locke, signé le 29 novembre 1995.

19 Au cours de l'audition du présent appel, à Vancouver, j'ai fait savoir aux parties, après avoir entendu leurs arguments sur la question, que je n'autoriserais pas les demandeurs à déposer, pour les besoins du présent appel, les affidavits de Harold Locke et Alan Beesley. Dans ces affidavits, MM. Locke et Beesley cherchaient à expliquer pourquoi les demandeurs n'avaient pu se conformer à l'ordonnance du protonotaire datée du 24 juillet 1995. Il m'apparaissait assez évident que ces affidavits ou, du moins, les renseignements y figurant, auraient dû être soumis au protonotaire avant qu'il rende sa décision le 16 octobre 1995. Toutefois, cette preuve ne lui a pas été présentée et, en se fondant sur les éléments qu'il avait en mains, le protonotaire a rejeté la requête en prolongation de délai des demandeurs.

20 Il s'agit en l'espèce d'un appel de la décision du protonotaire interjeté en vertu du paragraphe 336(5) des Règles. Pour pouvoir modifier l'ordonnance du protonotaire, je dois être convaincu que son ordon-

wrong” or that the order raises a question “vital to the final issue of the case”. In *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, Mr. Justice MacGuigan of the Federal Court of Appeal explained as follows the applicable standard of review where appeals are taken from discretionary orders of a prothonotary. At page 463, Mr. Justice MacGuigan stated that:

... discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

21 In the present instance, there is no doubt in my mind that the Prothonotary’s order raises a question vital to the final issue of the case since the effect of the Prothonotary’s order is to terminate the plaintiffs’ action. However, I can only examine the Prothonotary’s order in the light of the evidence which was before him when he made his order. Consequently, I cannot, and so advised the parties at the hearing, consider the affidavits which the plaintiffs seek to introduce into the record. I do not know why these affidavits were not filed by the plaintiffs in support of their September 22, 1995 application but, in my view, that evidence, if available, should have been placed before the Prothonotary.

22 This is an appeal of the Prothonotary’s decision and it is now too late to present evidence which should have been made earlier. In my view, the purpose of these new affidavits is to correct the

nance est «entachée d’erreur flagrante» ou qu’elle porte sur une question «ayant une influence déterminante sur l’issue du principal». Dans l’arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425, le juge MacGuigan, de la Cour d’appel fédérale, a expliqué la norme de contrôle applicable en matière d’appel de l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire. Le juge MacGuigan dit ceci, à la page 463:

... le juge saisi de l’appel contre l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l’ordonnance est entachée d’erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits,

b) l’ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal.

Si l’ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début.

En l’espèce, il ne fait aucun doute dans mon esprit que l’ordonnance du protonotaire porte sur une question qui a une influence déterminante sur l’issue de l’affaire étant donné que ladite ordonnance a pour effet de mettre fin à l’action des demandeurs. Cependant, je ne puis examiner l’ordonnance qu’en tenant compte des éléments de preuve dont le protonotaire était saisi au moment où il l’a rendue. Par conséquent, il m’est impossible—et c’est ce que j’ai indiqué aux parties à l’audience—de prendre en considération les affidavits que les demandeurs désirent verser au dossier. J’ignore pourquoi ils n’ont pas déposé ces affidavits à l’appui de leur demande du 22 septembre 1995 mais, d’après moi, ces éléments de preuve, s’ils étaient disponibles, auraient dû être soumis au protonotaire.

Il s’agit d’un appel de la décision du protonotaire, et il est maintenant trop tard pour présenter des éléments de preuve qui auraient dû être soumis plus tôt. À mon sens, ces nouveaux affidavits visent à

shortcomings of the evidence submitted to the Prothonotary. The facts sworn to, for example in the Beesley affidavit, are facts which could have been put before the Prothonotary but were not. The affidavit covers the time period from the initiation of the litigation in 1988 to October 30, 1995.

23 It was for these reasons that I informed the parties during the hearing that I would not allow the plaintiffs to introduce into the record supplementary affidavits.

24 I have already set out the grounds upon which the plaintiffs attack the Prothonotary's decision of October 16, 1995. With respect to grounds numbers 1, 2 and 3, I am of the view that the plaintiffs cannot succeed. Firstly, contrary to what the plaintiffs assert, it appears to me that the Prothonotary did consider all of the relevant circumstances, of which he was made aware, in reaching the conclusion that he reached. Put another way, in exercising my discretion *de novo*, it is my view that the Prothonotary's conclusion is the correct one. The affidavit of Mr. Locke, filed by the plaintiffs in support of their application to extend the time limits, was clearly insufficient to allow the Prothonotary to extend the time to file and serve the affidavit of documents set out in his order of July 24, 1995. I have already cited the Prothonotary's reasons in refusing to so extend the time and I must say that I cannot find anything wrong with his reasons.

25 Finally, the fact that the plaintiffs had made tentative arrangements with the defendants with respect to discovery is, in my view, not relevant. The Prothonotary dismissed the plaintiffs' application to extend the time limits because he concluded that, on the evidence before him, the plaintiffs had not shown, to his satisfaction, why they could not have complied with his July 24, 1995 order. Again, the evidence filed by the plaintiffs in support of their motion, i.e. the affidavit of Harold Locke, was, as the Prothonotary stated in his reasons, "rather short on particulars". There is no doubt that better evidence could and should have been placed before the

comblent les lacunes des éléments de preuve soumis au protonotaire. Les faits attestés, dans l'affidavit de M. Beesley par exemple, auraient pu être portés à l'attention du protonotaire, mais ils ne l'ont pas été. L'affidavit couvre la période qui s'étend du début du litige en 1988 jusqu'au 30 octobre 1995.

C'est pour ces raisons que j'ai informé les parties à l'audience que je n'autoriserais pas les demandeurs à verser au dossier des affidavits supplémentaires. 23

J'ai déjà exposé les motifs pour lesquels les demandeurs contestent la décision du protonotaire datée du 16 octobre 1995. En ce qui concerne les premier, deuxième et troisième motifs, je suis d'avis que les demandeurs ne peuvent obtenir gain de cause. Premièrement, contrairement à ce qu'ils affirment, il me semble que le protonotaire a bel et bien pris en considération l'ensemble des circonstances pertinentes soumises à son attention pour arriver à sa conclusion. Autrement dit, en exerçant mon pouvoir discrétionnaire de reprendre l'affaire depuis le début, je suis d'avis que la conclusion du protonotaire est la bonne. L'affidavit de M. Locke, que les demandeurs ont déposé à l'appui de leur requête en prorogation des délais fixés, était manifestement insuffisant pour permettre au protonotaire de proroger le délai prévu dans son ordonnance du 24 juillet 1995 pour déposer et signifier l'affidavit de documents. J'ai déjà exposé les raisons pour lesquelles le protonotaire a refusé de proroger ainsi le délai, et je dois dire que je n'y relève aucune erreur. 24

Enfin, à mon sens, le fait que les demandeurs aient pris des dispositions provisoires avec les défendeurs au sujet des interrogatoires préalables n'est pas pertinent. Le protonotaire a rejeté la requête en prorogation de délai des demandeurs parce qu'il a conclu qu'au vu de la preuve dont il était saisi, ces derniers n'avaient pas montré, à sa satisfaction, pourquoi ils n'avaient pu se conformer à son ordonnance du 24 juillet 1995. Là encore, la preuve déposée par les demandeurs à l'appui de leur requête, c'est-à-dire l'affidavit de Harold Locke, n'était, comme l'a indiqué le protonotaire dans ses motifs, «pas très explicite». Il est indubitable qu'il aurait 25

Prothonotary. It is not up to me to speculate as to why that evidence was not placed before the Prothonotary. However, on the evidence before him, the Prothonotary, in my view, came to the proper conclusion.

fallu soumettre au protonotaire des preuves plus étoffées. Il ne m'appartient pas de conjecturer sur les raisons pour lesquelles elles ne l'ont pas été. Toutefois, d'après les éléments de preuve dont il était saisi, le protonotaire a, je crois, tiré la conclusion qui convenait.

26 I now turn to ground number 4 to the effect that the Prothonotary did not have the jurisdiction to make his July 24, 1995 order.

Voyons maintenant le quatrième motif, à savoir 26 que le protonotaire n'avait pas compétence pour rendre son ordonnance du 24 juillet 1995.

27 Rule 336 of the Rules establishes the power of the Prothonotary. That Rule reads as follows:

La Règle 336 des Règles établit le pouvoir dont 27 est investi le protonotaire. Le texte de cette Règle est le suivant:

Rule 336. (1) Notwithstanding Rule 326(1), a prothonotary shall have power

Règle 336. (1) Nonobstant la Règle 326(1), un protonotaire a le pouvoir

(a) to do anything that he is by these Rules authorized to do,

a) de faire toute chose autorisée par les présentes Règles,

(b) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to make any order that the Trial Division may make other than

b) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, de rendre toute ordonnance pouvant être rendue par la Division de première instance à l'exception

(i) an order that is inconsistent with an order previously made by the Court or a judge, or

i) d'une ordonnance incompatible avec une ordonnance précédemment rendue par la Cour ou un juge, et

(ii) an order fixing a date or place of trial,

ii) d'une ordonnance fixant les date et lieu de l'instruction,

(c) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to give a judgment disposing of an action,

c) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, d'inscrire un jugement statuant sur une action,

(d) to deliver any judgment and make any order that the Court may deliver or make under Rules 432 to 437,

d) de rendre tout jugement ou toute ordonnance que la Cour pourra rendre en vertu des Règles 432 et 437,

(e) to make any order that the Court might make granting leave to issue a writ of execution or extending the validity of a writ of execution,

e) de rendre toute ordonnance que la Cour pourrait rendre pour permettre d'émettre un bref d'exécution ou pour prolonger la validité d'un bref d'exécution,

(f) to hear and dispose of any action in which the amount involved does not exceed \$5,000 that has been assigned to him by a special direction of the Associate Chief Justice, or

f) d'entendre et décider toute action portant sur un montant ne dépassant pas \$5,000 qui lui a été confiée sur directive spéciale du juge en chef adjoint, ou

(g) to dispose of any interlocutory application assigned to him specially or to any prothonotary, by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice,

g) de statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée ou qui a été confiée à l'un quelconque des protonotaires sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint,

and, in exercising his powers, a prothonotary shall, ordinarily, sit in a hearing room open to the public, but, except in a matter under paragraph (f), failure to do so shall not invalidate anything done by him.

(2) In case a matter shall appear to a prothonotary to be proper for consideration by the Court, he may refer the same to the Court and the Court may either dispose of the matter or refer it back to a prothonotary with such direction as seems appropriate.

(3) Every order or decision made or given by a prothonotary under this Rule is as valid and binding on all parties concerned as if it had been made or given by the Court.

(4) Every judgment or order made by a prothonotary is to be signed by the prothonotary by whom it was made.

(5) Any person affected by an order or decision of a prothonotary, other than a judgment under Rules 432 to 437, may appeal therefrom to the Court and such appeal shall be made by an application of which a notice shall be given to all interested parties setting forth the grounds of objection and served within 14 days after the order or decision complained of, and 4 clear days before the day fixed for hearing the same, or served within such other time as may be allowed by the Court or a prothonotary on *ex parte* application. The appeal shall be filed not later than 2 days before the date named for hearing (In this paragraph, "Court" means "Trial Division", if the matter is in the Trial Division, and "Court of Appeal", if the matter is in the Court of Appeal).

28 Specifically, the issue which the plaintiffs raise is whether the defendants' June 1995 application to have the plaintiffs' action dismissed for want of prosecution is one which the Prothonotary could hear and decide. The plaintiffs submit that under paragraph 336(1)(g) of the Rules, the Prothonotary has jurisdiction to dispose of any interlocutory application. The plaintiffs argue that the defendants' application to dismiss their statement of claim for want of prosecution was not an interlocutory application but a final application in that the outcome of that application was the termination of the plaintiffs' action.

29 I cannot agree with the position taken by the plaintiffs. In *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989]

et, dans l'exercice de ses pouvoirs, un protonotaire doit, d'ordinaire, siéger dans une salle d'audience ouverte au public; toutefois, sauf pour une question visée à l'alinéa f), le défaut de siéger dans une telle salle n'invalidera pas ce qu'il aura fait.

(2) Si un protonotaire estime qu'une question devrait être examinée par la Cour, il peut la renvoyer devant la Cour et la Cour pourra soit résoudre la question ou la renvoyer de nouveau devant un protonotaire avec les instructions qu'elle juge appropriées.

(3) Toute ordonnance ou décision rendue par un protonotaire en vertu de la présente Règle est aussi valide que si elle avait été rendue par la Cour et lie toutes les parties concernées dans la même mesure.

(4) Les jugements ou ordonnances rendus par un protonotaire doivent être signés par le protonotaire qui les a rendus.

(5) Toute personne concernée par une ordonnance ou décision d'un protonotaire, autre qu'un jugement en vertu des Règles 432 à 437, peut en appeler à la Cour et cet appel doit être interjeté au moyen d'une demande dont avis doit être donné à toutes les parties intéressées, ledit avis devra indiquer les raisons de l'opposition et être signifié dans les 14 jours de l'ordonnance ou de la décision dont il est fait appel, et 4 jours francs avant le jour fixé pour l'audition de l'appel, ou devra être signifié dans tel autre délai que pourra accorder la Cour ou un protonotaire sur demande *ex parte*. L'appel doit être déposé 2 jours au moins avant la date fixée pour l'audition. (Au présent alinéa, «Cour» désigne la «Division de première instance», si la question est devant la Division de première instance, et la «Cour d'appel», si la question est devant la Cour d'appel).

28 Plus précisément, la question que soulèvent les demandeurs est celle de savoir si la requête présentée en juin 1995 par les défendeurs en vue d'obtenir le rejet de l'action des demandeurs pour défaut de poursuivre était une demande dont le protonotaire pouvait connaître. Les demandeurs font valoir qu'aux termes de l'alinéa 336(1)(g) des Règles, le protonotaire a le pouvoir de statuer sur toute demande interlocutoire. Or, soutiennent-ils, la requête des défendeurs en vue de faire rejeter leur déclaration pour défaut de poursuivre n'était pas une demande interlocutoire mais une demande définitive en ce sens que l'issue de cette dernière était la fin de l'action des demandeurs.

29 Je ne puis souscrire à cette position. Dans l'arrêt *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479

3 F.C. 479 (T.D.), the Associate Chief Justice dealt with this issue in the context of an application by the defendants to strike out the plaintiffs' statement of claim under subsection 419(1) of the Rules. The Associate Chief Justice concluded that the defendants' application to strike was an interlocutory application and thus, that the Prothonotary had jurisdiction to hear the matter. At page 484, the Associate Chief Justice explained the Prothonotary's jurisdiction and his reasoning, in concluding that the defendants' application was an interlocutory application, is as follows:

In accordance with my authority under section 15 and the jurisdiction given prothonotaries to dispose of interlocutory applications under Rule 336(1)(g), I issued practice note 3 providing for the hearing of interlocutory applications, with specified limitations, by the senior and associate senior prothonotary. In my view, this does not constitute any further delegation. It is clear from paragraph 46(1)(h) of the Act that Parliament did not intend prothonotaries to act simply as procedural officers of the Court. On the contrary, it is clear from that section that Parliament intended prothonotaries to have jurisdiction of a judicial nature. In order to exercise that jurisdiction, however, there must be a Federal Court Rule empowering the prothonotary to do so, hence Rule 336. The jurisdiction of the prothonotary to hear interlocutory applications springs from subsection 46(1). The power to exercise that jurisdiction is found in Rule 336(1)(g). The exercise of that jurisdiction is limited to "any interlocutory application assigned to him specially or to any prothonotary, by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice". Applications to strike a pleading under Rule 419(1) are clearly interlocutory applications despite the fact that the decisions may finally determine the matters. The jurisdiction of prothonotaries to hear them does not originate in our rule or my practice note, but in the *Federal Court Act*.

(1^{re} inst.), le juge en chef adjoint a analysé cet aspect dans le contexte d'une requête émanant des défendeurs en vue de faire radier la déclaration des demandeurs en vertu du paragraphe 419(1) des Règles. Le juge en chef adjoint a conclu que la requête en radiation des défendeurs était une demande interlocutoire et que, de ce fait, le protonotaire avait le pouvoir d'entendre l'affaire. Dans son raisonnement à la page 484, il a expliqué ainsi le pouvoir conféré au protonotaire:

En me fondant sur le pouvoir que je détiens sous le régime de l'article 15 et sur la compétence de juger les demandes interlocutoires qui est conférée aux protonotaires aux termes de la Règle 336(1)(g), j'ai énoncé la directive de pratique numéro 3, qui prévoit que les demandes interlocutoires, à l'intérieur de certaines limites précises, sont entendues par le protonotaire-chef et le protonotaire-chef adjoint. À mon sens, cette disposition ne constitue pas une sous-délégation. Il ressort clairement de l'alinéa 46(1)(h) de la Loi que le Parlement n'avait pas l'intention que les protonotaires agissent simplement comme préposés à la procédure pour la Cour. Il est, au contraire, manifeste, à la lecture de cet article, que le Parlement voulait que les protonotaires possèdent une compétence à caractère judiciaire. Pour qu'une telle compétence puisse être exercée, toutefois, une règle de la Cour fédérale doit conférer au protonotaire le pouvoir concerné, d'où la Règle 336. La compétence du protonotaire d'entendre les demandes interlocutoires découle du paragraphe 46(1). Le pouvoir d'exercer cette compétence est accordé par la Règle 336(1)(g). L'exercice de cette compétence est limité à «toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée ou qui a été confiée à l'un quelconque des protonotaires sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint». Les demandes de radiation de plaidoiries effectuées sous le régime de la Règle 419(1) constituent clairement des demandes interlocutoires malgré le fait que les décisions concernées peuvent trancher les questions soulevées de façon définitive. La compétence des protonotaires de les entendre n'est pas fondée sur notre règle ou sur ma directive de pratique, mais sur la *Loi sur la Cour fédérale*.

30 Consonant with the Associate Chief Justice's reasons in *Iscar, supra*, are the reasons given by Giles A.S.P. (the Senior Prothonotary), in *746278 Ontario Ltd. v. Courtot* (1989), 24 C.P.R. (3d) 362 (F.C.T.D.). Before the Senior Prothonotary was an application for determination that damages were payable. An objection was made to the Senior Pro-

Sont compatibles avec les motifs prononcés par le juge en chef adjoint dans l'arrêt *Iscar*, précité, les motifs du protonotaire adjoint Giles (ci-après appelé le protonotaire adjoint) dans la décision *746278 Ontario Ltd. c. Courtot* (1989), 24 C.P.R. (3d) 362 (C.F. 1^{re} inst.). Le protonotaire adjoint était saisi d'une demande en vue d'obtenir une décision pres-

thonotary's jurisdiction to hear such a motion on the ground, *inter alia*, that the application in question was not an interlocutory application within the meaning of paragraph 336(1)(g) of the Rules. The learned Senior Prothonotary disposed of that objection, at pages 363-364, as follows:

Another ground argued by counsel for lack of jurisdiction was that an application for determination that damages were payable was not an interlocutory application within the meaning of Rule 336(1)(f)¹ because it resulted in a final judgment or order on that point. In my view, counsel in his argument has failed to note that the jurisdiction given to a prothonotary is the jurisdiction to hear interlocutory applications, that is to say applications in the course of an action. The fact that such an action may finally determine an issue other than the main issue, does not detract from the interlocutory nature of the application.

31 The plaintiffs referred me to the reasons for judgment of Muldoon J. in *Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc.* (1991), 40 C.P.R. (3d) 193 (F.C.T.D.) and those of MacGuigan J.A. in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, *supra*.

32 In *Tribro Investments*, the issue before Muldoon J. was whether a motion to rescind an *ex parte* order made by a judge of the Trial Division of this Court extending the time of Tribro Investments to file evidence was an interlocutory motion under subsection 332(1) of the Rules.

33 In the course of his reasons, Muldoon J. referred to the decisions rendered by Giles A.S.P. and the Associate Chief Justice in *Iscar*, *supra*. Both Giles A.S.P. and the Associate Chief Justice had concluded in *Iscar* that an application to strike a statement of claim pursuant to paragraph 419(1)(a) of the Rules was an interlocutory application. Muldoon J. agreed with the results in *Iscar* on the ground that a judgment striking a statement of claim pursuant to paragraph 419(1)(a) of the Rules was not "final".

crivant que des dommages-intérêts étaient à payer. Une objection a été formulée contre le pouvoir du protonotaire adjoint d'entendre une telle requête et ce, au motif, notamment, que la requête en question n'était pas une demande interlocutoire au sens de l'alinéa 336(1)(g) des Règles. Le protonotaire adjoint dispose de cette objection en ces termes, aux pages 363 et 364:

[TRADUCTION] Un autre motif invoqué par l'avocat pour justifier l'absence de compétence était qu'une demande en vue d'obtenir une décision que des dommages-intérêts étaient payables n'était pas une demande interlocutoire au sens de la Règle 336(1)(f)¹ parce qu'elle menait à une ordonnance ou à un jugement définitif sur la question. À mon avis, dans son argumentation l'avocat a omis de signaler que le pouvoir conféré au protonotaire est celui d'entendre des demandes interlocutoires, c'est-à-dire des demandes présentées au cours d'une action. Le fait qu'une telle action puisse résoudre de manière définitive une question autre que la question principale n'atténue pas le caractère interlocutoire de la demande.

Les demandeurs m'ont renvoyé aux motifs de jugement prononcés par le juge Muldoon dans l'affaire *Tribro Investments Ltd. c. Embassy Suites, Inc.* (1991), 40 C.P.R. (3d) 193 (C.F. 1^{re} inst.), ainsi qu'à ceux du juge MacGuigan dans l'arrêt précité *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.* 31

Dans *Tribro Investments*, la question que le juge Muldoon avait à trancher consistait à savoir si une requête en annulation d'une ordonnance *ex parte* d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale, prorogeant le délai dont disposait Tribro Investments pour produire des éléments de preuve, constituait une requête interlocutoire au sens du paragraphe 332(1) des Règles. 32

Dans ses motifs, le juge Muldoon a fait référence à la décision du protonotaire adjoint Giles et à celle du juge en chef adjoint dans l'arrêt *Iscar*, précité. Tous deux avaient conclu qu'une requête en radiation d'une déclaration en vertu de l'alinéa 419(1)(a) des Règles était une demande interlocutoire. Le juge Muldoon a souscrit, quant au résultat, à l'arrêt *Iscar* au motif qu'un jugement radiant une déclaration en vertu de l'alinéa 419(1)(a) des Règles n'était pas «définitif». Voici comment le juge Muldoon a expli- 33

Muldoon J. explained his point of view as follows, at page 201:

Where substantive rights are in controversy, no statement of claim may be struck out—that which must be plain and obvious when Rule 419(1)(a) is invoked. When the prothonotary is empowered to strike out a statement of claim, he does so effectively on a motion to remove a nullity, an excrescence in which substantive rights are simply not articulated. That is why the prothonotary's judgment is not "final" in contemplation of the statutory definition, even although it could otherwise be regarded as terminal with regard to the excrescence. That has been held to be determining an interlocutory application.

34 Muldoon J. then went on to examine the meaning of the word "interlocutory". After reviewing the authorities, Muldoon J., at page 204, adopted the reasoning of Cromarty J. in *Cameron Packaging Ltd. v. Ruddy; Ruddy v. Cameron Packaging Ltd.* (1983), 41 C.P.C. 154 (Ont. H.C.) and that of Gordon Wood who annotated the *Cameron Packaging* case [at pages 156-157]. The annotation written by Mr. Wood, quoted by Muldoon J., reads as follows:

Annotation

Cromarty J. finds that an application pursuant to R. 126 is not an interlocutory application on the basis that it can result in an order finally disposing of the rights of the parties. On the face of it, the reference in R. 292 to interlocutory motions clearly appears to advert to the distinction between interlocutory and originating motions, and not to the distinction between interlocutory and final orders. As is stated in Williston and Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), vol. 1, at p. 470:

"The distinction between originating and interlocutory motions should not be confused with the distinction between final and interlocutory orders. An originating motion may in some cases give rise to an interlocutory order; conversely, an interlocutory application may in certain cases give rise to a final order."

Cromarty J. refers to *Bongard v. Parry Sound*, [1968] 2 O.R. 137 (H.C.) in support of his view that a motion under R. 126 is not interlocutory. In that case, Stark J. stated (at p. 141):

qué son point de vue, à la page 201:

S'il s'agit de statuer sur les droits des parties à l'instance, la déclaration ne saurait être radiée—c'est ce qui ressort à l'évidence de la Règle 419(1)a). Quand le protonotaire est habilité à radier une déclaration, il le fait effectivement sur une requête visant l'élimination d'une nullité, d'une excroissance qui n'englobe simplement pas les droits des parties à l'instance. C'est pourquoi le jugement du protonotaire n'est pas «définitif» au sens de la définition donnée dans la loi, quand bien même il pourrait autrement être considéré comme mettant fin à l'excroissance. La Cour a jugé qu'il statuait sur une demande interlocutoire.

Le juge Muldoon a ensuite analysé le sens du mot «interlocutoire». Après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge Muldoon, à la page 204, a fait sien le raisonnement du juge Cromarty dans la décision *Cameron Packaging Ltd. v. Ruddy; Ruddy v. Cameron Packaging Ltd.* (1983), 41 C.P.C. 154 (H.C. Ont.) ainsi que celui de Gordon Wood, dans un commentaire en marge de l'affaire *Cameron Packaging* [aux pages 156 et 157]. Le commentaire de M. Wood, et que le juge Muldoon a cité, est libellé comme suit:

Annotation

Le juge Cromarty conclut qu'une demande faite conformément à la Règle 126 n'est pas une demande interlocutoire parce qu'elle peut mener à une ordonnance déterminant définitivement les droits des parties. À première vue, la mention à la Règle 292 de requêtes interlocutoires semble clairement se référer à la distinction entre les requêtes interlocutoires et les requêtes introductives d'instance, et non à la distinction entre les ordonnances interlocutoires et les ordonnances définitives. Comme l'ont dit Williston et Rolls, dans *The Law of Civil Procedure* (1970), vol. 1, à la p. 470:

"La distinction entre les requêtes interlocutoires et les requêtes introductives d'instance ne doit pas être confondue avec la distinction entre les ordonnances interlocutoires et les ordonnances définitives. Une requête introductive d'instance peut parfois donner lieu à une ordonnance interlocutoire; à l'inverse, une demande interlocutoire peut parfois donner lieu à une ordonnance définitive."

Le juge Cromarty se reporte à l'arrêt *Bongard v. Parry Sound*, [1968] 2 O.R. 137 (H.C.) pour étayer son point de vue selon lequel une requête en vertu de la Règle 126 n'est pas interlocutoire. Dans cet arrêt, le juge Stark a dit (à la p. 141):

“My view is that while in form it commenced as an interlocutory matter, in the result it soon became evident that it was or could be a final disposition.”

Stark J. then went on to refer to the reasons of Fraser J. in *Re H. Flagal (Holdings) Ltd.*, [1966] 1 O.R. 33, 52 D.L.R. (2d) 385 (H.C.). In that case, the applicant on an originating motion sought to introduce an affidavit sworn on information and belief, on the grounds that the application was “in substance” an interlocutory application. The submission was rejected, but the reasoning of Fraser J. is authority for the proposition that the prospect of an order being made which finally disposes of the rights of the parties, heard on the question as to whether the motion itself is interlocutory within the meaning of R. 292. For the purposes of R. 292, therefore, one must consider not simply the form of the application, but as well, whether the application can result in a final disposition of the rights of either party to the action.

“À mon avis, la question a d'abord pris la forme d'une question interlocutoire, mais à la fin, il est vite devenu évident qu'il en résulterait ou qu'il pourrait en résulter un jugement définitif.”

Le juge Stark s'est ensuite référé aux motifs du juge Fraser dans l'arrêt *Re H. Flagal (Holdings) Ltd.*, [1966] 1 O.R. 33, 52 D.L.R. (2d) 385 (H.C.). Dans celui-ci, la requérante avait voulu déposer, à l'appui d'une requête introductive d'instance, un affidavit faisant état de renseignements et d'une croyance, parce que la demande était “essentiellement” une demande interlocutoire. L'argument a été rejeté, mais le raisonnement de Fraser permet de soutenir qu'il y a des chances qu'une ordonnance soit rendue qui détermine les droits des parties de façon définitive, relativement à la question de savoir si la requête elle-même est interlocutoire au sens de la Règle 292. Pour l'application de cette règle, il faut donc tenir compte non seulement de la forme de la demande, mais encore de la question de savoir si la demande peut mener à une détermination définitive des droits des parties à l'instance.

35 As I understand Mr. Wood's comments, his view is that the nature of an application, whether final or interlocutory, depends on the results achieved by that application. Put another way, if the end result of an application is to dispose of an issue or of the action, then that application must be considered as being a “final” application.

Si je comprends bien ses propos, M. Wood est d'avis que la nature d'une demande, qu'elle soit définitive ou interlocutoire, dépend des résultats auxquels elle mène. En d'autres termes, si l'issue ultime d'une demande est de statuer sur une question ou sur l'action, cette demande doit donc être considérée comme «définitive».

36 I cannot agree with this point of view since it would mean, in so far as the jurisdiction of the Prothonotary is concerned, that one could only decide whether the Prothonotary had jurisdiction after his decision was rendered. Thus, in the present instance, if the Prothonotary had dismissed the defendants' application to strike the statement of claim for want of prosecution, then, the defendants' application would be an interlocutory application since it would not have resulted in the disposition of the issue or action. In my view, that cannot be. I prefer the reasoning of the Associate Chief Justice in *Iscar* and that of Giles A.S.P. in *746278 Ontario Ltd.*, *supra*, that an interlocutory application is simply an application in the course of an action which may well result in the “final” disposition of an issue.

Il s'agit là d'un point de vue auquel je ne puis souscrire car cela signifierait, en ce qui concerne le pouvoir du protonotaire, qu'on ne pourrait décider si ce dernier avait compétence qu'après le prononcé de sa décision. Cela veut donc dire qu'en l'espèce, si le protonotaire avait rejeté la requête des défendeurs en vue d'obtenir la radiation de la déclaration pour défaut de poursuivre, cette requête aurait donc été une demande interlocutoire puisqu'elle n'aurait pas mené au règlement de la question ou de l'action. À mon sens, cela est impossible. Je préfère le raisonnement du juge en chef adjoint dans l'arrêt *Iscar* ainsi que celui du protonotaire adjoint Giles dans la décision *746278 Ontario Ltd.*, précitée, à savoir qu'une demande interlocutoire est simplement une demande présentée dans le cours d'une action qui peut fort bien mener au règlement «définitif» d'une question.

37 The plaintiffs, as I have already indicated, also referred me to the reasons for judgment of MacGuigan J.A. in *Aqua-Gem Investments*, *supra*.

Ainsi que je l'ai indiqué, les demandeurs m'ont également renvoyé aux motifs du juge MacGuigan dans l'arrêt *Aqua-Gem Investments*, précité, et plus

Specifically, the plaintiffs referred me to that part of MacGuigan J.A.'s reasons where, at pages 464-465, he states the following:

The question before the prothonotary in the case at bar can be considered interlocutory only because the prothonotary decided it in favour of the appellant. If he had decided it for the respondent, it would itself have been a final decision of the case: *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195 (F.C.A.) at pages 6197-6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). It seems to me that a decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. Another way of putting the matter would be to say that for the test as to relevance to the final issue of the case, the issue to be decided should be looked to before the question is answered by the prothonotary, whereas that as to whether it is interlocutory or final (which is purely a *pro forma* matter) should be put after the prothonotary's decision. Any other approach, it seems to me, would reduce the more substantial question of "vital to the issue of the case" to the merely procedural issue of interlocutory or final, and preserve all interlocutory rulings from attack (except in relation to errors of law).

I believe this approach is supported by the Ontario Court of Appeal in *Stoicewski*, where Lacourcière J.A. held (at page 439) that "[a]n amendment [to a statement of defence] which may have the effect of reducing the plaintiff's quantum of recovery of damages is clearly vital to the final issue." More important, the decision by the English Court of Appeal on the third appeal in *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543, where the Court refused to intervene against a motions judge's substitution of his discretion for that of a master on a motion to dismiss an action for want of prosecution, is on all fours with the case at bar. It is true that on the facts in the third appeal in *Allen*, the delay had been one for 14 years, but that fact can have nothing to do with the issue of whose discretion is to govern.

précisément au passage où il déclare ceci, aux pages 464 et 465:

La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause; Voir *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195 (C.A.F.) aux pages 6197 et 6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). Il me semble qu'une décision qui peut être ainsi soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Autrement dit, pour savoir si le résultat de la procédure est un facteur déterminant de l'issue du principal, il faut examiner le point à trancher avant que le protonotaire ne réponde à la question, alors que pour savoir si la décision est interlocutoire ou définitive (ce qui est purement une question de forme), la question doit se poser après la décision du protonotaire. Il me semble que toute autre approche réduirait la question de fond de «l'influence déterminante sur l'issue du principal» à une question purement procédurale de distinction entre décision interlocutoire et décision définitive et protégerait toutes les décisions interlocutoires contre les attaques (sauf le cas d'erreur de droit).

Je pense que cette approche est aussi celle qu'adopte la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Stoicewski*, par lequel le juge Lacourcière, J.C.A., conclut (à la page 439) que [TRADUCTION] «une modification [apportée à une défense] qui peut avoir pour effet de réduire le quantum des dommages-intérêts recouvrables par le demandeur a manifestement une influence déterminante sur l'issue de la cause principale». Plus important encore, la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre en troisième appel de l'affaire *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543, par laquelle elle a refusé d'infirmer la décision du juge des requêtes de substituer son appréciation discrétionnaire à celle du protonotaire à l'égard d'une exception pour défaut de poursuivre, est entièrement applicable en l'espèce. Il est vrai que pour ce qui est des faits dans ce troisième appel, il y avait eu un retard de 14 ans, mais ce fait n'a rien à voir avec la question de savoir quelle est l'autorité dont la décision discrétionnaire doit l'emporter.

38 In my view, that passage from MacGuigan J.A.'s reasons is not germane to the present issue. In *Aqua-Gem, supra*, MacGuigan J.A. was examining whether the order rendered by the Prothonotary raised a question vital to the final issue of the case. It was in that context that he examined whether the

Selon moi, ce passage des motifs du juge MacGuigan est sans rapport avec l'espèce. Dans l'arrêt *Aqua-Gem*, précité, le juge MacGuigan examinait si l'ordonnance du protonotaire soulevait une question cruciale pour le règlement définitif de l'affaire. C'est dans ce contexte qu'il s'est demandé si 38

order in question could be qualified as “interlocutory” or “final”. In *Aqua-Gem*, MacGuigan J.A. was not concerned with the Prothonotary’s jurisdiction to hear the application before him.

l’ordonnance en question pouvait être qualifiée d’«interlocutoire» ou de «définitive». Il ne s’intéressait pas à la compétence du protonotaire pour entendre la demande dont il était saisi.

39 In *Aqua-Gem*, *supra*, the order under appeal was that of a Motions Judge who had dismissed the plaintiff’s action for want of prosecution [(1991), 91 DTC 5641 (F.C.T.D.)]. In so doing, the Motions Judge had overturned the decision of the Associate Senior Prothonotary [(1991), 91 DTC 5546 (F.C.T.D.)] who had dismissed the defendant’s motion seeking the dismissal of the plaintiff’s action for want of prosecution. The real issue before the Court of Appeal was whether the Motions Judge had applied the proper standard of review in setting aside the discretionary decision of the Senior Prothonotary. A majority of the Court dismissed the plaintiff’s appeal. There is no suggestion in the reasons given by the majority, nor in those given by the Chief Justice and Robertson J.A. in their dissenting opinions that the Senior Prothonotary was without jurisdiction to hear the application which ultimately gave rise to the appeal.

Toujours dans l’arrêt *Aqua-Gem*, l’ordonnance visée par l’appel émanait d’un juge des requêtes qui avait rejeté l’action de la demanderesse pour défaut de poursuivre [(1991), 91 DTC 5641 (C.F. 1^{re} inst.)]. Ce faisant, le juge des requêtes avait infirmé la décision du protonotaire adjoint [(1991), 91 DTC 5546 (C.F. 1^{re} inst.)] qui avait rejeté la requête par laquelle la défenderesse cherchait à obtenir le rejet de l’action de la demanderesse pour défaut de poursuivre. La véritable question dont était saisie la Cour d’appel était de savoir si le juge des requêtes avait appliqué la norme de contrôle appropriée en annulant la décision discrétionnaire du protonotaire adjoint. La Cour a rejeté majoritairement l’appel de la demanderesse. Il ne ressort pas des motifs de la majorité, ni des motifs dissidents du juge en chef et du juge Robertson, que le protonotaire adjoint n’avait pas compétence pour entendre la demande qui, en fin de compte, avait donné lieu à l’appel. 39

40 To terminate this point, my view is that paragraph 336(1)(g) of the Rules empowers the Prothonotary to dispose of any interlocutory application. The Rule does not limit or restrict the Prothonotary’s jurisdiction to “interlocutory” orders. The Rule, to repeat myself, provides that the Prothonotary may dispose of any interlocutory application. In disposing of interlocutory applications, the Prothonotary can, in my view, render orders which are final orders in the sense explained by MacGuigan J.A. in *Aqua-Gem*.

En conclusion, je suis d’avis que l’alinéa 336(1)g) 40 des Règles autorise le protonotaire à statuer sur toute demande interlocutoire. Cette Règle ne limite pas ou ne restreint pas la compétence du protonotaire aux ordonnances «interlocutoires». La Règle, je le répète, dispose que le protonotaire peut statuer sur toute demande interlocutoire. Ce faisant, il peut, selon moi, rendre des ordonnances qui sont définitives au sens où l’explique le juge MacGuigan dans l’arrêt *Aqua-Gem*.

41 As I have already explained, the Prothonotary’s jurisdiction to hear interlocutory applications cannot depend on the result of his decision, as seems to be the suggestion made by Muldoon J. in *Tribro Investments*, *supra*. The Prothonotary either has the jurisdiction to hear a matter or he does not. If he does not have jurisdiction, then he simply cannot hear the application, whatever the result of his decision might be. Thus, the plaintiffs’ submission on jurisdiction fails.

Comme je l’ai déjà expliqué, la compétence du 41 protonotaire pour entendre des demandes interlocutoires ne peut dépendre de l’issue de sa décision, comme semble le laisser entendre le juge Muldoon dans l’arrêt *Tribro Investments*, précité. De deux choses l’une: le protonotaire est compétent pour entendre une affaire, ou il ne l’est pas. S’il n’est pas compétent, alors il ne peut tout simplement pas entendre la demande, quelle que soit l’issue de sa décision. C’est donc dire que l’argument des demandeurs au sujet de la compétence n’est pas valable.

42 For all these reasons, I am of the view that the plaintiffs' appeal cannot be allowed. Costs shall be in favour of the defendants.

¹ The Rule should read 336(1)(g).

Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'appel des demandeurs ne peut être accueilli. Les dépens seront adjugés aux défendeurs. 42

¹ Lire plutôt 336(1)(g).

A-242-93

A-242-93

Minister of Employment and Immigration (*Appellant*) (*Respondent*)

Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*appelant*) (*intimé*)

v.

c.

Sonny Dass (*Respondent*) (*Applicant*)

Sonny Dass (*intimé*) (*requérant*)

INDEXED AS: DASS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: DASS c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, February 7 and 15, 1996.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 7 et 15 février 1996.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Order in Council granting exemption from requirement of Act, s. 9(1), requiring application for landing and permanent residency be made outside Canada, not same as granting of permanent residence — When, after exemption obtained, applicant for landing convicted of criminal acts covered by Act, s. 19(1)(c), Minister cannot be ordered to grant landing or to continue processing landing application — F.C.A. decision in Sivacilar v. M.E.I. considered, restricted in application to particular facts.

Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Un décret octroyant l'exemption de l'exigence de l'art. 9(1) de la Loi, exigeant que la demande du droit d'établissement et de résidence permanente soit faite à l'extérieur du Canada, n'est pas la même chose que l'octroi de la résidence permanente — Quand, une fois l'exemption obtenue, le demandeur du droit d'établissement est accusé d'actes criminels visés par l'art. 19(1)c), le ministre ne peut être enjoint d'octroyer le droit d'établissement ou d'en poursuivre le traitement de la demande — La décision de la C.A.F. dans l'affaire Sivacilar c. M.E.I. a été examinée et limitée dans son application aux faits particuliers de cette affaire.

The respondent, a Trinidadian, entered Canada as a visitor and married a Canadian citizen shortly thereafter. In April 1989, he requested an exemption under subsection 114(2) of the *Immigration Act*, on compassionate and humanitarian grounds, from the provisions of subsection 9(1) of the *Immigration Act* in order to be allowed to apply for landing from within Canada. In May 1989, a report was sent to the Governor in Council recommending that the application be granted, with the mention: "Appears to meet requirements. Landing is recommended."

L'intimé, originaire de Trinidad, est entré au Canada en qualité de visiteur et a épousé peu après une citoyenne canadienne. En avril 1989, il a demandé, en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* à être exempté, pour des motifs humanitaires, de l'application du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* afin de pouvoir demander le droit d'établissement à partir du Canada. En mai 1989, un rapport a été adressé au gouverneur en conseil recommandant que la demande soit accordée avec la mention: «Paraît répondre aux exigences. L'octroi du droit d'établissement est recommandé».

An order in council granting him an exemption was issued in April 1990. In November, 1989 he had been involved in a domestic dispute which resulted in the laying of four criminal charges punishable by a sentence of up to 10 years imprisonment. In March, 1991 he was convicted on all four counts. As a result, respondent was rendered inadmissible under paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*. In January 1992, the respondent was advised that the Department was unable to continue processing his application for landing. The respondent applied for *certiorari* to quash this "decision", and for *mandamus* requiring the Minister to issue documents "showing the applicant has permanent residence". The Trial Division reached the conclusion that because of the wording of the request for an order in council, the Department had already determined that, at that time, he was

Un décret lui accordant l'exemption a été émis en avril 1990. En novembre 1989, il fut partie à une querelle familiale qui lui a valu quatre chefs d'accusation, punissables de peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement. En mars 1991, l'intimé a été déclaré coupable à l'égard des quatre chefs d'accusation. Il fut, par conséquent, déclaré inadmissible au sens de l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*. En janvier 1992, l'intimé était avisé qu'il était impossible au Ministère de continuer le traitement de sa demande de droit d'établissement. L'intimé a demandé un bref de *certiorari* annulant cette «décision» et un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de délivrer les documents «attestant que le requérant était résident permanent». La Section de première instance a conclu qu'en raison du libellé de la demande de décret, le Ministère avait déjà décidé qu'à cette époque, l'intimé avait droit de

entitled to landing, subject only to the decision of the Governor in Council. Both *certiorari* and *mandamus* were granted. The parties understood this as requiring the Minister to grant landing without further consideration. This was an appeal from that decision on the basis that no decision as to landing has ever been taken with respect to the landing of the respondent who has thus never acquired the right to be landed.

Held, the appeal should be allowed.

Some of the uncertainty as to the application of the law in this sort of factual situation has resulted from the 1984 decision of this Court in *Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration*. In that case, following a request "for authority to admit the applicant notwithstanding subsection 9(1)", with the comment "all other requirements have been met", an order in council was issued. Shortly thereafter, the wife withdrew her sponsorship of the application for landing. The Court concluded that by virtue of the order in council, the applicant had acquired the right to be landed, nothing remained to be done in granting of landing and the withdrawal of the wife's sponsorship was without effect. That case seems to have turned on a finding of fact that in the circumstances, the Governor in Council had granted authority, not just for the applicant to apply from within Canada, but for his landing. In the present case, the request was for permission to apply for landing from within Canada. The request neither sought authority to admit the applicant for landing nor did the Governor in Council purport to authorize or grant landing as such. Also, shortly after the decision in *Sivacilar*, the Supreme Court of Canada in *Jimenez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, expressly found that the application for landing is separate and distinct from the application for exemption. As stated by the Trial Division in *Ho v. Can. (Min. of Employment & Immigration)*, the *Sivacilar* case stands only for the proposition that an order in council granting an exemption does not confer landed status, but merely recognizes the applicant's right to perfect his application from within Canada, and the Minister can be directed to process that application "in accordance with existing law and regulations".

The following basic propositions were restated:

(1) The only authority given to the Governor in Council by subsection 114(2) of the *Immigration Act* is to exempt individuals from certain requirements or to facilitate their

recevoir le droit d'établissement, sous réserve uniquement de la décision du gouverneur en conseil. Les deux bref, de *certiorari* et de *mandamus*, ont été accordés. Les parties estiment que cela oblige le ministre à accorder le droit d'établissement sans examen supplémentaire. Il s'agissait d'un appel de la décision au motif qu'aucune décision relative au droit d'établissement n'a jamais été prise à l'égard du droit d'établissement de l'intimé, qui n'a donc jamais acquis le droit de s'établir.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Une partie de l'incertitude, quant à l'application du droit dans ce genre de situation factuelle, découle de la décision que la Cour a rendue en 1984 dans l'affaire *Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*. Dans cette affaire, un décret a été émis suite à une demande «d'autoriser d'admettre le requérant malgré le paragraphe 9(1)», avec le commentaire «toutes les autres exigences ont été remplies». Peu après, l'épouse a retiré son parrainage pour la demande d'établissement. La Cour a conclu qu'en raison du décret, le requérant avait acquis le droit d'être reçu, qu'il ne restait aucune formalité à remplir pour lui octroyer le droit d'établissement et que le fait que sa femme ait retiré son parrainage n'affectait aucunement ce droit. Cette affaire semble tenir à la conclusion de fait que dans les circonstances qui lui étaient propres, le gouverneur en conseil avait permis non seulement que le requérant fasse sa demande de droit d'établissement à partir du Canada, mais aussi que le droit d'établissement lui soit accordé. Dans la présente instance, la requête vise uniquement à permettre au requérant de demander le droit d'établissement à partir du Canada. Il est donc évident qu'en l'espèce, la demande ne recherchait pas l'autorisation d'admettre le requérant en vue de son établissement, pas plus que le gouverneur en conseil ne prétendait autoriser ou accorder le droit d'établissement comme tel. Aussi, peu après la décision rendue dans l'affaire *Sivacilar*, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Jimenez-Perez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, a clairement énoncé que la demande d'établissement était séparée et distincte de la demande d'exemption. Comme l'a déclaré la Section de première instance dans l'affaire *Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, l'arrêt *Sivacilar* ne vaut que pour la proposition selon laquelle un décret accordant l'exemption ne confère pas le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement, mais reconnaît simplement au requérant le droit de remplir sa demande à partir du Canada; il peut alors être enjoint au ministre de traiter cette demande «conformément aux lois et règlements actuels».

Les propositions fondamentales suivantes ont été énoncées de nouveau:

(1) Le seul pouvoir que confère le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* au gouverneur en conseil est le pouvoir d'exempter les particuliers de certaines obligations

admission. (2) The Governor in Council has no specific authority to grant landing. (3) An application for landing, if made from within Canada, cannot be considered officially until an exemption had been granted by the Governor in Council from the requirements of subsection 9(1). (4) Under the scheme of the *Immigration Act* at the relevant time, it was an immigration officer or a senior immigration officer who could grant landing, not the Governor in Council, and they might do so only when satisfied that it would not be contrary to the Act or Regulations to grant landing. Furthermore, a decision is taken to have been made when notice thereof is given to the parties affected with some measure of formality (a written record of landing). Administrative correspondence is irrelevant. It is inappropriate for a court to go through the file and determine that at a certain point all requirements for landing had been met and therefore a decision to grant landing must be taken to have been made at that time. Any new circumstance, such as a serious criminal conviction, can be taken into account at any time up to when a decision concerning the grant of landing is actually made and communicated to the applicant. (5) It is of no legal consequence that immigration officers make a preliminary assessment of the merits of an application for landing and do not normally recommend an exemption be granted until they consider that the application is likely to succeed once an exemption is granted.

In the case at bar, no decision granting the respondent landing has ever been taken and it is not for the Court to determine that the requirements have been met. Nor is it for the Court to order the Minister to grant a record of landing or even require him to continue processing the landing application when the *Immigration Act* appears to prohibit such steps in the face of the applicant's criminal convictions.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 5(2), 9(1), 14(2), 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 23(2), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 9(1), 27(2), 115(2).
Immigration Visa Exemption Regulations No. 7, 1990, SOR/90-252.

ou de faciliter leur admission. (2) Le gouverneur en conseil n'a aucun pouvoir statutaire particulier d'accorder le droit d'établissement. (3) La demande de droit d'établissement, si elle est faite à partir du Canada, ne peut être étudiée officiellement avant que le gouverneur en conseil ait dispensé des exigences du paragraphe 9(1). (4) Selon le régime de la *Loi sur l'immigration* à l'époque concernée, c'était un agent d'immigration ou un agent principal qui pouvait accorder le droit d'établissement à un immigrant, et non le gouverneur en conseil, et il ne pouvait le faire que s'il était convaincu que le fait d'accorder le droit d'établissement ne contreviendrait pas à la présente Loi ni à ses règlements. En outre, on présume qu'une décision a été prise lorsqu'il en est dûment et officiellement donné avis aux parties concernées (fiche relative au droit d'établissement). La correspondance administrative n'est pas pertinente. Il ne convient pas qu'une cour passe à travers le dossier et vérifie elle-même qu'à un certain point il avait été satisfait à toutes les conditions applicables au droit d'établissement et que, par conséquent, il faut présumer que la décision d'accorder le droit d'établissement a été prise à ce moment. Tout nouveau fait, tel une condamnation pour un acte criminel grave, peut être pris en considération en tout temps jusqu'à ce que la décision visant l'octroi du droit d'établissement ait été effectivement prise et communiquée au requérant. (5) Il n'est d'aucune importance juridique que les agents d'immigration fassent une appréciation préliminaire du bien-fondé d'une demande de droit d'établissement et qu'ils ne recommandent pas normalement que le gouverneur en conseil accorde une exemption avant de considérer que la demande est susceptible d'être accueillie si l'exemption est accordée.

En l'espèce, aucune décision n'a jamais été communiquée au requérant et il n'appartient pas à la Cour de déterminer si les exigences ont été respectées pas plus qu'il incombe à la Cour d'ordonner au ministre d'accorder une fiche relative au droit d'établissement ni même d'exiger qu'il poursuive le traitement de la demande de droit d'établissement alors que la *Loi sur l'immigration* semble interdire de telles mesures étant donné les condamnations criminelles du requérant.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 5(2), 9(1), 14(2), 19(1)(c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 23(2), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4), 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 9(1), 27(2), 115(2).
Règlement de dispense du visa—Immigration n° 7, 1990, DORS/90-252.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al., [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; confg *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 163; (1982), 45 N.R. 149 (C.A.); *Ho v. Can. (Min. of Employment & Immigration)* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82; 6 F.T.R. 78 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration (1984), 57 N.R. 57 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Escamilla v. Canada (Solicitor General), [1993] F.C.J. No. 869 (T.D.) (QL); *Ferrerya v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Nagra v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 497 (C.A.); *Gomez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1373 (T.D.) (QL); *Hinson v. Minister of Citizenship and Immigration* (1994), 85 F.T.R. 44; 26 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.); *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.).

APPEAL from an order of the Trial Division (*Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 337; (1993), 59 F.T.R. 312) granting *certiorari* to quash a decision of an immigration officer not to process further the respondent's application for permanent residence, and *mandamus* to require the Minister to process the application "for landing and permanent residency while the applicant remains in Canada". Appeal allowed.

COUNSEL:

Brian H. Hay for appellant (respondent).
David Matas for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).
David Matas, Winnipeg, for respondent (applicant).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al. c. Jiminez-Perez et al., [1984] 2 R.C.S. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; conf. *Jiminez-Perez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 163; (1982), 45 N.R. 149 (C.A.); *Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82; 6 F.T.R. 78 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1984), 57 N.R. 57 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES

Escamilla c. Canada (Solliciteur général), [1993] F.C.J. n° 869 (1^{re} inst.) (QL); *Ferrerya c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Nagra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 497 (C.A.); *Gomez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1373 (1^{re} inst.) (QL); *Hinson c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (1994), 85 F.T.R. 44; 26 Imm. L.R. (2d) 40 (C.F. 1^{re} inst.); *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.).

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance (*Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 337; (1993), 59 F.T.R. 312) accordant un bref de *certiorari* pour annuler la décision d'un agent de l'immigration d'arrêter le traitement de la demande de résidence permanente de l'intimé et un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de traiter la demande «d'établissement et de résidence permanente alors que le requérant réside au Canada». L'appel est accueilli.

AVOCATS:

Brian H. Hay pour l'appelant (intimé).
David Matas pour l'intimé (requérant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant (intimé).
David Matas, Winnipeg, pour l'intimé (requérant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 STRAYER J.A.:

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

1

Relief Requested

Réparation recherchée

2 The Attorney General appeals from an order of the Trial Division of February 25, 1993 [[1993] 2 F.C. 337] which granted *certiorari* to quash a decision of an immigration officer not to process further the respondent's application for permanent residence, and *mandamus* to require the Minister of Employment and Immigration to process the respondent's application "for landing and permanent residency while the applicant remains in Canada".

2 Le procureur général en appelle de l'ordonnance par laquelle la Section de première instance accordait, le 25 février 1993 [[1993] 2 C.F. 337], un bref de *certiorari* annulant la décision d'un agent d'immigration de ne pas poursuivre le traitement de la demande de résidence permanente de l'intimé, et un bref de *mandamus* ordonnant au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de traiter la demande par laquelle l'intimé cherchait à obtenir [TRADUCTION] «le droit d'établissement et la résidence permanente à partir du Canada».

Facts

Les faits

3 The respondent entered Canada as a visitor on December 6, 1988. On March 31, 1989 he married a Canadian citizen. The following month, on April 9, 1989 he requested an exemption from the requirement of subsection 9(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] which required that he apply for landing for permanent residence from outside Canada. On April 19, 1989 he completed an application form for permanent residence. On May 18, 1989 he was advised that the Employment and Immigration Commission was prepared to request the Governor in Council to exempt him from subsection 9(1), but was warned not to take any "irreversible steps towards [his] proposed migration" until the Governor in Council granted the exemption and he had "satisfied all the immigration criteria".

3 L'intimé est entré au Canada en qualité de visiteur le 6 décembre 1988. Le 31 mars 1989, il a épousé une citoyenne canadienne. Le mois suivant, soit le 9 avril 1989, il a demandé à être exempté de l'exigence du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] qui l'obligeait à demander le droit d'établissement et la résidence permanente à l'extérieur du Canada. Le 19 avril 1989, il a rempli une formule de demande de résidence permanente. Le 18 mai 1989, il a été avisé que la Commission de l'Emploi et de l'Immigration était disposée à demander au gouverneur en conseil de l'exempter de l'application du paragraphe 9(1), mais il a été prévenu de ne pas prendre [TRADUCTION] «de mesures irréversibles à l'égard de [sa] migration envisagée» avant que le gouverneur en conseil ait accordé l'exemption et qu'il ait [TRADUCTION] «satisfait à tous les critères applicables à l'immigration».

4 A request form was sent by an officer of the Canada Immigration Centre, Winnipeg on May 29, 1989 to Ottawa specifically requesting only one thing: approval of the Governor in Council of an exemption for the respondent from the requirement of subsection 9(1) that he apply from outside Canada for permanent residence. That request form

4 Le 29 mai 1989, un agent du Centre d'immigration du Canada à Winnipeg adressait une formule de demande à Ottawa, ne sollicitant qu'une seule chose: que le gouverneur en conseil consente à ce que l'intimé soit exempté de l'exigence imposée par le paragraphe 9(1), soit l'obligation de faire sa demande de résidence permanente à l'extérieur du

also summarized his history and ended with the words:

Appears to meet requirements. Landing is recommended.

This was signed by S. Luhowy, an immigration officer.

5 As a result of a domestic dispute on November 11, 1989, the respondent was charged on four counts, two at least involving a possible sentence of 10 years imprisonment.

6 On April 26, 1990 the Governor in Council by Order in Council P.C. 1990-748 [*Immigration Visa Exemption Regulations No. 7, 1990, SOR/90-252*] specifically exempted the respondent from one requirement of the Act only, namely that of subsection 9(1).

7 On March 20, 1991 the respondent was convicted on all four of the counts referred to above. On December 30, 1991, the Deputy Minister, acting on a report under section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4], ordered an inquiry under subsection 27(3) as to whether the respondent, by reason of his conviction, was a member of an inadmissible class. One of the provisions of the Act invoked was paragraph 19(1)(c) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] which renders inadmissible those convicted in Canada of offences carrying a maximum sentence of 10 years or more. This particular procedure applied only to those who are not Canadian citizens or permanent residents.

8 On January 2, 1992 the respondent was advised by an immigration counsellor that due to the convictions and the pending inquiry the Commission was unable to continue processing his application for landing.

9 The respondent applied for *certiorari* to quash this "decision" of January 2, 1992 not to continue processing his application for landing, and for *mandamus* to require the Minister to issue the neces-

Canada. La formule de demande résumait aussi ses antécédents et se terminait par ces mots:

[TRADUCTION] Paraît répondre aux exigences. L'octroi du droit d'établissement est recommandé.

La formule portait la signature de S. Luhowy, un agent d'immigration.

5 À la suite d'une querelle familiale le 11 novembre 1989, l'intimé s'est valu quatre chefs d'accusation, dont au moins deux impliquent une peine possible de 10 ans d'emprisonnement.

6 Le 26 avril 1990, le gouverneur en conseil, par le décret C.P. 1990-748 [*Règlement de dispense du visa—Immigration n° 7, 1990, DORS/90-252*], a expressément exempté l'intimé d'une seule des exigences de la Loi, soit celle contenue au paragraphe 9(1).

7 Le 20 mars 1991, l'intimé a été déclaré coupable à l'égard des quatre chefs d'accusation susmentionnés. Le 30 décembre 1991, le sous-ministre, agissant sur la foi du rapport visé à l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4], a ordonné la tenue de l'enquête prévue au paragraphe 27(3) pour établir si l'intimé, en raison de sa condamnation, faisait partie de la catégorie des personnes non admissibles. L'une des dispositions de la Loi invoquée était l'alinéa 19(1)c) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] qui rend non admissibles les personnes déclarées coupables, au Canada, d'infractions punissables d'un emprisonnement maximal de 10 ans et plus. Cette mesure particulière s'appliquait uniquement à ceux qui n'étaient pas citoyens canadiens ni résidents permanents.

8 Le 2 janvier 1992, un conseiller en immigration avisait l'intimé qu'en raison de ses condamnations et de l'enquête en cours, il était impossible à la Commission de continuer le traitement de sa demande de droit d'établissement.

9 L'intimé a demandé un bref de *certiorari* annulant la «décision» du 2 janvier 1992 de cesser le traitement de sa demande de droit d'établissement, et un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de délivrer

sary documents “showing the applicant has permanent residence”.

les documents nécessaires [TRADUCTION] «attestant que le requérant était résident permanent».

10 In the Trial Division, the Trial Judge reached the conclusion that because of the wording for the request for an order in council the Department had already determined that at that time he was entitled to landing, subject only to the decision of the Governor in Council. He therefore issued *certiorari* as requested, and *mandamus* requiring the Minister to process the application for landing. The parties understand this to require the Minister to grant landing without further consideration.

10 Le juge de la Section de première instance a conclu qu'en raison du libellé de la demande de décret, le Ministère avait déjà décidé qu'à cette époque, l'intimé avait droit de recevoir le droit d'établissement, sous réserve uniquement de la décision du gouverneur en conseil. Il a par conséquent accordé le bref de *certiorari* demandé, ainsi que le bref de *mandamus* enjoignant au ministre de traiter la demande de droit d'établissement. Les parties estiment que cela oblige le ministre à accorder le droit d'établissement sans examen supplémentaire.

11 The Attorney General appeals on the basis that no decision as to landing has ever been taken with respect to the landing of the respondent who has thus never acquired the right to be landed. He argues that therefore the learned Trial Judge should not have quashed the decision not to process further the application pending the inquiry under section 27 nor should he have ordered the Minister to grant landing to a person who, as it now appears, is legally inadmissible by reason of having committed serious criminal offences in Canada prior to becoming a permanent resident. It is argued that to force the Minister to grant landing in such circumstances is to force him to violate the *Immigration Act*.

11 Le procureur général interjette appel au motif qu'aucune décision relative au droit d'établissement a jamais été prise à l'égard du droit d'établissement de l'intimé, qui n'a donc jamais acquis le droit de s'établir. Il soutient que par conséquent, le juge de première instance n'aurait pas dû annuler la décision de cesser le traitement de la demande en attendant l'issue de l'enquête visée à l'article 27, et qu'il n'aurait pas dû enjoindre au ministre d'accorder le droit d'établissement à une personne qui semble désormais légalement non admissible parce qu'elle a commis, au Canada, des actes criminels graves avant de devenir résident permanent. L'appelant fait valoir que contraindre le ministre, dans de telles circonstances, à accorder le droit d'établissement, c'est le forcer à enfreindre la *Loi sur l'immigration*.

Analysis

12 This case is one of a series involving essentially similar facts: namely, an alien enters Canada as a visitor, then applies (usually after marrying a Canadian) for landing. His application is processed up to a point and a request is made to the Governor in Council for an order under subsection 114(2) [as am. *idem*, s. 102] of the *Immigration Act* exempting the applicant from the requirement of subsection 9(1) that governs every alien seeking landing, namely that he apply for a visa before arriving in Canada. In the normal course of events an order in council is issued exempting the applicant from the requirements of subsection 9(1). It appears that in most

Analyse

12 Il s'agit en l'espèce d'une affaire parmi plusieurs autres mettant essentiellement en cause des faits semblables, à savoir: un étranger entre au Canada en qualité de visiteur, puis il demande le droit d'établissement (habituellement après avoir épousé une Canadienne). Sa demande est traitée jusqu'à un certain point et le gouverneur en conseil est prié d'accorder, par règlement conformément au paragraphe 114(2) [mod., *idem*, art. 102] de la *Loi sur l'immigration*, la dispense de l'obligation contenue au paragraphe 9(1), applicable à tout étranger cherchant à s'établir au Canada, c'est-à-dire l'obligation de demander un visa avant d'arriver au Canada. Dans le

cases the landing application is then further processed with an immigration officer ultimately granting landing by means of a record of landing signed by the immigration officer and delivered to the applicant. In the problem cases, of which this is an example, some new circumstance arises after the order in council but before the record of landing is issued, such as the withdrawal of sponsorship by the spouse or the criminal conviction of the applicant. There is then an assertion by the applicant that as the order in council has been adopted he has already been granted landing and later events are of no relevance to landing.

cours normal des choses, un décret est rendu qui exempte le requérant des exigences du paragraphe 9(1). Il semble que dans la plupart des cas, le traitement de la demande de droit d'établissement se poursuit alors par un agent d'immigration, qui accorde en fin de compte le droit d'établissement en signant et délivrant au requérant une fiche relative au droit d'établissement. Dans les cas posant des problèmes, comme en l'espèce, de nouveaux événements surviennent après le décret mais avant la délivrance de la fiche relative au droit d'établissement, comme le retrait du parrainage de l'épouse ou la déclaration de culpabilité du requérant. Ce dernier soutient alors que le décret ayant été adopté, il a déjà reçu le droit d'établissement et les événements postérieurs n'ont aucune incidence sur ce droit.

13 Some of the uncertainty in this field, and the variety of decisions in the Trial Division which reflect the difficulties involved, relate to a 1984 decision of this Court in *Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration*.¹ The actual issue in that case was the validity of a departure notice. However the background facts were in some respects similar to the present case. The applicant entered Canada as a visitor in July, 1981, married a Canadian after two months, and one month later filed an application for permanent residence sponsored by his wife. In July, 1982 a report was made to the Deputy Minister under subsection 27(2) [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52] with respect to his removal for having worked without a permit but the Deputy Minister did not order an inquiry. Subsequently a request was made to the Governor in Council for an exemption under subsection 9(1), a request which contained the comments that "all other requirements have been met". The order in Council was issued on August 10, 1983 and then the wife withdrew her sponsorship. He was then advised that his application for permanent residence must be refused, and an inquiry was launched under section 27 reviving the allegations of July, 1982, this resulting in a departure notice being issued. The Court concluded that by virtue of the order in council the applicant [at page 59]:

13 Une partie de l'incertitude dans ce domaine, et les diverses décisions de la Section de première instance qui reflètent les difficultés éprouvées, découlent de la décision que cette Cour a rendue en 1984 dans l'affaire *Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹. La question litigieuse dans cette affaire concernait la validité de l'avis d'interdiction de séjour. Cependant l'historique de l'affaire ressemblait, à certains égards, à celle de l'espèce. Le requérant était venu au Canada en juillet 1981 en qualité de visiteur, il avait épousé une Canadienne deux mois plus tard, et un mois plus tard, il avait déposé une demande de résidence permanente parrainée par son épouse. En juillet 1982, un rapport avait été présenté au sous-ministre conformément au paragraphe 27(2) [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52] à l'égard de l'interdiction de séjour dont le requérant faisait l'objet pour avoir travaillé sans permis, mais le sous-ministre n'avait pas ordonné d'enquête. Subséquemment, le gouverneur en conseil avait été prié d'exempter le requérant des exigences du paragraphe 9(1), requête qui contenait la mention que «toutes les conditions de la Loi ont été remplies». Le décret a été rendu le 10 août 1983, et l'épouse a alors retiré son parrainage. Le requérant a donc été avisé que sa demande de résidence permanente devait être rejetée, une enquête a été entamée conformément à l'article 27, redonnant vie aux allégations du mois de juillet 1982, et provoquant l'avis d'interdiction de séjour. La Cour a

... had acquired the right to be landed and nothing remained to be done in the granting of landing to him. His wife's subsequent purported withdrawal of the sponsorship was accordingly without effect.

The departure notice was therefore set aside.

14 Considering that this case has been cited frequently in the jurisprudence in the Trial Division including in the decision under appeal, it requires some comment by way of distinguishing it from the circumstances of the present case.

15 Firstly I would observe that the case seems to have turned on a finding of fact that in the circumstances of that case the Governor in Council had granted authority, not just for the applicant to apply from within Canada, but for his landing. At page 59 the Court stated, in referring to the request for an order in council submitted to the Governor in Council by the immigration officer:

The document is a request for authority to admit the applicant notwithstanding subsection 9(1). Upon the adoption of the order in council P.C. 1983-2469, the applicant became a person with the right to come into or remain in Canada.

I do not know the details of the document the Court had before it in that case but it is not possible in the present case to characterize the request to the Governor in Council as "a request for authority to admit the applicant notwithstanding subsection 9(1)". In the present case the form, signed by an immigration officer on May 25, 1989 states as follows:

I recommend that authority be sought from the governor-in-council on behalf of the person (s) listed in part A above to waive the requirements of the *Immigration Act* 9(1).

The resulting Order in Council simply states:

conclu qu'en raison du décret, le requérant [à la page 59]:

... avait acquis le droit d'être reçu et il ne restait aucune formalité à remplir pour lui octroyer le droit d'établissement. Le fait que, par la suite, sa femme ait prétendu retirer son parrainage n'affectait aucunement ce droit.

L'avis d'interdiction de séjour a par conséquent été annulé.

14 Étant donné que cette affaire a été fréquemment citée dans la jurisprudence de la Section de première instance, y compris dans la décision en appel, il convient de faire certains commentaires dans le but de la distinguer des circonstances en l'espèce.

15 Tout d'abord, je ferais remarquer que l'affaire semble tenir à la conclusion de fait que dans les circonstances qui lui étaient propres, le gouverneur en conseil avait permis non seulement que le requérant fasse sa demande de droit d'établissement à partir du Canada, mais aussi que le droit d'établissement lui soit accordé. À la page 59, la Cour a déclaré, en se reportant à la demande de décret que l'agent d'immigration avait présentée au gouverneur en conseil:

Dans ce document, il est demandé l'autorisation d'admettre le requérant malgré le paragraphe 9(1). Le décret en conseil C.P. 1983-2469 une fois adopté, le requérant est devenu une personne ayant droit d'entrer au Canada et d'y demeurer.

Je ne connais pas les détails du document dont disposait la Cour dans cette affaire, mais il n'est pas possible en l'espèce de dire, en parlant de la demande faite au gouverneur en conseil, qu'«il est demandé l'autorisation d'admettre le requérant malgré le paragraphe 9(1)». Dans le présent cas, la formule signée par un agent d'immigration le 25 mai 1989, dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Je recommande que l'on demande l'autorisation au gouverneur en conseil d'exempter la personne mentionnée dans la partie A des exigences du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*.

Le décret donnant suite à la demande dit simplement:

3. Subsection 9(1) of the Act does not apply to an immigrant whose name appears in the schedule.

The respondent's name appears in that schedule amongst those of some 1,210 applicants. It is therefore apparent that in the present case the request neither sought authority to admit the applicant for landing nor did the Governor in Council purport to authorize or grant landing as such. The effect of exempting the applicant from subsection 9(1) was simply to permit him to apply for landing from within Canada.

16 Secondly, it is important to note the context in which the *Sivacilar* decision was made. At that time it had only been confirmed some two years previously, in 1982, by the decision of the Federal Court of Appeal in *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*² that subsection 114(2) [then s. 115(2) of *Immigration Act, 1976*] could be used to grant an individual exemption from the requirement that an alien apply from abroad for landing. In concluding that subsection 114(2) could be used for this purpose and that the Minister and his officials had an obligation to consider that possibility the Court stated that:

... it is not sound to separate the application for landing from the request for exemption.³

However on appeal the Supreme Court [[1984] 2 S.C.R. 565], while generally upholding the substance of the decision of the Federal Court of Appeal, noted that before the Supreme Court the respondents had conceded that landing could not lawfully be granted until and unless an exemption had been obtained under subsection 114(2). Therefore the Immigration Appeal Board could not in that case consider whether landing should be granted because no exemption had yet been granted. As the Court stated:

It follows that there is as yet no landing application to be sponsored. The application for landing from within Canada and the sponsorship application should be con-

3. Le paragraphe 9(1) de la Loi ne s'applique pas à un immigrant dont le nom figure à l'annexe.

Le nom de l'intimé figure à cette annexe parmi ceux de quelque 1 210 requérants. Il est donc évident qu'en l'espèce, la demande ne recherchait pas l'autorisation d'admettre le requérant en vue de son établissement, pas plus que le gouverneur en conseil ne prétendait autoriser ou accorder le droit d'établissement comme tel. L'exemption des exigences du paragraphe 9(1) accordée au requérant visait uniquement à lui permettre de demander le droit d'établissement à partir du Canada.

16 Deuxièmement, il est important de noter le contexte dans lequel a été rendu l'arrêt *Sivacilar*. À cette époque, il n'avait été confirmé que deux ans plus tôt environ, par l'arrêt *Jiminez-Perez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*² rendu en 1982 par la Cour d'appel fédérale, que l'on pouvait recourir au paragraphe 114(2) [auparavant l'art. 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*] pour dispenser un étranger particulier de l'obligation générale qui lui était faite de demander le droit d'établissement hors du Canada. En concluant que le paragraphe 114(2) pouvait servir à cette fin et que le ministre et ses représentants devaient tenir compte de cette possibilité, la Cour a dit ce qui suit:

... il n'est pas bon de séparer la demande de droit d'établissement de la demande de dispense³.

En appel cependant, la Cour suprême [[1984] 2 R.C.S. 565], tout en confirmant de façon générale la décision de la Cour d'appel fédérale quant au fond, a souligné que devant la Cour suprême les intimés avaient concédé que le droit d'établissement ne pouvait être accordé légalement à moins et jusqu'à ce qu'une exemption ait été obtenue en vertu du paragraphe 114(2). Par conséquent, la Commission d'appel de l'immigration ne pouvait pas dans ce cas chercher à savoir si le droit d'établissement devait être accordé parce qu'aucune exemption n'avait encore été accordée. Comme l'a dit la Cour:

Il s'ensuit qu'il n'existe encore aucune demande de droit d'établissement qui puisse être parrainée. La demande de droit d'établissement présentée de l'intérieur du Canada et

sidered and adjudicated upon if and when the exemption sought by the first application is granted, subject to such rights of appeal as may be given by the Act.⁴

It will be noted that this judgment was delivered about one month after the Federal Court of Appeal decision in *Sivacilar*. If *Sivacilar* were thought to mean that a landing application could be legally considered and approved by an immigration officer prior to an exemption being granted by the Governor in Council the later Supreme Court decision in *Jiminez-Perez* indicates the contrary.

17 Thirdly, *Sivacilar* has been interpreted on several occasions⁵ in a manner inconsistent with the judgment now under appeal. In one of these cases, *Ho v. Can. (Min. of Employment & Immigration)*, the Associate Chief Justice in following the *Sivacilar* case confirmed that the order in council granting an exemption had not conferred landed status, but that in the circumstances the applicant had the right to perfect his application from within Canada and *mandamus* was issued directing the Minister to process such application from within Canada "in accordance with existing law and regulations". I respectfully agree that the *Sivacilar* case cannot, in principle, stand for any more than that. But it will be noted in the present case that the order of the Trial Division requires the Minister to process the application without qualification and without regard to the fact that this may be contrary to the *Immigration Act*.⁶ As noted earlier, the parties both understand this order to be a requirement of favourable processing, that is it is an order of *mandamus* requiring that landing be granted just as requested in the original notice of motion.

18 Given the diversity of jurisprudence on this subject it might be helpful to restate a few basic propositions.

19 (1) The only authority given under subsection 114(2) of the *Immigration Act* to the Governor in Council is to exempt individuals from certain

la demande de parrainage devront être examinées et tranchées lorsque l'exemption sollicitée dans la première demande sera accordée, si elle l'est, sous réserve des droits d'appel que peut accorder la Loi⁴.

On prendra note que ce jugement a été rendu environ un mois après la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sivacilar*. Si l'on croyait que l'arrêt *Sivacilar* posait le principe qu'un agent d'immigration pouvait légalement étudier et approuver une demande de droit d'établissement avant qu'une exemption ne soit accordée par le gouverneur en conseil, la décision postérieure de la Cour suprême dans l'affaire *Jiminez-Perez* indique le contraire.

Troisièmement, l'arrêt *Sivacilar* a été interprété à 17 de nombreuses occasions⁵ de façon incompatible avec le jugement dont il est présentement interjeté appel. Dans une de ces affaires, *Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, le juge en chef adjoint, en suivant l'arrêt *Sivacilar*, a confirmé que le décret accordant l'exemption n'avait pas conféré le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement, mais que dans les circonstances, le requérant avait le droit de remplir sa demande à partir du Canada, et un bref de *mandamus* avait été décerné enjoignant au ministre de traiter cette demande à partir du Canada «conformément aux lois et règlements actuels». Je conviens respectueusement que l'arrêt *Sivacilar* ne peut pas, en principe, signifier davantage. Mais on notera en l'espèce que l'ordonnance de la Section de première instance enjoint au ministre de traiter la demande sans réserves et sans égard au fait que cela puisse aller à l'encontre de la *Loi sur l'immigration*⁶. Comme on l'a noté, les parties interprètent toutes deux cette ordonnance comme imposant un traitement favorable de la demande, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un bref de *mandamus* exigeant que le droit d'établissement soit accordé tel que demandé dans l'avis de requête original.

Vu la diversité de la jurisprudence sur ce sujet, il 18 pourrait être utile d'exposer de nouveau certaines propositions fondamentales.

(1) Le seul pouvoir que confère le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* au gouverneur en conseil est le pouvoir d'exempter les parti- 19

requirements or facilitate their admission. The only action requested, and the only action taken, in any of the cases under discussion including the case under appeal, was the granting of an exemption from the requirements of subsection 9(1) which requires aliens to apply for landing before entering Canada.

20 (2) The Governor in Council has no specific statutory authority to grant landing. Whether such a grant would be possible under subsection 114(2) is debatable and is of no relevance since no such action was requested or purportedly taken in any of these cases.

21 (3) As pointed out by the Supreme Court in the *Jiminez-Perez* case, an application for landing, if made from within Canada, cannot be considered officially until an exemption has been granted by the Governor in Council from the requirements of subsection 9(1). It is therefore a legal impossibility to say that a decision has been taken granting landing, or that final consideration has been given by the appropriate officials to the grant of landing, prior to the grant of an exemption by order in council which renders the application a valid application.⁷

22 (4) Under the scheme of the *Immigration Act* at the relevant time it was an immigration officer acting pursuant to subsection 14(2), or a senior immigration officer acting pursuant to subsection 23(2), who could grant landing to an immigrant, not the Governor in Council, and they might do so only when

... satisfied that it would not be contrary to this Act or the regulations to grant landing

23 I see no reason to depart from the normal requirements of administrative law that a decision is taken to have been made when notice of that decision is given to the parties affected with some measure of formality.⁸ Judicial review cannot be sought of decisions until they have been formulated and communicated to the parties affected. Why should the courts

culiers de certaines obligations ou de faciliter leur admission. La seule mesure demandée, et la seule qui ait été prise, dans l'une quelconque des affaires débattues, dont celle dont il est interjeté appel, était l'exemption des exigences du paragraphe 9(1) selon lequel les étrangers sont tenus de demander le droit d'établissement avant d'entrer au Canada.

20 (2) Le gouverneur en conseil n'a aucun pouvoir 20
statutaire particulier d'accorder le droit d'établissement. La question de savoir si l'octroi de ce droit serait possible en vertu du paragraphe 114(2) est discutable et est sans pertinence puisque cette mesure n'a été ni demandée ni n'aurait été prise dans aucune de ces affaires.

21 (3) Comme l'a souligné la Cour suprême dans le 21
pourvoi *Jiminez-Perez*, la demande de droit d'établissement, si elle est faite à partir du Canada, ne peut être étudiée officiellement avant que le gouverneur en conseil ait dispensé des exigences du paragraphe 9(1). Il est donc légalement impossible de dire qu'une décision a été prise accordant le droit d'établissement, ou que les fonctionnaires compétents se sont prononcés de façon définitive sur l'octroi du droit d'établissement, avant qu'une exemption ait été accordée par décret, donnant ainsi validité à la demande⁷.

22 (4) Selon le régime de la *Loi sur l'immigration* à 22
l'époque concernée, c'était un agent d'immigration agissant conformément au paragraphe 14(2), ou un agent principal agissant en application du paragraphe 23(2), qui pouvait accorder le droit d'établissement à un immigrant, et non le gouverneur en conseil, et il ne pouvait le faire que

... s'il [était] convaincu que le fait d'accorder le droit d'établissement . . . ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements

23 Je ne vois aucune raison de s'écarter des exigen- 23
ces normales du droit administratif selon lesquelles on présume qu'une décision a été prise lorsqu'il en est dûment donné avis aux parties concernées⁸. On ne peut demander le contrôle judiciaire des décisions avant qu'elles aient été formulées et communiquées aux parties concernées. Pourquoi les tribunaux judi-

take it upon themselves to examine the interdepartmental and intradepartmental correspondence to determine if and when a decision, though never communicated, was indeed taken? A court would certainly not entertain an argument by the Minister that notwithstanding the communication of a favourable decision to an applicant the Minister is not bound by it because previously there had been an internal, interim, uncommunicated decision to the opposite effect. Why then should we reverse a communicated decision of a negative sort in favour of an uncommunicated tentative, internal but favourable assessment? This is, after all, institutional decision-making of a multifaceted nature involving the collection of information from many sources, some of which are not under the control of the Minister or indeed of Canada. I therefore think it inappropriate for the Court to go through the file and determine for itself that at a certain point all requirements had been met for landing and therefore a decision to grant landing must be taken to have been made at that time. Instead it appears to me that the appropriate procedure, and one which is normally followed, is that when a favourable decision has been made to grant landing a written record of landing, signed by an immigration officer as authorized by subsection 14(2) of the Act, is delivered to the applicant.⁹ There was no such document delivered in this case. If, of course, the decision is negative that too should be considered made when communicated in a definitive manner to the applicant. Nor can I find any provision in the Act for a cut-off date beyond which an immigration officer should ignore a change of circumstances. It follows that any new circumstance, such as a serious criminal conviction, can be taken into account at any time up to when a decision concerning the grant of landing is actually taken and communicated to the applicant.

ciaires devraient-ils décider d'examiner la correspondance interministérielle et ministérielle pour établir si et quand une décision a été prise, le cas échéant, bien qu'elle n'ait jamais été communiquée? Une cour n'accueillerait sûrement pas l'argument d'un ministre selon lequel, en dépit de la communication d'une décision favorable au requérant, il n'est pas lié par cette décision parce qu'il y avait eu précédemment une décision interne, provisoire et non communiquée de teneur opposée. Alors, pourquoi devrions-nous infirmer une décision communiquée qui est défavorable en faveur d'une appréciation non communiquée, provisoire et interne qui est favorable? Il s'agit là, après tout, d'une prise de décision administrative comportant plusieurs aspects et impliquant la collecte de renseignements auprès de plusieurs sources, dont certaines échappent au contrôle du ministre ou même du Canada. J'estime donc qu'il ne convient pas que la Cour épeluche le dossier et vérifie elle-même qu'à un certain point il avait été satisfait à toutes les conditions applicables au droit d'établissement et que par conséquent, il faut présumer que la décision d'accorder le droit d'établissement a été prise à ce moment. Il me semble plutôt que la bonne démarche, et celle que l'on suit généralement, consiste à délivrer au requérant auquel on a décidé d'accorder le droit d'établissement une fiche écrite relative à ce droit, signée par un agent d'immigration autorisé conformément au paragraphe 14(2) de la Loi⁹. Aucun document de ce genre n'a été délivré en l'espèce. Naturellement, si la décision est défavorable, il faudra aussi la considérer comme étant prise si elle a été communiquée de façon définitive au requérant. Je ne puis non plus trouver dans la Loi aucune disposition visant une date limite au-delà de laquelle l'agent d'immigration devrait ne pas tenir compte d'un changement de circonstances. Il s'ensuit que tout nouveau fait, tel une condamnation pour un acte criminel grave, peut être pris en considération en tout temps jusqu'à ce que la décision visant l'octroi du droit d'établissement ait été effectivement prise et communiquée au requérant.

24 This is not to say that the officials may make unlawful decisions without review, or delay indefinitely making a decision. A decision once communicated may be open to attack on judicial

Cela ne signifie pas que les fonctionnaires peuvent prendre des décisions illégales sans qu'elles soient contrôlées, ou qu'ils peuvent remettre indéfiniment leur décision. Dès lors qu'elle est communiquée, une 24

review. And if there is undue delay in processing an application for landing it is always open to the applicant to apply for *mandamus*, not to require a specific decision but rather to require that a decision be taken.¹⁰

décision est susceptible de contrôle judiciaire. Et s'il y a retard indu dans le traitement de sa demande de droit d'établissement, il est toujours possible au requérant de demander un bref de *mandamus*, non pas pour solliciter une décision particulière, mais plutôt pour demander qu'une décision soit prise¹⁰.

25 (5) It is of no legal consequence that immigration officers make a preliminary assessment of the merits of an application for landing and, it appears, do not normally recommend an exemption be granted by the Governor in Council until they consider that the application is likely to succeed once an exemption is granted. The fact that such early consideration is normally given to the merits of an application is recounted in the regulatory impact analysis statement pertinent to subsection 9(1) of the *Immigration Act*.¹¹ Counsel for the respondent vainly sought to establish from that description of this process the conclusion that a legally binding decision to grant landing is made prior to the submission to the Governor in Council. The impact statement, which in any event is not part of the Regulations, conveys no such meaning. As information must be gathered from various sources, it accords with common sense and good administration that the assessment process begin as soon as possible. Common sense would also dictate that patently futile applications for landing not be the subject of a request to the Governor in Council for an order in council. But the words employed on the form requesting the order in council, even when those words express support for the substance of the application, are neither intended to, nor can they legally, constitute a decision of an immigration officer under subsection 14(2). I regret to say that a good deal of ink has been unnecessarily spilled on the subject of the tenor of the comments on that form as if they had determinative effect.

25 (5) Il n'est d'aucune importance juridique que les agents d'immigration fassent une appréciation préliminaire du bien-fondé d'une demande de droit d'établissement et, semble-t-il, qu'ils ne recommandent pas normalement que le gouverneur en conseil accorde une exemption avant de considérer que la demande est susceptible d'être accueillie si l'exemption est accordée. Le fait que l'on apprécie normalement aussi tôt le bien-fondé d'une demande est mentionné dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation relatif au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*¹¹. L'avocat de l'intimé a cherché en vain à établir, à partir de cette description du processus, la conclusion qu'une décision légalement exécutoire d'accorder le droit d'établissement était prise avant que soit faite la demande au gouverneur en conseil. Le résumé de l'étude d'impact qui, de toute façon, ne fait pas partie du règlement, ne suggère rien de semblable. Comme des renseignements doivent être recueillis auprès de plusieurs sources, il est conforme au bon sens et à la bonne gestion que le processus d'appréciation débute aussitôt que possible. Le bon sens dicterait aussi que les demandes de droit d'établissement manifestement futiles ne fassent pas l'objet d'une demande de décret auprès du gouverneur en conseil. Mais les mots utilisés sur la formule de demande de décret, même lorsqu'ils appuient le fond de la demande, ne sont pas censés, ni ne peuvent légalement, constituer une décision d'un agent d'immigration conformément au paragraphe 14(2). Je suis désolé de dire que beaucoup d'encre a été gaspillée sur la teneur des commentaires figurant sur cette formule comme s'ils avaient un effet déterminant.

26 Applying these principles to the present case, there has never been any decision communicated to the applicant other than the letter of January 2, 1992 advising him that, because of his convictions and the pending inquiry, his application for permanent resi-

26 Appliquant ces principes à l'espèce, aucune décision n'a jamais été communiquée au requérant à part la lettre du 2 janvier 1992 l'informant qu'en raison de ses condamnations et de l'enquête en cours, sa demande de résidence permanente ne serait pas

dence would not be processed any further. For the reasons given I am satisfied that no decision granting him landing has ever been taken and it is not for the Court to determine that the requirements for landing have been met. Nor is it for the Court to order the Minister to grant a record of landing or even require him to continue processing the landing application when the *Immigration Act* appears to prohibit such steps in the face of the criminal convictions of the applicant.

Disposition

27 The appeal should therefore be allowed and the order of the Trial Division set aside. As the appellant does not seek costs if successful none should be awarded.

28 STONE J.A.: I agree.

29 MACGUIGAN J.A.: I agree.

¹ (1984), 57 N.R. 57 (F.C.A.).

² [1983] 1 F.C. 163 (C.A.).

³ *Ibid.*, at p. 171.

⁴ [1984] 2 S.C.R. 565, at p. 568.

⁵ See e.g. *Escamilla v. Canada (Solicitor General)*, [1993] F.C.J. No. 869 (T.D.) (QL); *Ho v. Can. (Min. of Employment & Immigration)* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82 (F.C.T.D.); *Ferrerya v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Nagra v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 497 (C.A.); and *Gomez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1373 (T.D.) (QL).

⁶ For example, s. 5(2) which provides:

5. . . .

(2) An immigrant shall be granted landing if he is not a member of an inadmissible class

⁷ See also Reed J. in the *Ferrerya* case, *supra* note 5, at p. 272; Muldoon J. in *Nagra*, *supra* note 5 at pp. 506-509.

⁸ See *Hinson v. Minister of Citizenship and Immigration* (1994), 85 F.T.R. 44 (F.C.T.D.).

traitée davantage. Pour les motifs donnés, je suis convaincu que la décision de lui accorder le droit d'établissement n'a jamais été prise et il n'appartient pas à la Cour de décider que les conditions applicables au droit d'établissement ont été respectées. Il n'appartient pas non plus à la Cour d'ordonner au ministre d'accorder une fiche relative au droit d'établissement ni même d'exiger qu'il poursuive le traitement de la demande de droit d'établissement alors que la *Loi sur l'immigration* semble interdire de telles mesures étant donné les condamnations criminelles du requérant.

Dispositif

L'appel devrait par conséquent être accueilli et l'ordonnance de la Section de première instance devrait être annulée. Comme l'appelant ne demande pas de dépens s'il a gain de cause, il ne devrait pas en être adjugés.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 28

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 29

¹ (1984), 57 C.F. 57 (C.A.F.).

² [1983] 1 F.C. 163 (C.A.).

³ *Ibid.*, à la p. 171.

⁴ [1984] 2 R.C.S. 565, à la p. 568.

⁵ Voir par ex. *Escamilla c. Canada (Solliciteur général)*, [1993] F.C.J. n° 869 (1^{re} inst.) (QL); *Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82 (C.F. 1^{re} inst.); *Ferrerya c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Nagra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 497 (C.A.); et *Gomez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1373 (1^{re} inst.) (QL).

⁶ Par ex., l'art. 5(2) prévoit ce qui suit:

5. . . .

(2) Ont droit de s'établir les immigrants qui n'appartiennent pas à une catégorie non admissible. . . .

⁷ Voir aussi: les motifs du juge Reed dans l'arrêt *Ferrerya*, précité à la note 5, à la p. 272; les motifs du juge Muldoon dans l'arrêt *Nagra*, précité à la note 5, aux p. 506 à 509.

⁸ Voir l'arrêt *Hinson c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (1994), 85 F.T.R. 44 (C.F. 1^{re} inst.).

⁹ I adopt the analysis of Muldoon J. on this point in the *Gomez* case, *supra* note 5, at p. 11.

¹⁰ See e.g. *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.).

¹¹ *Canada Gazette Part II*, (1990), Vol. 124, No. 10, page 1757, at p. 1759, reproduced in Appeal Book, at p. 34.

⁹ J'adopte l'analyse du juge Muldoon sur ce point dans l'arrêt *Gomez*, précité, note 5, à la p. 11.

¹⁰ Voir par ex. l'arrêt *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1^{re} inst.).

¹¹ *Gazette du Canada, Partie II*, vol. 124, n^o. 10, page 1757 à la p. 1759, reproduites dans le dossier d'appel, à la p. 34.

T-2067-88

Les Industries Perlite Inc., Pentex Inc. and Can-Flo International Corporation, carrying on business under the style Lantana Peat & Soil (Plaintiffs)

v.

The Owners and all Others Interested in the Ship *Marina Di Alimuri*, The Ship *Marina Di Alimuri*, and Italmare S.p.A. (Defendants)

INDEXED AS: INDUSTRIES PERLITE INC. v. MARINA DI ALIMURI (THE) (T.D.)

Trial Division, Nadon J. — Québec City, May 2, 3, 4, 5, August 15, 16, 17, 18, September 14; Montréal, September 20, 21, 22, December 20, 21, 22, 1994; Vancouver, December 8, 1995.

Maritime law — Carriage of goods — Action for damage to cargo of peat moss — Plaintiffs representing peat moss having certain stowage factor, but heavy rain prior to, during loading resulting in much lower stowage factor — Bulkhead collapsing during loading — Gencon-form charter-party excluding shipowners from absolute liability to provide seaworthy vessel, liability arising from loading, stowage — Peat moss cargo "dangerous goods" — Master not at fault in accepting to load cargo and in not stopping loading — No knowledge, possible knowledge of danger — Neither shipper nor carrier aware of danger — Shipper's implied common law duty not to ship dangerous goods applied.

Maritime law — Contracts — Pentex selling peat moss to Lantana FOB — Perlite chartering ship for undisclosed principal, Lantana — Perlite, Italmare (shipowners) entering Gencon-form charter-party — Nothing indicating Italmare not willing to treat undisclosed principal as party to contract — Lantana, Perlite bound by charter-party — Under FOB term, seller bearing liability for cost, safety of goods until passing ship's rail — Risk of loss of cargo loaded on ship with Lantana; risk to cargo on dock with Pentex — Hague Rules not incorporated in charter-party — Relationship between charterers, owners governed by charter-party only — Cl. 2 relieving carriers

T-2067-88

Les Industries Perlite Inc., Pentex Inc. et Can-Flo International Corporation, faisant affaires sous le nom de Lantana Peat & Soil (demanderes-ses)

c.

Les propriétaires du navire *Marina Di Alimuri*, toutes les autres personnes ayant un droit sur ce navire, le navire *Marina Di Alimuri*, et Italmare S.p.A. (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: INDUSTRIES PERLITE INC. c. MARINA DI ALIMURI (LE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Nadon — Québec, 2, 3, 4, 5 mai, 15, 16, 17, 18 août, 14 septembre; Montréal, 20, 21, 22 septembre, 20, 21, 22 décembre 1994; Vancouver, 8 décembre 1995.

Droit maritime — Transport de marchandises — Action pour dommages causés à une cargaison de mousse de tourbe — Les demanderes-ses avaient déclaré que la mousse de tourbe avait un certain coefficient d'arrimage, mais après des pluies abondantes avant et durant le chargement, le coefficient d'arrimage était beaucoup moins élevé — Une cloison s'est effondrée durant le chargement — Une charte-partie rédigée selon la formule Gencon exonérait les propriétaires du navire de l'obligation absolue de fournir un navire en état de navigabilité et de toute responsabilité découlant du chargement et de l'arrimage — La mousse de tourbe constituait des «marchandises dangereuses» — Le capitaine n'était pas en faute quand il a accepté de charger la cargaison et n'a pas interrompu le chargement — Il n'était pas au courant de l'existence d'un danger possible — Ni le chargeur ni le transporteur n'étaient au courant du danger — L'obligation qui, en common law, est faite implicitement au chargeur de ne pas transporter de marchandises dangereuses a été appliquée.

Droit maritime — Contrats — Pentex a vendu de la mousse de tourbe à Lantana à des conditions franco à bord — Perlite a affrété un navire pour le compte d'un mandant anonyme, Lantana — Perlite et Italmare (les propriétaires du navire) ont conclu une charte-partie selon la formule Gencon — Rien ne permettait à Perlite de conclure que Italmare ne consentait pas à traiter son mandant anonyme comme une partie au contrat — Lantana et Perlite étaient liés par la charte-partie — Selon les conditions franco à bord, le vendeur assume l'entière responsabilité pour les frais et la sécurité des marchandises jusqu'à ce qu'elles aient passé le bastingage — Le

from absolute obligation to provide seaworthy vessel — Cl. 16, 19 relieving shipowners from liability arising from loading, stowage — Once plaintiffs show cargo received by shipowners, subsequently damaged, burden on owners to prove damages resulted from cause for which not liable under Cl. 2 — Plaintiffs' loss caused by peat moss exerting forces on ship's bulkhead, causing it to collapse — Defendants not liable.

This was an action for damages arising from the shipment of a cargo of peat moss. The plaintiffs had guaranteed a maximum stowage factor, but after heavy rain prior to and during loading the stowage factor was much lower. When so advised, the captain modified his stowage plan. During loading a bulkhead collapsed. The cargo was discharged onto a gravel surface. The plaintiffs alleged that the defendants had failed in their obligations to ensure that the vessel was seaworthy and to safely load, stow, handle, care for, carry, discharge and deliver their cargo. The defendants counterclaimed, alleging that the damage to their ship was due to the plaintiffs' failure to inform them of the dangerous nature of the cargo.

Pemtex had sold the peat moss to Lantana FOB. Pursuant to the contract of sale, Perlite chartered the ship as an agent for its undisclosed principal, Lantana. Italmare, as shipowners, and Perlite, as charterers, had entered into a charter-party in the Gencon form. Clause 2 provided that the shipowner would only be liable for loss or damage caused by negligent or improper stowage (unless the stowage was performed by the shippers or their stevedores), by the personal want of due diligence on the part of the owners or their managers to make the ship in all respects seaworthy, or by the personal act or default of the owners or their managers. It also provided that the shipowners were not liable for any loss or damage to cargo "arising from any other cause whatsoever", including the fault or negligence of the captain or crew and of servants or agents. Clause 16 provided that the cargo was to be loaded and trimmed "free of risk and expense to the vessel". Clause 19 provided that the charterers were liable

risque de perte à l'égard de la cargaison chargée à bord était transféré à Lantana; le risque pour ce qui était de la cargaison restée à quai demeurait entre les mains de Pemtex — Les Règles de La Haye n'étaient pas incorporées dans la charte-partie — La relation entre les affréteurs et les propriétaires était régie par la charte-partie uniquement — La clause 2 décharge les transporteurs de l'obligation absolue de fournir un navire en état de navigabilité — Les clauses 16 et 19 déchargent les propriétaires du navire de la responsabilité des dommages découlant du chargement et de l'arrimage — Une fois que les demanderesse ont prouvé que les propriétaires ont reçu la cargaison et qu'elle a été endommagée par la suite, il incombe aux propriétaires de prouver que les dommages résultaient d'une cause dont ils ne sont pas responsables en vertu de la clause 2 — La perte subie par les demanderesse a été causée par le fait que la mousse de tourbe a exercé une pression sur la cloison du navire et l'a fait s'effondrer — Les défendeurs n'en étaient pas responsables.

Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts découlant du transport d'une cargaison de mousse de tourbe. Les demanderesse avaient garanti un coefficient d'arrimage maximal, mais après des pluies abondantes avant et durant le chargement, le coefficient d'arrimage était beaucoup moins élevé. Lorsqu'il en a été informé, le capitaine a modifié son plan d'arrimage. Une cloison s'est effondrée durant le chargement. La cargaison a été déchargée sur un revêtement de gravier. Les demanderesse ont soutenu que les défendeurs n'avaient pas rempli leur obligation de s'assurer que le navire était en état de navigabilité ainsi que leur obligation de charger, d'arrimer, de traiter, de manipuler avec soin, de transporter, de décharger et de livrer leur cargaison de façon sécuritaire. Les défendeurs ont présenté une demande reconventionnelle et allégué que les dommages causés à leur navire découlaient du fait que les demanderesse avaient omis de les informer de la nature dangereuse de la cargaison.

Pemtex avait vendu la mousse de tourbe à Lantana avec des conditions franco à bord. Selon le contrat de vente, Perlite a affrété le navire à titre d'agent pour son mandant anonyme, Lantana. Italmare, à titre de propriétaire du navire, et Perlite, à titre d'affréteur, avaient conclu une charte-partie selon la formule Gencon. La clause 2 prévoyait que le propriétaire du navire ne serait responsable que de la perte ou des dommages causés par un arrimage impropre ou négligent (sauf dans le cas de l'arrimage effectué par les chargeurs ou leurs manutentionnaires), par manque de soin diligent de la part des armateurs ou de leur gérant pour mettre le navire en tous points en état de bonne navigabilité ou par faute personnelle ou manquement des armateurs ou de leur gérant. Elle prévoyait également que le propriétaire du navire n'était responsable d'aucune perte ou d'aucun dommage «provenant du fait de toute autre cause quelle qu'elle soit», même provenant de la négligence ou de la déficience du capitaine, de l'équi-

for any damage caused to the vessel by the stevedores. Clause 32 incorporated into the charter-party and all the bills of lading issued under the charter-party the New Jason Clause, new Both-to-Blame Collision Clause, Chamber of Shipping War Risk Clauses 1 & 2, and the P & I Bunkering Clause. It also provided that the Canadian and U.S. Clauses Paramount shall be "incorporated in all bills of lading issued hereunder".

Canada Shipping Act, section 2 defines "dangerous goods" as goods that by reason of their nature, quantity or mode of stowage are liable to endanger the lives of the passengers or imperil the ship.

The issues were whether Lantana was a party to the charter-party; whether Perlite was bound by the terms and conditions of the charter-party; whether the charter-party excluded the defendants from liability; whether the master of the ship was at fault for accepting to load the peat moss and/or in failing to stop the loading operation; whether the peat moss was a dangerous cargo; and, whether Lantana and Perlite were responsible for the damages caused by the cargo.

Held, the action should be dismissed; the counterclaim against Perlite and Lantana should be allowed; the counterclaim against Pemtex should be dismissed.

Lantana was Perlite's undisclosed principal and as such bound by the terms and conditions of the charter-party. It does not matter whether an agent discloses the identity of his principal unless the other party is unwilling to treat an undisclosed principal as a party to the contract. Nothing indicated to Perlite that Italmare was not willing to treat its undisclosed principal as a party to the contract. Also, Pemtex and Lantana, the parties to the contract of sale, intended that Perlite, acting on behalf of Lantana, would be shipper of the cargo in so far as the contract of carriage was concerned, and that bills of lading would be taken out by Perlite, either in its own name or in the name of Lantana. It is not unusual in a sale made on FOB terms for the buyer to assume the role of shipper of the cargo. Perlite was also bound by the terms and conditions of the charter-party. Perlite contracted with Italmare and never advised Italmare that it was acting on behalf of an undisclosed principal. Pemtex was not a party to the contract of carriage. It fulfilled its obligations under the contract of sale by putting the cargo on the ship for Lantana. Pemtex' recourse was in tort. Under the FOB

page ou de quelque autre préposé ou agent. La clause 16 prévoyait que la cargaison devait être chargée et compensée, «sans risque et sans frais pour le navire». La clause 19 prévoyait que les affrétteurs étaient responsables de tout dommage causé au navire par les manutentionnaires. La clause 32 incorporait dans la charte-partie et dans tous les connaissements délivrés en vertu de celle-ci la clause New Jason, la nouvelle clause d'abordage en cas de faute de part et d'autre, les clauses 1 et 2 de risque de guerre de la chambre de navigation et la clause de soutes du club de protection et d'indemnisation. Elle prévoyait également que les clauses attributives de prépondérance générale canadiennes et américaines devaient aussi être «incorporées dans tous les connaissements délivrés en vertu des présentes».

L'article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* définit les «marchandises dangereuses» comme étant celles qui, par leur nature, leur quantité ou leur mode d'arrimage, sont susceptibles de compromettre la vie des passagers ou la sécurité du navire.

Il s'agissait de savoir si Lantana était une partie au contrat de charte-partie; si Perlite était liée par les modalités de la charte-partie; si la charte-partie exonérait les défendeurs de toute responsabilité; si le capitaine du navire était fautif quand il a accepté de charger la mousse de tourbe ou quand il a omis d'arrêter les opérations de chargement; si la mousse de tourbe constituait une cargaison dangereuse; et si Lantana et Perlite étaient responsables des dommages causés à la cargaison.

Jugement: l'action doit être rejetée; la demande reconventionnelle intentée contre Perlite et Lantana doit être accueillie; la demande reconventionnelle intentée contre Pemtex doit être rejetée.

Lantana était le mandant anonyme de Perlite et était donc liée par les modalités de la charte-partie. Peu importe qu'un agent divulgue à l'autre partie l'identité du mandant à moins que l'autre partie ne consente pas à considérer un mandant anonyme comme partie au contrat. Rien ne permettait à Perlite de conclure que Italmare ne consentait pas à traiter son mandant anonyme comme une partie au contrat. De plus, Pemtex et Lantana, les parties au contrat de vente, voulaient que Perlite, agissant au nom de Lantana, soit le chargeur de la cargaison, en ce qui concernait le contrat de transport, et que des connaissements soient pris par Perlite, en son nom propre ou au nom de Lantana. Il n'est pas inhabituel, dans le cas d'une vente avec des conditions franco à bord, que l'acheteur assume le rôle de chargeur de la cargaison. Perlite était également liée par les modalités de la charte-partie. Perlite a conclu un contrat avec Italmare et n'a jamais informé ou avisé Italmare qu'elle agissait pour un mandant anonyme. Pemtex n'était pas une partie au contrat de transport. Elle a rempli ses obligations en vertu du contrat de vente en mettant la cargaison à bord du navire au nom de Lantana. Pemtex

term the seller must pay the cost and bear the full liability for the cost and safety of the goods until the point of their passing the ship's rail, at which time delivery is complete and the risk of loss in the goods is transferred to the buyer. The risk of loss of the peat moss loaded on the ship was transferred to Lantana. Title and risk to the cargo which remained on the dock remained with Pentex.

There were no reasons for not giving effect to the clear language of Clause 2. There is no material difference between Clause 13 of the *Baltimex* form and Clause 2 of the *Gencon* form. The shipowners will only be liable, in addition to their liability for improper stowage, for loss of or damage to the plaintiffs' cargo if the loss or damage results from their personal want of due diligence in making the ship seaworthy or where the loss or damage to cargo results from a personal act or default on their part or on the part of their managers. The shipowners will incur no liability for any loss or damage to cargo caused by the fault or negligence of their servants and agents including that of their captain and crew. With respect to loss or damage arising from the unseaworthiness of the vessel, the clause provides that the shipowners shall be liable if, by reason of personal want of due diligence, they fail to make the vessel seaworthy. The purpose of Clause 2 of the *Gencon* charter-party is to relieve the shipowners from their absolute obligation to provide a seaworthy vessel. Clause 16 rendered the charterers liable for loss or damage arising from improper stowage. The combined effect of Clauses 16 and 19 was to relieve the shipowners of any liability arising from the loading and stowage of the cargo on board their ship.

The *Hague Rules* were not incorporated in the charter-party. There was no provision in the charter-party stipulating that the clauses paramount were part of the charter-party, except to the extent that Clause 32 provides that the clauses paramount shall be incorporated in all bills of lading issued pursuant to the charter-party. Thus, the relationship between the charterers and the owners was governed by the terms and conditions of the charter-party only.

The burden of proving that shipowners are in breach of contract rests upon the charterers. Once the plaintiffs show that the cargo was received by the shipowners and damage caused thereto, the burden falls upon the owners to prove that, in effect, the damages resulted from a cause for which they are not liable under Clause 2.

avait un recours en responsabilité civile délictuelle. En vertu des conditions franco à bord, le vendeur doit acquitter les frais et assumer l'entière responsabilité pour les frais et la sécurité des marchandises jusqu'à ce qu'elles aient passé le bastingage, qui représente le moment où la livraison est effectuée et où le risque de perte des marchandises est transféré à l'acheteur. Le risque de perte à l'égard de la mousse de tourbe chargée à bord du navire était transféré à Lantana. Le risque et le titre pour ce qui est de la cargaison restée à quai demeuraient entre les mains de Pentex.

Il n'y avait aucun motif pour ne pas donner effet au libellé clair de la clause 2. Il n'existe pas de différence importante entre la clause 13 de *Baltimex* et la clause 2 de *Gencon*. Les propriétaires du navire ne seront responsables (outre leur responsabilité pour arrimage défectueux) de la perte ou du dommage subi par la cargaison des demanderessees que si la perte ou le dommage découle de leur manque personnel de soin diligent à rendre le navire apte à prendre la mer, ou si la perte ou le dommage à la cargaison résulte d'un acte ou d'un manquement personnel de leur part ou de la part de leurs gérants. Les propriétaires n'engageront aucune responsabilité pour toute perte ou tout dommage à la cargaison causé par la faute ou la négligence de leurs préposés et agents, notamment la faute et la négligence de leur capitaine et de l'équipage. En ce qui concerne la perte ou le dommage résultant de l'incapacité du navire à prendre la mer, la clause prévoit que les propriétaires sont responsables si, en raison d'un manque de diligence raisonnable, ils omettent de rendre le navire apte à prendre la mer. L'objectif de la clause 2 de la charte-partie *Gencon* est de libérer les propriétaires de leur obligation absolue de fournir un navire apte à prendre la mer. La clause 16 avait pour effet de rendre les affréteurs responsables de la perte ou du dommage découlant d'un arrimage impropre. Les clauses 16 et 19, prises ensemble, avaient pour effet de décharger les propriétaires de toute responsabilité découlant du chargement et de l'arrimage de la cargaison à bord du navire.

Les Règles de La Haye n'ont pas été intégrées dans la charte-partie. Celle-ci ne contenait aucune stipulation prévoyant que les clauses attributives de prépondérance faisaient partie de la charte-partie, sauf dans la mesure où la clause 32 prévoit qu'elles doivent être incorporées dans tous les connaissements délivrés conformément à la charte-partie. Dès lors, la relation entre les affréteurs et les propriétaires était régie uniquement par les modalités de la charte-partie.

Il incombe aux affréteurs de prouver que les propriétaires ont manqué à l'exécution du contrat. Une fois que les demanderessees ont montré que la cargaison a été reçue par les propriétaires et que des dommages y avaient été causés, il incombe aux propriétaires de prouver qu'en réalité les dommages découlaient d'une cause dont la responsabilité ne leur incombe pas en vertu de la clause 2.

The plaintiffs' loss was caused by the fact that the peat moss exerted forces on the ship's bulkhead which caused it to collapse. The defendants were not responsible for that cause. The plaintiffs' loss did not result from the ship's unseaworthiness or from a personal act or default by the shipowners or their managers.

The moisture content of the cargo exceeded 90% of the flow moisture point, an amount greater than that deemed safe by the Bulk Cargo Code for carriage by sea in general cargo vessels. The peat moss loaded on board the ship was "liable to endanger the lives of crew members" and "to imperil the ship". The captain was not at fault in accepting to load the cargo, and in not stopping the loading operation. He did not know and could not have known of the danger posed by the peat moss. He expected a very light cargo. Only after loading had begun did he become concerned with the possibility that the peat moss might shift, but he was never concerned that the peat moss might endanger his ship because of the hydrostatic pressure that it might create. The plaintiffs ought to have known the characteristics of their cargo and should have informed the shipowners of those characteristics prior to the loading on board of their cargo. Neither the defendants nor the captain could be blamed for not being knowledgeable with respect to this cargo.

Neither the shippers nor the carrier were aware of the dangers posed by their cargo to the ship. The general rule at common law is that the shipper impliedly warrants not to ship dangerous goods without first notifying the carrier of their particular and/or peculiar characteristics of which he is aware, or deemed to be aware. Failure to warn of the known dangerous propensities of the cargo will result in liability for damage to the ship and other cargo. That liability is varied where the carrier, members of the crew or shipowners ought reasonably to have known of the dangerous nature of the cargo. The exception is based on consent to some of the risks associated with the shipment. Even if the plaintiffs were not aware of the dangerous nature of their cargo, they were liable for the damages caused to the ship.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 2 "dangerous goods" or "goods of a dangerous nature".

La perte subie par les demanderesse a été causée par le fait que la mousse de tourbe a exercé sur la cloison du navire des forces qui l'ont fait s'effondrer. Les défendeurs n'étaient pas responsables de cette cause. La perte des demanderesse ne résultait pas de l'innavigabilité du navire ou d'un acte ou d'un manquement personnel de la part de ses propriétaires ou de la part de leurs gérants.

La teneur en humidité de la cargaison dépassait 90 p. 100 du point d'affaissement, ce qui était plus élevé que le pourcentage réputé sécuritaire par le Code des cargaisons en vrac pour le transport par mer sur un transporteur de marchandises générales. La mousse de tourbe chargée à bord du navire était «susceptible de compromettre la vie des passagers» ou «la sécurité du navire». Le capitaine n'était pas en faute quand il a accepté de charger la cargaison de mousse de tourbe et n'a pas interrompu les opérations de chargement. Il ne savait pas et n'aurait pas pu savoir quel était le danger que représentait la mousse de tourbe. Il s'attendait à ce que la cargaison soit très légère. Ce n'est qu'après le début du chargement que le capitaine s'est inquiété du ripage éventuel de la mousse de tourbe, mais il ne s'est jamais inquiété du fait que la mousse de tourbe pouvait compromettre la sécurité de son navire à cause de la pression hydrostatique qu'elle pouvait créer. Les demanderesse auraient dû connaître les caractéristiques de leur cargaison et auraient dû en informer les propriétaires du navire avant le chargement de leur cargaison à bord. Ni les défendeurs ni le capitaine ne pouvaient être blâmés de ne pas posséder les connaissances requises au sujet de cette cargaison.

Ni les chargeurs ni le transporteur ne connaissaient les dangers posés par la cargaison qui devait être transportée. La règle générale en common law veut que le chargeur garantisse implicitement de ne pas transporter de marchandises dangereuses sans aviser, au préalable, le transporteur de leurs caractéristiques particulières ou singulières dont il a connaissance ou dont il est réputé avoir connaissance. Si le chargeur omet d'informer les parties concernées des propriétés dangereuses connues de la cargaison, toute responsabilité en matière de dommages, notamment au navire et aux autres cargaisons, lui incombera. Cette responsabilité est modifiée lorsque le transporteur, les membres de l'équipage ou les armateurs auraient dû connaître de façon raisonnable la nature dangereuse de la cargaison. L'exception est fondée sur le consentement à assumer certains risques liés à la cargaison. Même si les demanderesse n'étaient pas au courant de la nature dangereuse de leur cargaison, elles étaient responsables des dommages causés au navire.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole

Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15.

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 (Hague Rules), Art. 4, R. 6.

de signature, Bruxelles, 25 août 1924 (Règles de La Haye), art. 4, règle 6.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 2 «marchandises dangereuses» ou «marchandises de nature dangereuse».

Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, ch. C-15.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Teheran-Europe Company, Ltd. v. S. T. Belton (Tractors), Ltd., [1968] 2 Lloyd's Rep. 37 (C.A.); *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402; *Gesellschaft Burgerlichen Rechts and Others v. Stockholms Rederiaktiebolag Svea*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 546 (Q.B. (Com. Ct.)); *Sucrest Corp. v. M/V Jennifer*, 455 F.Supp. 371 (N.D. Me. 1978); *Brass v. Maitland* (1856), 119 E.R. 940 (Q.B.); *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Company*, [1910] 2 K.B. 94 (C.A.); *Giannis N.K., The*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 171 (Q.B. (Com. Ct.)); *Government of Ceylon v. Chandris*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 204 (Q.B. (Com. Ct.)); *Canadian Transport Co., Ltd. v. Court Line, Ltd.*, [1940] A.C. 934 (H.L.); *Itoh & Co. Ltd. v. Atlantska Plovidba (The Gundulic)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 418 (Q.B. (Com. Ct.)); *Great Northern Railway Co. v. L. E. P. Transport and Depository*, [1922] 2 K.B. 742 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Anglo-Saxon Petroleum Company, Ltd. v. Adamastos Shipping Company, Ltd., [1958] 1 Lloyd's Rep. 73 (H.L.).

CONSIDERED:

Mitchell, Cotts & Co. v. Steel Brothers & Co., [1916] 2 K.B. 610; *Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos, The*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 277 (Q.B. (Com. Ct.)); *Amphion, The*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 101 (Q.B. (Com. Ct.)).

REFERRED TO:

Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd., [1959] A.C. 576 (P.C.); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564 (C.A.); *Wilson (J. Raymond) & Co., Ltd. v. Norman Scratchard, Ltd.* (1944), 77 Ll. L. Rep. 373 (K.B.); *Overseas Transportation Company v. Mineralimportexport (The Sinoe)*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 201 (C.A.); *Williams v. East India Company* (1802), 102 E.R. 571 (K.B.); *Acatos v. Burns* (1878), 3 Ex. D. 282 (C.A.); *Trans-*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Teheran-Europe Company, Ltd. v. S. T. Belton (Tractors), Ltd., [1968] 2 Lloyd's Rep. 37 (C.A.); *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402; *Gesellschaft Burgerlichen Rechts and Others v. Stockholms Rederiaktiebolag Svea*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 546 (Q.B. (Com. Ct.)); *Sucrest Corp. v. M/V Jennifer*, 455 F.Supp. 371 (N.D. Me. 1978); *Brass v. Maitland* (1856), 119 E.R. 940 (Q.B.); *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Company*, [1910] 2 K.B. 94 (C.A.); *Giannis N.K., The*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 171 (Q.B. (Com. Ct.)); *Government of Ceylon v. Chandris*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 204 (Q.B. (Com. Ct.)); *Canadian Transport Co., Ltd. v. Court Line, Ltd.*, [1940] A.C. 934 (H.L.); *Itoh & Co. Ltd. v. Atlantska Plovidba (The Gundulic)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 418 (Q.B. (Com. Ct.)); *Great Northern Railway Co. v. L. E. P. Transport and Depository*, [1922] 2 K.B. 742 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Anglo-Saxon Petroleum Company, Ltd. v. Adamastos Shipping Company, Ltd., [1958] 1 Lloyd's Rep. 73 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Mitchell, Cotts & Co. v. Steel Brothers & Co., [1916] 2 K.B. 610; *Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos, The*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 277 (Q.B. (Com. Ct.)); *Amphion, The*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 101 (Q.B. (Com. Ct.)).

DÉCISIONS CITÉES:

Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd., [1959] A.C. 576 (P.C.); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564 (C.A.); *Wilson (J. Raymond) & Co., Ltd. v. Norman Scratchard, Ltd.* (1944), 77 Ll. L. Rep. 373 (K.B.); *Overseas Transportation Company v. Mineralimportexport (The Sinoe)*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 201 (C.A.); *Williams v. East India Company* (1802), 102 E.R. 571 (K.B.); *Acatos v. Burns* (1878), 3 Ex. D. 282 (C.A.); *Trans-*

oceanica Society Italiana di Navigazione v. Shipton & Sons, [1923] 1 K.B. 31.

ceanica Society Italiana di Navigazione v. Shipton & Sons, [1923] 1 K.B. 31.

AUTHORS CITED

Cooke, Julian *et al. Voyage Charters*. London: Lloyd's of London Press, 1993.

Sassoon, David M. *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1984.

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Y. Blais, 1988.

Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*. London: Pitman, 1988.

ACTION for damages arising from damage to a cargo of peat on the ground that the defendants had failed to ensure that the vessel was seaworthy and to safely load, stow, handle, care for, carry, discharge and deliver their cargo; counterclaim alleging that the damage to the ship was due to the plaintiffs' failure to inform them of the dangerous nature of the cargo. Action dismissed; counterclaim allowed.

COUNSEL:

Nick Spillane for plaintiffs.
John G. O'Connor for defendants.

SOLICITORS:

McMaster, Meighen, Montréal, for plaintiffs.
Langlois Robert, Québec City, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 NADON J.:

EDITOR'S NOTE #1

The Executive Editor has determined that the 100-page reasons for judgment herein should be published as abridged. This decision is of interest for its exposition on the Gencon and

DOCTRINE

Cooke, Julian *et al. Voyage Charters*. London: Lloyd's of London Press, 1993.

Sassoon, David M. *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1984.

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Y. Blais, 1988.

Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*. London: Pitman, 1988.

ACTION en dommages-intérêts résultant des dommages causés à une cargaison de tourbe pour le motif que les défendeurs ne s'étaient pas assurés que le navire était en état de navigabilité et n'avaient pas chargé, arrimé, traité, manipulé avec soin, transporté, déchargé et livré leur cargaison de façon sécuritaire; demande reconventionnelle alléguant que les dommages causés au navire découlaient du fait que les demanderessees ne les avaient pas informés de la nature dangereuse de la cargaison. Action rejetée; demande reconventionnelle accueillie.

AVOCATS:

Nick Spillane pour les demanderessees.
John G. O'Connor pour les défendeurs.

PROCUREURS:

McMaster, Meighen, Montréal, pour les demanderessees.
Langlois Robert, Québec, pour les défendeurs.

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

LE JUGE NADON:

1

NOTE DE L'ARRÊTISTE #1

Le directeur général a décidé que les motifs du jugement d'une longueur de 100 pages seraient publiés sous une forme abrégée. Ce jugement présente un intérêt en raison première-

Baltimé forms of charter-party with respect to relieving shipowners from the obligation to provide a seaworthy vessel and its review of the law as to the shipper's implied warranty not to ship dangerous goods without notifying the carrier of their peculiar characteristics. Three portions of the reasons have been deleted and in place of each a very brief summary has been prepared. The three omitted portions are: (1) the nature of the proceedings and facts of the case; (2) review of the evidence as to why the bulkhead collapsed and (3) plaintiffs' loss and quantum.

EDITOR'S NOTE #2

The plaintiffs' claim against the defendants was for damages arising from the shipment of a cargo of peat moss. As the cargo was being loaded, a bulkhead between two of the holds collapsed. This caused 50% of the cargo in hold number one to shift into number two. In view of the ship's condition, the Canadian Coast Guard would not permit the vessel to sail and the cargo had to be unloaded. The plaintiffs said that the ship was unseaworthy and unfit for the voyage and that defendants failed to safely load and stow the cargo. In their counterclaim, the defendants alleged damage to their ship due to plaintiffs' breach of the contract of carriage by failing to inform them of the dangerous nature of the cargo.

Perlite and Pemtex, two of the plaintiffs, are Quebec corporations while Can-Flo (operating as Lantana Peat & Soil) was incorporated under the laws of Florida. Perlite was dormant; Pemtex had been incorporated to exploit a peat bog and ship the moss to Florida. Lantana's

commentaire qu'il contient sur les formules Gencon et Baltimé de la charte-partie en ce qui concerne l'exonération des propriétaires du navire de l'obligation de fournir un navire en état de naviguer et deuxièmement de l'exposé du droit qu'il fait en ce qui a trait à la garantie implicite des chargeurs de ne pas charger des marchandises dangereuses sans informer le transporteur de leurs caractéristiques particulières. Trois parties des motifs ont été remplacées chacune par un très court résumé. Les trois parties omises sont: (1) la nature des procédures intentées et les faits de la cause; (2) l'examen des témoignages portant sur les raisons pour lesquelles la cloison s'est effondrée et (3) les pertes subies par les demanderesse et le montant des dommages-intérêts.

NOTE DE L'ARRÊTISTE #2

Les demanderesse ont intenté contre les défendeurs une action pour les dommages découlant du chargement d'une cargaison de mousse de tourbe. Une cloison entre deux cales s'est effondrée durant le chargement de la cargaison, de sorte qu'environ la moitié de la cargaison se trouvant dans la cale numéro un s'est déplacée dans la cale numéro deux. À cause de l'état du navire, la Garde côtière canadienne n'a pas permis au bâtiment de partir et la cargaison a dû être déchargée. Les demanderesse ont dit que le navire n'était pas en état de naviguer et apte à voyager et que les défendeurs n'ont pas chargé et arrimé la cargaison de façon sécuritaire. Dans leur demande reconventionnelle, les défendeurs ont allégué que les dommages causés à leur navire découlaient de l'inexécution, par les demanderesse, du contrat de transport puisqu'elles ne les avaient pas informés de la nature dangereuse de la cargaison.

Perlite et Pemtex, deux des demanderesse, sont des compagnies québécoises tandis que Can-Flo (faisant affaires sous le nom de Lantana Peat & Soil) a été constituée en compagnie conformément aux lois de la Floride. Perlite était inactive; Pemtex avait été constituée en compa-

business is blending peat moss with soil for sale to golf courses and other customers. Peat is decomposed and partly carbonized vegetable matter which is cut out from bogs. Formerly, the peat had been shipped by truck. This was the first time that it was to have been carried by bulk tanker. The principals of the plaintiffs had no expertise in the area of carriage of goods by sea but one of them, Germain, guaranteed the shipbroker that the stowage factor of the peat moss would not exceed 55 cubic feet per metric ton. The cargo to be shipped was described in the charter-party as "bulk harmless humus". The cargo was to be loaded "free of risk and expense to the vessel". There was heavy rain when the peat moss was being transported to the dock and during the loading process. The ship's captain had expected a cargo dry like saw dust but noticed that the cargo being loaded was "absolutely wet". He further observed that it was not peaking as would a grain cargo but was flat. He became concerned that the cargo might shift. Plaintiffs then advised the captain that the stowage factor could be only 40-45 cubic feet per metric ton. The captain modified his stowage plan by loading the peat moss in alternate holds. This revised stowage plan was approved on behalf of the ship's owners. The bulkhead suddenly gave way as loading was in progress. Plaintiffs said that their cargo became a total loss. The cargo was discharged onto a gravel surface and thereby contaminated. They could not charter another ship because of the lateness of the season. Defendants' case was that the cargo could not be transported by bulk carrier and that it was contaminated due to plaintiffs' failure to protect it.

gnie en vue de l'exploitation d'une tourbière et de l'expédition de la mousse en Floride. Lantana mélange de la mousse de tourbe à de la terre dans le but de vendre ce produit à des clubs de golf et à d'autres clients. La tourbe est une substance végétale décomposée par l'eau et en partie carbonisée, qui est enlevée des tourbières par découpage. Auparavant, la tourbe était expédiée par camion. C'était la première fois qu'elle devait être transportée par vraquier. Les mandants des demanderesses n'avaient aucune expérience dans le domaine du transport de marchandises par mer, mais l'un d'eux, Germain, a assuré le courtier d'affrètement maritime que le coefficient d'arrimage de la mousse de tourbe ne dépasserait pas les 55 pieds cubes par tonne métrique. La cargaison qui devait être expédiée était décrite dans la charte-partie comme de l'«humus inoffensif en vrac». La cargaison devait être chargée «sans risque et sans frais pour le navire». Il y a eu des pluies abondantes pendant le transport de la mousse de tourbe jusqu'au quai et pendant le chargement lui-même. Le capitaine du navire s'attendait à une cargaison aussi sèche que de la sciure, mais il a remarqué que la cargaison en cours de chargement était «complètement mouillée». Il a en outre observé que la cargaison ne formait pas un amas conique comme une cargaison céréalière mais qu'elle était affaissée. Il a conclu qu'il était possible que la cargaison ripe. Les demanderesses ont ensuite informé le capitaine qu'il était possible que le coefficient d'arrimage soit seulement de 40 à 45 pieds cubes par tonne métrique. Le capitaine a modifié son plan d'arrimage en chargeant la mousse de tourbe dans des cales en alternance. Ce plan d'arrimage révisé a été approuvé au nom des propriétaires du navire. La cloison a soudainement cédé au cours du chargement. Les demanderesses ont fait valoir que leur cargaison était devenue une perte totale. La cargaison a été déchargée sur un revêtement de gravier et a été ainsi contaminée. Elles n'ont pas pu affréter un autre navire parce que la saison était déjà bien avancée. Les défendeurs ont soutenu que la cargaison ne pouvait pas

être transportée par un vraquier et qu'elle a été contaminée parce que les demanderesses ne l'ont pas protégée.

ANALYSIS

1. The parties to the contract of carriage.

2 During the summer of 1988, Germain met Keith Cavanaugh of Gibson in order to find a suitable ship to carry peat moss to Florida. The *Marina Di Alimuri* was the second ship offered to Germain and his partners. It will be recalled that Gibson initially offered the *Frota America* in early August 1988 but that ship was not found suitable. When Gibson contacted Germain in early October with respect to the *Marina Di Alimuri*, Germain, after consulting with Caruso, advised Gibson that "they" would take her.

3 As a result, a charter-party in the Gencon form dated October 4, 1988, was entered into between Italmare, as owners of the ship, and Perlite, as charterers. Even though the charter-party had not yet been signed by Perlite when the bulkhead collapsed on October 28, 1988,¹ I have no hesitation in concluding that the terms and conditions thereof are binding upon owners and charterers.

4 As I have already stated, Gibson, on October 4, 1988, after speaking to Germain, confirmed to the shipowners that Perlite accepted the ship. The Gibson telex sets out the essential terms of the agreement reached by the parties. Prior to the incident and at least by October 18, Germain and Caruso had seen the charter-party and had, in my view, accepted the terms thereof. In that respect, I wish to refer to Clause 4 of the contract of sale which reads as follows:

The charter contract between Italmare SPA, Italy, owners and LES INDUSTRIES PERLITE INC., Ville St-Pierre, Quebec, charterers, of which one copy is in the hands of LANTANA PEAT & SOIL shall be an integral part of this agreement, including the different attached clauses, above contract already approved by you.

ANALYSE

1. Les parties au contrat de transport

Pendant l'été 1988, Germain a rencontré Keith Cavanaugh de Gibson pour trouver un navire convenable pour transporter la mousse de tourbe en Floride. Le *Marina Di Alimuri* était le deuxième navire proposé à Germain et à ses associés. Il faut se rappeler que Gibson leur avait offert, au départ, le *Frota America* au début d'août 1988, mais que ce navire n'avait pas été jugé convenable. Lorsque Gibson a communiqué avec Germain au début d'octobre à l'égard du *Marina Di Alimuri*, Germain, après avoir consulté Caruso, a avisé Gibson qu'«ils» prendraient ce navire.

Ainsi, une charte-partie sur une formule Gencon a été conclue entre Italmare, à titre de propriétaires du navire, et Perlite, comme affréteurs, en date du 4 octobre 1988. Même si la charte-partie n'avait pas encore été signée par Perlite au moment où la cloison s'est effondrée le 28 octobre 1988¹, je n'hésite pas à conclure que les modalités de celle-ci lient les propriétaires et les affréteurs.

Comme je l'ai déjà mentionné, le 4 octobre 1988, Gibson, après avoir discuté avec Germain, a confirmé aux propriétaires que Perlite acceptait le navire. Le télex de Gibson énonce les conditions essentielles de l'entente conclue entre les parties. Avant l'incident, et au moins avant le 18 octobre, Germain et Caruso avaient vu la charte-partie et en avaient, à mon avis, accepté les conditions. À cet égard, je voudrais faire référence à la clause 4 du contrat de vente qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] Le contrat d'affrètement entre Italmare SPA (Italie), propriétaires et LES INDUSTRIES PERLITE INC., Ville Saint-Pierre (Québec), affréteurs, dont LANTANA PEAT & SOIL a obtenu copie, fait partie intégrante de la présente entente, y compris les différentes clauses qui y sont jointes, le contrat ci-dessus ayant déjà été approuvé par vous.

- 5 In other words, as of October 18, 1988, Germain and Caruso had copies of the charter-party and had, in effect, agreed to be bound by the terms and conditions thereof. 5
- 6 The defendants submit that the charter-party was entered into by Perlite on behalf of Lantana. In support of this submission, counsel for the defendants referred me to Clause 2 of the contract of sale between Pemtex and Lantana. That part of Clause 2 which is relevant for counsel's submission reads as follows: 6
- Price for the freight: 7.50 \$ U.S. funds per metric ton, fully payable on signing of Bills of Lading to "LES INDUSTRIES PERLITE INC." who have chartered the vessel for LANTANA PEAT & SOIL and according to your instructions and already accepted by you.
- 7 This, counsel submits, clearly indicates that Lantana had authorized Perlite to conclude the charter-party on its behalf. I agree with counsel's submission. 7
- 8 It cannot be doubted that Lantana authorized Perlite to enter on its behalf into the charter-party contract. Clause 2 of the contract of sale makes it abundantly clear that Lantana accepted the terms and conditions of the charter-party. I should also add that the terms and conditions of the charter-party were incorporated into the contract of sale between Pemtex and Lantana. 8
- 9 I have come to the conclusion that Perlite did, in fact, charter the ship as an agent for its undisclosed principal, Lantana. In reaching this conclusion, I have taken into consideration Clause 2 of the contract of sale and the overall arrangements between Perlite, Pemtex and Lantana. 9
- 10 Germain personally owned the "claims" to prospect and extract the peat from the peat bog. Germain leased these rights to Terrassement Mingan which then undertook to extract the peat and ship it from the peat bog to the loading port. Després testified that, following the extraction and the shipping of the peat to Sept-Îles, Terrassement Mingan immediately sold the peat to Pemtex. Consequently, when the peat arrived at the IOC dock, Pemtex was the owner 10
- Autrement dit, à compter du 18 octobre 1988, Germain et Caruso avaient des copies de la charte-partie et de fait, convenus d'être liés par les modalités de celle-ci.
- Les défendeurs soutiennent que la charte-partie a été conclue par Perlite au nom de Lantana. À l'appui de cet argument, l'avocat des défendeurs m'a présenté la clause 2 du contrat de vente entre Pemtex et Lantana. La partie de la clause 2 pertinente à l'argument de l'avocat se lit comme suit:
- [TRADUCTION] Prix pour le fret: 7,50 \$ US par tonne métrique, entièrement payable à la signature des connaissements à «LES INDUSTRIES PERLITE INC.» qui a affrété le navire pour LANTANA PEAT & SOIL et conformément à vos directives, que vous avez déjà acceptés.
- Cette clause, selon l'avocat, indique clairement que Lantana avait autorisé Perlite à conclure la charte-partie en son nom. Je suis d'accord avec l'argument de l'avocat.
- L'on ne peut douter que Lantana ait autorisé Perlite à conclure, en son nom, le contrat de charte-partie. La clause 2 du contrat de vente montre clairement que Lantana a accepté les modalités de la charte-partie. Je devrais aussi ajouter que ces modalités ont été incluses dans le contrat de vente entre Pemtex et Lantana.
- J'en suis arrivé à la conclusion que Perlite a, en fait, affrété le navire en tant qu'agent pour son mandant anonyme, Lantana. Pour en arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte de la clause 2 du contrat de vente et de l'ensemble des dispositions conclues entre Perlite, Pemtex et Lantana.
- Germain détenait personnellement les «concessions» pour la prospection et l'extraction de mousse de tourbe dans la tourbière. Il a loué ces droits à Terrassement Mingan qui a, par la suite, entrepris d'extraire la tourbe et de l'expédier depuis la tourbière au port de chargement. Després a déclaré dans son témoignage qu'après l'extraction et l'expédition de la tourbe à Sept-Îles, Terrassement Mingan l'avait immédiatement vendue à Pemtex. En conséquence,

thereof. It should be recalled that, according to Després, Pemtex had been incorporated² to sell and ship peat to Lantana in Florida. That was its business.

lorsque la tourbe est arrivée au quai d'IOC, Pemtex en était propriétaire. Il faut se souvenir que, selon Després, Pemtex avait été constituée en société² afin de vendre et d'expédier de la tourbe à Lantana en Floride; c'était là son activité commerciale.

11 It will also be recalled that Perlite, according to Germain who owned all of its shares, was a dormant company. Perlite was neither the vendor nor the buyer of the peat. Perlite was, in effect, Germain's personal company. Neither Després nor Caruso had any interest in Perlite.

Il faut aussi se souvenir que selon Germain, Perlite, dont il possédait toutes les actions, était une société inactive. Perlite n'était ni le vendeur ni l'acheteur de la tourbe. Perlite était, en fait, la société personnelle de Germain. Ni Després ni Caruso ne possédaient un intérêt dans Perlite.

12 Clause 2 of the contract of sale stipulates what should be obvious and that is that Perlite, in chartering the ship, was acting as agent on behalf of a principal. Perlite could have acted only on behalf of either Pemtex or Lantana, the principals to the contract of sale and the parties interested in the peat. In my view, through Clause 2 of the contract of sale, Pemtex and Lantana put down in words what they understood to be Perlite's role in chartering the ship. Clause 2 of the contract of sale clearly stipulates that Perlite chartered the ship for Lantana pursuant to Lantana's instructions.

La clause 2 du contrat de vente stipule ce qui devrait être évident, c'est-à-dire que Perlite, lorsqu'elle a affrété le navire, agissait comme agent au nom d'un mandant. Perlite ne pouvait avoir agi qu'au nom de Pemtex ou de Lantana, les mandants de ce contrat de vente et les parties intéressées par la tourbe. À mon avis, dans la clause 2 du contrat de vente, Pemtex et Lantana ont consigné ce qu'elles croyaient être le rôle de Perlite dans l'affrètement du navire. La clause 2 du contrat de vente stipule clairement que Perlite affrétait le navire pour Lantana, selon les directives de Lantana.

13 I am therefore of the view that Lantana was Perlite's undisclosed principal and that, consequently, it is bound by the terms and conditions of the charter-party. In *Teheran-Europe Company, Ltd. v. S. T. Belton (Tractors), Ltd.*, [1968] 2 Lloyd's Rep. 37 (C.A.), at page 41, Lord Diplock stated:

Je suis donc d'avis que Lantana était le mandant anonyme de Perlite et, qu'en conséquence, elle est liée par les modalités de la charte-partie. Dans l'arrêt *Teheran-Europe Company, Ltd. v. S. T. Belton (Tractors), Ltd.*, [1968] 2 Lloyd's Rep. 37 (C.A.), à la page 41, lord Diplock a déclaré ceci:

Where an agent has . . . authority and enters into a contract with another party intending to do so on behalf of his principal, it matters not whether he discloses to the other party the identity of his principal, or even that he is contracting on behalf of a principal at all, if the other party is willing or leads the agent to believe that he is willing to treat as a party to the contract anyone on whose behalf the agent may have been authorized to contract. In the case of an ordinary commercial contract such willingness of the other party may be assumed by the agent unless either the other party manifests his unwillingness or there are other circumstances which should lead the agent to realize that the other party was not so willing.

[TRADUCTION] Lorsqu'un agent est . . . habilité et conclut un contrat avec une autre partie, en ayant l'intention de le faire au nom de son mandant, il n'importe pas de savoir s'il divulgue à l'autre partie l'identité du mandant, ou même s'il conclut vraiment un contrat au nom d'un mandant, si l'autre partie est prête, ou amène l'agent à croire qu'elle est prête à considérer comme partie au contrat, toute personne au nom de laquelle un agent peut avoir été autorisé à conclure un contrat. Dans le cas d'un contrat commercial ordinaire, cette volonté de l'autre partie peut être présumée par l'agent, à moins que l'autre partie ne manifeste sa volonté ou que d'autres circonstances n'amènent l'agent à réaliser que l'autre partie n'est pas prête.

14 In the case at bar, there are, in my view, no circumstances which would have led Perlite to con-

En l'espèce, il n'existe, à mon avis, aucune circonstance qui aurait permis à Perlite de conclure que

clude that Italmare was not willing to treat its undisclosed principal as a party to the contract.

15 It is also my view that the parties to the contract of sale intended that Perlite, again acting on behalf of Lantana, would be shipper of the cargo in so far as the contract of carriage was concerned and that bills of lading would be taken out by Perlite either in its own name or in the name of Lantana. This arrangement is not surprising in view of the fact that Lantana was purchasing the peat on FOB terms. In *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402, at page 424,³ Devlin J. explained that it was not unusual in a sale made on FOB terms, for the buyer to assume the role of shipper of the cargo. His explanation is as follows:

The f.o.b. contract has become a flexible instrument. In . . . the classic type . . . for example, in *Wimble, Sons & Co. Ltd. v. Rosenberg & Sons*, the buyer's duty is to nominate the ship, and the seller's to put the goods on board for account of the buyer and procure a bill of lading in terms usual in the trade. In such a case the seller is directly a party to the contract of carriage at least until he takes out the bill of lading in the buyer's name. Probably the classic type is based on the assumption that the ship nominated will be willing to load any goods brought down to the berth or at least those of which she is notified. Under present conditions, when space often has to be booked well in advance, the contract of carriage comes into existence at an earlier point of time. Sometimes the seller is asked to make the necessary arrangements; and the contract may then provide for his taking the bill of lading in his own name and obtaining payment against the transfer, as in a c.i.f. contract. Sometimes the buyer engages his own forwarding agent at the port of loading to book space and to procure the bill of lading; if freight has to be paid in advance this method may be the most convenient. In such a case the seller discharges his duty by putting the goods on board, getting the mate's receipt and handing it to the forwarding agent to enable him to obtain the bill of lading.

16 David M. Sassoon in *C.I.F. and F.O.B. Contracts* (3rd ed.), British Shipping Laws, Vol. 5, 1984, Stevens & Sons, at page 388, paragraph 511, sets out the duties of seller and buyer under FOB contracts pursuant to the definition of the International

Italmare ne consentait pas à traiter son mandant anonyme comme une partie au contrat.

15 Je suis aussi d'avis que les parties au contrat de vente voulaient que Perlite, agissant à nouveau au nom de Lantana, soit le chargeur de la cargaison, en ce qui concerne le contrat de transport, et que des connaissements soient pris par Perlite, en son nom propre ou au nom de Lantana. Cet arrangement n'est pas surprenant vu que Lantana achetait la mousse avec des conditions franco à bord. Dans l'arrêt *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402, à la page 424³, le juge Devlin a expliqué qu'il n'était pas inhabituel, dans le cas d'une vente avec des conditions franco à bord, que l'acheteur assume le rôle de chargeur de la cargaison. Il l'a ainsi expliqué:

[TRADUCTION] Le contrat franco à bord est devenu un instrument souple. Dans . . . le type classique . . . par exemple, dans l'arrêt *Wimble, Sons & Co. Ltd. v. Rosenberg & Sons*, l'obligation de l'acheteur consiste à désigner un navire et l'obligation du vendeur à mettre les marchandises à bord au nom de l'acheteur et à fournir un connaissement aux conditions habituelles dans le secteur d'activité. Dans un tel cas, le vendeur est directement une partie au contrat de transport, au moins jusqu'à ce qu'il reprenne le connaissement au nom de l'acheteur. Il est probable que le type classique repose sur le principe voulant que le navire désigné charge volontiers les marchandises transportées jusqu'au poste à quai et, à tout le moins, les marchandises dont les propriétaires du navire ont été informés. Dans les conditions actuelles, alors que l'espace doit souvent être retenu bien à l'avance, le contrat de transport prend naissance plus tôt. Il arrive que l'on demande au vendeur de prendre les dispositions nécessaires, et le contrat peut alors prévoir que celui-ci signe le connaissement en son nom propre et obtient le paiement au moment du transfert, comme dans un contrat coût, assurance, fret. Autrement, si l'acheteur engage parfois son propre transitaire au port de chargement pour louer l'espace et fournir le connaissement; s'il faut payer le fret à l'avance, cette méthode peut se révéler la plus pratique. Dans un tel cas, le vendeur s'acquitte de son obligation s'il met les marchandises à bord du navire, reçoit le reçu de bord et le remet au transitaire afin de lui permettre d'obtenir le connaissement.

16 Dans *C.I.F. and F.O.B. Contract*, (3^e édition), British Shipping Laws, vol. 5, 1984, Stevens and Sons, à la page 388, paragraphe 511, David M. Sassoon énonce les obligations d'un vendeur et d'un acheteur en vertu d'un contrat franco à bord, selon

Chamber of Commerce. The learned author describes the buyer's first duty as follows:

1. At his own expense, charter a vessel or reserve the necessary space on board a vessel and give the seller due notice of the name, loading berth and delivery dates to the vessel.

la définition de la Chambre de commerce internationale. Le savant auteur décrit ainsi la première obligation de l'acheteur:

[TRADUCTION] 1. À ses propres frais, affréter un navire ou réserver l'espace nécessaire à bord d'un navire et donner au vendeur une notification en bonne et due forme du nom du navire, de son poste de chargement et des dates de livraison.

17 The learned author also states that the buyer must bear all costs and risks from the time when the cargo has passed the ship's rail at the port of shipment. That is effectively what, in effect, the contract of sale between Pemtex and Lantana provides at Clause 5 thereof. The contract of sale also required Lantana to reimburse the freight money paid by Perlite in connection with the charter-party.

Le savant auteur déclare aussi que l'acheteur doit 17
assumer tous les coûts et supporter tous les risques, à partir du moment où la cargaison passe le bastingage au port d'embarquement. C'est effectivement ce que prévoit la clause 5 du contrat de vente conclu entre Pemtex et Lantana. Le contrat de vente exigeait aussi que Lantana rembourse les coûts de fret versés par Perlite relativement à la charte-partie.

18 As a result, I agree with the defendants that Lantana is a party to the charter-party contract entered into by Perlite.

Ainsi, je suis d'accord avec l'argument des de- 18
manderesses selon lequel Lantana est une partie au contrat de charte-partie conclu par Perlite.

19 I am also of the view that Perlite is bound by the terms and conditions of the charter-party. Perlite contracted with Italmare and never informed, nor advised Italmare that it was acting on behalf of an undisclosed principal. Even though the charter-party was only signed by Perlite after the collapse of the bulkhead, I am still of the view that Perlite is a party to the contract. When Germain signed the charter-party for Perlite, he signed it without any qualification whatsoever.

Je suis aussi d'avis que Perlite est liée par les 19
modalités de la charte-partie. Perlite a conclu un contrat avec Italmare et n'a jamais informé ou avisé Italmare qu'elle agissait pour une partie anonyme. Même si la charte-partie n'a été signée par Perlite qu'après l'effondrement de la cloison, je suis tout de même d'avis que Perlite est partie au contrat. Lorsque Germain a signé la charte-partie au nom de Perlite, il n'a aucunement indiqué que Perlite signait le document à titre de mandataire.

20 In so far as Pemtex is concerned, my view is that it was not a party to the contract of carriage. Pemtex fulfilled its obligations under the contract of sale by putting the cargo on board the ship for the account of Lantana. Consequently, Pemtex's recourse, if any, is one in tort.

Dans la mesure où Pemtex est visée, je suis d'avis 20
qu'elle n'était pas une partie au contrat de transport. Pemtex a rempli ses obligations en vertu du contrat de vente en mettant la cargaison à bord du navire au nom de Lantana. Par conséquent, Pemtex aurait un recours, le cas échéant, en responsabilité civile délictuelle.

2. Ownership of the cargo.

2. Propriété de la cargaison.

21 When the bulkhead collapsed, 10,534.3 metric tons of peat moss had already been loaded on the ship. There remained approximately 13,000 metric tons on the IOC dock waiting to be loaded.

Lorsque la cloison s'est effondrée, 10 534,3 ton- 21
nes métriques de mousse de tourbe avaient déjà été chargées à bord du navire. Approximativement 13 000 tonnes métriques de mousse de tourbe se

22 As I have already said, Pentex sold the peat moss to Lantana on FOB Sept-Îles terms. The purchase price of the cargo was payable to Pentex upon signing of the bills of lading. In my view, Pentex and Lantana entered into a true FOB contract which David M. Sassoon, in *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, *supra*, at page 331, paragraph 438, explains as follows:

In both judgments⁴ the two basic features of the f.o.b. term are outlined, namely, that (a) the seller must pay the cost and bear the responsibility of putting goods "free on board," in other words, bear full liability for the cost and safety of the goods until the point of their passing the ship's rail, and (b) that upon this being accomplished delivery is complete and the risk of loss in the goods is there and then transferred to the buyer.

23 I am therefore of the view that the risk of loss in respect of the 10,534.3 metric tons loaded on the ship was transferred to Lantana when the goods were loaded. With respect to the cargo which remained on the dock, I am of the view that title and risk remained with Pentex.

3. The plaintiffs' action.

a) The charter-party contract.

24 As I have already stated, Perlite and Lantana are bound by the terms and conditions of the charter-party dated October 4, 1988, pursuant to which Italmare, as owner of the ship, agreed and undertook to carry the peat moss cargo from Sept-Îles to Port Everglades, Florida.

25 In their statement of claim, the plaintiffs allege that their loss results from the unseaworthiness of the ship and that the defendants failed in their obligation to insure that the ship was, in all material respects, seaworthy and fit for the intended voyage. The plaintiffs further allege that the defendants failed in their duty to safely load, stow and care for of the plaintiffs' cargo. Specifically, the plaintiffs

trouvaient sur le quai d'IOC et attendaient d'être chargées.

22 Comme je l'ai déjà mentionné, Pentex a vendu la mousse de tourbe à Lantana à Sept-Îles avec des conditions franco à bord. Le prix d'achat de la cargaison était payable à Pentex à la signature des connaissements. À mon avis, Pentex et Lantana ont conclu un véritable contrat franco à bord, comme David M. Sassoon l'explique, dans son document *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, précité, au paragraphe 438 de la page 331:

[TRADUCTION] Dans les deux jugements⁴, les deux caractéristiques fondamentales du contrat franco à bord sont précisées, savoir a) que le vendeur doit acquitter les frais et assumer la responsabilité de mettre les marchandises «franco à bord», autrement dit, assumer l'entière responsabilité pour les frais et la sécurité des marchandises jusqu'à ce qu'elles aient passé le bastingage; et b) qu'une fois que cela est fait, la livraison est effectuée et le risque de perte des marchandises est à ce moment-là transféré à l'acheteur.

23 Dès lors, je suis d'avis que le risque de perte à l'égard des 10 534,3 tonnes métriques chargées à bord du navire était transféré à Lantana une fois les marchandises chargées. Pour ce qui est de la cargaison restée à quai, je suis d'avis que le risque et le titre demeuraient entre les mains de Pentex.

3. L'action des demandereses.

a) Le contrat de charte-partie.

24 Comme je l'ai déjà mentionné, Perlite et Lantana sont liées par les conditions de la charte-partie en date du 4 octobre 1988 selon laquelle Italmare, à titre de propriétaire du navire, a convenu et s'est engagée à transporter la cargaison de mousse de tourbe de Sept-Îles à Port Everglades en Floride.

25 Dans leur déclaration, les demandereses allèguent que leur perte découle de l'innavigabilité du navire, et que les défendeurs ne se sont pas acquittés de leur obligation de s'assurer que le navire était, en tous points, en état de bonne navigabilité et adapté au voyage prévu. Les demandereses allèguent aussi que les défendeurs ne se sont pas acquittés de leur obligation de charger, d'arrimer et de manipuler de

allege that the bulkhead between holds number 1 and 2 collapsed because it was of insufficient strength in that the bulkhead was corroded to such an extent that it could not withstand forces which a seaworthy bulkhead should have withstood.

26 On the other hand, the defendants, in addition to denying all of the plaintiffs' allegations, counterclaim against the plaintiffs and allege that the damages caused to their ship result from the plaintiffs' breach of charter in that the plaintiffs loaded, without having given them proper notice, a cargo of a dangerous nature. I will deal separately in another section with the defendants' counterclaim. The present section will be restricted to the plaintiffs' action against the defendants.

27 In view of the plaintiffs' allegations, the following clauses of the charter-party are relevant:

2. Owners are to be responsible for loss of or damage to the goods or for delay in delivery of the goods only in case the loss, damage or delay has been caused by the improper or negligent stowage of the goods (unless stowage performed by shippers or their stevedores or servants) or by personal want of due diligence on the part of the Owners or their Manager to make the vessel in all respects seaworthy and to secure that she is properly manned, equipped and supplied or by the personal act or default of the Owners or their Manager.

And the Owners are responsible for no loss or damage or delay arising from any other cause whatsoever, even from the neglect or default of the Captain or crew or some other person employed by the Owners on board or ashore for whose acts they would, but for this clause, be responsible or from unseaworthiness of the vessel on loading or commencement of the voyage or at any time whatsoever.

Damage caused by contact with or leakage, smell or evaporation from other goods or by the inflammable or explosive nature of insufficient package of other goods

façon sécuritaire la cargaison des demandereses. De façon plus particulière, les demandereses allèguent que la cloison entre les cales numéros 1 et 2 s'est effondrée du fait qu'elle n'était pas suffisamment forte puisqu'elle était tellement corrodée qu'elle ne pouvait supporter les forces qu'aurait pu supporter une cloison conforme aux conditions de navigabilité.

26 Par ailleurs, les défendeurs, en plus de nier toutes les allégations des demandereses, présentent une demande reconventionnelle à l'encontre de celles-ci et allèguent que les dommages causés à leur navire résultent de l'inexécution de la charte dans le sens où les demandereses ont chargé une cargaison de nature dangereuse sans avis approprié. Je traiterai, à part, dans une autre section, de la demande reconventionnelle des défendeurs. La présente section se limitera à l'action des demandereses à l'encontre des défendeurs.

27 Au vu des allégations des demandereses, les clauses suivantes de la charte-partie sont pertinentes:

[TRADUCTION]

2. Les armateurs seront responsables des pertes ou dommages subis par les marchandises, ou pour le retard dans la livraison des marchandises, seulement dans le cas où la perte, le dommage ou le retard aura été causé par un arrimage impropre ou négligent (sauf dans le cas de l'arrimage effectué par les chargeurs ou leurs manutentionnaires, ou leurs employés), ou par manque de soin diligent de la part des armateurs ou de leur gérant pour mettre le navire en tous points en état de bonne navigabilité et s'assurer qu'il est convenablement armé, équipé et approvisionné, ou par faute personnelle ou manquement des armateurs ou de leur gérant.

Et les armateurs ne sont responsables d'aucune perte, d'aucun dommage ou retard provenant du fait de toute autre cause quelle qu'elle soit, même provenant de la négligence ou de la déficience du capitaine, de l'équipage ou de quelque autre personne au service des armateurs, à bord ou à terre, dans des actes dont ils seraient responsables cette clause mise à part, ou du fait que le navire n'est pas en état de bonne navigabilité, au moment de l'embarquement ou au commencement du voyage ou à quelque autre moment que ce soit.

Les dommages causés par contact, coulage, odeur ou évaporation provenant d'autres marchandises, ou par la nature inflammable ou explosive, ou l'emballage insuf-

not to be considered as caused by improper or negligent stowage, even if in fact so caused.

...

16. The cargo is to be loaded and trimmed, free of risk and expense to the vessel at the rate of 10,000 metric tons per weather working day Sundays and holidays included.

...

19. Any damage sustained by the vessel due to negligence of Stevedores must be duly substantiated by the Master and served in writing upon the Stevedores or Charterers or their Agents. Owners to endeavour to settle any claims for Stevedore damage directly with Stevedores failing which Charterers to remain ultimately responsible.

...

32. New Jason Clause, New Both-to-Blame Collision Clause, Chamber of Shipping War Risk Clauses 1 & 2, P & I Bunkering Clause, as attached hereto, to be considered as part of this Charter Party and are to be incorporated in all Bills of Lading issued under this Charter Party. Canadian/U.S. Clauses Paramount and General Clause Paramount (1982) (as applicable) as attached hereto, to also be incorporated in all Bills of Lading issued hereunder.

- 28 Pursuant to Clause 2 of the charter-party, the owner of the ship will only be liable for loss or damage to cargo where the loss or damage results from:

- a) negligent or improper stowage, unless the stowage is performed by the charterer or its stevedores;
- b) unseaworthiness due to the personal want of due diligence on the part of the owners or their managers to make the ship in all respects seaworthy;
- c) the personal act or default of the owners or their managers.

- 29 The clause expressly provides that the shipowners shall not be liable for any loss or damage to cargo

fisant, d'autres marchandises, ne seront pas considérés comme étant causés par impropriété ou négligence d'arrimage, même si en fait il en est ainsi.

...

16. La cargaison doit être chargée et compensée, sans risque et sans frais pour le navire, au taux de 10 000 tonnes métriques par jour ouvrable de temps favorable, y compris les dimanches et jours fériés.

...

19. Tout dommage subi par le navire en raison de la négligence des manutentionnaires doit être dûment justifié par le capitaine du navire et signifié par écrit aux manutentionnaires ou affrêteurs ou à leurs agents. Les propriétaires s'efforceront de régler les actions en dommages-intérêts pour les dommages causés par les manutentionnaires avec ceux-ci, et à défaut, les affrêteurs seront responsables en dernier lieu.

...

32. La clause New Jason, la nouvelle clause d'abordage en cas de faute de part et d'autre, les clauses 1 et 2 de risque de guerre de la chambre de navigation, la clause de soutes du club de protection et d'indemnisation, ci-jointes, sont réputées faire partie intégrante de la présente charte-partie et doivent être incluses dans tous les connaissements délivrés en vertu de la présente charte-partie. Les clauses attributives de prépondérance générale (1982), canadiennes et américaines (selon le cas) ci-jointes, doivent aussi être incorporées dans tous les connaissements délivrés en vertu des présentes.

- 28 Conformément à la clause 2 de la charte-partie, le propriétaire du navire ne sera responsable pour la perte ou le dommage subi par la cargaison que lorsque la perte ou le dommage résulte:

- a) d'un arrimage incorrect ou négligent, sauf s'il est effectué par l'affrèteur ou ses manutentionnaires;
- b) de l'innavigabilité en raison d'un manque de soin diligent de la part des propriétaires ou de leurs gérants pour mettre le navire, en tous points, en état de bonne navigabilité;
- c) d'un acte personnel ou d'un manquement des propriétaires ou de leurs gérants.

- 29 La clause stipule expressément que les propriétaires ne sont pas responsables de la perte ou du dom-

“arising from any other cause whatsoever”, including the fault or negligence of the captain or crew and of servants or agents.

mage subi par la cargaison «provenant du fait de toute autre cause, quelle qu'elle soit», y compris de la faute ou de la négligence du capitaine ou de l'équipage et des préposés ou agents.

30 In *Voyage Charters*, 1993, Lloyds of London Press, the learned authors, at page 153, make the following comments in regards to Clause 2 of the Gencon charter-party.

Dans l'ouvrage *Voyage Charters*, 1993, Lloyds of London Press, les auteurs font les commentaires suivants, à la page 153, à l'égard de la clause 2 de la charte-partie Gencon:

Clause 2 of the Gencon form is undoubtedly couched in wide and general terms. The main general question is whether the courts will so construe it as to cut down the width and generality of the protection which its clear and general words appear to give shipowners. In a previous generation, one would have predicted that the width of the words would not be given their full effect.

[TRADUCTION] La clause 2 de la formule Gencon est sans doute énoncée en des termes larges et généraux. La principale question générale est de savoir si les tribunaux l'interpréteront de façon à diminuer la portée et la généralité de la protection que les termes clairs et généraux semblent donner aux armateurs. Dans une génération antérieure, on aurait prédit que les mots n'auraient pas une si large portée.

31 The authors then go on to discuss the decision rendered by the Privy Council in *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576, in support of their view that, “in a previous generation”, the courts would have been reluctant to give effect to the clear words of Clause 2 of the Gencon charter-party. The authors then go on to discuss the decision rendered by the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 which leads them to state, at page 154, the following:

Les auteurs discutent ensuite de l'arrêt du Conseil privé *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576, à l'appui de leur avis selon lequel [TRADUCTION] «dans une génération antérieure», les tribunaux auraient été réticents à rendre exécutoires les termes clairs de la clause 2 de la charte-partie Gencon. Ils poursuivent ensuite en discutant de la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, ce qui les amène à conclure ainsi, à la page 154:

In many material respects, the thrust of the clause in that case was the same as that of Clause 2 of the Gencon form, namely to exclude liability for fault which was not personal to the owner or employer.

[TRADUCTION] À de nombreux égards importants, les grandes lignes de la clause dans cette affaire étaient les mêmes que celles de la clause 2 de la formule Gencon, savoir l'exonération de la responsabilité fondée sur la faute qui n'était pas personnelle à l'armateur ou à l'employeur.

The House of Lords was not referred to *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.* specifically, but it seems that the approach of the Privy Council could be said to fit the description of “straining” a construction used by Lord Diplock. If the Privy Council's approach were to be applied in the case of a claim by a charterer for the wrongful delivery of goods, the owner would probably not be protected by the provisions of Clause 2, but, on the other hand, if the *Securicor* approach is applied, it seems that the owners would not be liable for such loss. Given the present trend of authority, it must be said that the latter solution seems distinctly the more likely. It may therefore be that some earlier decisions in which the clear words of the clause were not applied need to be reconsidered. See also page 156 (below) on physical

La Chambre des lords n'a pas fait référence à l'arrêt *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.* en particulier, mais on pourrait dire que la méthode utilisée par le Conseil privé correspond à la définition de “bridage” d'une construction, utilisée par lord Diplock. Si la méthode utilisée par le Conseil privé devait être appliquée dans le cas d'une réclamation présentée par un affrètement pour la livraison fautive de marchandises, l'armateur ne serait probablement pas protégé par les dispositions de la clause 2 mais, en revanche, si la méthode utilisée dans l'arrêt *Securicor* est appliquée, il semble que les armateurs ne seraient pas responsables de cette perte. D'après la tendance actuelle de la jurisprudence, il faut dire que cette dernière solution semble clairement la plus probable. Il se peut donc que certaines décisions antérieures dans lesquel-

loss and damage "arising from any other cause whatsoever".

32 In my view, there are no reasons, and none were submitted to me by counsel for the plaintiffs, for not giving effect to the clear language of Clause 2. The meaning of a clause very similar to Clause 2 of the Gencon form was examined by Mr. Justice McNair in *Gesellschaft Burgerlichen Rechts and Others v. Stockholms Rederiaktiebolag Svea*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 546 (Q.B. (Com. Ct.)) (hereinafter the *Brabant*). In that case [at page 546], the clause under scrutiny was Clause 13 of the Baltimore form which reads as follows:

13. The Owners only to be responsible . . . for loss or damage to goods on board, if such . . . loss has been caused by want of due diligence on the part of the Owners or their Manager in making the Vessel seaworthy and fitted for the voyage or any other personal act or omission or default of the Owners or their Manager. The Owners not to be responsible in any other case nor for damage . . . whatsoever and howsoever caused even if caused by the neglect or default of their servants. . . .

33 The facts of the case were that a ship, the *Brabant*, had been chartered on the Baltimore form to carry woodpulp and paper. However, her crew failed to properly clean the holds of coal dust which caused damage to the plaintiffs' cargo. The case came up before Mr. Justice McNair, of the Queen's Bench Division (Commercial Court) by way of an agreed special case. The parties stipulated, *inter alia*, [at page 549] that:

The failure to remove coal dust from the vessel's holds before loading of the woodpulp commenced was not due to any personal act omission default or negligence of the first plaintiffs (as owners) or of the second, third and fourth plaintiffs (as managers). Nevertheless by reason of the presence of such coal dust the holds were not in fact properly cleaned before the cargo of woodpulp was loaded. It was agreed that that was due to negligence on the part of the plaintiffs' servants or agents, notwithstanding difficulties which were encountered in cleaning the

les les termes clairs de la clause n'ont pas été appliqués devraient faire l'objet d'un nouvel examen. Voir aussi la page 156 (ci-dessous) au sujet de la perte physique et du dommage «provenant du fait de toute autre cause, quelle qu'elle soit».

À mon avis, il n'y a aucun motif, et aucun ne m'a 32 été présenté par l'avocat des demandresses, pour ne pas donner effet au libellé clair de la clause 2. La signification d'une clause très semblable à la clause 2 de la formule Gencon a été examinée par le juge McNair dans l'arrêt *Gesellschaft Burgerlichen Rechts and Others v. Stockholms Rederiaktiebolag Svea*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 546 (Q.B. (Com. Ct.)) (ci-après le *Brabant*). Dans cette affaire [à la page 546], la clause examinée était la clause 13 de la formule Baltimore, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 13. Les armateurs ne seront responsables . . . pour perte ou dommage des marchandises à bord, que si [cette] . . . perte a été occasionné[e] par un défaut de la diligence incombant aux armateurs ou à leurs gérants dans la mise du navire en bon état de navigabilité et dans son équipement pour le voyage ou par tout autre acte ou omission personnel ou manquement des armateurs ou de leurs gérants. Les armateurs ne seront responsables dans aucun autre cas, ni pour dommages . . . quels qu'ils soient ou de quelque manière qu'ils soient causés, même s'ils sont occasionnés par la négligence ou le manquement de leurs préposés. . .

Les faits de cette affaire étaient qu'un navire, le 33 *Brabant*, avait été affrété avec une formule Baltimore pour transporter de la pâte de bois et du papier. Toutefois, l'équipage avait omis de nettoyer comme il se doit les cales pour enlever le poussier de houille, ce qui avait causé des dommages à la cargaison des demandeurs. L'affaire a été présentée au juge McNair de la Chambre du Banc de la Reine (Cour commerciale) par le biais d'une affaire spéciale, conformément à ce qui avait été convenu. Les parties ont stipulé, entre autres, que [à la page 549]:

[TRADUCTION] Le fait de ne pas avoir enlevé le poussier de houille des cales du navire avant le chargement de la pâte de bois n'était pas dû à un acte ou à une omission personnel, à un manquement ou à une négligence des premiers demandeurs (à titre d'armateurs) ou des deuxième, troisième et quatrième demandeurs (à titre de gérants). Néanmoins, du fait de la présence de ce poussier de houille, les cales n'ont pas été bien nettoyées avant le chargement de la cargaison de pâte de bois. Il a été convenu que cela était dû à la négligence des agents ou des préposés

holds thoroughly at the material times having regard to the prevailing low temperatures.

34 In other words, the parties recognized that the damage did not result from any personal fault on the part of the owners or their managers, but only of the crew. McNair J. concluded that, pursuant to Clause 13 of the Baltime form, the fault of servants or agents of the owners did not render the owners liable. Nonetheless, Mr. Justice McNair found the owners liable under another clause in the charter-party.

35 For the present purposes, the words of McNair J., at pages 553-555, are relevant and they are as follows:

I now turn to the construction of Clause 13, and in this connection I was referred to the illuminating judgment of Mr. Justice Walsh in the case of *Westfal-Larsen & Co., A/S v. Colonial Sugar Refining Company, Ltd.*, [1960] 2 Lloyd's Rep. 206, in the Supreme Court of New South Wales. Briefly, the facts of that case were as follows: The plaintiffs' vessel, the steamship *Evanger*, was chartered to the defendants for the carriage of sugar on terms that provided that the vessel should be delivered in every way fitted for ordinary cargo service and included an exemption clause in the same language as Clause 13 of the present charter. On delivery, owing to the negligence of the chief engineer, but without any personal fault in the owners, the bunker fuel on board when the vessel was tendered was unsuitable, with the result that on a cargo-carrying passage she became unable to maintain steam and was drifting and out of control. In the result, general average expenses were incurred. In the action the plaintiffs claimed from the defendants the proportion of general average charges chargeable on its consignment of cargo. Their right to recover depended upon whether the owners were protected by the exemption clause, and by his judgment the learned Judge held that this claim succeeded. The most relevant passage in his judgment is to be found at p. 210. Starting toward the bottom of the first column, he says:

Clause 13 is not happily phrased and, on any view of it, it appears to contain some redundancy of expression. But I have reached the conclusion that it does relieve the plaintiff from the liability which the defendant seeks to assert against it.

I think the clause may be said to have two aspects, one of which may be called its positive aspect, and the

des demandeurs, malgré les difficultés à faire le nettoyage approfondi des cales à l'époque en cause vu les basses températures qui sévissaient.

Autrement dit, les parties reconnaissent que les dommages ne découlaient pas de la faute personnelle des propriétaires du navire ou de leurs gérants, mais seulement de celle de l'équipage. Le juge McNair a conclu qu'en vertu de la clause 13 de la formule Baltime, le manquement des préposés ou des agents des propriétaires ne rendait pas ceux-ci responsables. Néanmoins, le juge McNair a jugé que les propriétaires étaient responsables en vertu d'une autre clause de la charte-partie.

Aux fins des présentes, les mots du juge McNair, consignés aux pages 553 à 555, sont pertinents, et ils se lisent comme suit:

[TRADUCTION] J'examine maintenant l'interprétation de la clause 13 et, à cet égard, j'ai été renvoyé au jugement édicté par le juge Walsh dans l'affaire *Westfal-Larsen & Co., A/S v. Colonial Sugar Refining Company, Ltd.*, [1960] 2 Lloyd's Rep. 206, de la Cour suprême du pays de Galles. Brièvement, les faits dans cette affaire étaient les suivants: le navire des demandeurs, le vapeur *Evanger*, a été affrété aux défendeurs pour le transport de sucre conformément à des conditions voulant que le navire soit livré selon les exigences pour le service de fret ordinaire, et il était prévu une clause d'exonération dans les mêmes termes que la clause 13 de la présente charte. À la livraison, du fait de la négligence de l'ingénieur en chef mais en l'absence de manquement personnel de la part des armateurs, le diesel-navire à bord, au moment où le navire a été remis était inapte, ce qui a eu pour effet que, dans un passage de transport de fret, le navire n'a pu maintenir sa vapeur et a dérivé, hors de contrôle. Des avaries communes ont ainsi été subies. Dans le cadre de l'action, les demandeurs ont réclamé aux défendeurs la proportion des frais d'avaries communes qui peut être facturée sur leur expédition de la cargaison. Leur droit de recouvrer dépendait du fait que les propriétaires étaient ou non protégés par la clause d'exonération et, par son jugement, le savant juge a accueilli cette demande. Dans son jugement, le passage le plus pertinent se trouve à la p. 210. Commentant au bas de la première colonne, il déclare:

La clause 13 n'est pas énoncée de façon heureuse et, quelle que soit la façon dont elle est examinée, il semble qu'elle soit quelque peu redondante dans son expression. Mais, j'ai conclu qu'elle décharge le demandeur de l'obligation que le défendeur tente de faire valoir contre lui.

Je pense que l'on peut dire que la clause comporte deux aspects, dont l'un peut être appelé son aspect

other its negative aspect. It begins by defining an area of responsibility for delay and for loss or damage to goods. This is done in the first sentence of the clause, which is made up of two parts. One part of the area so defined consists of responsibility for delay or loss caused by want of due diligence on the part of the owners or their manager in making the vessel seaworthy. The second part consists of responsibility for any other personal act or omission or default of the owners or their manager. It is probable, I think, that if the first part of the sentence had stood alone and had been the only provision on the matter, the construction for which the defendant contends would have been put upon it. Even then, there would have been some difficulty in treating the words "the owners" as including the owners, their servants or agents, because of the inclusion in the clause of the words "or their manager". But the difficulty would be one which ought, probably, to be resolved against the owners. But as the second part of the first sentence has been added, and uses the words "other" and "personal", I think the conclusion must follow that the first part refers to, and is limited to personal default on the part of the owners or their manager. The first sentence, as a whole, confines the area of responsibility to a personal want of diligence on the part of the owners or their manager, and to other personal acts or omissions or defaults on their part. The area of responsibility thus defined is the whole area of responsibility, as is shown by the word "only", and, for any default which falls outside it, the owners are not to be responsible, in the sense that they are not to be liable for loss or damage or delay resulting from such default.

If the construction put upon this clause by the learned Judge is correct—a question which for the moment I postpone—it would seem to me that to hold that the clause so construed applied on the facts of the present case to Clause 28 as I have construed it would be almost entirely to deprive the clause of any effect and, in particular, would be in direct conflict with the express terms as to risk contained in that clause. It is difficult to conceive any circumstances in which the owners could be guilty of personal default in the process of proper cleaning of the holds, which work must, of necessity, be done by the crew. With great respect to Counsel for the owners, I feel that the construction contended for by him does not give proper effect to the language used and that his examples of its limited application are farfetched and fanciful and cannot have been the intention of the draftsman of the clause. I, accordingly, conclude that Clause 28, with the construction that I have placed upon it, prevails over Clause 13, accepting for the purpose of this branch of the argument that the judgment of Mr. Justice Walsh is cor-

positif et l'autre, son aspect négatif. Elle commence par définir une zone de responsabilité pour le retard et pour la perte ou le dommage des marchandises. Cette définition apparaît dans la première phrase de la clause, laquelle se divise en deux parties. L'une des parties de cette zone ainsi définie consiste dans la responsabilité pour le retard ou la perte causé par un manque de soin diligent de la part des armateurs ou des gérants dans la mise du navire en bon état de navigabilité. La deuxième partie comprend la responsabilité pour tout autre acte ou omission personnel ou manquement des armateurs ou de leurs gérants. Je crois qu'il est probable que s'il n'y avait eu que la première partie de la phrase et qu'elle avait été la seule disposition à cet égard, l'interprétation soutenue par le défendeur aurait été fondée sur celle-ci. Même dans ce temps-là, il aurait été difficile de juger les mots «des armateurs» comme incluant les armateurs, leurs préposés ou agents, du fait de l'inclusion dans la clause des mots «ou de leurs gérants». Mais la difficulté devrait probablement être réglée à l'encontre des armateurs. Mais, puisque la deuxième partie de la première phrase a été ajoutée, et qu'elle comprend les mots «autre» et «personnel», je pense que la conclusion doit être que la première partie vise le manquement personnel de la part des armateurs ou de leurs gérants et qu'elle s'y limite. Dans l'ensemble, la première phrase limite la zone de responsabilité à un manque de soin diligent des armateurs ou de leurs gérants et à tout autre acte ou omission personnel ou manquement des armateurs. La zone de responsabilité ainsi définie est l'ensemble de la zone de responsabilité, comme elle est décrite par les mots «ne . . . que» et, pour tout manquement qui n'est pas visé par ce membre de phrase, les armateurs ne sont pas responsables, dans le sens où ils ne sont pas responsables pour la perte ou le dommage des marchandises ou pour tout retard qui résulte de ce manquement.

Si l'interprétation de cette clause par le savant juge est correcte, une question à laquelle je ne répondrai pas pour le moment, il me semblerait que le fait de soutenir que la clause ainsi interprétée s'appliquait dans les faits de l'espèce à la clause 28 comme je l'ai interprétée, cela reviendrait presque entièrement à priver la clause de tout effet et, en particulier, ce serait en conflit direct avec les termes exprès à l'égard du risque prévus dans cette clause. Il est difficile de concevoir des cas dans lesquels les armateurs pourraient être coupables de manquement personnel dans la procédure du nettoyage approprié des cales, puisque ce travail doit, nécessairement, être fait par l'équipage. Avec tout le respect que j'ai pour l'avocat des armateurs, il me semble que l'interprétation proposée par l'avocat ne donne pas l'effet opportun au langage utilisé et que ses exemples de l'application limitée de cette clause sont tirés par les cheveux et fantasques et ne peuvent avoir constitué l'intention du rédacteur de la clause. En conséquence, je conclus que la clause 28, avec l'interprétation que je lui ai donnée, a préséance sur la clause 13, en admettant aux

rect. On this view the judgment of Mr. Justice Wright in the case of *The Istros (Owners) v. F. W. Dahlstroem & Co.*, [1931] 1 K.B. 247; (1930) 38 Ll. L.Rep. 84, is distinguishable, as in that case no question of conflict between printed clause and typed or written clause arose.

Mr. Kerr, on behalf of the defendants, however, advancing an argument that the defendants could succeed on Clause 13 without any reliance upon Clause 28, submitted, (1) that the decision of Mr. Justice Walsh in the *Westfal-Larsen* case was wrong and should not be followed, and (2) that on the true construction of Clause 13 the plaintiffs on the facts stated should be held liable for damage to the cargo by reason of the uncleanness of the holds and cargo spaces without any reliance upon Clause 28. The argument in support of this submission ran on the following lines: (1) unfitness of the holds and cargo spaces to receive the contemplated cargo at the time of loading constituted a breach of the warranty of seaworthiness, absolute or qualified. This point I accept.

(2) That the decision of the House of Lords in *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd. (The Muncaster Castle)*, [1961] A.C. 807, that the obligation under the Carriage of Goods by Sea Act, 1924, incorporating the Hague Rules, to make the ship seaworthy is a personal obligation placed upon the owners which they cannot delegate. See in particular the speech of Lord Keith of Avonholm, at p. 871, where he says:

... The obligation is a statutory contractual obligation
... There is nothing, in my opinion, extravagant in saying that this is an inescapable personal obligation.
...

There are passages in the speeches of the other learned Judges which were also relied upon in this respect. I accept that that is the effect of that decision.

The third point was this, that the reasoning of Mr. Justice Walsh, in holding that the phrase in Clause 13 "want of due diligence" on the part of the owners to make the ship seaworthy referred only to personal default of the owners in performing this obligation to exercise due diligence, was erroneous, and that his judgment would have been in favour of the defendants had the decision in the *Muncaster Castle* case by the House of Lords been made at the date of his judgment.

In my judgment, the fallacy in this submission is that it fails to realize that a breach of personal obligation which cannot be delegated may arise either by personal default on the part of the person subject to that obligation (in this case, the owners) or by default on the part of the servants

finis de cette partie de l'argument que le jugement du juge Walsh est correct. Sur ce point de vue, le jugement du juge Wright dans l'affaire *The Istros (Owners) v. F. W. Dahlstroem & Co.*, [1931] 1 K.B. 247; (1930) 38 Ll. L.Rep. 84, se distingue puisque, dans cette affaire, il n'a nullement été soulevé de conflit entre la clause imprimée et la clause dactylographiée ou manuscrite.

M. Kerr, au nom des défendeurs, a toutefois avancé un argument selon lequel les défendeurs pourraient avoir gain de cause en vertu de la clause 13 sans se fonder sur la clause 28 à condition que (1) la décision du juge Walsh dans l'affaire *Westfal-Larsen* ait été erronée et ne doive pas être suivie, et que, (2) selon la véritable interprétation de la clause 13, les demandeurs, d'après les faits énoncés, doivent être rendus responsables pour dommage à la cargaison en raison de la nature souillée des cales et de l'espace à cargaison, sans égard à la clause 28. L'argument à l'appui de cette observation suit les lignes suivantes: (1) l'inaptitude des cales et de l'espace à cargaison à recevoir la cargaison prévue au moment du chargement constituait une violation de la garantie du bon état de navigabilité, absolue ou qualifiée. J'accepte ce point.

(2) Que la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd. (The Muncaster Castle)*, [1961] A.C. 807, selon laquelle l'obligation en vertu de la Carriage of Goods by Sea Act, 1924 incluant le règlement de La Haye, pour rendre le navire en bon état de navigabilité est une obligation personnelle imposée aux armateurs et qu'ils ne peuvent déléguer. Voir, plus particulièrement, le discours de lord Keith of Avonholm, à la p. 871 où il a déclaré:

... L'obligation est une obligation statutaire contractuelle ... Rien, à mon avis, n'est déraisonnable dans le fait de dire qu'il s'agit là d'une obligation personnelle incontournable ...

Il y a des passages dans les discours des autres savants juges auxquels il était aussi fait référence à cet égard. J'accepte que tel soit l'effet de cette décision.

D'après le troisième point, le raisonnement de M. le juge Walsh, lorsqu'il a soutenu que le membre de phrase dans la clause 13 «défaut de la diligence» incombant aux armateurs dans la mise du navire en bon état de navigabilité ne vise que le manquement personnel des armateurs dans l'exécution de l'obligation d'exercer un soin diligent, était erroné et que ce jugement aurait été en faveur des défendeurs si la décision dans l'affaire *Muncaster Castle* par la Chambre des lords avait été rendue à la date de ce jugement.

À mon avis, l'erreur dans ces observations provient du fait qu'elles ne tiennent pas compte du fait qu'un manquement à une obligation personnelle ne pouvant être déléguée peut découler soit d'un manquement personnel de la part de la personne assujettie à cette obligation (les arma-

or agents whom the owners employ to perform the work involved in the obligation. The submission confuses the obligation which is personal to the owners with the performance of that obligation which may or may not be personal. (See the speech of Lord Wright in *Wilsons & Clyde Coal Company, Ltd. v. English*, [1938] A.C. 57, at pp. 80 and 81.) Furthermore, I consider that the conclusion to which Mr. Justice Walsh arrived is reinforced by the words immediately following, namely, "any other personal act or omission or default of the Owners or their Manager". I consider that these words throw a clear light on the meaning in this clause of the preceding words, and I reject the argument that the words whose primary effect is to add other categories for non-expected personal acts cannot have the effect of cutting down the generality of the preceding words.

In my judgment, accordingly, I accept as accurate the reasoning of Mr. Justice Walsh and reject the submission that on the true construction of Clause 13 alone the plaintiffs should be held liable under Clause 13, even if the construction which I have placed upon Clause 28 is erroneous.

36 I agree with Mr. Justice McNair that Walsh J.'s reasoning regarding Clause 13 of the Baltimore form charter-party is correct. In my view, there is no material difference between Clause 13 of the Baltimore form and Clause 2 of the Gencon form. Consequently, on that view, the owners of the ship will only be liable (in addition to their liability for improper stowage), for loss of or damage to the plaintiffs' cargo if the loss or damage results from their personal want of due diligence in making the ship seaworthy or where the loss or damage to cargo results from a personal act or default on their part or on the part of their managers. The shipowners will incur no liability for any loss or damage to the cargo caused by the fault or negligence of their servants and agents, including the fault and negligence of their captain and crew. Put another way, the shipowners will not be held liable by reason of vicarious liability.

37 With respect to loss or damage arising from the unseaworthiness of the vessel the clause provides that the shipowners shall be liable if, by reason of personal want of due diligence, they fail to make the vessel seaworthy. As the authors of *Voyage Char-*

teurs, en l'espèce) soit, d'un manquement de la part des préposés ou agents qu'emploient les armateurs pour effectuer le travail visé par l'obligation. Les observations mêlent l'obligation qui est personnelle aux armateurs avec l'exécution de cette obligation qui peut être personnelle ou non. (Voir le discours de lord Wright dans *Wilsons & Clyde Coal Company, Ltd. v. English*, [1938] A.C. 57, aux p. 80 et 81.) De plus, j'estime que la conclusion à laquelle M. le juge Walsh est parvenu est renforcée par les mots qui suivent immédiatement, à savoir, «tout autre acte ou omission personnel ou manquement des armateurs ou de leurs gérants». J'estime que ces mots permettent de mieux comprendre la signification dans cette clause des mots précédents, et je rejette l'argument selon lequel les mots dont l'effet premier est d'ajouter d'autres catégories pour les actes personnels non exceptés ne peuvent avoir pour effet de réduire la portée générale de ce qui précède.

Par conséquent, j'accepte le raisonnement de M. le juge Walsh comme étant exact, et je rejette l'allégation selon laquelle seule l'interprétation de la clause 13 suffirait pour rendre les défendeurs responsables aux termes de la clause 13, même si l'interprétation que j'ai donnée de la clause 28 est erronée.

Je conviens avec le juge McNair que le raisonnement du juge Walsh en ce qui concerne la clause 13 de la charte-partie Baltimore est exact. À mon avis, il n'existe pas de différence importante entre la clause 13 de Baltimore et la clause 2 de Gencon. Par conséquent, à cet égard, les propriétaires du navire ne seront responsables (outre leur responsabilité pour arrimage défectueux) de la perte ou du dommage subi par la cargaison des défendeurs que si la perte ou le dommage découle de leur manque personnel de soin diligent à rendre le navire apte à prendre la mer, ou si la perte ou le dommage à la cargaison résulte d'un acte ou d'un manquement personnel de leur part ou de la part de leurs gérants. Les propriétaires n'engageront aucune responsabilité pour toute perte ou tout dommage à la cargaison causé par la faute ou la négligence de leurs préposés et agents, notamment la faute et la négligence de leur capitaine et de l'équipage. Autrement dit, les propriétaires ne seront pas tenus responsables en raison d'une responsabilité du fait d'autrui.

En ce qui concerne la perte ou le dommage résultant de l'incapacité du navire à prendre la mer, la clause prévoit que les propriétaires sont responsables si, en raison d'un manque de diligence raisonnable, ils omettent de rendre le navire apte à prendre la

ters, *supra*, state at pages 159-160, the purpose of Clause 2 of the Gencon charter-party is to relieve the shipowners from their absolute obligation to provide a seaworthy vessel. The learned authors write the following:

The formulation of Clause 2 of the Gencon charter, being the mix of acceptance and exclusion of responsibility, probably owes much to the fact that the common law imposes an implied warranty of seaworthiness upon the owners of seagoing cargo-carrying vessels, subject to any particular express terms in particular contracts of carriage.

Thus, without Clause 2, owners would be under an absolute obligation to provide a seaworthy vessel for the carriage in question. It is an absolute obligation and not merely an obligation to exercise due diligence to make the vessel seaworthy, but on the other hand, it does not amount to a guarantee that the vessel will carry the goods safely to the chartered destination.

For a vessel to be seaworthy for the purposes of the obligation and exemption in question, she and her equipment must be reasonably fit to withstand the perils which may foreseeably be encountered on the voyage and also fit to keep the cargo reasonably safe from those perils: *The Good Friend* [1984] 2 Lloyd's Rep. 586 and *The Benlawers* [1989] 2 Lloyd's Rep. 51.

The perils to be encountered obviously include marine perils but they are not limited to those perils. As cargo-worthiness is an aspect of seaworthiness, a seaworthy vessel must be reasonably fit to receive and carry the cargo tendered so that the perils also include storage perils, but they may even include the operation of sanitary or port regulations, where the enforcement of those regulations will inevitably cause damage to the cargo.

38 A few words regarding the shipowners' potential liability for improper or negligent stowage of the goods. Clause 2 of the Gencon form provides that owners shall be liable for improper or negligent stowage of the goods unless the stowage is performed by the shippers, or their stevedores or servants.

39 Clause 16 provided that the peat moss cargo was to be loaded on board the ship and trimmed "free of

mer. Comme les auteurs de *Voyage Charters*, précité, le déclarent aux pages 159 et 160, l'objectif de la clause 2 de la charte-partie Gencon est de libérer les propriétaires de leur obligation absolue de fournir un navire apte à prendre la mer. Les auteurs écrivent ce qui suit:

[TRADUCTION] Le libellé de la clause 2 de la charte Gencon, un amalgame d'acceptation et d'exclusion de responsabilité, découle probablement en grande partie du fait que la common law impose une garantie implicite de navigabilité aux armateurs de navires de mer pour le transport de fret, sous réserve de toute condition expresse particulière dans certains contrats de transport particuliers.

Ainsi, sans la clause 2, les armateurs seraient assujettis à une obligation absolue de fournir un navire en état de bonne navigabilité pour le transport en cause. Le fait d'exercer une diligence raisonnable pour rendre le navire en état de bonne navigabilité est une obligation absolue et non pas une simple obligation, mais par ailleurs, cette obligation ne suppose pas la garantie que le navire transportera les marchandises, en toute sécurité, jusqu'à la destination pour laquelle il a été affrété.

Pour qu'un navire soit en état de bonne navigabilité aux fins de l'obligation et de l'exonération données, le navire et son équipement doivent être raisonnablement en état de résister aux périls qui, selon les prévisions, peuvent se produire pendant le voyage, et aussi en état pour protéger, de façon raisonnable, la cargaison contre ces périls: *The Good Friend* [1984] 2 Lloyd's Rep. 586 et *The Benlawers* [1989] 2 Lloyd's Rep. 51.

Les périls à prévoir incluent évidemment les périls de mer, mais ils ne se limitent pas à ceux-là. Vu que la capacité de transporter la cargaison est un élément de la navigabilité, un navire en état de navigabilité doit être raisonnablement en état de recevoir et de transporter la cargaison proposée de telle sorte que les périls incluent aussi les périls de stockage, mais ils peuvent aussi inclure l'application de règlements sanitaires et portuaires, si l'application de ces règlements entraîne inévitablement des dommages à la cargaison.

Quelques lignes sur la responsabilité éventuelle du propriétaire en cas d'arrimage impropre ou négligent des marchandises. La clause 2 de la charte-partie Gencon prévoit que les propriétaires sont responsables de l'arrimage impropre ou négligent, sauf dans le cas de l'arrimage effectué par les chargeurs ou leurs manutentionnaires, ou leurs employés.

La clause 16 prévoyait que la cargaison de mousse de tourbe devait être chargée à bord du

risk and expense to the vessel". In my view, the effect of these words is to render the charterers herein liable for loss or damage arising from improper stowage. I do not believe that that proposition can be the subject of much debate. In *Government of Ceylon v. Chandris*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 204 (Q.B. (Com. Ct.)), Clause 14 of the charter-party provided that the charterers were to appoint stevedores both at the port of loading and at the port of discharge and Clause 16 provided that the cargo was to be loaded, discharged, trimmed and stowed, free of any expense to owners. In examining the effect of these clauses upon the relationship between the charterers and the owners, Mr. Justice Mocatta stated, at page 213, the following:

Mr. Staughton based this part of his argument on the provisions of Clauses 14 and 16 of the charter, the appointment and payment of the stevedores by the claimants [the charterers], and the decisions in *Brys & Gylsen, Ltd. v. J. & J. Drysdale & Co.*, (1920) 4 Ll.L.Rep. 24, and *Canadian Transport Company, Ltd. v. Court Line, Ltd.*, [1940] A.C. 934; (1940) 67 Ll.L. Rep. 161. Mr. Gratiaen, for the claimants, conceded that by reason of those decisions he could not contend that the claimants were not responsible, as between themselves and the respondent [the shipowner], for the tearing and removal of the bags by the stevedores. In my judgment, this concession was rightly made, and I also consider that Mr. Staughton was correct in submitting that those acts of the stevedores constituted breaches of contract as between the claimants and the respondent.

40 In *Canadian Transport Co., Ltd. v. Court Line Ltd.*, [1940] A.C. 934 (H.L.), the relevant clauses in the charter-party provided the following [at page 937]:

. . . charterers are to load, stow and trim the cargo at their expense, under the supervision of the captain.

41 The House of Lords held, absent evidence of supervision by the captain, the charterers responsible for negligent stowage. With respect to the words "under the supervision of the captain", Lord Atkin stated, at pages 937-938:

The supervision of the stowage by the captain is in any case a matter of course; he has in any event to protect his

navire et compensée, «sans risque ou sans frais pour le navire». À mon avis, ces mots ont pour effet de rendre les affréteurs aux présentes responsables de la perte ou du dommage découlant d'un arrimage impropre. Je ne pense pas que cette proposition puisse faire l'objet d'un large débat. Dans l'affaire *Government of Ceylon v. Chandris*, [1965] 2 Lloyd's Rep. 204 (Q.B. (Com. Ct.)), la clause 14 de la charte-partie stipulait que les affréteurs devaient désigner des manutentionnaires, tant au port de chargement qu'au port de déchargement, et la clause 16 prévoyait que la cargaison devait être chargée, déchargée, compensée et arrimée sans frais pour les propriétaires. En examinant l'effet de ces clauses sur la relation entre les affréteurs et les propriétaires, le juge Mocatta a déclaré ce qui suit, à la page 213:

[TRADUCTION] M. Staughton a fondé cette partie de son argumentation sur les stipulations des clauses 14 et 16 de la charte, la désignation et la rémunération des manutentionnaires par les demandeurs [les affréteurs] et les décisions dans *Brys & Gylsen, Ltd. v. J. & J. Drysdale & Co.*, (1920) 4 Ll.L.Rep. 24, et *Canadian Transport Company, Ltd. v. Court Line, Ltd.*, [1940] A.C. 934; (1940) 67 Ll.L. Rep. 161. M. Gratiaen, pour les demandeurs, a concédé qu'en raison de ces décisions, il ne pouvait pas soutenir que les demandeurs n'étaient pas responsables, comme entre eux-mêmes et le défendeur [le propriétaire], du fait du déchirement et de l'enlèvement des sacs par les manutentionnaires. À mon avis, cette concession était fondée, et j'estime aussi que M. Staughton avait raison de faire valoir que les actes des manutentionnaires constituaient une inexécution de contrat entre les demandeurs et le défendeur.

Dans l'affaire *Canadian Transport Co., Ltd. v. Court Line Ltd.*, [1940] A.C. 934 (H.L.), les clauses pertinentes dans la charte-partie prévoient ce qui suit [à la page 937]:

[TRADUCTION] . . . les affréteurs doivent charger, arrimer et compenser la cargaison, à leurs propres frais, sous la supervision du capitaine.

La Chambre des lords a jugé qu'en l'absence de supervision par le capitaine, les affréteurs étaient responsables de l'arrimage négligent. En ce qui concerne les mots «sous la supervision du capitaine», lord Atkin a déclaré, aux pages 937 et 938:

[TRADUCTION] La supervision de l'arrimage par le capitaine est, dans tous les cas, un usage couramment prati-

ship from being made unseaworthy; and in other respects no doubt he has the right to interfere if he considers that the proposed stowage is likely to impose a liability upon his owners. If it could be proved by the charterers that the bad stowage was caused only by the captain's orders, and that their own proposed stowage would have caused no damage no doubt they might escape liability.

42 Further, Clause 19 of the subject charter-party makes it clear that liability for any damage caused to the vessel by the stevedores rests with the charterers.

43 Thus, the combined effect of Clauses 16 and 19 is to relieve the shipowners of any liability arising from the loading and stowage⁵ of the cargo on board their ship. (See in that sense the decision of the English Court of Appeal in *Overseas Transportation Company v. Mineralimportexport (The Sinoe)*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 201.) However, it goes without saying that if Captain Garipoli interfered with the charterers' stowage arrangements and that by reason thereof, damages were caused, then the defendants might be responsible. I will return to this issue later on.

44 The burden of proving that owners are in breach of contract rests upon the charterers. I find support for this view in *Voyage Charters, supra*, where, at page 182, the authors of the section on American law write the following:

The burden of proof in connection with claims for cargo loss or damage will usually depend on whether the charter contains a clause paramount which incorporates COGSA. In the case of a Gencon form of charter which does not contain a clause paramount, the burden of proving that cargo loss or damage or delay resulted from an unseaworthy condition is on the charterer. The same burden of proof rules will apply when a bill of lading has been issued for the cargo, but serves only as a receipt and document of title and not as a contract of carriage.

45 In *Sucrest Corp. v. M/V Jennifer*, 455 F.Supp. 371 (N.D. Me. 1978), at pages 380-381, the U.S. District Court, District of Maine, held that, where

qué; il doit, en toute circonstance, éviter que son navire ne soit rendu inapte à prendre la mer; et, à d'autres égards, il a sans doute le droit d'intervenir s'il estime que l'arrimage proposé est susceptible d'imposer une responsabilité aux propriétaires. Si les affréteurs pouvaient prouver que le mauvais arrimage était dû uniquement aux ordres du capitaine, et que l'arrimage qu'ils avaient proposé n'aurait pas causé de dommages, ils pourraient sans doute éviter d'être responsables.

De plus, la clause 19 de la charte-partie en cause énonçait clairement que la responsabilité pour tout dommage causé au navire par les manutentionnaires incombait aux affréteurs.

Dès lors, les clauses 16 et 19, prises ensemble, ont pour effet de décharger les propriétaires de toute responsabilité découlant du chargement et de l'arrimage⁵ de la cargaison à bord du navire. (Voir, dans ce sens, la décision de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Overseas Transportation Company v. Mineralimportexport (The Sinoe)*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 201.) Toutefois, il va sans dire que si le capitaine Garipoli intervenait dans les dispositions d'arrimage des affréteurs et que des dommages en découlaient, les défendeurs pourraient être responsables. Je reviendrai sur cette question ultérieurement.

Il incombe aux affréteurs de prouver que les propriétaires ont manqué à l'exécution du contrat. À mon avis, cette opinion est appuyée dans *Voyage Charters, précité*, où, à la page 182, les auteurs de la section sur le droit américain écrivent ce qui suit:

[TRADUCTION] Le fardeau de la preuve en ce qui concerne les demandes relatives à la perte ou au dommage subi par une cargaison dépend généralement de l'inclusion dans la charte d'une clause paramount qui fait référence à la Loi américaine sur le transport des marchandises par eau. Dans le cas d'une charte Gencon qui ne contient pas de clause paramount, il incombe à l'affréteur de prouver que la perte ou le dommage subi par la cargaison ou le retard découle de l'innavigabilité. Les mêmes règles en matière de fardeau de la preuve s'appliquent lorsqu'un connaissement a été délivré pour la cargaison, mais ne sert que de reçu et de titre de propriété plutôt que de contrat de transport.

Dans l'affaire *Sucrest Corp. v. M/V Jennifer*, 455 F.Supp. 371 (N.D. Me. 1978), aux pages 380 et 381, le tribunal fédéral de première instance des États-

the charter-party (in the Gencon form) was the governing contract, the burden of proving breach of contract rested on the charterer. (See pages 380-381, footnote 16.)

46 However, proving that owners are in breach of the charter-party does not mean that the plaintiffs have to prove that the damage occurred without any personal want of due diligence on the part of the owners or their managers, or on account of the owners' personal act or default or that of their managers. In my view, once the plaintiffs have shown that the cargo was received by the shipowners and damages were caused to their cargo, the burden is then upon the owners to prove that, in effect, the damages result from a cause for which they are not liable under Clause 2. In *Voyage Charters, supra*, the authors at page 174 thereof put it as follows:

In that the clause is essentially an exclusion clause, the burden of proving entitlement to rely upon it lies upon the owner. In order to discharge that burden, he must establish that the loss or damage was not caused by want of due diligence on his part or the part of the controllers of his vessel's managers or, presumably, no other personal act or default: see *The Roberta* (1938) 60 Ll.L. Rep. 84. In practical terms, he must prove first what the cause of the loss, damage or delay in issue was and then prove that the cause was not the result of any personal act, neglect or default of himself or his managers, and in so doing, he must prove who was the "controlling" mind, or he must prove that, whatever the cause was, it could not possibly have been due to any personal act or default of himself or his managers: see generally the reasoning of Hobhouse J. in *Akts. de Danske Sukkerfabrikker v. Bajamar Cia Nav. S.A. (The Torenia)* [1983] 2 Lloyd's Rep. 210, at pages 230-231.

47 In *Itoh & Co. Ltd. v. Atlantska Plovidba (The Gundulic)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 418, the English Queen's Bench Division (Commercial Court) (Mr. Justice Lloyd) was faced with a claim by the owners of a cargo of rape-seed damaged while carried on board the ship *Gundulic* from Hamburg to Japan. The owners of the cargo had chartered the vessel pursuant to a charter-party in the Gencon form.

Unis, district du Maine, a conclu que si la charte-partie (Gencon) constituait le contrat applicable, il incombait à l'affrèteur de prouver l'inexécution du contrat. (Voir les pages 380 et 381, note en bas de page 16.)

46 Toutefois, le fait de prouver que les propriétaires n'ont pas exécuté la charte-partie ne signifie pas que les demanderesse doivent prouver que les dommages sont survenus sans aucun manque de soin diligent de la part des propriétaires ou de leurs gérants, ou par faute personnelle ou manquement des propriétaires ou de leurs gérants. À mon avis, une fois que les demanderesse ont montré que la cargaison était reçue par les propriétaires et que des dommages y avaient été causés, il incombe aux propriétaires de prouver qu'en réalité les dommages découlent d'une cause dont la responsabilité ne leur incombe pas en vertu de la clause 2. Dans *Voyage Charters*, précité, les auteurs énoncent ce qui suit à la page 174:

[TRADUCTION] Vu que la clause est principalement une clause d'exonération, il incombe au propriétaire de prouver le droit de se fonder sur cette clause. Afin de s'acquitter de ce fardeau, il doit établir que la perte ou le dommage n'était pas dû à un manque de soin diligent de sa part ou de la part des contrôleurs des gérants de ses navires ou, probablement, à une faute personnelle ou à un manquement: voir l'affaire *The Roberta* (1938) 60 Ll.L. Rep. 84. Sur le plan pratique, il doit d'abord prouver quelle était la cause de la perte, du dommage ou du retard en question, et ensuite que la cause ne découlait pas d'une faute personnelle, d'un manquement ou d'une négligence de sa part ou de la part de ses gérants, et ce faisant, il doit prouver qui était le «cerveau» ou que, quelle que soit la cause, elle n'aurait pu résulter d'une faute personnelle ou d'un manquement de sa part ou de la part de ses gérants: voir, de façon générale, le raisonnement du juge Hobhouse dans l'affaire *Akts. de Danske Sukkerfabrikker v. Bajamar Cia Nav. S.A. (The Torenia)* [1983] 2 Lloyd's Rep 210, aux pages 230 et 231.

47 Dans l'affaire *Itoh & Co. Ltd. v. Atlantska Plovidba (The Gundulic)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 418, la Chambre du Banc de la Reine d'Angleterre (Cour commerciale) (le juge Lloyd) se trouvait confrontée à une demande présentée par les propriétaires d'une cargaison de colza endommagée pendant le transport à bord du navire *Gundulic* de Hambourg au Japon. Les propriétaires de la cargaison avaient affrété le

There was no dispute with respect to the cause of damage i.e., seawater. There was a dispute, however, with respect to when and how the seawater had entered into the vessel. The plaintiffs contended that the water entered as a result of defects in the hatch covers whereas the shipowners argued that the seawater entered as a result of negligence on the part of their crew in failing to close the hatch covers properly.

navire conformément à une charte-partie Gencon. La cause du dommage, à savoir l'eau de mer, n'était pas contestée. La contestation portait plutôt sur la manière dont l'eau de mer s'était infiltrée dans le navire et sur le moment où cela s'était produit. Les demandeurs soutenaient que l'eau s'était infiltrée à la suite d'une série de défaillances des panneaux de cale, tandis que les propriétaires faisaient valoir que l'eau de mer s'était infiltrée parce que l'équipage avait fait preuve de négligence en omettant de fermer correctement les panneaux de cale.

48 Mr. Justice Lloyd held that the plaintiffs were right that seawater had entered by reason of defects in the hatch covers which should have been corrected prior to the commencement of the voyage. Mr. Justice Lloyd went on to find the owners liable and stated that the owners had conceded that the burden was upon them to demonstrate that the damage had occurred "without any personal want of due diligence" on their part. Mr. Justice Lloyd held that the shipowners had failed to discharge their burden.

Le juge Lloyd a déclaré que les demandeurs avaient raison en disant que l'eau de mer s'était infiltrée à cause de défaillances des panneaux de cale, lesquelles auraient dû être corrigées avant le début du voyage. Le juge Lloyd a poursuivi en jugeant que les propriétaires étaient responsables, et il a déclaré qu'ils avaient admis qu'il leur incombait de montrer que le dommage était survenu [TRADUCTION] «sans manque de soin diligent» de leur part. Le juge Lloyd a soutenu que les propriétaires ne s'étaient pas acquittés de ce fardeau. 48

49 During his arguments, counsel for the plaintiffs submitted that the effect of Clause 32 of the charter-party was to incorporate into the charter-party the Canadian *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C. 1970, c. C-15. As I read Clause 32, it purports to incorporate into the charter-party the New Jason Clause, new Both-to-Blame Collision Clause, Chamber of Shipping War Risk Clauses 1 and 2, and the P & I Bunkering Clause. With respect to the Canadian and U.S. Clauses Paramount, Clause 32 provides that they shall be "incorporated in all bills of lading issued hereunder".

Pendant la présentation de l'argumentation, l'avocat des demanderesses a soutenu que la clause 32 de la charte-partie avait pour effet d'intégrer dans la charte-partie la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1970, ch. C-15. Selon mon interprétation de la clause 32, celle-ci vise à intégrer dans la charte-partie la nouvelle clause Jason, la nouvelle clause d'abordage en cas de faute de part et d'autre, la clause d'abordage, les clauses 1 et 2 de risque de guerre de la chambre de navigation et la clause de soutes du club de protection et d'indemnisation. En ce qui concerne les clauses attributives de prépondérance canadiennes et américaines, la clause 32 prévoit qu'elles «doivent aussi être incorporées dans tous les connaissements délivrés en vertu des présentes.» 49

50 In *Anglo-Saxon Petroleum Company, Ltd. v. Adamastos Shipping Company, Ltd.*, [1958] 1 Lloyd's Rep. 73, the House of Lords decided that the Hague Rules had been incorporated into the charter-party by reason of Clause 52 thereof which provided the following [at page 73]:

Dans l'affaire *Anglo-Saxon Petroleum Company, Ltd. v. Adamastos Shipping Company, Ltd.*, [1958] 1 Lloyd's Rep. 73, la Chambre des lords a décidé que les Règles de La Haye avaient été intégrées dans la charte-partie du fait de la clause 52 de celle-ci, laquelle se lisait comme suit [à la page 73]: 50

52. It is agreed that the . . . Paramount Clause . . . as attached, [is] to be incorporated into this charter-party.

[TRANSDUCTION] 52. Il est convenu que . . . la clause attributive de prépondérance . . . ci-jointe, doit être incorporée dans la présente charte-partie.

51 There is no clause equivalent to the above clause in the subject charter-party. Although clauses paramount are attached to the charter-party, there is no provision in the charter-party stipulating that the clauses paramount are part of the charter-party except to the extent that Clause 32 provides that the clauses paramount shall be incorporated in all bills of lading issued pursuant to the charter-party.

51 Il n'existe pas de clause équivalente à la clause susmentionnée dans la charte-partie en cause. Bien que les clauses attributives de prépondérance soient jointes à la charte-partie, celle-ci ne contient aucune stipulation prévoyant que ces clauses font partie de la charte-partie, sauf dans la mesure où la clause 32 prévoit qu'elles doivent être incorporées dans tous les connaissements délivrés conformément à la charte-partie.

52 Consequently, I am of the view that the Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, August 25, 1924] were not incorporated in the present charter-party. Thus, the relationship between the charterers and the owners is governed by the terms and conditions of the charter-party only. Whether the ship-owners are liable for the damages claimed against them will be determined on the basis of the terms and conditions of the contract of carriage. I have already examined those terms and conditions which I consider relevant for the determination of the plaintiffs' action.

52 Par conséquent, je suis d'avis que les Règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924] n'ont pas été intégrées dans la présente charte-partie. Dès lors, la relation entre les affrêteurs et les propriétaires est régie uniquement par les modalités de la charte-partie. Les modalités du contrat de transport permettront de déterminer si les propriétaires sont tenus des demandes de dommages à leur égard. J'ai déjà examiné ces modalités et je les considère pertinentes à la décision sur l'action des demandeurs.

EDITOR'S NOTE #3

Plaintiffs' submission was that the bulkhead collapsed due to corrosion while defendants contended that the cause was the pressure created by the semi-liquid state of the cargo in number one hold. Expert evidence was called by plaintiffs to the effect that "the steel was in all probability in a weakened condition when the loading and subsequent failure occurred". But the witness could not testify as to whether the bulkhead would have collapsed even if its thickness had not been reduced. He did testify that the peat moss could not have been safely carried by defendants' ship in view of its high moisture content. A naval architect gave his expert opinion that the bulkhead was seaworthy and able to withstand forces for which it was

NOTE DE L'ARRÊTISTE #3

Les demandereses ont maintenu que la cloison s'est effondrée en raison de la corrosion tandis que les défendeurs prétendaient que la cause en était la pression créée par l'état semi-liquide de la cargaison dans la cale numéro un. Les demandereses ont assigné un expert pour venir témoigner que «l'acier était, selon toute vraisemblance, dans un état affaibli au moment du chargement et de la défaillance subséquente». Mais il n'a pas pu attester que la cloison se serait effondrée même si son épaisseur n'avait pas été réduite. Il a toutefois déclaré que la mousse de tourbe n'aurait pas pu être transportée de façon sécuritaire par le navire des défendeurs en raison de sa forte teneur en humidité. Un architecte naval a émis l'opinion que la cloi-

designed but not those exerted by the cargo of peat moss. While the thickness of the bulkhead had been reduced some 21% by corrosion, it remained "adequate with regard to classification society standards and also on a practical point of view". But another naval architect, called in rebuttal, was of opinion that the bulkhead was not in a seaworthy condition. His view was that with a reduction of 21%, the plating should have been replaced. Even so, this witness did not take the position that the ship could have carried peat moss with a density of 36-38 cubic feet per metric ton. The end result of both opinions was that the cargo caused damage to the ship. The moisture content of the peat moss exceeded by far the transportable moisture limit and a special ship would have been required to carry it. His Lordship concluded that the very powerful forces exerted by the cargo were the true cause of the bulkhead's collapse.

son était en état de naviguer et capable de résister aux forces pour lesquelles elle était conçue mais pas à celles exercées par la cargaison de mousse de tourbe. Bien que la réduction d'épaisseur ait été de l'ordre de 21 p. 100, elle restait «appropriée en ce qui concerne les normes de la société de classification, ainsi que d'un point de vue pratique». Mais un autre architecte naval, assigné en contre preuve, était d'avis que la cloison n'était pas en état de naviguer. Il estimait que, avec une réduction de 21 p. 100, le bordé aurait dû être remplacé. Même alors, ce témoin n'a pas affirmé que le navire aurait pu transporter la cargaison de mousse de tourbe d'une densité de 36 à 38 pieds cubes par tonne métrique. Il résultait de ces deux opinions que la cargaison avait causé des dommages au navire. La teneur en humidité de la mousse de tourbe excédait de loin la teneur limite en humidité admissible aux fins du transport et il aurait fallu un navire spécial pour transporter la cargaison. Le juge a conclu que les forces très puissantes exercées par la cargaison étaient la véritable cause de l'effondrement de la cloison.

4. Was the master of the ship at fault for accepting to load the peat moss and/or in failing to stop the loading operation?

4. Le capitaine du navire était-il fautif quand il a accepté de charger la mousse de tourbe ou quand il a omis d'arrêter les opérations de chargement?

53 I have come to the conclusion that the master of the ship was not at fault in either accepting to load the plaintiffs' peat moss cargo and in continuing to load the cargo in hold No. 1.

J'en suis venu à la conclusion que le capitaine du navire n'a pas commis de faute ni lorsqu'il a accepté de charger la cargaison de mousse de tourbe des demanderessees ni lorsque le chargement de la cale numéro 1 s'est poursuivi. 53

54 In dealing with the defendants' counterclaim, I shall examine the evidence which, in my view, supports this conclusion.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle des défendeurs, j'examinerai la preuve qui, à mon avis, appuie cette conclusion. 54

Conclusion on Defendants' Liability to Plaintiffs

Conclusion sur la responsabilité des défendeurs à l'égard des demanderessees

55 As a result, the plaintiffs cannot succeed on their action since I have concluded that the cause of the plaintiffs' loss is the fact that their cargo exerted forces on the ship's bulkhead which caused it to

En conséquence, les demanderessees ne peuvent pas avoir gain de cause puisque j'ai conclu que la perte subie par les demanderessees était attribuable au fait que leur cargaison exerçait une pression sur la 55

collapse. In my view, the defendants cannot be held responsible for that cause. I am satisfied that the plaintiffs' loss does not result from the ship's unseaworthiness. Consequently, I need not discuss the issue of the owners' personal want of due diligence to make the ship seaworthy in all respects. I am also satisfied that the plaintiffs' loss does not result from a personal act or default on the part of the owners or their managers.

56 I should perhaps add that had I come to the conclusion that Captain Garipoli had been at fault for loading the cargo and/or failing to stop loading, I would have held that the captain's fault or negligence did not constitute a cause for which owners were liable under Clause 2 of the charter-party. The Clause, as I indicated earlier, specifically provides that the shipowners are not liable for loss or damage to cargo arising from the fault of the captain and the crew.

57 I am of that view because on October 26, 1988, Captain Garipoli called his owners to discuss the problem which he was facing at the port of loading. The owners' representative, Captain Paturzo, authorized Captain Garipoli to get the assistance that he felt was required from the local P & I Club representative. For reasons that I shall discuss shortly, Captain Garipoli did not seek the assistance of the P & I Club. However, should I have found him to be at fault, his fault would not have been sufficient to render the defendants liable.

58 Finally, although Captain Garipoli interfered in the stowage of the peat moss in order to protect his ship from the danger of shifting, his interference did not cause "bad stowage". On the contrary, on the facts of which he was aware, his decision to intervene and the course of action which he proposed were entirely reasonable and he cannot, in my view, be blamed for intervening.

cloison du navire qui l'a amenée à s'effondrer. À mon avis, les défendeurs ne peuvent pas en être rendus responsables. Je suis convaincu que la perte subie par les demanderesse ne résulte pas de l'innavigabilité du navire. Par conséquent, je n'ai pas à traiter de la question du manque de soin diligent de la part des propriétaires pour mettre le navire, en tous points, en état de bonne navigabilité. Je suis aussi convaincu que la perte des demanderesse ne résulte pas d'une faute personnelle ou manquement des propriétaires ou de leurs gérants.

Je devrais peut-être ajouter que, si j'en étais venu 56 à la conclusion que le capitaine Garipoli avait été fautif en acceptant cette cargaison sur le navire ou en omettant d'en interrompre le chargement, j'aurais jugé que la faute ou la négligence du capitaine ne constituaient pas une cause en vertu de laquelle les propriétaires étaient responsables aux termes de la clause 2 de la charte-partie. Cette clause, comme je l'ai mentionné précédemment, prévoit de manière particulière que les propriétaires ne sont responsables d'aucune perte ou d'aucun dommage à la cargaison en raison de la faute du capitaine ou de l'équipage.

Je suis de cet avis car, le 26 octobre 1988, le 57 capitaine Garipoli a appelé ses propriétaires pour discuter du problème auquel il était confronté au port de chargement. Le représentant des propriétaires, le capitaine Paturzo, a autorisé le capitaine Garipoli à obtenir l'aide qui lui semblait nécessaire du représentant local du club de protection et d'indemnisation. Pour des motifs que j'expliquerai brièvement, le capitaine Garipoli n'a pas cherché à obtenir l'aide du club. Toutefois, si j'en avais conclu qu'il avait été fautif, cette faute n'aurait pas suffi à rendre les défendeurs responsables.

Enfin, bien que le capitaine Garipoli soit intervenu 58 dans l'arrimage de la mousse de tourbe afin de protéger son navire des dangers de ripage, cette intervention n'a pas entraîné d'«arrimage défectueux». Au contraire, selon les faits dont il avait connaissance, sa décision d'intervenir ainsi que le type de mesures qu'il a proposé étaient entièrement raisonnables, et il ne peut, à mon avis, être blâmé pour cet acte.

EDITOR'S NOTE #4

Even if the bulkhead had collapsed as unseaworthy, plaintiffs' action would still have to be dismissed. Plaintiffs' submission, that the entire cargo became a total loss due to the bulkhead collapse, could not be accepted. Since the cargo had to be discharged in order to effect repairs, the shipowners notified Perlite, one of the plaintiffs, to arrange for that. But plaintiffs did nothing and the shipowners had to discharge the cargo at their own expense. Plaintiffs' position was that the cargo was contaminated in being discharged onto a gravel surface. The entire cargo could not have been contaminated when only the bottom few inches were in contact with the gravel. The fact is that it was abandoned by plaintiffs. Plaintiffs had made no attempt to locate a dock with an asphalt surface when advised the cargo was to be discharged. The portion of the cargo still on the dock when the bulkhead collapsed also became a total loss because it was abandoned by plaintiffs. The Court was not satisfied with the evidence as to plaintiffs' efforts to secure a replacement ship. The reason they could not get another ship was that their cargo could not be safely transported by bulk carrier. The cost of chartering a special ship would have been prohibitive. Lantana could not recover from defendants and it was conceded at trial that Perlite had suffered no loss. As for Pemtex, it owned the cargo still on the dock but it was not a party to the contract with defendants and any remedy would be in tort. Its loss did not result from the bulkhead's collapse but from Lantana's failure to arrange carriage of the peat moss to Florida. There was no way that Lantana could recover from defendants the cost of replacement peat moss in that the venture was doomed by the fact that the moss, in the condition that it was, could not be carried by the type of ship intended. Nor could it recover the cost of the concrete slab it had constructed to receive the peat moss. This item of damages did not flow from any breach of contract and was not foreseeable by defendants.

NOTE DE L'ARRÊTISTE #4

Même si la cloison s'était effondrée en raison de l'innavigabilité, il aurait fallu rejeter l'action des demanderesse. On ne pourrait pas accepter leur prétention selon laquelle l'intégralité de la cargaison était devenue une perte totale en raison de l'effondrement de la cloison. Comme il fallait décharger la cargaison pour effectuer des réparations, les propriétaires du navire ont avisé Perlite, l'une des demanderesse, de prendre des dispositions à cet effet. Mais les demanderesse n'ont rien fait et les propriétaires ont dû décharger la cargaison à leurs frais. Les demanderesse ont soutenu que la cargaison était contaminée du fait qu'elle avait été déchargée sur un revêtement de gravier. L'intégralité de la cargaison n'aurait pas pu être contaminée lorsque seuls les quelques pouces inférieurs ont été en contact avec le gravier. Le fait est qu'elle a été abandonnée par les demanderesse. Celles-ci n'ont nullement tenté de trouver un quai asphalté quand elles ont été informées que la cargaison devait être déchargée. La partie de la cargaison encore à quai au moment de l'effondrement de la cloison est également devenue une perte totale en raison de son abandon par les demanderesse. La preuve produite n'a pas convaincu la Cour que les demanderesse avaient déployé les efforts nécessaires pour obtenir un navire de remplacement. C'est parce que leur cargaison ne pouvait pas être transportée de façon sécuritaire par vraquier qu'elles n'ont pas pu trouver d'autre navire. Le coût qu'il aurait fallu déboursier pour affréter un navire spécial aurait été inabordable. Lantana ne pourrait pas recouvrer de dommages-intérêts auprès des défendeurs et il a été admis au procès que Perlite n'avait subi aucune perte. Quant à Pemtex, elle était propriétaire de la cargaison qui se trouvait encore à quai, mais elle n'était pas partie au contrat conclu avec les défendeurs, et son recours, le cas échéant, se limiterait à un recours en responsabilité civile délictuelle. La perte qu'elle a subie ne résultait pas de l'effondrement de la cloison mais du fait que

Lantana n'avait pas pris les dispositions nécessaires pour le transport de la mousse de tourbe en Floride. Lantana ne pourrait en aucune manière recouvrer auprès des défendeurs le coût de la mousse de tourbe de remplacement en ce sens que l'entreprise était vouée à l'échec puisque la mousse de tourbe, dans l'état où elle était, ne pouvait tout simplement pas être transportée sur le type de navire qu'il avait été convenu d'utiliser. Elle ne pourrait pas non plus recouvrer le coût de la dalle de béton qu'elle avait fait construire pour recevoir la mousse de tourbe. Il s'agissait là de dommages qui ne découlaient pas de l'inexécution d'un contrat et ne pouvaient pas être prévus par les défendeurs.

The Defendants' Counterclaim

Demande reconventionnelle des défendeurs

59 The defendants have counterclaimed against the plaintiffs in an attempt to recover the damages which they claim to have suffered as a result of the collapse of the bulkhead.

Les défendeurs ont présenté une demande reconventionnelle à l'encontre des demanderesse afin de tenter de récupérer les dommages-intérêts qu'elles prétendent avoir subis en raison de l'effondrement de la cloison. 59

60 The defendants' position is simply that the peat moss cargo, in the condition that it was when loaded on board their ship by the plaintiffs and their stevedores, was a dangerous cargo. Consequently, the defendants assert that the charterers were under an obligation to inform them of the dangerous nature of their cargo and that their failure to do so, in the circumstances of this case, renders them liable for the damages caused to the ship.

La position des défendeurs est tout simplement que la cargaison de mousse de tourbe, dans l'état où elle se trouvait au moment de son chargement à bord du navire par les demanderesse et leurs manutentionnaires, était une cargaison dangereuse. Par conséquent, les défendeurs soutiennent que les affréteurs étaient tenus de les aviser de la nature dangereuse de leur cargaison et que leur défaut de le faire, dans les circonstances de l'espèce, les rendait responsables des dommages causés au navire. 60

61 First of all, was the plaintiffs' cargo of peat moss a dangerous cargo? Section 2 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] defines "dangerous goods" or "goods of a dangerous nature" as follows:

Tout d'abord, la cargaison de mousse de tourbe des demanderesse était-elle dangereuse? L'article 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), c. S-9] définit ainsi les «marchandises dangereuses» ou «marchandises de nature dangereuse»: 61

2. . . .

2. . . .

. . . means goods that by reason of their nature, quantity or mode of stowage are either singly or collectively liable to endanger the lives of the passengers or imperil the ship, and includes all substances determined by the Governor in

. . . Les marchandises qui, par leur nature, leur quantité ou leur mode d'arrimage, sont, isolément ou dans leur ensemble, susceptibles de compromettre la vie des passagers ou la sécurité du navire. Sont visées par la présente définition

Council, in regulations made by him, to be dangerous goods,

toutes les substances définies comme marchandises dangereuses dans des règlements pris par le gouverneur en conseil.

62 As I have already stated, Barbeau's opinion is to the effect that the bulkhead collapsed by reason of the forces exerted upon it by the peat moss cargo. This occurred because the peat moss was in a "semi-liquid" state with a density almost as high as that of water. That fact was not, in effect, contested by the plaintiffs. As the Technitrol and SGS reports clearly demonstrate, the moisture content of the cargo exceeded 90% of the flow moisture point and thus, according to the Bulk Cargo Code and the Coast Guard, was not deemed safe for carriage by sea in a general cargo ship. Put another way, the Coast Guard would not have allowed the ship to depart with the plaintiffs' cargo.

62 Comme je l'ai déjà déclaré, de l'avis de M. Barbeau, la cloison s'est effondrée en raison des forces exercées sur elle par la cargaison de mousse de tourbe. Ces forces provenaient du fait que la mousse de tourbe était dans un état «semi-liquide» et que sa densité était presque aussi élevée que celle de l'eau. En réalité, ce fait n'a pas été contesté par les demanderessees. Comme les rapports de Technitrol et de SGS l'ont clairement démontré, la teneur en humidité de la cargaison dépassait 90 p. 100 du point d'affaissement et ainsi, selon le Code des cargaisons en vrac et la Garde côtière, la cargaison n'était pas réputée sécuritaire pour le transport par mer sur un transporteur de marchandises générales. Autrement dit, la Garde côtière n'aurait pas autorisé le navire à appareiller avec la cargaison des demanderessees.

63 Section 1.7 of the Bulk Cargo Code is quite explicit in this regard and I again reproduce it:

63 L'article 1.7 du Code des cargaisons en vrac est tout à fait explicite à cet égard, et je le reproduis ici à nouveau:

1.7 Transportable Moisture Limit

— is the maximum moisture content of a concentrate deemed safe for carriage by sea in general cargo vessels which do not comply with the special provisions of section 6.2. It is determined as 90% of the flow moisture point.

1.7 Teneur limite en humidité admissible aux fins de transport

— Teneur maximale en humidité d'un concentré que l'on juge sans danger pour le transport par mer. Dans le cas des navires de charge affectés au transport de marchandises diverses auxquels les dispositions spéciales prévues à la section 6.2 ne s'appliquent pas, cette teneur limite est fixée à 90 p. 100 du point d'affaissement.

64 There is therefore no doubt in my mind that the peat moss, loaded on board the ship and more particularly in hold No. 1 thereof, was "liable to endanger the lives of the crew members" and to "imperil the ship".

64 À mon avis, il ne fait aucun doute que la mousse de tourbe chargée à bord du navire, et plus particulièrement dans la cale numéro 1 de celui-ci, était susceptible de «compromettre la vie des passagers ou la sécurité du navire».

65 During the course of his arguments, counsel for the plaintiffs took the position that Captain Garipoli should either have not loaded the plaintiffs' cargo or that he should have at least stopped the loading operation when he became concerned. Put another way, counsel urged me to find that the real cause of the defendants' damages was Captain Garipoli's fault or negligence and not the dangerous nature of

65 Pendant son argumentation, l'avocat des demanderessees a pris comme position que le capitaine Garipoli n'aurait pas dû charger la cargaison des demanderessees ou qu'il aurait au moins dû interrompre l'opération de chargement lorsqu'il a commencé à s'inquiéter. Autrement dit, l'avocat m'a prié de conclure que la cause réelle des dommages subis par les défendeurs était la faute ou la

the peat moss cargo.

66 Earlier, I stated that I was of the opinion that Captain Garipoli was not at fault in accepting to load the peat moss cargo and in not stopping the loading operation. With hindsight, it goes without saying that the loading operation should have been suspended prior to October 28, 1988. However, what I have to decide is whether Captain Garipoli knew or ought to have known that the peat moss cargo was dangerous i.e., that it could endanger the lives of his crew members or imperil the ship. In my view, Captain Garipoli did not know and could not have known of the danger posed by the peat moss. I have come to that view for the following reasons.

67 As I have stated already on a number of occasions, the master was informed that he would be loading in Sept-Îles a cargo having a stowage factor of 55 cubic feet per metric ton. Because of that information, the master expected a very light cargo. Following the arrival of the ship at Sept-Îles, the master discovered that his cargo was peat moss. He first had occasion to observe the cargo while it was on the IOC dock. He then observed the cargo as it was being loaded. The cargo, according to Captain Garipoli, was "behaving well" in that it was peaking in the holds like a regular grain cargo. After a while, however, Captain Garipoli noticed that the cargo was becoming flat. As a result, he became concerned about the possibility of shifting and following discussions with the stevedores and the plaintiffs, he modified his stowage plan. Captain Garipoli's testimony is to the effect that he was concerned with the possibility that the cargo might shift. All of his discussions, including those with Mr. Guerra, are in relation to that problem. There was never any concern on the part of Captain Garipoli that the peat moss cargo might endanger his ship because of the hydrostatic pressure that it might create. He did not realize that the cargo had almost become "liquid" and that he was exposing his ship to danger by loading the cargo.

négligence du capitaine Garipoli et non la nature dangereuse de la cargaison de mousse de tourbe.

66 Précédemment, j'ai déclaré que j'étais d'avis que le capitaine Garipoli n'était pas en faute quand il a accepté de charger la cargaison de mousse de tourbe et n'a pas interrompu les opérations de chargement. Avec le recul, il va sans dire que les opérations de chargement auraient dû être suspendues avant le 28 octobre 1988. Toutefois, je dois décider si le capitaine Garipoli savait ou aurait dû savoir que la cargaison de mousse de tourbe était dangereuse, c'est-à-dire qu'elle pouvait compromettre la vie des passagers ou la sécurité du navire. À mon avis, le capitaine Garipoli ne savait pas et n'aurait pas pu savoir quel était le danger que représentait la mousse de tourbe. J'en suis venu à cette conclusion pour les motifs suivants.

67 Comme je l'ai déjà indiqué à plusieurs reprises, le capitaine a été informé qu'il chargerait à Sept-Îles une cargaison dont le coefficient d'arrimage était de 55 pieds cubes par tonne métrique. D'après ces renseignements, le capitaine s'attendait à ce que la cargaison soit très légère. Après l'arrivée du navire à Sept-Îles, le capitaine a découvert que la cargaison était de la mousse de tourbe. Il a, pour la première fois, eu l'occasion d'observer la cargaison alors qu'elle se trouvait sur le quai d'IOC. Il a ensuite pu observer la cargaison au fur et à mesure de son chargement. La cargaison, selon le capitaine Garipoli, se «comportait bien» c'est-à-dire qu'elle formait un amas conique comme une cargaison céréalière régulière. Après un certain temps toutefois, le capitaine a remarqué que la cargaison s'affaissait. Il s'est alors inquiété de la possibilité de ripage et, après avoir discuté avec les manutentionnaires et les demanderesses, il a modifié son plan d'arrimage. Le témoignage du capitaine Garipoli indique qu'il s'inquiétait de la possibilité de ripage de la cargaison. Toutes ces discussions, y compris celles avec M. Guerra, portent sur ce problème. Le capitaine Garipoli ne s'est jamais inquiété du fait que la cargaison de mousse de tourbe pouvait compromettre la sécurité du navire en raison de la pression hydrostatique qu'elle pourrait créer. Il ne s'est pas aperçu que la cargaison était devenu presque «liquide» et

68 During the course of these aforementioned discussions, Captain Garipoli asked the plaintiffs to provide him with more information regarding their cargo. The plaintiffs were unable to provide any information to Captain Garipoli. After Captain Garipoli took his decision to modify the stowage plan and so advised the plaintiffs and the stevedores, Mr. Fabien Guerra appeared on board his ship. As I previously indicated, Captain Garipoli testified that Mr. Guerra was introduced to him as the shippers' expert. The plaintiffs deny that Mr. Guerra was their expert. In fact, both Germain and Després testified that they did not know Mr. Guerra.

69 The evidence is that Mr. Guerra, a mechanical civil engineer, was called by IOC on October 26, 1988. At that time, it was known, at least at IOC, that Mr. Guerra had considerable experience in the handling of concentrates. Mr. Guerra was familiar with concepts such as moisture content, flow moisture point and transportable moisture limit. In fact, he raised these concepts with Captain Garipoli.

70 Mr. Guerra was asked to attend at the IOC dock and see Pat Morin. He testified that he attended at the office of Mr. Morin around 4:00 p.m. on October 26, 1988, and there met Germain and Després. Guerra stated that he was introduced to these gentlemen as an expert in cargo handling. Guerra also testified that he advised Germain and Després that it was their responsibility to have tests performed in order to determine the transportable moisture limit of their cargo. Following his discussions with Morin, Germain and Després, Guerra states that they all proceeded to the ship and met Captain Garipoli in his cabin. Guerra states that he was introduced to Captain Garipoli as the plaintiffs' expert in cargo handling.

71 Guerra proceeded to explain that he asked the captain if he had information regarding the nature

qu'il exposait son navire à un danger en la chargeant à bord.

Dans le cadre des discussions susmentionnées, le capitaine Garipoli a demandé aux demanderesse de lui fournir plus de renseignements sur leur cargaison. Les demanderesse n'ont pu lui fournir de renseignements. Après que le capitaine eut décidé de modifier le plan d'arrimage et qu'il en eut informé les demanderesse et les manutentionnaires, M. Fabien Guerra est monté à bord du navire. Comme je l'ai mentionné précédemment, le capitaine Garipoli a déclaré dans son témoignage que M. Guerra lui avait été présenté comme l'expert du chargeur. Les demanderesse ont nié que M. Guerra était leur expert. En fait, tant Germain que Després ont déclaré dans leur témoignage qu'ils ne connaissaient pas M. Guerra.

D'après la preuve, M. Guerra, un ingénieur civil en mécanique, a été appelé par IOC le 26 octobre 1988. À ce moment-là, on savait, du moins à IOC, que M. Guerra avait une grande expérience dans la manipulation des concentrés. Il connaissait bien les notions comme la teneur en humidité, le point d'affaissement et la teneur limite en humidité admissible aux fins du transport. En fait, il a discuté de ces notions avec le capitaine Garipoli.

M. Guerra a été prié de se présenter au quai d'IOC et de rencontrer Pat Morin. Il a déclaré dans son témoignage qu'il s'était rendu au bureau de M. Morin vers 16 h le 26 octobre 1988 et qu'il y avait rencontré Germain et Després. Guerra a déclaré qu'il avait été présenté à ces personnes en tant qu'expert dans la manutention de cargaisons. Guerra a aussi déclaré en témoignage qu'il avait avisé Germain et Després qu'il leur incombait de faire effectuer des tests afin de déterminer la teneur limite en humidité admissible aux fins du transport pour leur cargaison. Après avoir discuté avec Morin, Germain et Després, Guerra déclare qu'ils se sont tous rendus au navire et y ont rencontré le capitaine Garipoli dans sa cabine. Guerra déclare qu'il a été présenté au capitaine Garipoli comme expert en manutention de cargaisons pour les demanderesse.

Guerra a ensuite expliqué qu'il avait demandé au capitaine s'il avait des renseignements sur la nature

and characteristics of the plaintiffs' cargo. The captain then explained to Guerra how he would load the peat moss i.e., full in four holds only. Guerra then went with the captain to observe the cargo and saw that it was self-trimming i.e., that it was not peaking. As a result of his observations, Guerra spoke to Pat Morin who authorized him to get quotations with respect to the performance of tests to determine the transportable moisture limit of the peat moss.

72 On October 27, 1988, Cogemat informed Guerra that they were prepared to perform the relevant tests for the sum of \$300. Unfortunately, before the tests could be performed, the bulkhead collapsed. Guerra testified that notwithstanding the collapse, Morin authorized him to go ahead with the tests which he received at the end of 1988. Guerra stated unequivocally during his testimony that his understanding was that the shippers had authorized him through Morin to proceed with the tests. The evidence also revealed that Guerra did not invoice the plaintiffs nor the defendants for his services.

73 The plaintiffs take the position that they did not retain the services of Mr. Guerra. This is also the position taken by the defendants. On the whole, my view is that Mr. Guerra was acting for the plaintiffs having been retained by Mr. Morin of IOC. It will be recalled that Mr. Morin was IOC's representative in so far as the stevedoring operations were concerned. Guerra's testimony is in accordance with that of Captain Garipoli who stated that Guerra had been introduced to him as the shippers' expert. That was also Guerra's recollection of his introduction to Captain Garipoli. No one suggested that Pat Morin was acting on behalf of the ship and its owners. Morin appears to have taken the decision of calling Guerra after Captain Garipoli advised him and the plaintiffs that the stowage plan would have to be revised because of the possibility of shifting.

74 Thus, in my view, the evidence can only lead me to the conclusion that Guerra, in his discussions with Captain Garipoli, represented the plaintiffs.

et les caractéristiques de la cargaison des demanderes. Le capitaine a ensuite expliqué à Guerra de quelle façon il chargerait la mousse de tourbe, c'est-à-dire qu'il ne remplirait que quatre cales. Guerra est ensuite allé observer la cargaison avec le capitaine et il a vu qu'elle s'affaissait, c'est-à-dire qu'elle ne formait pas un amas conique. À la suite de ces observations, Guerra a parlé à Pat Morin qui l'a autorisé à obtenir des estimations sur l'exécution de tests afin de déterminer la teneur limite en humidité admissible aux fins du transport pour la mousse de tourbe.

Le 27 octobre 1988, Cogemat a informé Guerra qu'ils étaient prêts à faire les tests pertinents pour la somme de 300 \$. Malheureusement, la cloison s'est effondrée avant que les tests puissent être faits. Guerra a déclaré dans son témoignage que, malgré l'effondrement, Morin l'avait autorisé à procéder aux tests dont il avait reçu les résultats à la fin de 1988. Guerra a déclaré sans équivoque dans son témoignage que, d'après lui, les affréteurs l'avaient autorisé, par le biais de Morin, à procéder aux tests. La preuve a aussi montré que Guerra n'avait pas facturé ni les demanderes ni les défendeurs pour ses services.

Les demanderes ont déclaré qu'elles n'avaient pas engagé M. Guerra, et c'est aussi la position des défendeurs. Dans l'ensemble, à mon avis, M. Guerra représentait les demanderes parce qu'il avait été engagé par M. Morin d'IOC. Il faut se souvenir que M. Morin était le représentant d'IOC en ce qui concerne les opérations de manutention. Le témoignage de Guerra concorde avec celui du capitaine Garipoli qui a déclaré que Guerra lui avait été présenté comme étant l'expert des chargeurs. Guerra se souvient aussi d'avoir été présenté ainsi au capitaine Garipoli. Personne n'a laissé entrevoir que Pat Morin agissait au nom du navire et des propriétaires. Morin semble avoir décidé d'appeler Guerra après que le capitaine Garipoli l'eut informé lui-même ainsi que les demanderes, que le plan d'arrimage devrait être révisé en raison de la possibilité de ripage.

Ainsi, à mon avis, la preuve ne peut me conduire qu'à conclure que Guerra, dans ses discussions avec le capitaine Garipoli, représentait les demanderes.

75 During his discussions with the master on board the ship, Guerra asked him what he knew about the peat moss cargo and whether he was familiar with the IMO Solid Bulk Cargo Code. Following his discussions with the captain, Guerra suggested to Pat Morin that tests should be carried out in order to determine the transportable moisture limit of the peat moss cargo. This is consistent with the view expressed by Guerra at trial and which view he claims to have expressed to the plaintiffs on October 26, 1988, that it was the shippers' responsibility to determine the transportable moisture limit of their cargo.

76 There is no doubt that Mr. Guerra was, in fact, experienced in so far as the carriage by sea of concentrates was concerned. He testified that he had been involved in that field since 1962. Expert Clifford Parfett, called by the defendants, testified that he had met Guerra at an IMO Conference in London where he and Guerra were delegates for Canada. Notwithstanding his experience in the field, Mr. Guerra initially stated to Captain Garipoli that he did not agree with his concerns regarding the possibility of shifting. It was only after Captain Garipoli took him around the ship to observe the cargo that Guerra changed his opinion. I again wish to emphasize that Captain Garipoli's concern was solely directed at the possibility of shifting. He had not realized nor did he ever realize until it was too late, that the peat moss, because of its "semi-liquid" state, constituted a danger for his ship. It also goes without saying that Mr. Guerra had also not realized the danger of loading the peat moss on the ship.

77 In addition to the Technitrol and SGS reports which, in my view, conclusively demonstrate the "semi-liquid" state of the cargo, I have the benefit of the visual observations made by Mr. Parfett and Mr. Lemay.

78 Mr. Lemay attended on board the ship on November 5, 1988, while the ship was still in Sept-Îles. He

Pendant ses discussions avec le capitaine à bord du navire, Guerra lui a demandé ce qu'il savait sur la cargaison de mousse de tourbe et s'il connaissait le Recueil de règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac de l'OMI. Après avoir discuté avec le capitaine, Guerra a proposé à Pat Morin que des tests soient effectués afin de déterminer la teneur limite en humidité admissible aux fins du transport pour la cargaison de mousse de tourbe. Cette démarche correspond au point de vue exprimé par Guerra à l'instance au procès et qu'il dit avoir communiqué aux demanderesses le 26 octobre 1988 en déclarant qu'il incombait aux chargeurs de déterminer la teneur limite en humidité admissible aux fins de transport pour leur cargaison.

Il ne fait pas de doute que M. Guerra était, en fait, expérimenté en ce qui concerne le transport de concentrés par mer. Dans son témoignage, il a déclaré travailler dans ce domaine depuis 1962. Clifford Parfett, l'expert cité par les défendeurs, a déclaré en témoignage qu'il a rencontré Guerra à une conférence de l'OMI à Londres où lui-même et Guerra étaient des délégués du Canada. Malgré son expérience dans le domaine, M. Guerra a déclaré initialement au capitaine Garipoli qu'il ne partageait pas ses inquiétudes quant à la possibilité de ripage. Ce n'est qu'une fois que le capitaine Garipoli lui a fait faire le tour du navire pour observer la cargaison que Guerra a changé d'avis. Je voudrais à nouveau répéter que la seule préoccupation du capitaine Garipoli était liée à la possibilité de ripage. Il n'avait pas compris et il n'a peut-être pas compris avant qu'il ne soit trop tard, que la mousse de tourbe, en raison de son état «semi-liquide», constituait un danger pour son navire. Il va aussi sans dire que M. Guerra n'avait pas non plus compris le danger qu'il y avait à charger la mousse de tourbe à bord du navire.

En plus des rapports de Technitrol et de SGS qui, à mon avis, démontrent de façon péremptoire que la cargaison était dans un état «semi-liquide», j'ai aussi à ma disposition les observations visuelles faites par MM. Parfett et Lemay.

M. Lemay s'est rendu à bord du navire le 5 novembre 1988 alors que ce dernier se trouvait encore

observed the cargo in holds Nos. 3 and 6 which were half full. He observed that the cargo had formed "a flat, table-top surface, even throughout the holds, although no physical or mechanical spreading had been done". Lemay observed that the perimeter of the peat moss was more humid than the centre. He performed a test which consisted in placing a wooden plank of approximately 12" x 2' x 4" vertically at various positions in hold No. 3. He concluded that the peat moss at the perimeter could not support the weight of his plank "which descended in a vertical direction even when no pressure was applied". With respect to the centre of the hold, Mr. Lemay observed that the peat moss was "more consistent" and could support "some weight".

79 Mr. Lemay's observations corroborate the captain's observations and those of Mr. Guerra to the effect that the cargo was not "peaking" following its loading on board the ship. The testimony of Régent Bouchard, who was the loading superintendent for IOC, is also to the same effect. Mr. Bouchard stated that the cargo "*s'égalisait dans la cale par lui-même*" [[TRANSLATION] "was levelling out in the hold by itself"]. Mr. Bouchard even went to the extent of stating that in his estimation the peat moss cargo had a 40% to 50% moisture content. He stated that the peat moss, as it travelled on the conveyor belt, was "*floue*" [[TRANSLATION] "fuzzy"].

80 With respect to the condition of the cargo on the dock, I agree entirely with the observations made by Captain Parfett in his survey report where he states, at pages 8-9 that:

When stacked on the wharf, it assumes an irregular but stable shape being capable of being piled to a considerable height without any tendency to collapse. From a distance it gives the impression of piles of earth but a closer examination reveals the highly fibrous vegetable nature of the commodity. Our inspection indicated that water would continually run from these piles. The indication was that the water was draining apparently in a pyramid direction, that is from the top of the pile downward but outward towards the edges. We theorized that probably the center of the pile was not draining to any great extent but this could not be established at this time.

à Sept-Îles. Il a observé la cargaison dans les cales numéros 3 et 6 qui étaient à demi remplies, et a remarqué que la cargaison avait formé [TRADUCTION] «une surface plane, semblable à un dessus de table, dans toutes les cales, bien qu'aucun répandage physique ou mécanique n'ait eu lieu». M. Lemay a remarqué que le périmètre de la mousse de tourbe était plus humide que le centre. Il a effectué un test consistant à placer une planche de bois mesurant approximativement 12" x 2' x 4" verticalement à plusieurs endroits dans la cale numéro 3 et en a conclu que la mousse de tourbe à la périphérie ne pouvait pas supporter le poids de la planche [TRADUCTION] «laquelle s'enfonçait verticalement, même si aucune pression n'était exercée». Quant au centre de la cale, M. Lemay a observé que la mousse de tourbe y était plus [TRADUCTION] «consistante» et pouvait supporter [TRADUCTION] «un peu de poids».

79 Les observations de M. Lemay corroborent celles du capitaine et de M. Guerra selon lesquelles la cargaison «ne formait pas un amas conique» après avoir été chargée à bord du navire. Le témoignage de Régent Bouchard, qui supervisait le chargement pour IOC, va dans le même sens. M. Bouchard a déclaré que le chargement «s'égalisait dans la cale par lui-même». Il a même été jusqu'à déclarer que, selon lui, la cargaison de mousse de tourbe avait une teneur en humidité de 40 à 50 p. 100. Il a déclaré que la mousse de tourbe, alors qu'elle se trouvait sur le transporteur à courroie, était «floue».

80 En ce qui concerne l'état de la cargaison sur le quai, je suis entièrement d'accord avec les observations du capitaine Parfett dans son rapport de vérification lorsqu'il déclare, aux pages 8 et 9:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle est mise à quai, la cargaison prend une forme irrégulière mais stable, lui permettant d'être empilée jusqu'à une hauteur importante sans qu'elle n'ait tendance à s'effondrer. De loin, elle ressemble à un amas de terre, mais si on la regarde de plus près, on peut voir la nature végétale hautement fibreuse de la marchandise. Notre inspection a montré que l'eau ne cessait de s'écouler de cet amas. L'indication était que l'eau s'écoulait apparemment de façon pyramidale, c'est-à-dire du sommet de l'amas, de façon descendante, mais vers l'extérieur, vers les bords. Selon notre théorie, le centre de l'amas ne laissait probablement pas écouler beaucoup

Certainly the material became drier towards the top of the pile with the cargo below the upper 24" of all piles tending to become totally saturated and consisting of a very large volume of water compared to the quantity of fibrous matter.

The bottom edges of the pile had no weight bearing capacity whatsoever whereas higher on the pile it was possible to walk over the surface with some difficulty but with sufficient support to withstand some weight. Even the apparently dry material however when walked upon, was found to be extremely spongy with only the surface exposed to the air being dry and all other material containing large quantities of water. Any piece of material when squeezed would release quite a large quantity of free water in the nature of a sponge.

Scattered through the pile were small roots, top soil and other partially rotted vegetation.

Our observations therefore indicated that the weight to volume ratio was highly dependent upon the position of the sample within any given pile. We formed the opinion that when allowed to drain naturally on the dock, the upper surfaces would in fact drain and become light and spongy. As the weight of the material above increased then the level of saturation would increase and at possibly 3 or 4 feet below the surface, the material would be sufficiently compressed that it would be fully saturated and have a very high weight to volume ratio, probably in the order of 35 to 36 cubic feet per metric ton.

81 Obviously, when Captain Parfett examined the cargo on the dock at Sept-Îles he knew by then that the bulkhead had collapsed. In other words, Captain Parfett already had an idea as to what the possible cause of the collapse was and thus he knew what he was looking for in examining the stock pile.

82 As Captain Parfett states in his report, the peat moss placed on the IOC dock appeared capable of being stacked "to a considerable height without any tendency to collapse". In my view, prior to being loaded on board the ship, it was not at all apparent, from Captain Garipoli's perspective, that the peat moss posed any particular problem. It was only after loading had begun and more particularly on October 26, 1988, that Captain Garipoli became concerned

d'eau mais nous ne pouvions pas l'établir à ce stade. Il est certain que la matière devenait plus sèche au fur et à mesure qu'on approchait du sommet de l'amas, et que la cargaison au dessous des 24" supérieurs de tous les amas avait tendance à devenir complètement saturée et à comprendre de grands volumes d'eau par rapport à la quantité de substance fibreuse.

Les bords inférieurs de l'amas n'avaient aucune capacité de résistance à une charge, quelle qu'elle soit, alors qu'il était possible de marcher, avec un peu de difficulté mais avec suffisamment de support pour résister à une certaine charge, sur la partie plus haute de l'amas. Toutefois, lorsqu'on marchait, même sur la matière apparemment sèche, celle-ci se révélait très spongieuse, et seule la surface exposée à l'air était réellement sèche, les autres parties contenant de grandes quantités d'eau. Une fois comprimé, tout matériau laissait échapper une grande quantité d'eau gravitaire, comme s'il s'agissait d'une éponge.

De petites racines, de la terre végétale et d'autres végétaux partiellement décomposés étaient éparpillés dans l'amas.

Nos observations semblent donc montrer que le ratio poids à volume était grandement fonction de l'emplacement de l'échantillon dans un amas donné. Selon nous, si la mousse de tourbe pouvait s'assécher naturellement sur le quai, les surfaces supérieures s'assécheraient et deviendraient légères et spongieuses. Au fur et à mesure que le poids de la matière qui se trouve au-dessus augmenterait, le niveau de saturation augmenterait et à, probablement, 3 ou 4 pieds sous la surface, la matière serait suffisamment comprimée pour être totalement saturée et avoir un ratio de poids à volume très élevé, probablement de l'ordre de 35 à 36 pieds cubes par tonne métrique.

Il est clair que lorsque le capitaine Parfett a examiné la cargaison sur le quai à Sept-Îles, il savait déjà que la cloison s'était effondrée. Autrement dit, il avait déjà une idée sur la cause possible de l'effondrement, et il savait donc ce qu'il cherchait lorsqu'il a examiné l'empilement. 81

Selon les déclarations du capitaine Parfett dans son rapport, la mousse de tourbe placée sur le quai d'IOC semblait pouvoir «être empilée jusqu'à une hauteur importante sans qu'elle n'ait tendance à s'effondrer». À mon avis, avant le chargement à bord du navire, il n'était pas du tout clair, du point de vue du capitaine Garipoli, que la mousse de tourbe présentait un problème particulier. Ce n'est qu'après le début du chargement, et plus précisément le 26 82

with the possibility that the peat moss might shift. During his discussions with Morin and the plaintiffs, the captain asked the plaintiffs if they could provide him with more information regarding their cargo. As I have indicated already, the plaintiffs were of no help whatsoever in that regard simply stating to the captain that the subject shipment was their first venture.

83 Later on during that day, Mr. Guerra appeared on the scene and discussed with Captain Garipoli his concerns regarding shifting. Guerra, because of his prior experience in the field, believed that the plaintiffs should have tests performed to determine the transportable moisture limits of the peat moss. Notwithstanding his experience, Mr. Guerra never suggested to Captain Garipoli that he should stop loading. All of this leads me to conclude that the true condition of the peat moss as it was following loading on board the ship was certainly not visually apparent. Tests were obviously required to determine the true condition of the cargo. These tests, according to Mr. Guerra, were to be carried out on behalf of the plaintiffs. In my view, Mr. Guerra's understanding was correct. In effect, Guerra had been retained by Pat Morin who could only have been acting on behalf of the plaintiffs. No doubt there was some confusion in that regard as both Germain and Després did not seem to realize that Guerra had been retained on their behalf and that tests had been authorized. I accept that Germain and Després were sincere in their testimony but nonetheless, it is my view that Guerra was their representative in so far as the discussions that took place on board the ship are concerned.

84 In any event, I believe that Mr. Guerra's understanding that it was the plaintiffs' responsibility to have these tests performed is perfectly defensible. Put another way, it cannot be doubted that the plaintiffs ought to have known the characteristics of their cargo and should have informed the shipowners of those characteristics prior to the loading on board of

octobre 1988, que le capitaine Garipoli s'est inquiété du ripage éventuel de la mousse de tourbe. Pendant ses discussions avec Morin et les demanderesse, il a demandé aux demanderesse si elles pouvaient lui donner plus de renseignements sur leur cargaison. Comme je l'ai déjà mentionné, elles n'ont pas pu l'aider à cet égard puisqu'elles lui ont simplement dit que la cargaison en cause était la première entreprise de ce genre pour eux.

83 Plus tard ce même jour, M. Guerra s'est rendu sur place et a parlé avec le capitaine Garipoli de ses inquiétudes quant au ripage. M. Guerra, du fait de son expérience antérieure dans ce domaine, était d'avis que les demanderesse devraient faire effectuer des tests afin de déterminer la teneur limite en humidité admissible aux fins du transport de la mousse de tourbe. Malgré son expérience, M. Guerra n'a jamais proposé au capitaine Garipoli d'arrêter le chargement. Tous ces éléments m'amènent à conclure que le véritable état dans lequel se trouvait la mousse de tourbe après le chargement à bord du navire n'était certainement pas visuellement apparent. Il était clair que des tests s'imposaient afin de déterminer le véritable état de la cargaison. Ces tests, selon M. Guerra, devaient être effectués au nom des demanderesse. À mon avis, M. Guerra avait raison. En effet, ses services avaient été retenus par Pat Morin qui n'aurait pu agir qu'au nom des demanderesse. Il y avait sans doute un peu de confusion à cet égard puisque tant Germain que Després ne semblaient pas se rendre compte que les services de M. Guerra avaient été retenus en leur nom et que les tests avaient été autorisés. J'accepte que Germain et Després étaient sincères dans leur témoignage mais, néanmoins, je suis d'avis que M. Guerra était leur représentant, du moins en ce qui concerne les discussions qui ont eu lieu à bord du navire.

84 De toute façon, je pense que la vision de M. Guerra selon laquelle il incombait aux demanderesse de faire effectuer des tests est parfaitement défendable. Autrement dit, le fait que les demanderesse auraient dû connaître les caractéristiques de leur cargaison et qu'elles auraient dû en informer les propriétaires du navire avant le chargement à bord

their cargo. In fact, as we have already seen, when requested by Captain Garipoli to provide these characteristics, they were unable to do so.

85 From the evidence of Captain Parfett and Mr. Lemay, it appears that the loading operation, by way of the conveyor belt, had a negative effect on the condition of the cargo and contributed to a great extent to the cargo becoming "semi-liquid" and thus causing the collapse of the bulkhead. I again turn to Mr. Parfett's report, at page 11, where he states:

The major difference between this and any other bulk cargo is that whereas the cargo on the wharf had no tendency whatsoever to flow, and samples taken indicated a high volume to weight ratio, on being loaded and compacted in the Holds by the action of loading, the cargo assumed a fully saturated character, became a form of "slurry", having a tendency to flow and above all, creating hydrostatic pressures on the walls of the Hold similar in nature to the Hold being filled with a free flowing liquid. It is this hydrostatic pressure rather than the weight itself of the cargo which created the eventual collapse. With regard to the volume/weight ratio of the cargo, it now appears that the opinion of the Master was correct, and the stowage factor of the cargo in the vessel was approximately 36 cubic feet per metric tonne.

86 Mr. Lemay, in his report at page 5, expresses an opinion similar to that of Captain Parfett when he states:

From experience in loading cargo with a conveyor belt, a centrifugal force is applied on the material by the end conveyor roller, which has for effect to increase the speed and separate momentarily the material, in this case the humus, from the water. This process is called capillary action. Upon impact, the solid cargo stays in the center and the water splashes towards the extremities of the hold.

87 Neither Mr. Lemay nor Captain Parfett are naval architects. They testified as factual and expert witnesses. They gave no opinion with respect to the seaworthiness of the bulkhead nor could they give such opinions as, in my view, they were not qualified to do so. That is why I did not discuss their evidence when I dealt with the issue of

de leur cargaison ne peut être mis en doute. En fait, comme nous l'avons déjà vu, lorsque le capitaine Garipoli leur a demandé de lui fournir ces caractéristiques, elles ont été incapables de le faire.

D'après la preuve du capitaine Parfett et de M. Lemay, il semblerait que l'opération de chargement, par transporteur à courroie, ait eu un effet négatif sur l'état de la cargaison et ait grandement contribué au fait que la cargaison soit devenue «semi-liquide» causant ainsi l'effondrement de la cloison. Je me reporte une fois de plus au rapport de M. Parfett, à la page 11, où il déclare:

[TRADUCTION] La principale différence entre cette cargaison et une autre cargaison en vrac est que, alors que la cargaison mise à quai n'avait aucune tendance, quelle qu'elle soit, à devenir fluide, et que les échantillons pris montrent un ratio volume à poids élevé, au moment du chargement et du compactage dans les cales par l'action du chargement, la cargaison a pris un caractère entièrement saturé, et elle est devenue une sorte de «boue liquide» ayant tendance à se liquéfier et surtout, elle créait une pression hydrostatique sur les parois de la cale comme si la cale était remplie de liquide. C'est cette pression hydrostatique plutôt que le poids de la cargaison elle-même qui est à l'origine de l'effondrement. En ce qui concerne le ratio volume à poids de la cargaison, il semble maintenant que le capitaine avait raison, et que le coefficient d'arrimage de la cargaison dans le navire était approximativement de 36 pieds cubes par tonne métrique.

À la page 5 de son rapport, M. Lemay exprime un avis semblable à celui du capitaine Parfett lorsqu'il déclare:

[TRADUCTION] D'après mon expérience en chargement de cargaison avec un transporteur à courroie, une force centrifuge est appliquée sur le matériau par le transporteur à rouleaux, laquelle a pour effet d'augmenter la vitesse et de séparer momentanément le matériau, dans ce cas l'humus, de l'eau. Ce processus porte le nom d'action capillaire. À l'impact, la cargaison solide demeure au centre et l'eau gicle vers les extrémités de la cale.

Ni M. Lemay ni le capitaine Parfett ne sont des architectes navals. Ils ont témoigné en tant que témoins experts et témoins de fait. Ils n'ont émis aucune opinion sur l'état de bonne navigabilité de la cloison, et d'ailleurs, ils n'auraient pu le faire puisqu'à mon avis, ils ne sont pas qualifiés à ce titre. C'est pourquoi j'ai omis leur déposition lorsque j'ai

seaworthiness which was and is the proper realm of naval architects Barbeau and Daoust. They were the only witnesses who made calculations to determine the nature and extent of the forces which acted upon the bulkhead on October 28, 1988. However, both Lemay and Parfett were surveyors of experience and they obviously based their opinions on what they observed and on their past experience. Mr. Parfett, in particular, testified that he had performed a large number of bulk cargo surveys i.e., of grain, concentrates and iron ore. He testified that he was familiar with concepts such as moisture content, flow moisture point and transportable moisture limits. He was also familiar with the Code of Safe Practice for Solid Bulk Cargoes and had, in effect, been involved in drafting parts thereof. As I have already indicated, Mr. Parfett was appointed by the Government of Canada as a delegate to the IMO Conference in 1981.

traité de la question de l'état de bonne navigabilité, laquelle était et demeure le domaine privilégié des architectes navals comme Barbeau et Daoust. Ils étaient les seuls témoins à avoir fait des calculs pour déterminer la nature et la portée des forces qui agissaient sur la cloison le 28 octobre 1988. Toutefois, tant Lemay que Parfett étaient des experts avec beaucoup d'expérience qui ont sans doute fondé leurs avis sur leurs observations et leur expérience. M. Parfett, en particulier, a déclaré dans sa déposition, qu'il avait fait un grand nombre de rapports sur des cargaisons en vrac, notamment de céréales, de concentrés et de minerai de fer. Il a déclaré qu'il connaissait les notions de teneur en humidité, de point d'affaissement et de teneur limite en humidité admissible aux fins du transport. Il connaissait également le Code des règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac et il avait, en fait, participé à la rédaction de certaines parties de ce recueil. Comme je l'ai déjà mentionné, M. Parfett avait été désigné par le gouvernement du Canada comme délégué à la conférence de l'OMI en 1981.

88 When I stated that I preferred Barbeau's opinion to that of Daoust, I indicated that, in my view, the overall evidence supported Barbeau. In making that statement, I had in mind, *inter alia*, the evidence of Lemay and Parfett and that of Rossi who, notwithstanding his opinion that the bulkhead collapsed because it was corroded, stated unequivocally that the peat moss cargo should not have been loaded on the ship.

Lorsque j'ai déclaré que je préférais l'avis de M. Barbeau à celui de M. Daoust, j'ai indiqué que selon moi, l'ensemble de la preuve appuie M. Barbeau. En faisant cette déclaration, j'avais à l'esprit, entre autres, la preuve de MM. Lemay et Parfett, ainsi que celle de M. Rossi qui, malgré son point de vue selon lequel la cloison s'était effondrée du fait de la corrosion, a déclaré sans équivoque que la cargaison de mousse de tourbe n'aurait pas dû être chargée à bord du navire. 88

89 Based on his experience and his visual observations, Mr. Parfett stated in his report at page 11 the following:

The direct cause of this loss was the overloading of the bulkhead between Holds Nos. 1 and No. 2 caused by the hydrostatic [*sic*] pressure and that hydrostatic pressure in turn was caused by the fact that the cargo after loading became a "slurry" and therefore had the properties of a fully liquid cargo, creating an enormous hydrostatic [*sic*] pressure on the bulkhead which would not be standard for any dry bulk cargo. Only vessels constructed as tankers would have bulkheads of sufficient strength to withstand this type of pressure.

D'après son expérience et ses observations visuelles, M. Parfett a déclaré ce qui suit à la page 11 de son rapport: 89

[TRANSLATION] La cause directe de cette perte était la surcharge qu'a subie la cloison entre les cales numéros 1 et 2, laquelle a été causée par les forces hydrostatiques, qui, à leur tour, ont été causées du fait qu'après le chargement, la cargaison est pratiquement devenue une «boue liquide». Par conséquent, elle possédait les propriétés d'une cargaison entièrement liquide, ce qui a créé des forces hydrostatiques considérables sur la cloison, forces qui ne seraient habituelles pour aucune cargaison sèche en vrac. Seuls les navires construits comme des navires-citernes auraient des cloisons d'une résistance suffisante pour supporter ce type de pression.

- 90 Before me at trial, Mr. Parfett defended his point of view and added that “regardless of the condition of the bulkhead, it would have collapsed”. Again, I wish to point out that that statement was not supported by any calculations. If I understood Captain Parfett, his testimony was that following his visual observations of the cargo on board the ship, it was obvious to him that the hydrostatic pressure created by the peat moss had caused the bulkhead to collapse. In any event, Parfett’s opinion is certainly supported by the calculations made by Mr. Barbeau.
- 91 During his testimony, Captain Parfett stated that he had “never seen such a phenomena” as that created by the peat moss cargo.
- 92 It should not be forgotten that the plaintiffs’ attempt to ship peat moss on a bulk carrier was their first attempt to do so. Also, the Coast Guard has never approved a shipment of peat moss on a bulk carrier. Further, it would appear that, in fact, peat moss has never been carried on a bulk carrier. Thus, I do not think that the defendants nor Captain Garipoli can be blamed for not being knowledgeable with regard to this cargo.
- 93 Mr. Parfett expressed the opinion that Captain Garipoli did not have enough knowledge to foresee the danger posed by the peat moss. In cross-examination, Mr. Parfett stated that with his experience he would have suspended loading. He added, however, that he did not believe that the master was sufficiently knowledgeable to have taken that decision.
- 94 Barbeau’s testimony is to the same effect as Captain Parfett’s. Barbeau testified that Captain Garipoli was not in a position, nor could he, make the calculations which would have led him to conclude that he should not carry on with the loading of the peat moss. Further, Barbeau added that cargo ships did not usually have on board the technical data required to make the relevant calculations. Mr. Daoust, in his report at page 4, agreed with Mr.
- À l’audience, devant moi, M. Parfett a défendu son point de vue et a ajouté que [TRADUCTION] «quel que soit l’état de la cloison, elle se serait effondrée». Encore une fois, j’aimerais souligner que la déclaration n’était corroborée par aucun calcul. Si j’ai bien compris son témoignage, le capitaine Parfett a déclaré qu’après avoir observé visuellement la cargaison à bord du navire, il était évident pour lui que les forces hydrostatiques exercées par la mousse de tourbe avaient causé l’effondrement de la cloison. Quoi qu’il en soit, l’avis de Parfett est assurément appuyé par les calculs effectués par M. Barbeau.
- Pendant son témoignage, le capitaine Parfett a déclaré qu’il [TRADUCTION] «n’avait jamais vu un phénomène pareil» à celui qu’avait causé la cargaison de mousse de tourbe.
- Il faut se rappeler que la tentative des demanderesse d’expédier de la mousse de tourbe par vraquier était leur première expérience de ce genre. De plus, la Garde côtière n’a jamais approuvé l’expédition de mousse de tourbe par vraquier. En outre, il semblerait qu’en fait, la mousse de tourbe n’a jamais été expédiée par vraquier. C’est pourquoi je ne pense pas que les défendeurs ou le capitaine Garipoli puissent être blâmés pour n’avoir pas été bien informés en ce qui concerne cette cargaison.
- M. Parfett a exprimé l’avis selon lequel le capitaine Garipoli n’aurait pas eu assez de connaissances pour prévoir le danger posé par la mousse de tourbe. En contre-interrogatoire, M. Parfett a déclaré qu’avec son expérience, il aurait interrompu le chargement. Il a cependant ajouté qu’il ne croyait pas que le capitaine était suffisamment bien informé pour prendre cette décision.
- Le témoignage de M. Barbeau abonde dans le même sens que celui du capitaine Parfett. Barbeau a déclaré que le capitaine Garipoli n’était pas à même, et qu’il n’aurait pu l’être, de faire les calculs lui imposant de conclure qu’il aurait dû interrompre le chargement de la mousse de tourbe. En outre, Barbeau a ajouté que les navires de charge ne disposaient pas, en général, à bord des données techniques nécessaires pour effectuer les calculs appropriés. M.

Barbeau's view that "ships are not usually documented technically such that the master would be able to carry its own calculations".

Daoust, à la page 4 de son rapport, appuyait l'opinion de M. Barbeau à savoir qu' [TRADUCTION] «en général, les navires n'ont pas suffisamment de documentation technique pour que le capitaine puisse effectuer ses propres calculs».

95 I am therefore led to the conclusion that although the loading operation should have been stopped, the master cannot be blamed for not having done so. He did not have sufficient information nor the required knowledge to conclude that the continuation of loading might endanger his ship. In the circumstances, Captain Garipoli was concerned with the possibility that the cargo might shift and he took appropriate steps to make sure that that did not happen i.e., by amending his stowage plan to provide for the loading of four holds "full". Thus, with the holds full to the brink, the cargo would not shift.

J'en arrive dès lors à la conclusion que, même si les opérations de chargement auraient du être interrompues, le capitaine ne peut pas être blâmé de ne pas l'avoir fait. Il ne possédait ni suffisamment de renseignements ni les connaissances requises pour conclure que le fait de poursuivre le chargement de son navire pourrait compromettre la sécurité du navire. En l'espèce, le capitaine Garipoli s'inquiétait de l'éventuel ripage de la cargaison, et il a pris les mesures appropriées pour s'assurer que cela ne se produise pas, c'est-à-dire qu'il a modifié son plan d'arrimage afin de charger quatre cales à pleine capacité. Ainsi, les cales étant pleines jusqu'au bord, la cargaison ne pouvait ripper.

95

96 I therefore conclude that in the circumstances of this case, the defendants were not aware nor should they have been aware of the dangerous nature of the cargo. I also conclude that the plaintiffs themselves were not aware of the potential danger which their cargo posed for the ship. It appears to me quite clear from the evidence that no one knew much, if anything, about the particular characteristics of this cargo and the potential danger that this cargo, when wet, could pose to the ship. I therefore have before me a situation where neither the shippers nor the carrier were aware of the dangers posed by the cargo to be carried. The question then is whether Lantana and Perlite, as charterers and shippers of the cargo, must bear responsibility for the damages caused by the cargo even though they were not aware that their cargo was dangerous.

Par conséquent, je conclus que, compte tenu des circonstances de l'espèce, les défendeurs ne connaissaient pas le caractère dangereux de la cargaison et n'auraient pas dû le connaître. J'en conclus aussi que les demandesses elles-mêmes n'étaient pas conscientes du danger potentiel que posait leur cargaison pour le navire. D'après la preuve, il me semble assez évident que l'on ne savait pas grand chose, pour ne pas dire rien, sur les caractéristiques particulières de cette cargaison et le danger éventuel qu'elle pouvait présenter pour le navire, une fois mouillée. Dès lors, je me trouve devant une situation dans laquelle ni les chargeurs ni le transporteur ne connaissaient les dangers posés par la cargaison qui devait être transportée. La question est alors de savoir si Lantana et Perlite, en tant qu'affrêteurs et chargeurs de la cargaison, sont responsables des dommages causés par la cargaison même si elles ne savaient pas que leur cargaison était dangereuse.

96

97 The general rule at common law is that the shipper impliedly warrants not to ship dangerous goods without first notifying the carrier of their particular and/or peculiar characteristics of which he is aware, or deemed to be aware. Failure of the shipper to warn of the known dangerous propensities of the

La règle générale en common law veut que le chargeur garantisse implicitement de ne pas transporter de marchandises dangereuses sans aviser, au préalable, le transporteur de leurs caractéristiques particulières ou singulières dont il a connaissance ou dont il est réputé avoir connaissance. Si le chargeur

97

cargo will result in liability for damage to the ship and the resulting damage to other cargo, etc. unless some limitation of liability applies. This principle is not without exception, however.

omet d'informer les parties concernées des propriétés dangereuses connues de la cargaison, toute responsabilité en matière de dommages, notamment au navire et aux autres cargaisons, lui incombera, à moins qu'une quelconque limitation de responsabilité ne s'applique. Ce principe est toutefois assorti de certaines exceptions.

98 The liability for the damage caused by casualty flowing from the shipment of dangerous cargo is varied where the carrier, members of the crew, or ship owner(s), know or ought to reasonably have known of the dangerous nature of the cargo. As will be seen from the jurisprudence, this exception is based on the assumption that a carrier who is aware of the dangerous nature of the cargo accepted for carriage, consents or accepts to assume some of the risks associated with that shipment. Put another way, where there is an indication that the carrier was made aware of the dangers involved in a shipment, or where the dangers are self-evident, and the carrier proceeds in the face of that knowledge, the general principle stated above is trumped. Therefore, whatever warranty exists (absolute or qualified) on the part of the shipper as to the suitability of goods for carriage, the liability for the damage arising out of "dangerous cargo" is judged on a sliding scale wholly dependent on the knowledge, or deemed knowledge of the carrier.

La responsabilité pour les dommages causés par un sinistre dû à l'embarquement d'une cargaison dangereuse est modifiée lorsque le transporteur, les membres de l'équipage ou les armateurs connaissent la nature dangereuse de la cargaison, ou auraient raisonnablement dû la connaître. Comme le montre la jurisprudence, cette exception est fondée sur l'hypothèse selon laquelle un transporteur qui connaît la nature dangereuse de la cargaison qu'il a acceptée consent à assumer certains risques liés à cette cargaison ou accepte de le faire. Autrement dit, lorsqu'il est indiqué que le transporteur a été informé des dangers liés à une cargaison, ou si ces dangers sont évidents, et que le transporteur accepte la cargaison en connaissance de cause, le principe général énoncé ci-dessus est faussé. Dès lors, quelle que soit la garantie (absolue ou conditionnelle) donnée par le chargeur quant au caractère approprié des marchandises pour le transport, la responsabilité pour les dommages qui découle d'une «cargaison dangereuse» est jugée d'après une échelle variable qui dépend entièrement de la connaissance, ou de la connaissance réputée, du transporteur.

99 Finally, while the above principles are not problematic, Tetley in *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., 1988, at page 463 indicates that one question still remains unresolved:

Enfin, alors que les principes susmentionnés ne posent pas de problèmes, Tetley dans *Marine Cargo Claims*, 3^e édition, 1988, à la page 463, note qu'une question demeure sans réponse:

In very rare cases, neither the shipper nor the carrier knew or should have known of the dangerous nature of the goods. This raises the question of whether the shipper is deemed to have known that the cargo is dangerous. In other words, is the warranty of the shipper as to the suitability of the goods for carriage absolute?

[TRADUCTION] Dans de très rares cas, ni le chargeur ni le transporteur ne connaissent, ou n'auraient dû connaître, la nature dangereuse des marchandises, ce qui soulève la question de savoir si le chargeur est réputé avoir su que la cargaison était dangereuse. Autrement dit, la garantie du chargeur quant au caractère approprié d'une cargaison pour le transport est-elle absolue?

100 I now turn to that issue.

J'examine maintenant cette question.

100

101 The orthodox view on the carriage of dangerous cargo under English common law is found in the

Le point de vue traditionnel sur le transport de marchandises dangereuses en vertu de la common

101

seminal and often cited case of *Brass v. Maitland* (1856), 119 E.R. 940 (Q.B.) (see also the earlier case of *Williams v. East India Company* (1802), 102 E.R. 571 (K.B.)). In that case, a consignment of bleaching powder containing chloride of lime had been shipped in casks. During the voyage the chloride of lime corroded the casks and resulted in the destruction or damage to other cargo being shipped. The majority of the Court took the position that the shipper was duty bound to advise the carrier of any danger inherent in the cargo and that the obligation to do so was an implied term of the contract of carriage. The majority also held that the duty was absolute and that the shipper would be liable even though he was unaware of the dangerous nature of the goods, having shipped the casks immediately upon receipt from a third party, without any inspection.

law anglaise est exprimé dans l'arrêt *Brass v. Maitland* (1856), 119 E.R. 940 (Q.B.) qui fait autorité et qui est souvent cité (voir aussi l'affaire antérieure *Williams v. East India Company* (1802), 102 E.R. 571 (K.B.)). Dans cet arrêt, un chargement de poudre de blanchiment contenant de la chlorure de chaux avait été transporté dans des barils. Pendant le voyage, la chlorure de chaux a corrodé les barils, ce qui a entraîné la destruction d'autres marchandises transportées ou des dommages à celles-ci. La majorité de la Cour était d'avis que le chargeur avait l'obligation d'informer le transporteur de tout danger inhérent à la cargaison et que cette obligation constituait une condition implicite du contrat de transport. La majorité estimait aussi que cette obligation était absolue et que le chargeur serait responsable même s'il ne connaissait pas la nature dangereuse des marchandises, ayant chargé les barils immédiatement sur réception d'un tiers, sans les avoir inspectés.

102 As was hypothesized by Wilson in *Carriage of Goods by Sea*, 1988, at page 17: "in the absence of knowledge on either side, the majority dealt with the issue purely as a question of allocation of risk." The policy explanation for the majority decision by Wilson, makes sense in light of the quote by Lord Campbell, where his Lordship explains, at pages 945-946, the rationale for the allocation of liability as follows:

If the plaintiffs and those employed by them did not know and had no means of knowing the dangerous quality of the goods which caused the calamity, it seems most unjust and inexpedient to say that they have no remedy against those who might have easily prevented it. Although those employed on behalf of the shipowner have no reasonable means during the loading of a general ship to ascertain the quality of the goods offered for shipment, or narrowly to examine the sufficiency of the packing of the goods, the shippers have such means; and it seems much more just and expedient that, although they were ignorant of the dangerous quality of the goods or the insufficiency of the packing, the loss occasioned by the dangerous quality of the goods and the insufficient packing should be cast upon the shippers than upon the shipowners.

...

Comme l'a supposé Wilson dans *Carriage of Goods by Sea*, 1988, à la page 17: [TRADUCTION] «en l'absence de connaissance de l'une ou l'autre partie, la majorité a traité le problème simplement comme une question de répartition du risque». L'explication que donne Wilson des modalités de la décision prise par la majorité est censée, à la lumière de la citation de lord Campbell dans laquelle Sa Seigneurie explique, aux pages 945 et 946, le raisonnement qui sous-tend la répartition de la responsabilité comme suit:

[TRADUCTION] Si les demandeurs et leurs employés ne connaissaient pas le caractère dangereux des marchandises qui ont causé la calamité, et s'ils ne pouvaient pas le connaître, il semble bien injuste et inopportun de dire qu'ils n'ont pas de recours à l'encontre de ceux qui auraient très facilement pu l'éviter. Bien que les personnes employées par le propriétaire du navire ne puissent pas, de façon raisonnable, pendant le chargement d'un navire ordinaire constater la qualité des marchandises proposées au chargement, ou plus strictement, examiner le caractère suffisant de l'emballage des marchandises, les chargeurs ont les moyens de le faire, et il semble bien plus juste et opportun que, même s'ils ne connaissaient pas le caractère dangereux des marchandises ou le caractère insuffisant de l'emballage, la perte causée par les propriétés dangereuses des marchandises et le caractère insuffisant de l'emballage soit plutôt imposée aux chargeurs qu'aux propriétaires.

...

Lord Tenterden, in the Chapter of his *Treatise on Shipping*, where he treats of "The general duties of the Merchant" . . . , lays down the general principle on which the doctrine rests: "the hirer of anything must use it in a lawful manner, and according to the purposes for which it is let." He then gives, as an instance, "the merchant must lade no prohibited or uncustomed goods, by which the ship may be subjected to detention or forfeiture." *Pari ratione*, the merchant must not lade goods of a dangerous nature, which the master and those employed in the navigation of the ship have no means of knowing to be of a dangerous nature, without giving notice of their nature, so that the master and those employed in the navigation of the ship may exercise an option to refuse to accept them, and, if accepted may stow them where they will not endanger the rest of the cargo.

Lord Tenterden, dans un chapitre de son livre *Treatise on Shipping*, où il traite des «Obligations générales du marchand». . . , énonce le principe général qui sous-tend la doctrine: «celui qui loue un objet doit l'utiliser de façon légitime, et selon les objectifs pour lequel il est loué». Par la suite, il donne comme exemple: «le marchand ne doit pas charger de marchandises interdites ou non présentées à la douane qui pourraient entraîner la confiscation et la détention du navire». *Pari ratione*, le marchand ne doit pas charger de marchandises d'une nature dangereuse, dont le capitaine et ses employés dans la navigation du navire ne peuvent savoir qu'elles ont un caractère dangereux, sans donner un avis sur leur nature, afin que le capitaine et les personnes employées dans la navigation du navire puissent exercer l'option de les refuser et, s'ils les acceptent, qu'ils puissent les arrimer à un endroit où elles ne risquent pas de mettre en péril le restant de la cargaison.

103 The minority opinion authored by Crompton J. considered that the duty of a shipper of goods was qualified. His Lordship took the view that there was no authority to substantiate an absolute obligation, and furthermore, that fairness required that a party should not be held liable for something he does not know, and could not reasonably be expected to know.

L'opinion de la minorité, établie par le juge 103 Crompton, a estimé que l'obligation d'un chargeur de marchandises était conditionnelle. Le juge a estimé qu'aucune jurisprudence ne justifiait une obligation absolue, et de plus, que les principes d'équité imposaient qu'une partie ne soit pas responsable pour quelque chose qu'elle ne savait pas et qu'elle n'aurait pas raisonnablement pu savoir.

104 Shortly after the decision in *Brass v. Maitland*, *supra*, there were cases that expressed scepticism as to the soundness of the absolute duty approach, and others that applied the general principles enunciated in *Brass v. Maitland* without taking a firm position on the correct distribution of duty, namely: *Acatos v. Burns* (1878), 3 Ex. D. 282 (C.A.); *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Company*, [1910] 2 K.B. 94 (C.A.); *Mitchell, Cotts & Co. v. Steel Brothers & Co.*, [1916] 2 K.B. 610; *Great Northern Railway Co. v. L. E. P. Transport and Depository*, [1922] 2 K.B. 742 (C.A.); *Transoceanica Società Italiana di Navigazione v. Shipton & Sons*, [1923] 1 K.B. 31.

Peu après l'arrêt *Brass v. Maitland*, précité, certain- 104 nes décisions ont laissé entrevoir un certain scepticisme quant au bien-fondé de la thèse de l'obligation absolue, alors que d'autres ont appliqué les principes généraux énoncés dans l'affaire *Brass v. Maitland*, sans prendre de position ferme sur la répartition correcte de l'obligation, savoir: *Acatos v. Burns* (1878), 3 Ex. D. 282 (C.A.); *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Company*, [1910] 2 K.B. 94 (C.A.); *Mitchell, Cotts & Co. v. Steel Brothers & Co.*, [1916] 2 K.B. 610; *Great Northern Railway Co. v. L. E. P. Transport and Depository*, [1922] 2 K.B. 742 (C.A.); *Transoceanica Società Italiana di Navigazione v. Shipton & Sons*, [1923] 1 K.B. 31.

105 In *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Company*, *supra*, the Court held that there did in fact exist an implied duty on the shipper not to send dangerous goods *via* a common carrier without first informing the carrier of their dangerous nature. This concept is summarized in the following quote at page 108:

Dans l'affaire *Bamfield v. Goole and Sheffield 105 Transport Company*, précitée, la Cour a conclu qu'il existait effectivement une obligation implicite de la part du chargeur de ne pas expédier de marchandises dangereuses par un transporteur en commun sans, au préalable, l'informer de la nature dangereuse de la cargaison. Cette notion est ainsi résumée dans la citation de la page 108:

. . . where a man calls upon a common carrier to carry general cargo, thus relying simply upon the common law duty of the carrier so to do, and without informing the carrier of the nature of those goods so as to enable him to judge of their fitness, there is implied by law a contract by the person making the request to keep indemnified the person having the duty against damages arising from the fact that the goods are not such that he had the right thus to call upon the common carrier to carry.

106 An example of the general reluctance to hold a shipper liable for breach of an implied warranty that goods were suitable for carriage and not dangerous, irrespective of actual knowledge, is best seen in the comments of Atkin J. in *Mitchell, Cotts & Co.*, *supra*, wherein his Lordship states at pages 613-614:

I was referred to *Brass v. Maitland* (1), where the majority of the Court seem to have laid down that there is an absolute obligation on a shipper to make good damage caused by a shipment of dangerous goods. Crompton J., however, delivered a judgment in which he took a narrower view of the duty of the shipowner [shipper?] and which is stated in *Carver on Carriage by Sea*, 5th ed., s. 278, to be more in accordance with later authorities. I agree with that view. Crompton J. said (3): "Suppose, for instance, that a shipment was made of goods for a foreign port, to which, according to the information known at the shipping port, such consignments might be properly and safely made, but that by some recent law the foreign country has made such shipment illegal, would the shipper be liable in such case?" I entertain great doubt whether either the duty or the warranty extends beyond the cases where the shipper has knowledge, or means of knowledge, of the dangerous nature of the goods when shipped, or where he has only been guilty of some negligence as shipper, as by shipping without communicating danger which he had the means of knowing, and ought to have communicated. Probably an engagement or duty may be implied, that the shipper will use and take due and proper care and diligence not to deliver goods apparently safe, but really dangerous, without giving notice thereof, and any want of care in the course of the shipment in not communicating what he ought to communicate might be negligence for which he would be liable; but where no negligence is alleged, or where the plea negatives any alleged negligence, I doubt extremely whether any right of action can exist.

[TRADUCTION] . . . lorsqu'une personne fait appel à un transporteur en commun pour transporter des marchandises diverses, se fondant ainsi tout simplement sur l'obligation de le faire qui est imposée par la common law au transporteur, et sans informer ce dernier de la nature de ces marchandises, de façon à lui permettre de juger de leur caractère approprié, le droit prévoit un contrat implicite pour la personne qui fait la demande afin d'indemniser la personne ayant l'obligation contre les dommages qui découlent du fait que les marchandises ne sont pas telles que la personne avait le droit de demander à un transporteur en commun de les transporter.

Un exemple de la réticence générale à tenir un 106 chargeur responsable de la violation d'une garantie implicite voulant que les marchandises soient aptes au transport et non dangereuses, quelle que soit la connaissance effective, ressort clairement des commentaires du juge Atkin dans l'affaire *Mitchell, Cotts & Co.*, précitée, dans laquelle il déclare aux pages 613 et 614:

[TRADUCTION] J'ai été renvoyé à l'affaire *Brass v. Maitland* (1), où la Cour, à la majorité, semble avoir établi que le chargeur est tenu par une obligation absolue d'indemniser les dommages causés par un embarquement de marchandises dangereuses. Toutefois, le juge Crompton a rendu un jugement, cité par Carver dans *Carriage by Sea*, 5^e éd., à l'art. 278, dans lequel il a réduit quelque peu la portée de l'obligation du propriétaire du navire [chargeur?] pour se conformer davantage à la jurisprudence ultérieure. Je conviens de ce point de vue. Le juge Crompton a déclaré (3): «Supposons, par exemple, qu'une cargaison était composée de marchandises destinées à un port étranger, auquel, selon l'information connue au port d'embarquement, de tels envois pourraient être faits de façon appropriée et sécuritaire, mais qu'en raison d'une quelconque loi récente, le pays étranger ait rendu illégal un tel embarquement, le chargeur serait-il responsable dans ce cas?» Je doute fortement que l'obligation ou la garantie s'étende au-delà des cas dans lesquels le chargeur connaît la nature dangereuse des marchandises au moment de l'expédition, ou peut en avoir connaissance, ou dans lesquels il n'est coupable que de négligence en tant que chargeur, comme en expédiant des marchandises sans informer du danger dont il aurait pu avoir connaissance et qu'il aurait dû communiquer. Sans doute, on peut supposer un engagement ou une obligation implicites voulant que le chargeur fasse preuve d'une prudence et d'une diligence raisonnables et appropriées afin de ne pas livrer de marchandises, en apparence inoffensives, mais en réalité dangereuses, sans aviser de leur nature, et tout manque de soin pendant l'expédition qui consiste à ne pas communiquer ce qu'il aurait dû communiquer peut constituer de la négligence pour laquelle il pourrait être tenu responsable;

mais lorsqu'aucune négligence n'est alléguée, ou lorsque le plaidoyer nie toute négligence alléguée, je doute fortement qu'il puisse exister un quelconque droit d'action.

107 And later on Atkin J. concludes at page 614:

Whatever may be the full extent of the shipper's obligations, it appears to me that it amounts at least to this, that he undertakes that he will not ship goods likely to involve unusual danger or delay to the ship without communicating to the owner facts which are within his knowledge indicating that there is such risk, if the owner does not and could not reasonably know those facts. I think that is placing the obligation of the shipper within very moderate limits, and it may be considerably wider.

108 *Great Northern Railway Co., supra*, is to the effect that at least with respect to common carriers the obligation of the shipper was considerably wider than stated in *Mitchell, supra*. That case dealt with the liability of forwarding agents who delivered to a railway company carboys containing corrosive fluid and bales of felt on terms of consignment that exempted the railway company from liability under various circumstances, including that the company would not undertake to carry dangerous goods except on special conditions. As the carboys were not strong enough to contain the fluid, damage resulted to the felt goods. The owner of the felt goods claimed damages against the company. The company settled the claim and sought indemnification from the forwarding agents to recover the sum as damages for breach of warranty. The railway company was successful. The relevant part of the headnote summarizing the findings of the Court of Appeal (Lord Justices Bankes, Scrutton and Atkin) on obligations of the shipper or consignor reads:

A consignor who tenders to carriers for carriage goods apparently harmless but in fact dangerous, whether the carriers are common carriers bound by the custom of the realm to carry goods provided they are safe and fit for carriage or whether they are a railway company bound by statute to afford reasonable facilities for the receiving forwarding and delivering of goods, must give warning of

Plus loin, le juge Atkin conclut, à la page 614:

107

[TRADUCTION] Quelle que soit la portée totale des obligations du chargeur, il me semble qu'elles se résument au moins à ceci, qu'il s'engage à ne pas expédier de marchandises qui sont susceptibles d'entraîner un danger ou un retard inhabituel pour le navire sans communiquer à l'armateur des faits dont il a connaissance et qui montrent qu'un tel risque existe, si l'armateur ne connaît pas ces faits ou ne pourrait pas les connaître de façon raisonnable. Je pense que cela revient à placer l'obligation du chargeur dans des limites très modérées, lesquelles pourraient être bien plus larges.

L'affaire *Great Northern Railway Co.*, précitée, 108 montre qu'au moins, pour ce qui est des transporteurs en commun, l'obligation du chargeur était bien plus large que dans l'affaire *Mitchell*, précitée. Cette affaire traitait de la responsabilité de transitaires qui livraient à une compagnie de chemin de fer des touries contenant du liquide corrosif et des sacs de feutre selon des conditions d'expédition qui déchargeaient la compagnie de chemin de fer de toute responsabilité, dans différents cas, et voulant notamment que la compagnie de chemin de fer n'entreprendrait pas le transport de marchandises dangereuses, sauf à certaines conditions précises. Comme les touries n'étaient pas assez solides pour contenir le liquide, le feutre a subi des dommages. Le propriétaire du feutre a réclamé des dommages-intérêts à la compagnie. Cette dernière a réglé la réclamation et a demandé une indemnisation aux transitaires afin qu'elle puisse récupérer la somme à titre de dommages-intérêts pour violation d'une garantie. La compagnie de chemin de fer a eu gain de cause. La partie pertinente du sommaire résumant les conclusions de la Cour d'appel (les lords juges Bankes, Scrutton et Atkin) sur les obligations de l'expéditeur ou du consignateur se lit ainsi:

[TRADUCTION] Le consignateur qui présente des soumissions à des transporteurs pour le transport de marchandises apparemment inoffensives mais qui sont, en fait, dangereuses, doit les aviser du danger qu'elles représentent, que les transporteurs soient des transporteurs en commun liés par les coutumes du royaume de transporter des marchandises, à condition que celles-ci soient sûres et aptes au

the danger; otherwise he impliedly warrants that the goods are safe and fit for carriage.

109 The Court expressly followed the decisions of *Brass and Bamfield, supra*, in arriving at this conclusion. An excellent summary of these cases can be found in the reasons for judgment of Scrutton L.J. and more particularly at pages 762-764.

110 More recently, the English Queen's Bench Division (Commercial Court) in *Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos, The*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 277⁶ revisited the issue as to the distribution of liability in the shipment of dangerous goods. In the *Athanasia Comminos*, the Court was concerned with an action arising by virtue of an explosion on a vessel transporting coal which caused substantial damage to the forward part of the ship. That case included claims against the shippers as well as the charterers, but the main allegations against both was that the coal that was shipped did not comply with the description "coal". In essence, the carrier's case against the shipper was founded on the assertion that the shipment was such as to create danger which the plaintiff had not consented to when it agreed to carry a cargo described as "coal"; that the excessive gassiness of the coal was not apparent to the master or the crew on reasonable examination nor was this the subject of any warning by the shipper or its agents; that the cargo was carried in accordance with current practice; and that the casualty was caused by the dangerous nature of the cargo. After reviewing the general contractual obligations implied by the common law as to the suitability for carriage of goods which a party tenders to be shipped, Mustill J. stated the following at page 282:

transport, ou que les transporteurs soient une compagnie de chemin de fer tenue par la loi d'offrir des installations et services raisonnables pour la réception, l'expédition et la livraison de marchandises. Autrement, il garantit implicitement que les marchandises sont sûres et aptes au transport.

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a expressément suivi les décisions dans *Brass et Bamfield*, précitées. Un excellent résumé de ces décisions se trouve dans les motifs du jugement du lord juge Scrutton et plus particulièrement aux pages 762 à 764.

Plus récemment, dans l'affaire *Athanasia Comminos and George Chr. Lemos, The*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 277⁶, la Chambre du Banc de la Reine d'Angleterre (Cour commerciale) a jeté un nouveau regard sur la question de la responsabilité dans l'embarquement de marchandises dangereuses. Dans l'affaire *Athanasia Comminos*, la Cour était saisie d'une action qui découlait d'une explosion sur un navire transportant de la houille. Cette explosion avait causé des dommages importants à la partie avant du navire. Il s'agissait dans cette affaire de demandes à l'encontre des chargeurs ainsi qu'à l'encontre des affréteurs, mais les principales allégations contre les deux parties portaient sur le fait que la houille qui avait été expédiée ne correspondait pas à la description de «houille». En fait, l'action du transporteur à l'encontre du chargeur se fondait sur l'affirmation selon laquelle le chargement était de nature à créer un danger auquel le demandeur n'avait pas consenti au moment où il avait accepté de transporter une cargaison décrite comme de la «houille», que la teneur excessive de la houille en gaz n'était pas apparente pour le capitaine ni pour l'équipage après un examen raisonnable, et qu'aucun avertissement à cet égard n'avait été émis par le chargeur ou ses agents, que la cargaison était transportée conformément à la pratique courante et que le sinistre était causé par la nature dangereuse de la cargaison. Après avoir examiné les obligations contractuelles générales sous-jacentes en common law quant au caractère approprié des marchandises qu'une partie veut présenter pour transport, le juge Mustill a déclaré ce qui suit à la page 282:

It has been established for more than a century that a shipper, party to a contract of carriage, is under certain contractual obligations as to the suitability for carriage of the goods which he ships, and as to the giving of warnings concerning any dangerous characteristics of the goods: *Williams v. East India Company*, (1802) 3 East 192; *Brass v. Maitland*, (1856) 6 E. & B. 470. These obligations are not confined to cases where the goods are tendered to a common carrier, but are capable of applying, in appropriate circumstances, to all contracts for the carriage of goods by sea. The precise scope of the shipper's duty has long been a source of controversy. Various aspects of this debate were touched on during argument at the trial, but do not require elaborate discussion here. Thus, for example, the question arose whether the shipper's obligation should properly be expressed in absolute terms, or whether it should be limited to matters of which the shipper knew or ought to have known: i.e. whether the plaintiffs first, or their second, way of formulating their claim was in principle correct. There has been a difference of judicial opinion on this question since *Brass v. Matiland*, *sup.*, where Lord Campbell, C.J. and Mr. Justice Wightman decided in favour of the absolute warranty, whereas Mr. Justice Crompton favoured the qualified version. This conflict still exists: see the authorities cited in favour of the rival opinions in *Scrutton on Charterparties*, 18th ed., pp. 100-102, and *Carver on Carriage by Sea*, 12th ed., par. 690. My own view is that the weight of authority supports the absolute character of the warranty: see, in particular, per Lord Justice Scrutton in *Great Northern Railway Co. v. LEP Transport and Depositary*, [1922] 2 K.B. 742, at p. 762. It is, however, unnecessary to decide the point, since it seems to me absolutely clear that if the cargoes which are the subject of this action did have dangerous characteristics, this is something which Devco either knew or ought to have known.

[TRADUCTION] Il est établi depuis plus d'un siècle que le chargeur qui est partie à un contrat de transport doit s'acquiescer de certaines obligations contractuelles quant au caractère approprié des marchandises qu'il expédie pour transport, et à l'égard des avertissements qu'il doit donner sur les caractéristiques dangereuses de ces marchandises: *Williams v. East India Company*, (1802) 3 East 192; *Brass v. Maitland*, (1856) 6 E. & B. 470. Ces obligations ne se limitent pas aux affaires dans lesquelles les marchandises sont proposées par soumission à un transporteur en commun, mais elles peuvent s'appliquer, dans les circonstances appropriées, à tous les contrats de transport de marchandises par mer. La portée précise de l'obligation du chargeur a longtemps été une source de controverse. Différents aspects de ce débat ont été abordés pendant l'argumentation en l'espèce mais il ne convient pas ici d'élaborer sur ce sujet. Ainsi, par exemple, la question a été soulevée de savoir si l'obligation du chargeur devrait être exprimée, de façon appropriée, dans des termes absolus ou si elle devrait se limiter aux questions que devait connaître le chargeur, ou qu'il aurait dû connaître, à savoir si la première formulation, ou la deuxième formulation, par les demandeurs de leur demande était, en principe, correcte. Il y a eu une différence d'avis judiciaire sur cette question puisque, dans l'affaire *Brass v. Maitland*, précitée, le juge en chef lord Campbell et le juge Wightman ont tranché en faveur de la garantie absolue, alors que le juge Crompton était en faveur de la garantie conditionnelle. Ce conflit existe toujours: voir les jugements cités en faveur des avis opposés dans *Charterparties*, 18^e éd., aux p. 100 à 102, de Scrutton et dans *Carriage by Sea*, 12^e éd., par. 690, de Carver. À mon avis, la tendance de la jurisprudence appuie le caractère absolu de la garantie: voir, en particulier, la décision *Great Northern Railway Co. v. LEP Transport and Depositary*, [1922] 2 K.B. 742, à la p. 762 rendue par le lord juge Scrutton. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher ce point puisqu'il me semble absolument clair que si les cargaisons qui sont assujetties à la présente action avaient des caractéristiques dangereuses, Devco le savait ou aurait dû le savoir.

111 Unfortunately, Mustill J. concluded that it was not necessary for him to definitively conclude the point because of the fact that the cargo of coal did have dangerous characteristics, that it was something that the shipper knew or ought to have known in any event. The ultimate disposition of the case appears to have been decided on the fact that the shipowner, while accepting some degree of risk as to the dangerous qualities of a shipment of coal, did not accept "a special danger", which amounted to a risk falling outside the area of risk agreed to by the shipowner. (See also *Amphion, The*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 101 (Q.B. (Com. Ct.)) which dealt with

Malheureusement, le juge Mustill a conclu qu'il n'était pas nécessaire pour lui de trancher cette question de façon définitive car, si la cargaison de houille possédait effectivement des caractéristiques dangereuses, le chargeur le savait ou aurait dû le savoir, de toute manière. La décision finale dans cette affaire semble avoir été fondée sur le fait que le propriétaire du navire, tout en acceptant un certain degré de risque quant aux propriétés dangereuses d'une cargaison de houille, n'a pas accepté un «danger particulier», lequel correspondait à un risque extérieur à la zone de risque acceptée par l'armateur. (Voir aussi *Amphion, The*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 111

the problem of overheating fishmeal that was improperly treated. The Court addressed the problem in terms of a misdescription of the goods which vitiated the agreed upon risk, avoiding altogether the sticky issue of, what, if any, implied term of the contract relating to the fitness of goods for carriage existed; the result, however, was the same.)

112 The most recent case from England is that of *Giannis N.K., The*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 171 (Q.B. (Com. Ct.)). That case, which dealt with a cargo of non-physically dangerous goods, i.e. ground nuts, seems to address most of the issues that are before me, including what constitutes dangerous goods at common law. Mr. Justice Longmore held that the cargo shipped by the defendants was of a dangerous nature within the meaning of Article IV, Rule 6 of the Hague Rules. The learned Judge then went on to discuss whether knowledge on the part of the shippers was a prerequisite to a finding of liability. Longmore J. stated unequivocally, relying *inter alia*, on *Brass v. Maitland*, *supra*, that at common law the shippers' liability was absolute. At page 180, Longmore J., stated that:

The Hague Rules impose a strict liability on the shipper for damages and expenses arising out of or resulting from the shipment of goods of a dangerous nature. The shipper cannot argue that he did not know and had no means of knowing that the goods were dangerous. As far as physically dangerous cargo is concerned at common law the shipper's liability is likewise strict. In *Brass v. Maitland*, 6 El. & Bl. 470 itself, this was decided by the majority judgment of the Court of King's Bench. Mr. Justice Crompton dissented on this aspect and said the absence of negligence should be a defence. In *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Co. Ltd.*, [1910] 2 K.B. 94, the majority of the Court of Appeal preferred the majority judgment in *Brass v. Maitland* and that concludes the matter for a Judge at first instance.

113 I agree entirely with Longmore J. that *Brass v. Maitland* and *Bamfield v. Goole*, both majority

101 (Q.B. (Comm. Ct.)) qui traitait du problème de surchauffe de farine de poisson qui n'avait pas été traitée de façon appropriée. La Cour a traité le problème en termes de fausse désignation des marchandises, laquelle avait vicié le risque convenu, en évitant complètement la question épineuse de savoir s'il existait, le cas échéant, dans le contrat, un terme implicite portant sur le caractère approprié des marchandises pour le transport; le résultat, toutefois, était le même.)

L'affaire la plus récente d'Angleterre est celle du 112 *Giannis N.K., The*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 171 (Q.B. (Com. Ct.)). Cette affaire, qui traitait d'une cargaison de marchandises non physiquement dangereuses, c'est-à-dire de cacahuètes, semble soulever la plupart des questions auxquelles je me trouve confronté, notamment le fait de savoir quelles marchandises sont dangereuses selon la common law. Le juge Longmore a décidé que la cargaison transportée par les défendeurs était de nature dangereuse, au sens de la Règle 6 de l'article IV des Règles de La Haye. Le savant juge a ensuite évoqué le fait de savoir si la connaissance des chargeurs était une condition préalable pour admettre la responsabilité. Le juge Longmore a déclaré, sans équivoque, se fondant entre autres sur l'affaire *Brass v. Maitland*, précitée, que la responsabilité du chargeur était absolue en common law. À la page 80, le juge Longmore déclare:

[TRADUCTION] Les Règles de La Haye impose une responsabilité stricte à l'égard du chargeur pour les dommages et dépenses découlant de l'embarquement de marchandises de nature dangereuse. Le chargeur ne peut faire valoir qu'il ne savait pas, et qu'il ne pouvait pas savoir, que les marchandises étaient dangereuses. Quant aux cargaisons physiquement dangereuses, en common law, la responsabilité du chargeur est tout aussi stricte. Dans l'affaire *Brass v. Maitland*, 6 El. & Bl. 470, une telle décision a été prise par jugement rendu en majorité par la Cour du Banc du Roi. Le juge Crompton était dissident sur cet aspect et il a déclaré que l'absence de négligence devait constituer un moyen de défense. Dans l'affaire *Bamfield v. Goole and Sheffield Transport Co. Ltd.*, [1910] 2 K.B. 94, la majorité de la Cour a préféré le jugement rendu par la majorité dans l'affaire *Brass v. Maitland*, ce qui met fin à la question pour un juge de première instance.

Je suis entièrement d'accord avec le juge 113 Longmore que les décisions dans les affaires *Brass*

- decisions of the English Court of Appeal, leave no choice to a trial judge. In any event, I am in full agreement with the views expressed by the majority in these two cases. Thus, in my view, even if the plaintiffs were not aware of the dangerous nature of their cargo, they must be held liable for the damages caused to the ship.⁷
- 114 I should perhaps point out that in the *Athanasia Comninos*, Mr. Justice Mustill (as he then was) stated, at page 282, that his own view was that the weight of authority supported the absolute character of the warranty.
- 115 I wish to recall that counsel for the plaintiffs argued that the Hague Rules had been incorporated into the charter-party. I have decided that they were not. However, even if I were wrong on that point, I wish to point out that Article IV, Rule 6 thereof, clearly imposes on the shipper of dangerous goods liability for all damages and expenses caused by his goods. Thus, whether the Hague Rules apply or not, Perlite and Lantana are liable for the damages caused to the ship by their dangerous cargo.
- 116 Consequently, Perlite and Lantana must pay to the defendants the sums of CAN\$1,202,459.62 and US\$485,007.25. These amounts, as I previously indicated, were agreed to by the parties before the end of the trial.⁸
- 117 The sum of US\$485,007.25 equals the sum of CAN\$582,008.70 converted at a rate of US\$1.00 equals CAN\$1.20. Thus, plaintiffs Perlite and Lantana must pay to the defendants the sum of \$1,784,468.32.
- 118 In their agreed counterclaim amounts (Exhibit D-43) the parties explain how the agreed amounts are to be allocated in relation to the defendants' specific claims. The agreement provides as follows:
- v. Maitland et Bamfield v. Goole*, toutes deux rendues à la majorité par la Cour d'appel anglaise, ne laissent aucun choix au juge de première instance. Dans tous les cas, j'appuie totalement les points de vue exprimés par la majorité dans ces deux affaires. Dès lors, je suis d'avis que, même si les demanderessees ne connaissaient pas la nature dangereuse de leur cargaison, ils doivent être rendus responsables des dommages causés au navire⁷.
- Je devrais peut-être noter que dans l'affaire *Athanasia Comninos*, le juge Mustill (tel était alors son titre) a déclaré, à la page 282, que selon lui, la tendance de la jurisprudence appuyait le caractère absolu de la garantie.
- Je voudrais rappeler que l'avocat des demanderessees a soutenu que les Règles de La Haye avaient été intégrées dans la charte-partie. J'ai décidé que ce n'était pas le cas. Toutefois, même si je devais avoir tort sur ce point, je voudrais faire remarquer que la Règle 6 de l'article IV de ces Règles impose clairement au chargeur de marchandises dangereuses une responsabilité pour les dommages et dépenses causés par ses marchandises. Ainsi, que les Règles de La Haye s'appliquent ou non, Perlite et Lantana sont responsables des dommages causés au navire par leur cargaison dangereuse.
- Par conséquent, Perlite et Lantana doivent verser aux défendeurs les sommes de 1 202 459,62 \$ CAN et de 485 007,25 \$ US. Comme je l'ai déjà mentionné, les parties ont convenu de ces montants avant la fin de l'instance⁸.
- La somme de 485 007,25 \$ US équivaut à 582 008,70 \$ CAN convertie à un taux de 1,00 \$ US égal à 1,20 \$ CAN. Ainsi, les demanderessees Perlite et Lantana doivent verser aux défendeurs la somme de 1 784 468,32 \$.
- Dans leurs montants convenus dans le cadre de la demande reconventionnelle (pièce D-43), les parties expliquent comment les montants convenus doivent être répartis conformément aux demandes particulières des défendeurs. L'entente prévoit ce qui suit:

41(a)	CAN	\$ 33,216.53	41a)	CAN	33 216,53 \$
41(b)	CAN	\$ 114,509.98	41b)	CAN	114 509,98 \$
41(c)	CAN	\$ 1,054,733.11	41c)	CAN	1 054 733,11 \$
43	US	\$ 79,007.25	43	US	79 007,25 \$
44	US	\$ 406,000.00	44	US	406 000 \$
<u>TOTAL</u>	CAN	\$ 1,202,459.62	<u>TOTAL</u>	CAN	1 202 459,62 \$
<u>TOTAL</u>	US	\$ 485,007.25	<u>TOTAL</u>	US	485 007,25 \$

119 Pre-judgment interest at 9% per annum will begin to run from the following dates:

L'intérêt avant jugement à 9 p. 100 par année 119 commence à courir à partir des dates suivantes:

—on the sum of:

CAN \$33,216.53 = November 8, 1988

—sur la somme de:

33 216,53 \$ CAN = le 8 novembre 1988

—on the sum of:

CAN \$114,509.98 = November 13, 1988

—sur la somme de:

114 509,98 \$ CAN = le 13 novembre 1988

—on the sum of:

CAN \$1,054,733.11 = December 23, 1988

—sur la somme de:

1 054 733,11 \$ CAN = le 23 décembre 1988

—on the sum of:

US \$79,007.25 = November 1, 1988
(or the Canadian equivalent \$94,808.70)

—sur la somme de:

79 007,25 \$ US = le 1^{er} novembre 1988
(ou l'équivalent en dollars canadiens de 94 808,70)

—on the sum of:

US \$406,000 = December 23, 1988
(or the Canadian equivalent \$487,200)

—sur la somme de:

406 000 \$ US = le 23 décembre 1988
(ou l'équivalent en dollars canadiens de 487 200)

120 With respect to post-judgment interest, the parties, should they be unable to reach an agreement, should speak to me as soon as possible.

En ce qui concerne l'intérêt après jugement, les 120 parties, si elles ne peuvent s'entendre, devront communiquer avec moi le plus rapidement possible.

121 Finally, the defendants shall be entitled to their costs both on the plaintiffs' action and on their counterclaim.

Enfin, les défendeurs ont droit à leurs dépens tant 121 sur l'action des demandereses que sur leur demande reconventionnelle.

122 In conclusion, therefore, the plaintiffs' action is dismissed with costs. The defendants' counterclaim against Perlite and Lantana is allowed with costs in favour of the defendants. The counterclaim against Pentex is dismissed without costs.

Dès lors, en guise de conclusion, l'action des 122 demandereses est rejetée avec dépens. La demande reconventionnelle des défendeurs à l'encontre de Perlite et de Lantana est accueillie avec dépens en faveur des défendeurs. La demande reconventionnelle contre Pentex est rejetée sans dépens.

¹ Germain, on behalf of Perlite, signed the charter-party after October 28, 1988.

¹ Germain, au nom de Perlite, a signé la charte-partie après le 28 octobre 1988.

² Després testified that Pentex had been incorporated shortly before the shipping arrangements herein were made; in fact, Pentex was incorporated on August 8, 1984 (see Exhibit D-1).

³ Also reported at [1954] 1 Lloyd's Rep. 321, at p. 332.

⁴ The author is here referring to 2 English cases namely *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564 (C.A.), at p. 573 and *Wilson (J. Raymond) & Co., Ltd. v. Norman Scratchard, Ltd.* (1944), 77 Ll. L. Rep. 373 (K.B.), at p. 374.

⁵ In *Voyage Charters*, at p. 263, the authors state that: "Stowage is part of the operation of loading, and is entirely the responsibility of the shipowner unless the terms of the charter transfer responsibility to the charterer: see *Court Line v. Canadian Transport* [1940] A.C. 934, 943. It includes all aspects of arranging and securing the cargo in the ship or on deck in such a way that ship and cargo are fit for the voyage. It includes such matters as bagging for the purposes of trim and stability (*Argonaut v. Ministry of Food* [1949] 1 K.B. 572) and lashing the cargo (*Svenssons v. Cliffe* [1932] 1 K.B. 490). The shipowner is entitled to and often does employ a stevedore to do the work, but that does not affect his responsibility."

⁶ Although the decision is reported in Lloyd's Reports in 1990, the decision was rendered by Mr. Justice Mustill (as he then was) on December 21, 1979.

⁷ In the United States, it appears that a shipper who has neither actual or constructive warning of the dangerous nature of his cargo will not be held liable for damages caused to a ship. (See *Sucrest Corp. v. M/V Jennifer*, 455 F. Supp. 371 (N.D. Me. 1978); also see *Voyage Charters*, *supra*, at pp. 118-119.)

⁸ The parties filed a document entitled "Agreed Counterclaim Amounts" (Exhibit D-43).

² Després a déclaré, dans son témoignage, que Pentex avait été constituée en société peu avant la conclusion des dispositions d'expédition aux présentes; en fait, Pentex a été constituée en société le 8 août 1984 (pièce D-1).

³ Aussi publié dans [1954] 1 Lloyd's Rep. 321, à la p. 332.

⁴ L'auteur fait référence ici à deux jugements rendus en Angleterre, savoir *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564 (C.A.), à la p. 573 et *Wilson (J. Raymond) & Co., Ltd. v. Norman Scratchard, Ltd.* (1944), 77 Ll. L. Rep. 373 (K.B.), à la p. 374.

⁵ Dans *Voyage Charters*, à la p. 263, les auteurs déclarent que: [TRADUCTION] «l'arrimage fait partie de l'opération de chargement, et qu'il incombe entièrement au propriétaire, à moins que les conditions de la charte n'entraînent le transfert de cette responsabilité à l'affrètement: voir *Court Line v. Canadian Transport* [1940] A.C. 934, 943. Il inclut tous les aspects de l'aménagement et de l'arrimage de la cargaison dans le bateau ou sur le pont de telle façon que le bateau et la cargaison soient en état de faire le voyage. Il inclut des aspects comme l'ensachage à des fins de compensation et de stabilité (*Argonaut v. Ministry of Food* [1949] 1 K.B. 572) et la fixation de la cargaison (*Svenssons v. Cliffe* [1932] 1 K.B. 490). Le propriétaire a le droit d'employer un manutentionnaire pour faire le travail, et il le fait souvent, mais cela n'a aucune incidence sur sa responsabilité.»

⁶ Bien que la décision soit publiée dans les Lloyd's Reports en 1990, elle a été rendue par le juge Mustill (tel était alors son titre) le 21 décembre 1979. Le témoin expert Barbeau a déclaré que la pression hydrosopique provenait d'un fluide «dont la densité dépend de la hauteur d'immersion».

⁷ Aux États-Unis, il semblerait qu'un chargeur qui n'a pas reçu d'avertissement effectif ou virtuel quant à la nature dangereuse de sa cargaison ne sera pas responsable des dommages causés à un navire. (Voir *Sucrest Corp. v. M/V Jennifer*, 455 F. Supp. 371 (N.D. Me. 1978); voir également *Voyage Charters*, précité, aux p. 118 et 119.)

⁸ Les parties ont déposé un document intitulé [TRADUCTION] «Montants convenus dans le cadre de la demande reconventionnelle» (pièce D-43).

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.

CHARITIES

Appeal from MNR's denial of charity status under Income Tax Act, ss. 149.1 and 248(1)—Appeal dismissed—*Commissioners of Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.) applied as to definition of charity, especially second and fourth heads thereof: advancement of education and benefit to community—Society's purpose to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women to help them find employment, *inter alia*, by means of political activities, solicitation of funds from governments—With respect to advancement of education, not sufficiently structured and articulated as to respond to requirements set out by case law—With respect to benefit to community, comparison with aboriginal people simply cannot withstand scrutiny—To determine whether or not to grant charity status, question: do proposed purposes and activities constitute charitable activities within ambit of law of charities?—Providing benefit to those in position to invoke Charter rights will not in itself result in activity falling within fourth head—Purpose and activities so indefinite and vague as to prevent Minister and Court from determining with certainty what activities are, true beneficiaries of activities and whether beneficiaries persons in need of charity as opposed to merely being in need of help—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 149.1 (as enacted by S.C. 1976, c. 4, s. 60(1)), 248(1) "registered charity" (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 188).

VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN v. M.N.R. (A-552-94, Décaré J.A., judgment dated 6/3/96, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Judicial review of decision applicant, Bulgarian, not eligible for Deferred Removal Orders Class (DROC) within

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)—Applicant denied Convention refugee status in January, 1992—Apparently letter sent to applicant advising him to report for removal in 1993, but applicant alleging never received notice—Immigration warrant issued—Arrested in 1995—At detention review immigration adjudicator holding insufficient evidence to establish applicant properly advised of removal arrangements—DROC application refused as applicant hindering, delaying removal—Immigration officer refusing to reconsider DROC decision without even reading adjudicator's decision—Application allowed—In arriving at DROC decision immigration officer acting in administrative capacity and must comply with duty of fairness, including obligation to consider all of evidence, including evidence warrant not valid and effectively set aside by immigration adjudicator—Immigration authorities not putting cogent evidence before Court that applicant actually informed subject to removal—Immigration officer further fettered discretion by refusing to read or even consider evidence substantiating applicant's claim—Even though DROC provisions exceptional, government officials not exempted from duty of fairness—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/94-681, s. 1).

MITOV v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1499-95, Cullen J., order dated 19/2/96, 4 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review of Minister's decision to issue opinion pursuant to Act, s. 77(3.01)(b) to effect applicant Peter Tsang constituting danger to public in Canada—Application also attacking Minister's decision to file opinion with Immigration and Refugee Board, Appeal Division then considering immigration sponsorship appeal of applicant Lannie Tsang, Canadian citizen, for sponsorship to Canada of husband Peter Tsang—In 1978, wife married

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—

—Continued

husband, non-immigrant who resided in Canada from 1977 to November 1991—During stay, Peter Tsang acquired criminal record and deported to Hong Kong in November 1991 where still residing—Main issue whether Minister erred in law in issuing opinion against Peter Tsang at time he did and in circumstances of Lannie Tsang's appeal—Does Minister's opinion extinguish sponsor's right of appeal?—New Act, s. 77(3.01) and transitional provision considered—Application dismissed—Minister did not err in law in issuing opinion at time he did—Moreover, cannot be said applicant was denied right of appeal as has never been universally available right of appeal from deportation order—Transitional provision not infringing upon applicant's rights—Transitional provision clearly applicable as applying to appeals made on or before coming into force of provision and in respect of which hearing not commenced, as herein—Serious question of general importance certified: When appeal made by sponsor to Immigration Appeal Division (IAD) prior to July 10, 1995 with respect to sponsor's inadmissible pursuant to Act, s. 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d), and hearing before IAD commenced after July 10, 1995, does effect of Minister issuing opinion extinguish sponsor's right of appeal pursuant to Act, s. 77(3.01) and Bill, s. 15(3), and thereby terminate jurisdiction of IAD with respect to appeal?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 20), 77(3.01) (as enacted *idem*, s. 15).

TSANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2585-95, Dubé J., order dated 7/2/96, 9 pp.)

Removal of Visitors

Judicial review of decision to issue exclusion order—Applicant born in England—Immigrating to Canada with mother, grandmother in 1949 at three months of age—Mother allegedly coming to Canada to marry Canadian citizen—Parents married in 1950—Applicant adopted by father in 1953—Raised in B.C.—In 1969 convicted of trafficking in narcotic (cannabis)—While serving sentence parents separated, mother returned to England—Applicant electing to return to England in exchange for early release from prison—In 1987 returning to Canada—In 1989 exclusion order issued on ground not obtaining visa before appearing at port of entry—Applicant returning to United Kingdom in 1989—Returning to Canada as visitor in 1991—Authorized to remain until March 24, 1992—On March 11 direction for inquiry made to determine if applicant person convicted abroad for offence which, if committed in Canada, constituting offence punishable by imprisonment for up to ten years—On March 23, 1992 applicant appearing before inquiry presided over by W.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—

Continued

Osborne—Inquiry adjourned—Applicant not applying for extension of visitor's status—When inquiry resumed, adjudicator withdrawing allegations relating to conviction abroad; continuing inquiry to clarify applicant's status in relation to right to remain in Canada, and on basis of new report overstayed visitor's term—When inquiry resumed in May 1993 new adjudicator presided—Believing applicant consenting to continuation, no substantive evidence earlier heard in relation to overstaying term, Adjudicator continuing inquiry—Holding applicant neither Canadian citizen nor permanent resident, and as remaining after ceased to be visitor overstaying visitor's term—Departure order issued—Application dismissed—(1) Adjudicator not erring by continuing proceedings initiated before another adjudicator—S. 29(6) setting out three circumstances in which appropriate for new adjudicator to resume inquiry previously adjourned—Criteria separate, alternatives to one another—(2) Although visitor's status still valid when inquiry commenced, allegations considered in inquiry could be changed, altered or substituted during course of inquiry—Adequate notice provided in regard to ground leading to issuance of exclusion order—(3) Immigration Act applicable at time of entry, i.e. R.S.C. 1927, c. 93, s. 2(b) including in definition of "Canadian citizen" British subject who has Canadian domicile—Current Immigration Act defining "permanent resident" as person granted landing; "landing" defined as lawful permission to establish permanent residence in Canada—Adjudicator holding no evidence applicant ever granted landing—For applicant's mother, applicant, notation on arrival in 1949 "admitted non immigrant"—Immigration service entry not consistent with grant of landing—Adjudicator not erring in concluding applicant neither Canadian citizen nor permanent resident—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "landing" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), "permanent resident" (as am. *idem*), 29(6) (as am. *idem*, s. 18)—Immigration Act, R.S.C., 1927, c. 93, s. 2.

HALL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5064-94, MacKay J., order dated 27/2/96, 11 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of immigration officer's decision applicants not meriting exemption from Immigration Act, s. 9(1) (requirement application for visa be made before appearing at port of entry) on humanitarian, compassionate grounds (s. 114(2))—Applicants citizens of United Kingdom—Female applicant coming to Canada in 1992—Mother permanent resident of Canada, sister Canadian citizen—Coming to Canada to escape abusive former husband—Convention refugee claim rejected on basis had Internal Flight Alternative—Male applicant arriving in Canada in August 1992—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Also harassed by female applicant's former husband—Applicants married in 1994—Application for exemption based on mutual emotional dependency between applicant, mother—Officer's notes indicating reviewed subjects' files, considered all facts and circumstances, but insufficient grounds to warrant inland processing—Reasons for decision not provided in communication of decision to applicants—Application dismissed—Cases dealing with immigration officer's duty to act fairly reviewed—Officer breaching no duty of fairness—Neither considering extrinsic factors, nor basing decision on factors without first putting them to applicants—Applicants granted oral hearing, benefit of counsel—Determination under s. 114(2) wholly matter of judgment, discretion: *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.)—Officer not required to give any "internal reasons" for decision—Consideration of "all the facts and circumstances of this case" all required of discretionary decision under s. 114(2)—If case law not requiring immigration officer to give formal reasons to applicant, illogical to require officer to give internal reasons—Discretionary decision under s. 114(2) subject to judicial review only when decision-maker errs in law, proceeds on some wrong principle or acts in bad faith—*Shah* not restricted to similar fact situations—Content of duty of fairness minimal in so far as s. 114(2) applications concerned—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), (1.1) (as am. *idem*), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

HUNTER-FREETH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1795-95, Nadon J., order dated 7/2/96, 15 pp.)

Application for judicial review of negative determination by Immigration and Refugee Board dated August 3, 1995—Only issue whether Board member Gary McCauley lacked jurisdiction to render decision on his own—Applicant citizen of Kazakhstan—Refugee claim hearing conducted by two Board members—Board's decision signed only by McCauley—In general, two Board members required to constitute quorum for purposes of refugee hearing—One member of Board may hear, determine refugee claim if person making claim consents thereto—In case at bar, no consent given for one member only to dispose of claim—Decision of Board dated August 3, 1995, within eight weeks of June 9, 1995, day on which other Board member ceased to hold office—Requirement of Immigration Act, s. 63(1) met—Issue meaning to be given to word "unable" in Act, s. 63(2)—Former member would have reached same decision as Board member McCauley—Applicant only challenging lack of jurisdiction of single member to make decision by reason of s. 63(2)—No merit to proposition single member would have jurisdiction to dispose of matter after expiration of eight weeks of other member ceasing to hold office, but

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

not before—Word "unable" means lacking ability to perform functions of office including participating in decisions—No distinction between decisions made within or without eight-week period—Decision by one member within jurisdiction, in accordance with provisions of Act, s. 63(2)—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 63 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 52).

SERGUINE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2467-95, Richard J., order dated 29/2/96, 7 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of CRDD determination applicants not Convention refugees—Applicants former citizens of USSR—Male applicant born in Russia to parents of Russian nationality—Female applicant Jewish, born in Estonia—After marriage in 1987 male applicant losing job—Moving to Estonia where living with female applicant's parents—Alleging overt anti-semitism in Russia which police, state unwilling to investigate, prosecute—Male applicant claiming well-founded fear of persecution on basis of membership in particular social group i.e. person whose wife Jewish—Female applicant claiming well-founded fear of persecution on basis of race, nationality, i.e. Jewish—Presiding member of tribunal determining male applicant Russian on basis able to acquire Russian citizenship simply by formally filing application requesting citizenship; infant applicant Russian as at least one parent Russian—Second member determining male applicant stateless on ground not covered by Citizenship Act of Russian Federation, s. 13 since not resident of federation and would not automatically be granted citizenship upon application—Also finding infant applicant stateless—Assessing claim in connection with Russia and Estonia, countries of former habitual residence—Both members determining female applicant stateless, assessing claim in connection with Estonia—Female applicant submitting tribunal erred in finding not Russian as Citizenship Act of Russian Federation, Art. 18 providing citizenship can be acquired by registration by person whose spouse or direct ascendant citizen—Submitting has only to apply in order to gain Russian citizenship and should therefore be considered to be Russian: *Bouianova v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 67 F.T.R. 74 (F.C.T.D.)—Applications re: female, infant applicants dismissed; application re: male applicant allowed on consent—Tribunal not erring in determining female, infant applicants not Russian citizens—As applicant's spouse not yet having citizenship, necessary pre-condition, must do more than just apply for citizenship; husband must first apply and be granted Russian citizenship—Same true of infant applicant—Determination

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—

—Continued

female applicant not automatically granted citizenship not unreasonable—Court not interfering with findings of fact, credibility unless unreasonable in that no evidence available supporting it—Documentary evidence Jewish persons face discrimination in Estonia, but anti-semitism not as intense as in other regions; Estonian government does take action to investigate, prosecute anti-semitic activity—Court not interfering with finding discrimination suffered by applicants not sufficiently severe as to amount to persecution—Also no basis for concluding second member erred in finding female applicant's recouital of anti-semitic incidents implausible.

BELIAKOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2191-94, MacKay J., order dated 8/2/96, 12 pp.)

Application for judicial review of Senior Immigration Officer's (SIO) decision determining applicant inadmissible to Canada pursuant to Immigration Act, ss. 19(2)(d), 9(1) and Immigration Regulations, s. 14(1), and issuing conditional departure order pursuant to Immigration Act, s. 28(1)—Applicant, citizen of Iran, entered Canada using Spanish passport and claimed refugee status—Applicant examined and released on condition he report to SIO whenever directed to do so—Failed to attend inquiry, allegedly on ground did not receive notice of hearing—Had changed address but had notified immigration officials—SIO determined applicant's refugee claim should not be processed under Refugee Claimants Designated Class Regulations (designed to clear up backlog of refugee claims) as (1) had remained out of Canada for more than 7 days, for visit to brother in U.S.A., contrary to RCDC Regulations, s. 3(2)(f); (2) failed to appear at inquiry, contrary to RCDC Regulations, s. 3(2)(d)(ii); (3) had not advised immigration officer of whereabouts, contrary to RCDC Regulations, s. 3(2)(h)—Application dismissed—SIO was obligated to assess applicant in light of Regulations—SIO did not err in law in determining applicant had failed to attend inquiry within meaning of RCDC Regulations, s. 3(2)(d)(ii) even though applicant may have had good reason for absence—However, applicant not given fair opportunity to know case against him and to respond to negative inferences raised against him with respect to RCDC Regulations, 3(2)(d)(ii) and (h)—Would be violation of duty of fairness for respondent to rely on fact applicant failed to attend inquiry in order to exclude him from RCDC when notice of inquiry not given—As to information on whereabouts, evidence indicated applicant had indeed provided such information to immigration officials—SIO cannot be wrong in applying RCDC Regulations, s. 3(2)(f) even though at that time, provision found *ultra vires* in F.C.T.D. decision of *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 284, as decision later reversed by Federal Court of Appeal (*Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595) and, in such case, provi-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—

Continued

sion considered *intra vires* from beginning—Evidence establishing applicant out of Canada for more than 7 days, with only explanation unaware of Regulations requirement thereon—Therefore, SIO did not err in determining applicant not member of RCDC as excluded under s. 3(2)(f)—SIO bound to issue conditional departure order against applicant in accord with Act, ss. 9, 19, 28 and Immigration Regulations, s. 14(1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 9 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 7; c. 49, s. 11), 28 (as am. *idem*, s. 17)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 14(1)—Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, ss. 3(2)(d)(ii),(f),(h).

ZEHTABCHI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4492-94, MacKay J., order dated 30/1/96, 13 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Whether Board erred in findings on implausibility, judicial notice—Need to understand language of country in which university located appropriate subject of judicial notice—Finding based on speculation never acceptable—Board's finding applicant would not have had difficulty getting readmitted to university, by own admission, speculative—Board's findings with respect to implausibility cannot stand—Board, not respondent, must state why applicant not credible—Discrepancies found by respondent could not be considered by Court—Board not even prepared to suggest possibility applicant's story true—Application allowed.

HASSAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1770-95, McKcown J., order dated 21/2/96, 5 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Appeal Division allowing respondent's appeal from refusal to approve sponsored application for permanent residence of adopted son, Randy Edrada—Respondent Canadian citizen emigrating to Canada from Philippines in 1980—Paternal grandfather, adopting father of Randy Edrada, resident of Philippines—Latter filing application for permanent residence at Canadian Embassy in Manila in August 1989—Application refused as Randy member of inadmissible class of persons under Immigration Regulations, 1978 by not providing letter of "no objection" to proposed arrangements from province of Alberta—At hearing of appeal Minister conceded lack of "no objection" letter from Alberta no longer ground for refusal as respondent relocated in British Columbia—Tribunal allowing respondent's appeal—Definition of "adopted" in Regulations, s. 2(1)—In deciding whether individual adopted for

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

purposes of Immigration Act, one must have regard not only to law of foreign jurisdiction, but to Canadian law as well—In order to establish adoption for purposes of definition, necessary to demonstrate existence of relationship of parent and child, in addition to compliance with applicable adoption laws—Tribunal failing to determine whether adoption created, in fact, relationship of parent and child between respondent and Randy—Erred in law in declining to consider matter—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. EDRADA (IMM-5199-94, MacKay J., order dated 29/2/96, 8 pp.)

COPYRIGHT

PRACTICE

Motion to strike—Action itself by holders of copyrights of various pieces of music, against defendants who operate disc jockey and music supply service, allegedly without plaintiffs' licence—Defendants argue implied licence to use music and that plaintiffs in breach of implied term of past licences held by defendants, to effect plaintiffs would uniformly enforce licensing of other people in disc jockey industry—Defendants therefore claim conspiracy and unlawful interference and seek set-off in their defence and damages in counterclaim—Court will not strike out pleadings under R. 419(1) where, as here, party seeking to strike has already pleaded to allegations contained in impugned paragraph: *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.)—However, appropriate to consider whether impugned paragraphs disclose reasonable cause of action, in context of counterclaim, or defence, as case may be—Not plain and obvious that plea of implied licence, together with plea of implied term in that licence, cannot succeed or that there is no chance of success—Court not prepared to say defendants' plea of implied agreement to use musical works cannot possibly succeed in this Court, particularly in that plaintiffs using this Court to enforce their side of claim—Paragraph 12 of defence, alleging defendants have offered to enter into licence with AVLA, but plaintiffs refused, could be defence to action under Copyright Act, s. 67.2(3) providing right of action barred if royalties tendered—May also go to plea of conspiracy—Reliance on provision of Copyright Act must be made clear by amendment or particulars—Certain paragraphs will have to be amended so as to more closely track wording and causes of action available in claim for civil damages based on Competition Act, s. 45—Paragraph containing bare reference to Competition Act will have to be amended to provide particulars of allegations, material facts in support thereof and reference to specific statutory

COPYRIGHT—Concluded

provisions relied on—Plea of limitation not sufficient grounds to strike out statement of claim—As plaintiffs have mixed success on motion and as premature in bringing motion, taxable costs awarded to defendants in any event—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 67.2(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4; c. 44, ss. 71, 79)—Competition Act, R.S.C., c. C-34, s. 45 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30; S.C. 1991, c. 45, s. 547; c. 46, s. 590; c. 47, s. 714).

BMG MUSIC CANADA INC. v. VOGIATZAKIS
(T-2585-95, Hargrave P., order dated 20/2/96, 10 pp.)

CROWN

TORTS

Appeal from Trial Division decision dismissing action in damages for loss of business as result of seizure by Customs officials of certain video cassettes imported from United States—Appellant alleging Crown liable because of official's inaccuracy and delay in reporting "forthwith" pursuant to Customs Act, s. 160—Appeal dismissed—No reason for Court to interfere with Trial Judge's finding seizures lawful as official had reasonable grounds to believe video cassettes subject to forfeiture and as no evidence of abuse of authority—Required evidence of causation non-existent and finding of Trial Judge on issue, in consideration of abuse of authority theory, equally applicable to negligence claim, making any further discussion of other negligence issues either by him or by this Court unnecessary—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 160 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 88; c. 44, s. 107).

FRANCOEUR v. CANADA (A-346-94, Linden J.A., judgment dated 6/3/96, 4 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

CUSTOMS ACT

Application for judicial review of respondent's decision rejecting applicant's written "Notice of Appeal"—Notice of Ascertained Forfeiture issued to applicant under Customs Act, s. 124 asking to pay \$22,916.85 in respect of offence alleged to have occurred on or about November 23, 1993—Notice dated September 16, 1994, sent by registered mail to applicant at latest known address on September 19, 1994—Applicant objecting to Notice, requesting decision of Minister under Act, s. 131—Request included in letter dated October 19, 1994—Applicant informed by respondent Berry letter dated October 19, 1994 not considered request for decision of Minister as not submitted within statutory time limit provided for in Act, s. 129—Main issue effective date of service of Notice on applicant—Ordinary meaning of

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

words used in s. 124(5) indicating service of notice sufficient once notice sent by registered mail as prescribed—No uncertainty as to meaning of English version of s. 124(5): service of notice made on date of mailing of notice—No apparent contradiction between two language versions of s. 124(5)—No deeming provision with respect to service of request made under s. 129—30-day deadline in s. 129(1)(d) strict deadline—Application dismissed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 124(5), 129, 131.

CARON V. M.N.R. (T-3000-94, Pinarid J., order dated 20/2/96, 6 pp.)

EXCISE TAX ACT

Appeal and cross-appeal from Trial Division decision allowing in part claims by respondent in respect of alleged overpayments of tax imposed by Excise Tax Act, s. 23—Respondent, synthetic crude oil producer, extracting oil sands near Fort McMurray, Alberta—Transforming bitumen into kerosene, gas oil and naphta—Part of kerosene used as “belt spray” (sprayed on conveyor belts to prevent oil sands from sticking to belts)—Large portion of sprayed kerosene absorbed by oil sands and then extracted again as product at end of production process—Trial Judge found two-thirds of belt spray adhered to oil sands and was reintroduced into production process—Also found respondent entitled to relief in respect of belt spray—Crown contesting respondent’s right to claim any exemption at all and seeking to collect excise tax imposed by s. 23 on entire amount of belt spray kerosene used—Respondent arguing entitled to exemption with respect to entire amount of belt spray kerosene and not merely two-thirds thereof—Appeal and cross-appeal dismissed—As to cross-appeal, argument belt spray not “used” without merit—Word “use” quite broad enough to cover what respondent does with belt spray kerosene—One-third lost to evaporation used up in process in much same way as other kerosene used by respondent for fuelling engines in plant—As to main appeal, deeming provision of s. 23(10) attracted if goods in question meet two conditions: must be for use by manufacturer and must not be for sale—All of belt spray used—However, two-thirds of belt spray which remains in production stream cannot be said to be “not for sale”—Not withdrawn from sale—Part of belt spray returned to production process does not engage deeming provision of s. 23(10) and does not attract tax—Even if s. 23(10) applied, Trial Judge right to find respondent entitled to claim exemption provided by s. 23(7)(b), meant to avoid taxation of constituent or component parts of goods which are themselves going to attract payment of said tax—No basis to argument belt spray not constituent or component of final product—No requirement component or constituent in final product should retain its identity from time it is introduced into process until end—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-13, s. 23(7)(b), (10).

SUNCOR INC. V. CANADA (A-265-95, Hugessen J.A., judgment dated 21/3/96, 11 pp.)

ENERGY

Appeal from National Energy Board decision declaring Ottawa East Line of Consumers’ Gas Co. Ottawa Distribution System subject to federal regulatory jurisdiction as integral part of interprovincial pipeline owned by Niagara Gas Transmission Ltd. (Niagara)—Consumers’ distributing gas in Ottawa area—Receiving gas from TransCanada Pipelines Ltd. (TCPL) at Ottawa Gate Station whence distributed to consumers through three distribution lines: Ottawa East, Ottawa North and Ottawa South lines—Niagara Line feeds off Ottawa East Line (OEL), crosses Ottawa River and connects to retail distribution system of Gazifère Inc. in Gatineau, Québec—Consumers’, Niagara and Gazifère all affiliated companies with common ownership—Consumers’ and Gazifère, as intraprovincial distribution systems, have heretofore been regulated by Ontario Energy Board and Régie du Gaz naturel respectively—No dispute Niagara, as interprovincial carrier of gas, subject to regulation by Board—Board unanimously held OEL not itself interprovincial work or undertaking but held it to be vital, essential and integral to Niagara Line because latter dependent on many services provided by former—Appeal allowed—(1) No ground for Board’s finding OEL constituting separate undertaking for constitutional purposes—Wholly within limits of Ontario and simple fact of physical connection to interprovincial work not giving it federal character—OEL has always been part of Consumers’ Ottawa distribution system and constitutionally impermissible to break it into its constituent parts whose existence as independent undertakings wholly notional—(2) Board’s finding Niagara Line dependent upon OEL fundamentally flawed—Niagara, solely transportation entity, has no need of heating, odourant, regulation and load balancing facilities provided by Consumers’ at Ottawa Gate Station for its own distribution system, and therefore cannot be said to be dependent upon them—Commercial arrangements with consumers not dependency in constitutional sense—(3) Final error committed by Board lying in its refusal to consider relatively minor part of Consumers’ undertaking (13%) operated for benefit of federal Niagara Line—Clearly not enough if provincial undertaking’s involvement in federal undertaking only minor in extent or casual in nature.

CONSUMERS’ GAS CO. V. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (A-777-95, Hugessen J.A., judgment dated 13/3/96, 7 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Application for order dismissing plaintiffs’ cargo claim action for want of jurisdiction as directed against Melburn Truck Lines Ltd. and for order striking notice to co-defendant filed by defendant Nippon Yusen Kaisha Line for lack of jurisdiction—Plaintiffs claiming breach of contract and negligence—Melburn Truck Lines Ltd. contesting

FEDERAL COURTS JURISDICTION

—Concluded

jurisdiction of Court over subject-matter of claim and of notice filed against it on ground issue in each case arises strictly from carriage of goods by truck, not matter governed by Canadian Maritime Law—Federal Court Act, s. 22(1), (2)(f) not giving Court jurisdiction over land carrier such as Melburn Truck Lines Ltd. which is not party to agreement relating to carriage of goods on ship, under through bill of lading or otherwise—Transportation by land not integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence—No underlying federal law supporting claims made against defendant Melburn Truck Lines Ltd., as required for jurisdiction under Act, s. 23—Applications granted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22, 23.

MATSUURA MACHINER CORP. v. HEIDELBERG EXPRESS
(THE) (T-2260-94, Pinard J., order dated 5/3/96, 8 pp.)

HEALTH AND WELFARE

Judicial review of Review Committee's decision respondent entitled to receive family allowance benefits payable for two children effective October 1988—Respondent, husband separating in 1988—Husband granted interim custody in August—Effective October, settlement agreement, corollary relief judgment providing for joint custody, although father having *de facto* custody—Father receiving family allowances on behalf of both children effective July 1989—Amended settlement, order effective April 1991 increasing respondent's access, but retaining joint, *de facto* custody provisions—Family allowance payments paid to respondent effective December 1991—In 1993 respondent informed no longer eligible to receive family allowance benefits and had received overpayment—Review Committee allowing appeal, holding respondent meeting requirements of Family Allowances Regulations, s. 9(1.2), stipulating in cases of joint custody, family allowance benefit paid to mother in absence of written request of both parents that payment be paid to father—Family Allowances Act, s. 7 providing family allowance benefit payable to mother except in specified circumstances—Regulations, s. 9(1) providing father may receive benefit where has, in fact, custody of child—Application dismissed—S. 9(1)(b) not permitting father to receive payment of family allowance benefit where parents share joint custody of children—Only applies where father has exclusive custody—Father herein not having exclusive custody—Parents shared joint custody from October 1988—Provision for *de facto* custody by father simply to ensure that if unable to agree, ultimate authority rested with father—Settlement, court orders providing parents to consult with each other with respect to decisions regarding health, religion, education, welfare of children, except with respect to school attended—*De facto* custody could not have been intended to authorize father to ignore

HEALTH AND WELFARE—Concluded

agreed process for consultation in regard to health, religion, education, welfare—Father not having exclusive custody, not eligible to receive benefits under s. 9(1)(b)—Evidence supporting Review Committee's conclusion, implicit in application of s. 9(1.2), that parents shared joint custody of children, in fact, as in accord with terms of court orders, settlement agreement—After October 1988 father not entitled to receive family allowance benefits under s. 9(1)(b) since parents living separate and apart and father not having exclusive custody—Father not entitled to receive family allowance benefits under s. 9(1.2) as parties not having written agreement granting him right to receive family allowance payments—Family Allowances Act, R.S.C., 1985, c. F-1, s. 7—Family Allowances Regulations, C.R.C., c. 642, s. 9 (as am. by SOR/90-35, s. 4).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. YOUNG (T-2973-94,
MacKay J., order dated 20/2/96, 13 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application to set aside CHRC decision complaint would not be proceeded with because respondent taking steps to accommodate applicant—Applicant suffering from dyslexia—Applied for position as collections officer with Revenue Canada—Requested exemption from Entry Level Officers Selection Test (ELOST)—Submitting psychologist's report, prepared before applied for position, relating to applicant's learning disabilities—PSC offered accommodation: would be required to complete only three of five parts of test in double normal time given to complete those parts; short breaks would be given between different parts of test—In response to inquiries, PSC stating psychologist's report not advising applicant should not be taking ELOST—Psychologist writing additional opinion letters stating inappropriate to expect applicant to pass aptitude/academic test—Complaint stating PSC creating systemic barrier preventing applicant from applying for any government position as result of disability by insisting take ELOST; accommodation not reasonable—This application alleging Commission failing to exercise jurisdiction because not considering subject of applicant's complaint; breach of principle of fairness because Commission not having before it fair and adequate basis upon which to make decision—Application allowed—Commission not addressing real issue—No answer to complaint alleging accommodation not reasonable—Evaluation of reasonableness of accommodation required—One-page summary prepared by Commission's staff in support of recommendation complaint not be proceeded with further inaccurate when stated (1) applicant requested exemptions from complex portions of ELOST math tests; (2) applicant had asked as sole recommendation that respondent design special simulation test; (3) medical assessment stating respondent attempted reasonably to

HUMAN RIGHTS—Concluded

accommodate complainant—Analysis paper similarly slanted—Such mischaracterizations of material put forward by complainant also vitiating decision.

GILL V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (T-2723-94, Reed J., order dated 7/3/96, 7 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeals from Minister's reassessments regarding: (1) gains realized on properties A and B; (2) entitlement to Act, s. 85(5.1) non-capital loss with respect to liquidation of property A; (3) entitlement to bad debt claim with respect to certain money advances; (4) deduction of repurchase costs with respect to units in properties B, C, and D—Preliminary ruling holding appeal from nil assessment may be dealt with in other taxation years where matter relevant in determination of taxes for other years—Property characterized as capital or inventory according to six factors: (1) taxpayer's primary intention; (2) taxpayer's normal course of business; (3) number and repetition of similar transactions; (4) nature of and length of time property held; (5) reason for sale of asset; and (6) taxpayer's secondary intention—Plaintiff arguing no intention to sell property A at profit as purchase prompted by legal action for specific performance; however, judge finding such intention due to short period of time property held—Gains from sale of property A constituting income—Title to units of property B stratified to facilitate financing; stratification not indicative of intention to sell—Gains from sale of property B constituting capital gain in light of plaintiff's clear intention to retain property as rental income producer—Liquidation of property A entitling plaintiff to s. 85(5.1) non-capital loss as evidence showing property A treated as depreciable property by Crown—Had evidence as to whether property A depreciable been unclear, burden of proof shifting to Crown as such information within Crown's power to obtain—Plaintiff's ordinary business construction and development of properties rather than lending of money; thus money advanced to wholly-owned subsidiary not constituting loans within meaning of s. 20(1)(p)(ii) and plaintiff not entitled to bad debt claim with respect to advances—Money advanced for purpose of covering losses and protecting guarantors rather than for purpose of acquiring product or ensuring source of supply; advances neither deductible expense nor capital loss—As cash flow guarantee, plaintiff's contractual obligation to repurchase units of property B constituting s. 42 capital loss—Plaintiff failing to meet onus of proving repurchase of units of property C and D inventory rather than capital; Minister correctly characterizing same as expenditures on capital account for purpose of s. 42—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 ss. 20 (1)(p)(ii) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 12(6)), 42 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 16(1); 1988,

INCOME TAX—Continued

c. 55, s. 23(1)), 85(5.1) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 48(6)).

BOSA BROS. CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (T-3403-90, T-3404-90, T-3405-90, Nadon J., judgment dated 22/12/95, 41 pp.)

Deductions

Appeals with respect to 1984 and 1985 taxation years—Four cases heard on same evidence—Partnership (plaintiffs both limited partners thereof) acquiring mini-warehouse for \$ 2,200,000 with interest payable at 24% per annum—Registration on same day as registration of previous sale for \$ 1,180,000—Partnership generated losses on mini-warehouse, allocated to partners on *pro rata* basis and plaintiffs deducted proportionate share of losses for income tax purposes—Minister reassessed plaintiffs for 1984 and 1985 taxation years, reducing partnership's losses by reducing purchase price of mini-warehouse from \$2,200,000 to \$1,180,000 on basis latter fair market value—Appeals from above reassessments—Appeals dismissed—No reasonable expectation of profit—*Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 applied—Key factor to be considered: capability of venture as capitalized to show profit after charging capital cost allowance—Herein, even before charging of capital cost allowance, storage park assured of large losses in first three years and reasonable to expect losses would continue thereafter, although to reduced extent—Main factor in initial large losses interest payable on agreement for sale set at \$2,199,999 on purchase price of \$2,200,000—Only means of reducing interest payments on agreement for sale would have been to pay down amount owing, which would have required additional capital—Partnership unable to make profit as effectively under capitalized—No plan existed to raise additional capital to reduce debts of partnership—Inability of venture as capitalized to show profit, even before taking capital cost allowance, clear indication partnership did not have reasonable expectation of profit—As for other criteria: as storage park "going operation" at time purchased by partnership in 1983, no basis for claiming losses incurred related to start-up period—Given all circumstances, partnership did not carry on business with reasonable expectation of profit—Rather, set up as tax shelter, with intention operation of storage park would give rise to large initial losses in order to provide limited partners with tax claims—Reduction of tax herein sole reason for existence of shelter.

WALLS V. CANADA (T-3308-90, T-3309-90, Pinard J., judgment dated 2/2/96, 10 pp.)

Appeal from decision of Tax Court of Canada dismissing appeals of two reassessments by Minister of National Revenue—Appellant German corporation carrying on reinsurance business throughout world—Impugned

INCOME TAX—Continued

reassessments relating to 1985, 1986 taxation years—One of amounts to be included in calculation of investment revenue derived from property used in course of business “Canadian reserve liabilities” (CRL)—Reserves to be considered in calculating CRL provided for in Foreign Insurance Companies Act (FICA)—For 1985, appellant’s unearned premiums (excluding those related to marine insurance) amounted to \$33,104,000—In submitting report to relevant authority, appellant must include reserve equal to unearned premiums of \$33,104,000, less actual acquisition expenses of \$6,829,000—Appellant required to keep reserve in amount of \$26,229,000 to be used for calculating CRL, as required by Income Tax Regulations, s. 2405(3)—In reassessment for 1985, Minister omitting deduction of \$6,829,000 for actual acquisition expenses—In 1986 reassessment, gross unearned premiums of \$39,548,000 used by Minister—Appropriate deduction for deferred policy acquisition expenses of \$8,530,000 again omitted—Minister erred in not taking into account deduction with respect to acquisition expenses, as required by FICA, s. 62(1)(b), when calculating unearned premium reserve to be added to CRL of appellant—Second issue whether to exclude interest on income tax credit balances for purposes of computing plaintiff’s income under Income Tax Act, Part I, whether such interest falls within Act, Part XIII, but excluded by Act, s. 212(1)(b)—Income from interest taxable under Part I, therefore excluded from calculation under Act, Part XIII—Appeal allowed in part—Foreign Insurance Companies Act, R.S.C., 1985, c. 1-13, s. 62(1)(b)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, Parts I, XIII—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 2405(3).

MUNICH REINSURANCE CO. (CANADA BRANCH) v. CANADA (T-3083-91, Richard J., judgment dated 22/2/96, 11 pp.)

Appeal from Tax Court decision allowing taxpayers’ appeal from assessments regarding tax consequences of series of transactions involving acquisitions and dispositions of non-qualified investments made by RRSP trust—Monies paid out to RRSP trust in settlement of debt constituting disbursement for purposes of s. 245(1)—S. 245(1) disallowing income deduction where: (1) transactions outside spirit or scope of section permitting such scheme; and (2) transactions reducing income unduly or artificially—Parliament’s objective to discourage annuitant from holding insecure investments; however, as bank letter of guarantee given to RRSP trust, investment not insecure—Parliament not including provision disallowing acquisition and disposition transactions to happen in series; Parliament disallowing series type transactions elsewhere in Act—Disposition of non-qualified investment in same taxation year resulting in deduction equal to amount of income included; taxpayer knowingly using deduction within same year not bringing transaction outside scope of statutory scheme—Word “artificial” meaning fictitious; nothing fictitious in paying

INCOME TAX—Continued

off indebtedness to RRSP trust—Fact no interest paid to RRSP not sufficient to render disbursement artificial or fictitious—Appeals dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 245(1).

CANADA v. CHAMBERS (T-1418-93, T-1420-93, T-1421-93, Tremblay-Lamer J., judgment dated 15/1/96, 12 pp.)

Appeal, cross-appeal from Tax Court judgment—In late 1960s, early 1970s Amway defrauding Canadian revenue by falsifying value of goods imported into Canada—Undervalued, for duty and excise tax purposes, goods imported to amount of \$84.3 million, thereby avoiding payment of \$28.8 million in customs duties, excise taxes—Customs Act, s. 192 requiring person defrauding revenue by avoiding payment of duty to forfeit value of goods—“Value” defined as duty-paid value including customs duties, excise tax payable had proper value been declared—Revenue Canada serving notices of seizure in total amount of \$155.9 million, representing \$118 million in value of goods imported and \$37 million in duties, taxes payable, total being duty-paid value—As Amway provided no deposits in respect of forfeited sums, Crown commencing four actions in Federal Court in 1980 requesting amount of duty-paid value “by way of forfeiture”—In 1984 commencing action for payment of “customs, duties and sales taxes shortpaid” in amount of \$7.9 million—Minister remitting portion of forfeiture, leaving \$105 million owing—1989 settlement requiring Amway to pay \$45 million, Crown to discontinue five actions—Minister accepting \$7.9 million in respect of payment of duties, taxes because settled 1984 action for recovery of duties, taxes, but assessing balance as made in respect of penalties—Tax Court apportioning \$37.1 million by formula based on assumption represented part payment of penal amounts of forfeitures arising under ss. 180, 192 as well as part payment of duties, taxes enforceable as debt under s. 102—Concluding (1) 1980 actions for recovery of penalty and duties, taxes; (2) because release relieved Amway of future liability for duties, taxes, settlement amount partially attributable to claim for duties, taxes—Whether portion, and if so how much, of \$37.1 million attributable to payment of duties, taxes—Whether portion paid as penalty deductible as business expense—Appeal dismissed; cross-appeal allowed—None of 37.1 million representing payment of duties, taxes—1980 actions for recovery of penalty, based on statements of claim, F.C.A. decisions on two appeals in interlocutory matters—While release absolving Amway from further claims arising out of importations up to 1980, terms of settlement agreement referring only to five existing actions—Release subsequently signed by its general language also precluding any further action by Crown under s. 102 to collect duties, taxes for period covered by 1980 actions, but nothing indicating further s. 102 actions in anyone’s contemplation at time signed—In holding \$105 million including \$20.9 million in

INCOME TAX—Continued

duties, taxes Tax Court misconceiving nature of forfeiture under s. 192(1)—Forfeiture of sum because of false declaration of value of imported goods is of “value”, meaning duty-paid value, including duty, taxes payable had goods been declared at proper value—That total penalty measured in part by reference to amount of unpaid duties, taxes should have been paid not converting that part of penalty into duties, taxes—Sums claimed in four penal actions not including duties, taxes *per se*—Whether amounts expended on fines, penalties as business expense depending on (1) whether expense incurred for purpose of earning income; (2) whether contrary to public policy to allow taxpayer to reduce net income, thus saving taxes, by virtue of paying fine for wrongdoing—Avoidability of offences one test of whether fines deductible as business expense—Question whether taxpayer could reasonably have been expected to run business in consistent conformity with this kind of law—Impossible to conclude deliberate, fraudulent scheme to avoid payment of higher duties, taxes to revenue of Canada unavoidable incident in operation of Amway’s business of importing, selling goods in Canada—As to public policy, fine or penalty not incurred for purpose of producing income unless in all circumstances incurring of penalty unavoidable incident of carrying on business—Contrary to public policy to allow deduction of penalty as business expense where penalty imposed by law for purpose of punishing, deterring those who either intentionally or through lack of care violate laws—Penalties herein fixed by statute—Frustrating purposes of penalties imposed by Parliament if after paying penalties exigible by law, taxpayer able to share cost with other taxpayers—Sentencing courts should not be required to anticipate value of income tax deduction to penalized party—Deductibility of penalties set by courts exercising discretion should be subject to same rules as penalty set by statute—\$37.1 million payment of penalty, not deductible from gross income as expense incurred to earn income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, s. 63, ss. 18(1)(a)—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 2, 18, 102, 160, 161, 163, 180(2), 192(1)(b),(c), 249(1).

AMWAY OF CANADA, LTD. v. CANADA (A-109-95, Strayer J.A., judgment dated 20/2/96, 17 pp.)

Appeal from Tax Court judgment including portion of cost of expense-paid trip taken by appellant and wife to New Orleans on basis appellant received taxable “benefit” under Income Tax Act, s. 6(1)(a)—Appellant account executive of Wellington Insurance Co. responsible for maintaining and developing relationships with independent insurance brokers and encouraging them to sell Wellington insurance policies—Wellington had no sales force of its own and relied on independent brokers who also sold competitors’ insurance—Broker incentive plan awarding trip for two to New Orleans if meeting certain quota of Wellington insurance sales—Appellant and wife attended at New Orleans with successful brokers at employer’s request and expense—

INCOME TAX—Continued

Expenses totalled \$2,353 per person—MNR assumed business portion of cost of trip no greater than 38% for appellant and 25% for wife—Appellant attended as employee of Wellington and at direction of supervisor—Required to make sure “his” brokers had good time—Appellant’s wife expected to attend to “improve relationships”—Tax Court Judge concluded only 20% of appellant’s expenses represented taxable benefit but left unchanged MNR’s assessment with respect to spouse—Concluded principal purpose of trip not personal pleasure—Appeal allowed—Appellant and wife constantly occupied with brokers and wives and had little time for personal pleasure—Important factor: whether material acquisition which confers economic benefit on taxpayer—No part of appellant’s trip expenses should be regarded as personal benefit unless that part represents material acquisition for or something of value to him in economic sense and if part representing material acquisition or something of value mere incident of what was primarily business trip, it should not be regarded as taxable benefit within Act, s. 6(1)(a)—Any pleasure derived by appellant merely incidental to business purposes having regard to fact overwhelming portion of appellant’s time in New Orleans devoted to business activities—Tax Court Judge erred in treating expenses of appellant’s spouse as personal benefit under Act, s. 6(1)(a)—Evidence clear during period of stay in New Orleans, appellant’s spouse attended same meetings as husband with same objectives in mind and devoted vast percentage of time attending brokers and wives—Personal enjoyment merely incidental to primarily business trip by both spouses for purpose of advancing employer’s business interests—Conclusion reinforced by Income Tax Interpretation Bulletin IT-470R—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 6(1)(a).

LOWE v. CANADA (A-172-95, Stone J.A., judgment dated 13/3/96, 14 pp.)

PRACTICE

Appeal from Tax Court decision brought by way of special case pursuant to Federal Court Rules, R. 475—Issue whether plaintiff director may be assessed for Part VIII income tax which corporation failed to pay—Act, Part VIII assisting firms in obtaining external financing for research and development purposes by permitting corporation to renounce undeducted scientific research and development expenditures in favour of investors purchasing securities or loaning funds—Corporation issuing scientific research promissory note in amount of \$1,000,000 and designating same pursuant to Act, Part VIII—Part VIII mechanism requiring tax payment of 50% of designated amount followed by refund entitlement on tax liability of up to 50% of Corporation’s qualifying scientific research expenditures—Corporation failing to pay \$500,000 tax liability as, by Corporation’s estimate, refund entitlement exceeding

INCOME TAX—Concluded

\$500,000—Minister registering certificate against Corporation for amount of \$500,000, ie. \$500,000 not off-set by refund entitlement—Minister assessing refund at lesser amount resulting in tax liability of \$215,173.50—Tax refund created by Act at month-end such that Corporation's liability for income tax never reaching \$500,000 as stated in certificate—Refund and balance of tax payable arising pursuant to Income Tax Act and not by Minister's determination of same; refund deemed payable on account of unpaid taxes when Income Tax Act so provides regardless of when Minister making determination—As \$500,000 certificate not reflecting Corporation's liability under Part VIII of Act, issue whether director liable under s. 227.1 for income taxes owing and unpaid by corporation—Although registration of certificate constituting condition precedent to vicarious liability of directors, amount indicated on certificate not of same importance; basic object of s. 227.1 respected where certificate registered and execution attempted—Incorrect amount on certificate not derogating from adherence to object of legislation—Requirement certificate be for amount of corporation liability directory provision only—Error in certificate not requiring plaintiff's assessment be vacated or varied; plaintiff's liability not excused by reason of such error—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 475—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 227.1 (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. V, s. 90).

KYTE V. CANADA (T-1093-91, Rothstein J., judgment dated 20/11/95, 23 pp.)

Appeal from Tax Court decision allowing taxpayer's appeal against reassessment—Original assessment based on assumption taxpayer not at arm's length with corporation acquiring certain option rights initially granted to taxpayer; reassessment based on ss. 245(2), (3)—Following notice of opposition, Minister confirming reassessment based on assumption taxpayer, corporation at arm's length; tax due under s. 7(1)(b)—On appeal Crown not pleading assumption taxpayer, corporation at arm's length—Judge holding, because of mutually contradictory but unpleaded assumptions made in reassessment process, burden on Crown to show taxpayer, corporation at arm's length—Appeal dismissed—Unpleaded assumptions having no effect on burden of proof: *Pollock, J.A. v. The Queen* (1993), 94 DTC 6050 (F.C.A.)—Crown bearing burden of proving arm's length relationship because fact on which validity of reassessment depended, and since no assumption to that effect pleaded, Crown not having benefit of any reversal of onus—Result not turning on burden of proof as ample evidence establishing nature of relationship—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 7(1)(b) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3), 245(2).

CANADA V. BOWENS (A-507-94, Hugessen J.A., judgment dated 20/2/96, 4 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of PSSRB decision confirming identification, by Executive Committee of Correctional Service, of correctional supervision positions as managerial or confidential in accordance with Public Service Staff Relations Act, s. 5.2, thereby excluding incumbents from bargaining unit represented by applicant, reducing members of bargaining unit from 274 to 12—PSAC challenging decision as unfair labour practice—Application dismissed, MacGuigan J.A. dissenting—*Per Pratte J.A.*: finding of unfair labour practice cannot be made where, as herein, Board finds employer would, in any event, have come to same decision for other motives—Conclusion purely factual and not so clearly erroneous as to warrant Court's intervention—*Per Stone J.A.*: Board's finding employer not improperly motivated above all factual issue and should not be interfered with—Union membership not proximate cause for employer's decision—*Per MacGuigan J.A.* (dissenting): Factual situation herein extent to which management influenced by fact correctional supervisors belonged to same union as employees they supervised—Fact same-union membership factor in management decision must be assumed to have been established—Board made no factual finding on this evidence, apparently assuming sufficient if some "cogent evidence" supporting management decision; in other words, enough if justifiable reason for decision as well as unacceptable one—However, case law to effect if any element of anti-union animus motivating employer's action as a (not the) proximate cause, employer deemed in violation of Act—Managerial decision could be said to be intended to remove benefits of collective bargaining from correctional supervisors affected—In excluding this from consideration despite exigencies of Act, s. 8, even though proximate cause of management decision, Board fell into reviewable error of law—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 5.2 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 33), 8 (as am. *idem*, s. 34).

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-331-95, Pratte, Stone J.J.A. and MacGuigan J.A. dissenting, judgment dated 9/2/96, 13 pp.)

NATIVE PEOPLES

Upon application for judicial review of decision of Regional Director General of Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) recognizing respondent Interim Band Council as legitimate Council of Algonquins of Barrière Lake, applicants filing notice of motion for interim relief staying decision of Regional Director General, Minister of DIAND—Authority of Interim Band Council not recognized by applicants, supporters—Court assuming, without deciding, serious issue to be tried on application for judicial review—Whether, until legality of selection of Interim Band Council confirmed, position taken by Minister

NATIVE PEOPLES—Continued

should be stayed—Court faced with choice as to which decision will least add more fuel to fire—Applicants failing to come to Court with completely “clean hands”—Courts, in deciding whether to grant discretionary relief, should be concerned with whether relief capable of having practical effect, useful purpose—Granting relief requested by applicants would risk turning community towards further politically-motivated turmoil, uncertainty—Status quo on January 22, 1996 incapable of being restored—No irreparable harm by reason of decision on behalf of Minister—Relief sought by applicants not, in longer term, in best interests of community—Application dismissed.

ALGONQUINS OF BARRIÈRE LAKE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-357-96, Gibson J., order dated 23/2/96, 8 pp.)

ELECTIONS

Plaintiff, former Blood Band councillor, deposed by defendants according to Band custom selection process following auditor's report revealing irregularities in departments for which plaintiff responsible—Custom selection process and Band Custom Election Bylaws precluding plaintiff's nomination for new chief—Meanwhile, initial order by Minister of Indian Affairs declaring Blood Band chief and councillors to be selected by elections held in accordance with Indian Act revoked by subsequent order having effect of reverting Band to custom selection process as reflected by band Custom Election Bylaws—Cumulative effect of Minister's order such that Blood Band's election procedures governed by custom selection process—Subsequent order vacating initial order valid as within jurisdiction and powers of Minister (*Badger v. Canada*, [1991] 1 F.C. 191 (T.D.))—Indian Act, s. 78 provision regarding tenure and eligibility for offices of chief or councillor applying only to band councils elected in accordance with Act and not to band councils chosen according to band custom—Word “chosen” suggesting manner of selection of band council not limited to election process; as s. 78 using word “election” such procedure not applicable where band council selected otherwise—Charter, s. 3 right applicable only with respect to federal or provincial election; plaintiff's contention removal from office and preclusion from nomination infringing Charter, s. 3 rights without merit—Charter, s. 7 not infringed as plaintiff neither barred from participating in election as elector nor prevented from pursuing political ambitions in other political arenas—Action dismissed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, s. 78—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. 3, 7.

CROW V. BLOOD BAND (T-3061-90, Heald D.J., judgment dated 30/1/96, 14 pp.)

NATIVE PEOPLES—Continued

Application for extension of time to apply for *certiorari* to quash election of Lilian Big Eagle to Ocean Man First Nation council in December 1993 and *mandamus* to compel Chief and Band Council to select electoral officer and to direct by-election be conducted between Lilian Big Eagle and Tara Parisier—Above named councillors having received equal number of votes, electoral officer chose Lilian Big Eagle on basis was councillor before and, with spoiled ballot, would have won by one—Ocean Man First Nation Constitution, s. 34 providing where two candidates get same number of votes, further poll to be held—Constitution, s. 43 providing reference to Saskatchewan Court of Queen's Bench where violation of Constitution might have affected result of election—Notwithstanding s. 43, judicial review available in Federal Court as Band Council and electoral officer acting pursuant to provisions of Indian Act constitute “federal board, commission or other tribunal” within definition in Federal Court Act, s. 2—Electoral officer erred in declaring Lilian Big Eagle elected in spite of Constitution, s. 34—Order setting aside decision of electoral officer appropriate—However, *mandamus* cannot issue against Chief and Council as period within which run-off election to be conducted expired—Conduct of run-off election responsibility of electoral officer, not Chief and Council—Not within Court's authority to grant remedy against Chief and Council as not parties to impugned decision and have not acted on decision—Would be inappropriate to grant any form of relief against Chief and Council—Application allowed in part—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 “federal board, commission or other tribunal” (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

PARISIER V. OCEAN MAN FIRST NATION (T-1315-94, Gibson J., order dated 31/1/96, 7 pp.)

Application for judicial review to obtain declaration, writ of *quo warranto*, writ of *mandamus*, injunction under Federal Court Act, s. 18—Election for Band Chief, Band Council held on March 14, 1994 by Sioux Valley Indian Band No. 290—Prior to March 14, 1994, Band election procedures governed by provisions of Indian Act—Band considering reverting to set of election procedures based on Band custom—Two plebiscites held on June 28, 30, 1993 to demonstrate support of Band membership for repeal of s. 74 ministerial order—Majority of voters in favour of proposal—Sioux Valley Dakota Oyate Custom Election Code drafted to reduce Band's custom into recognizable form—By order dated February 7, 1994, Deputy Minister revoking ministerial order of December 14, 1989—On or after March 14, 1994, council of Band selected in accordance with custom of Band—Respondent Hall elected to office of Band Chief on March 14, 1994—Applicant appealing election of respondent Hall on basis residency requirement in Code, Regulations not met—Code, paragraph 7 requiring candidates for Band Council to have resided on reserve for past 12 months prior to election—Election Appeals Board

NATIVE PEOPLES—Concluded

ordering new general election be held—Respondent Hall refusing to step down as chief, respondent Band Council refusing to call new election—Whether applicant out of time in bringing application under Federal Court Act, ss. 18(3), 18.1(2)—Issue of limitation provision in relation to writ of *quo warranto*, writ of *mandamus* need not be determined—Court having jurisdiction to grant declaratory relief pursuant to application for judicial review under Federal Court Act, s. 18(1)(a), (3)—Election of Band Council conducted pursuant to Band custom—Whether Code, Regulations reflecting Band's custom—Definition of "elector" in Indian Act, s. 2 not containing requirement elector be resident on reserve—Respondents correct in submitting non-resident Band members should have been given opportunity to vote in plebiscites—Non-compliance with Department's policy having no effect on validity of Deputy Minister's order repealing s. 74 order—No clear evidence establishing which draft version of Code available to voters at time of plebiscite, whether or not contained residency clause—March 14, 1994 election held in accordance with Code—Custom of Band should not necessarily be written into Code, by-laws—Code valid, election having legal basis, results standing subject to ruling of Elections Appeal Board—Conduct of Band, in acquiescing in use of Code, generally acceptable to members of band, upon which broad consensus, therefore reflecting Band's custom—Code in force as of March 14, 1994—Sioux Valley Dakota Oyate Custom Elections Regulations not available to voters at time of plebiscites—Enacted *ultra vires* jurisdiction of Band Council as not submitted to community for approval contrary to enabling provision in Code—Order of Elections Appeal Board declaring new general election be held invalid as Board without jurisdiction to grant such order—Whether respondent Hall disentitled from holding office by virtue of residency requirement set out in Code—Not eligible to run for Chief if did not reside on Reserve for 12 months prior to election date—Respondent Hall did not reside on Reserve as of March 14, 1993—Not eligible to run as candidate for Chief in March 14, 1994 election, not entitled to hold office as Chief—Whether *quo warranto* should issue—One serious impediment to order of *quo warranto*: applicant acquiesced in respondent's candidacy for office of Band Chief—Fact sufficient to render order in nature of *quo warranto* inappropriate—No basis for Court to make order in nature of *mandamus* requiring Band Council to hold new general election—Application allowed in part—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5)—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 74.

BONE V. SIOUX VALLEY INDIAN BAND NO. 290 COUNCIL (T-2517-94, Heald D.J., judgment dated 6/2/96, 41 pp.)

PATENTS

Judicial review of Board's decision within its jurisdiction to consider whether prices applicants charged for ribavirin,

PATENTS—Continued

under brand name Virazole, excessive—Board responsible for ensuring prices charged in Canada for patented medicines not excessive—Based on information obtained from patentee concerning identity of medicines, prices, costs of marketing, making medicine, Board having authority to determine whether prices charged for medicine excessive—Patent Act, s. 83(1) providing where Board finding patentee of invention pertaining to medicine selling medicine at excessive price, may order patentee to reduce maximum price at which selling medicine to specified level—S. 79(2) providing "invention pertaining to a medicine" if invention intended or capable of being used for medicine or for preparation or production of medicine—Patent '264 granted to ICN Pharmaceuticals describing enzymatic process for preparing ribavirin, active ingredient in medicine sold as "Virazole"—Patent '265 granted to Viratech Inc. pertaining to various methods of medical treatment utilizing ribavirin—Board concluding both patents relating to Virazole, had jurisdiction—Application dismissed—Expert nature of Board indicating curial deference in order, but on jurisdictional issue of whether '264, '265 patents intended or capable of being used for medicine or for preparation, production of medicine, standard of review correctness—'264 patent capable of preparing medicine although not useable to create suitable quantities of ribavirin, and not intended by patentee to be used to create industrial quantities of ribavirin—"Capable" in context of Patent Act not meaning "commercially feasible" or "reasonably practicable"—Patent Act, ss. 79 to 103 creating Patented Medicine Prices Review Board enacted in response to abolition of compulsory licensing regime—Parliament's intent to address "mischief" that patentee's monopoly over pharmaceuticals during exclusivity period might cause prices to rise to unacceptable levels—Words of these sections should be read purposively, acknowledging Board's jurisdiction over all patents either intended or capable of preparing or producing medicine, not only those patentee insisting using or deeming feasible—Such restrictive interpretation not meshing with legislative scheme, which does not provide Board any powers to investigate patentee's conduct or actual use of patent—Patentee could avoid Board's jurisdiction simply by asserting not using patented process because commercially infeasible or raw materials not available—'264 patent within Board's jurisdiction—'265 patent comprising uses for ribavirin and ribavirin medicine—"Medicine" in s. 79(2) not meaning only drug as described in product monograph and for which NOC issued—"Medicine" in s. 79(2) given same interpretation as under former compulsory licensing provisions of Patent Act—Phrase "intended or capable of being used for medicine or for preparation or production of medicine" including all medicines, not only those sold pursuant to NOC—Board correctly finding should not go beyond face of patent and construe claims to determine if corresponded to NOC for Virazole—On its face, '265 patent intended for preparation or production of medicine—That finding alone establishing Board's

PATENTS—Continued

jurisdiction—Subsequent to hearing, decision by Board, applicants filing disclaimer specifically disclaiming any claims to any invention in relation to indications for which Virazole approved for sale in Canada—Even if disclaimer valid, Board's authority not terminating because invention disclosed by '265 patent continuing to pertain to ribavirin within meaning of s. 79(2)—Patent disclosed uses, and intended to be used in preparation or production of medicine, including medicines not available for sale pursuant to NOC—Disclaimer invalid—S. 48(4) providing "No disclaimer affects any action pending at the time when it is made, unless there is unreasonable neglect or delay in making it"—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 48(4), 79(2) (as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 83(1) (as am. *idem*), 85 (as enacted *idem*).

ICN PHARMACEUTICALS, INC. V. CANADA (PATENTED MEDICINES PRICES REVIEW BOARD) (T-2541-95, Cullen J., order dated 15/2/96, 18 pp.)

PRACTICE

Application for order under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1) prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing Notice of Compliance (NOC) to Novopharm Limited until expiry of Canadian letters patent Nos 1,291,037 (037 patent) and 1,248,453 (453 patent)—Pharmacia S.p.A. owner of both patents—Under Regulations, s. 4, Pharmacia Inc. filed patent lists for medicine doxorubicin hydrochloride with respect to 037 and 453 patents—Respondent Novopharm Ltd. filing, serving Notices of Allegation with respect to each form of doxorubicin, alleging non-infringement of 037 and 453 patents on basis doxorubicin not coming within patents' claims—Originating notice of motion filed by applicants on September 30, 1993—Respondent required to file and serve detailed statement of legal and factual basis for allegations of non-infringement—Applicants filing motion to strike certain questions and corrected answers from respondent's supplementary record—Impugned answers relevant to issues in proceeding—No prejudice to applicants—Motion dismissed—Respondent's submission regarding powder withdrawn—No amended Notice of Allegation before Court—Construction of patent question of law—Issue of patent infringement matter of law and fact—Only one composition of respondent's liquid doxorubicin—Legal basis for allegation of non-infringement modified—No lack of truthfulness on part of respondent regarding factual information put forward—Whether respondent's allegation of non-infringement of 037 patent justified where doxorubicin purchased from licensed source—On March 20, 1991, three agreements entered into between Cetus companies of which Cetus-Ben Venue Therapeutics (CBVT) is member and Erbamont Inc.—As result of agreements, Cetus intended to sell finished doxorubicin to Novopharm in vials bearing Novopharm labels and packaging—Novopharm intending to

PATENTS—Concluded

resell finished doxorubicin in Canada—Cetus entitled to sell finished product to Novopharm, and Novopharm to resell in Canada—Settlement Agreement, License Agreement, Supply Agreement not expressly requiring product sold by Cetus to Novopharm bear Cetus label—Under Supply Agreement, Cetus could sell to Novopharm doxorubicin with Cetus label—No requirement in License agreement, Supply Agreement finished pharmaceutical specialty bear Cetus labels—Only requirement inclusion of appropriate labels—Cetus could sell finished doxorubicin with Novopharm labels at time of Cetus' first sale to Novopharm—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4, 6(1).

PHARMACIA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2343-93, Weiston J., order dated 22/2/96, 10 pp.)

PENITENTIARIES

Application for declaration, order quashing decisions (a) to deduct room and board from payments to or on account of applicants from third party employers and (b) to require signature of consent to such deductions as condition of work release prior to January 24, 1996—Applicants serving federal prison sentences—Employed under work release arrangement during incarceration—Salaries paid by employers—Corrections and Conditional Release Act, s. 78 permitting Commissioner to authorize payments to inmates at rates approved by Treasury Board and to make deductions from those payments in accord with Regulations made under s. 96(z.2)—Corrections and Conditional Release Regulations, s. 104(4) providing inmate paid in accord with s. 78 may be required to pay room and board in accord with Commissioner's Directive—Commissioner's Directive 860 requiring as condition of participation in any income generating employment that inmate sign consent to have room and board deducted from pay—Amendments to s. 78(2) enacted as S.C. 1995, c. 42, s. 20, effective January 24, 1996 authorizing deductions after January 24, 1996—Application allowed—Commissioner not authorized to deduct room and board from pay received by applicants from outside employers not paying applicants from public funds or on basis of pay rates approved by Treasury Board as set out in s. 78—At relevant time, s. 78(2) allowing deductions only in connection with payments described in s. 78(1) i.e. payments to offenders, authorized by Commissioner at rates approved by Treasury Board—Applicants not paid under that provision; paid at rates approved by respective employers, not by Commissioner or Treasury Board—Act, s. 96(z.2) permitting regulations respecting deductions which may be made from payment authorized under s. 78(1)—Regulations, s. 104(4) permitting deductions for room and board only where inmate paid pursuant to s. 78(1)—Neither Act nor Regulations authorizing deductions from income sources other than payments received as

PENITENTIARIES—Concluded

authorized by Commissioner at rates approved by Treasury Board—Act, ss. 3, 4, 5, 18(3) not authorizing deductions given express provisions of ss. 78, 96(z.2)—Where provision expressly mentioning one or more items but silent with respect to other comparable items, presumption silence deliberate and reflecting intention to exclude items not mentioned: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed., Ruth Sullivan, 1994)—As Act expressly permitting deductions from certain types of payments, i.e. those covered by s. 78(1), by implication deductions from payments not covered by s. 78(1) not permitted—As s. 96(z.2) expressly permitting regulations, Commissioner's Directives to be made respecting deductions from pay received pursuant to s. 78(1), Act implicitly not authorizing regulations, Commissioner's Directive to be made authorizing deductions from payments to inmates not received under s. 78(1)—Commissioner's Directive 860 *ultra vires* to extent authorizing Commissioner to deduct amounts for room and board from pay received by or on account of applicant at rates approved by respective employers, not by Treasury Board—Respondents unable to rely on consent form signed by applicants—Contract void where terms prohibited, directly or implicitly by legislation: *Prince Albert Properties & Land Sales Ltd. v. Kushneryk*, [1955] 5 D.L.R. 458 (Sask. C.A.)—Failure to follow internal grievance procedure not precluding exercise of discretion to grant relief sought—Regulations, s. 81 suspending grievance procedure until application for legal remedy completed or abandoned—Contemplating legal proceedings at option of person with grievance—Commissioner's lawful authority ultimately determinable by judicial review—No unusual circumstances precluding exercise of discretion to grant appropriate remedies—Any unfairness in resulting treatment of inmates arising from legislation—For Parliament, not Court to remedy unfairness—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4, 5, 18, 78 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 20), 96(z.2) (as am. *idem*, s. 25)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 104(4).

DORAN V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONAL SERVICES) (T-3034-94, MacKay J., order dated 22/2/96, 14 pp.)

PRACTICE**COSTS**

In judgment in main case, rendered January 8, 1996, reasons stated there would be no order as to costs in view of both parties' conduct leading up to collision between *Nordpol* and *Kootenay*—Application by plaintiff for order pursuant to RR. 337(5) and 344 reflecting reconsideration of terms of pronouncement respecting costs—Plaintiff alleging matters respecting issue of costs have been overlooked or accidentally omitted—In *Stuart v. Can.*, [1989] 5 W.W.R.

PRACTICE—Continued

163 (F.C.T.D.), Trial Judge therein stated R. 344(7) intended to allow for giving of directions within context of award of costs already made but not alteration of award itself—As nothing overlooked or accidentally omitted, no jurisdiction to reconsider judgment with respect to costs—Matter for appeal—Even if reconsideration permitted, conclusion would have been same—Application dismissed, no order as to costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5), 344.

NORDHOLM I/S V. CANADA (T-1215-89, Gibson J., order dated 9/2/96, 4 pp.)

Application for order directing Apotex Inc. to pay applicants' costs in respect of application for judicial review—In proceedings commenced under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, applicants seeking prohibition from issuing notice of compliance to Apotex Inc. in respect of medicine Salbutamol—In October 1995 applicants seeking Apotex' consent to order, referring Apotex to June, 1995 F.C.T.D. decision disposing of sole issue raised herein—In granting order, Richard J. following that decision—R. 1618 providing no costs payable in respect of application for judicial review unless Court for special reasons, so ordering—Applicants submitting special reasons exist based on private nature of proceedings, settlement offer, interlocutory cost order against Apotex—Respondent submitting litigant always entitled to question previous decision as being "manifestly wrong"—Application dismissed—Costs should not be awarded routinely in any application for judicial review, including proceedings under Regulations—Issue of costs under R. 1618 should be dealt with only after application for judicial review completed—Court must find "special reasons" for ordering costs in application for judicial review—Success on application not special reason—Court awarding costs, sometimes on solicitor-client basis by reason of party's conduct, ex. where reversal of position greatly contributing to respondent's costs and necessity for judicial review (*Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 (C.A.)), or where respondent willing to consent to application from outset, but applicant insisting matter be fully litigated (*Chan v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 82 F.T.R. 244 (F.C.T.D.))—No special reasons to award costs to applicants under R. 1618 herein—Applicants not raising July 1995 decision until week preceding date fixed for hearing—Respondent arguing case should not be followed in this proceeding—Open to it to do so—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

GLAXO GROUP LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1983-93, T-2025-93, Richard J., order dated 21/2/96, 7 pp.)

Appeal from Trial Judge's finding information deleted by appellants from appellants' supplementary affidavit of

PRACTICE—Continued

documents not protected by public interest immunity—Appeal dismissed—If appellants wish to assert public interest immunity in respect of deleted portions of supplementary affidavit of documents, they should do so within ten days of date hereof by making faithful compliance with requirements of Canada Evidence Act, s. 39 in fresh certificate—With respect to costs, Trial Judge marked displeasure with appellants' counsel for electing to delete material from documents without saying so in clear and unmistakable terms—Appeal made necessary solely because of appellants' own missteps in preparing supplementary affidavit of documents and certificate by not effectively invoking s. 39 immunity in respect of deleted portions of documents in controversy—Respondents should therefore have costs of appeal on solicitor and client basis including all necessary and reasonable disbursements, in any event of cause—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

CANADA V. PUDDISTER TRADING CO. (A-275-95, Stone J.A., judgment dated 19/3/96, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Motion by respondent Apotex Inc. under RR. 337(5)(b), 1733 for order varying terms of previous order dated May 26, 1995—Previous order allowing application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing Notice of Compliance to Apotex Inc. in respect of medicine lisinopril, until after expiration of Canadian Letters Patent 1,275,350 and 1,288,351—Final judgment of Court can only be reconsidered or corrected under R. 337(5), (6) or set aside under R. 1733—Neither R. 337(5)(b) nor R. 1733 apply herein—No modification of order necessary—R. 337(5) contemplating oversight on part of Court, not party—Inappropriate for judge to deal with application under R. 1733 in respect of own judgment where appeal from judgment pending—1,288,351 patent on patent list, not lapsed when application for prohibition commenced—Lapsed in March 1995, therefore expired—Minister no longer prohibited in respect of '351 patent—Previous order clear, need not be varied—Apotex not prejudiced by present form of order—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5), 1733.

ZENECA PHARMA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1968-93, Richard J., order dated 1/3/96, 7 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Appeal from Trial Division order dismissing motion to strike statement of claim on ground disclosing no reasonable

PRACTICE—Continued

cause of action—Statement of claim arising from concerns raised by Band members regarding elections procedures—Deference normally due to exercise of discretionary power by Motions Judge not applying as no reasons for order given—Indian Band Council constituting "federal board, commission or other tribunal" within meaning of Federal Court Act—Court having jurisdiction to address issue but only in context of s. 18 application and not in context of action initiated by way of statement of claim—Relief sought cannot be granted in context of action—Act, s. 18.4(2) precluding conversion of action into application for judicial review—Even if conversion allowed, 30-day limitation period past—Appeal allowed with costs to appellants—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

WILLIAMS V. LAKE BABINE BAND (A-649-95, Robertson J.A., judgment dated 5/2/96, 4 pp.)

Particulars

Most matters in issue occurred before or shortly after Great War—Most probable evidence will be mostly, if not entirely, documentary—Plaintiff seeking order requiring defendant to indicate which documents relied upon to support case—So far as bulk of particulars concerned, request to identify documents request for evidence—Nature of defendant's case and facts on which based sufficiently particularized for purpose of pleading, with exception mentioned hereafter—As R. 409 requiring particular pleading of any statute of limitations, therefore, sections of Alberta Limitation of Actions Act, 1980 other than those set out in pleading must be specifically pleaded—With regard to pleadings of laches, acquiescence, delay and waiver, particulars requested and defendant in reply indicated any facts in support of such pleadings would be supplied after discovery of plaintiffs, implying defendant having no knowledge of any facts on which to base allegations—As noted by Addy J. in *Caterpillar Tractor Co. v. Babcock Allat Ltd.* (1982), 67 C.P.R. (2d) 135 (F.C.T.D.), when becomes apparent party having no facts to support pleading, it should not be permitted to stand, and implied that at pleading stage, appropriate to demand particulars of such facts—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 409.

MONTANA BAND V. CANADA (T-617-85, Giles A.S.P., order dated 19/1/96, 3 pp.)

Action in damages by plaintiffs, insurers, to recover insurance money (\$203,775) paid out for destruction of vessel *Radiant* on grounds fire not accidental but "arranged deliberately" by defendant Wood, employee of corporate defendant (statement of claim, paragraph 9)—Defendants applied for particulars with respect to allegation of fraud and dishonesty—Motion allowed—Federal Court Rule 409 requiring fraud be pleaded specifically—Allegation in

PRACTICE—Concluded

paragraph 9 did not do so—R. 415(1) providing every pleading shall contain necessary particulars of allegations of fraud—Paragraph 9 not specifying how fire arranged deliberately—Plaintiffs must allege material facts sufficient to determine grounds upon which allegation of fraud lies—General allegations not sufficient—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 409, 415(1).

COMMERCIAL UNION ASSURANCE CO. PLC. v. M.T. FISHING CO. LTD. (T-2488-95, Dubé J., order dated 23/1/96, 5 pp.)

SERVICE

Application to set aside default judgment; allow defendants (Haydn, Marmaras) to file conditional appearance; declare service of statement of claim invalid—Service upon Haydn, Marmaras effected by serving statement of claim, default judgment upon purported agent, Amican Navigation Inc.—Amican not defendants' agent within R. 310(2)—Amican signed bill of lading on behalf of master of ship—Amican, as agent for Pegasus, charterer, authorized to sign bills of lading by virtue of charter-party—Pegasus, Amican authorized, on behalf of Haydn to attend to ship's husbandry—Neither husbandry authority nor authority to issue bills of lading sufficient to make Amican person whose services regularly used by Haydn, Marmaras so as to allow service of statement of claim, default application upon Haydn, Marmaras to be made upon Amican—Requirements of R. 310 must be strictly adhered to—Substitutional service only effected under these provisions when prospective defendants in ordinary course of business enter into transactions in Canada, regularly make use of services of person served for purposes of transaction in question—Existence of all these elements cannot be presumed by Court: *Mona Lisa Inc. v. The Carola Reith*, [1979] 2 F.C. 633 (T.D.)—Motion allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 310(2).

PORTBEC FOREST PRODUCTS LTD. v. BOSPORUS (THE) (T-556-92, Nadon J., order dated 22/2/96, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE

Application for judicial review of deployment investigator's decision determining deployment action taken within Department of Public Works and Government Services should be upheld and applicant's complaint dismissed—Whether deployment herein made in manner directed by Treasury Board, as provided in Public Service Employment Act, s. 34.2(1)—Application allowed—Treasury Board (TB) directives providing for 10-day advance notice of deployment in work unit to which deployment has been or about to be made and requiring departments to establish deployment policies and procedures providing for advance notice of upcoming deployment opportunities—Applicant herein given no advance notice—Notice given in accordance with

PUBLIC SERVICE—Concluded

draft departmental policy requiring no advance notice—Draft policy failed to comply with TB's requirement—Investigator erred in concluding no advance notice required as departmental policy did not state advance notice must be given—Advance notice provision required to be included in Department's policy—Argument Investigator's decision should stand as applicant could not have met qualifications rejected—Sufficient applicant would have had opportunity to argue restriction in qualifications unfair or unreasonable—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 34.2(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 22).

VAVRECKA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-469-95, Gibson J., order dated 13/3/96, 8 pp.)

JURISDICTION

Appeal from decision striking out paragraphs requesting order of reinstatement, asserting respondents exceeding jurisdiction under Public Service Employment Act, s. 29 by treating expiration of term of deployment agreement as discontinuance of function justifying layoff, requesting declaration of unlawful dismissal—That plaintiff could have sought relief for alleged illegal lay-off under Public Service Employment Act, Public Service Staff Relations Act cited as reason for striking paragraphs—Common ground PSSRA could provide no relief of any kind to laid off person—Public Service Employment Act, s. 7.1 permitting Commission to conduct investigations, audits on any matter within its jurisdiction—Decision to lay off under s. 29(1) reserved exclusively to deputy head; Commission's jurisdiction thereunder limited to making of regulations—That jurisdiction not including power to remedy any allegedly improper application of statute or regulations by deputy head—No other provision providing relief—Appeal allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 7.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 8), 29(1) (as am. *idem*, s. 19)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

BANERD v. CANADA (A-676-94, Hugessen J.A., judgment dated 28/2/96, 4 pp.)

RCMP

Application to strike statement of claim for failure to disclose cause of action; for summary judgment by reason of expiry of limitation period; for order to provide particulars of allegations—Plaintiff employed by RCMP from 1975 to resignation May 19, 1990—Statement of claim filed May 15, 1992—Alleging (1) sexual harassment by colleagues, unchecked by supervisors; (2) by permitting harassment causing pain, suffering, loss of enjoyment of life, defendant breaching terms of employment contract; (3) breach of Charter right to be treated fairly, without discrimination based on sex—Application dismissed except portion of

RCMP—Concluded

statement of claim alleging infringement of Charter rights struck out—(1) According to Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 laws of Alberta apply as cause of action arising in that province—Limitation of Actions Act, ss. 51, 52 providing action for damages founded on breach of contract may be commenced within 2 years after cause of action arose—Plaintiff seeking recovery for alleged harm caused over ten-year period—Knowing had cause of action day of resignation—Action within limitation period—(2) Plaintiff providing four-page summary of two dozen incidents of alleged harassment—On application for further particulars, prothonotary ordering plaintiff to provide enumerated list of fourteen particulars, consisting of dates, names to enable Crown to narrow dates during which harassments took place for purposes of locating documents, interviewing individuals—Amended particulars providing names, dates as ordered—Without production of documents in care, possession of Crown, plaintiff not expected to remember minute details, dates of “continuous and general harassment”—Adequate disclosure provided—(3) Not settled law members of RCMP entering into employment contract—May be other issues of contract law which could apply to members of RCMP—Plaintiff should have opportunity to lead evidence at trial of unofficial discrimination at former workplace after full discovery, argument—(4) Regulations setting out code of conduct governing conduct of RCMP members—When those who oversaw duties of plaintiff acted in contravention thereof, acting outside authority, not on behalf of Crown—Charter not applying to common law unless basis of some governmental action: *Hill v. The Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130—Plaintiff would not succeed at trial on Charter argument—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 3, 32 (as am. *idem*, s. 31)—Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, ss. 4(1)(c)(ii), 51, 52—Royal Canadian Mounted Police Regulations, SOR/88-361, s. 48 (as am. by SOR/94-219, s. 19)—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-12, s. 25 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15—Federal Court Rules, C.R.C. c. 663, RR. 419, 427.

MCMILLAN V. CANADA (T-1124-92, Jerome A.C.J., order dated 9/2/96, 12 pp.)

TRADE MARKS**REGISTRATION**

Appeals from Registrar’s rejection of opposition to application for registration of “Firstbank Cash Management Account” and “Firstbank Cash Management Account

TRADE MARKS—Continued

Design”, each based on proposed use in Canada in association with “banking services”—Respondent disclaiming right to exclusive use of words “cash management account” apart from trade-mark as whole—Through predecessor in title, appellant using trade marks “Cash Management Account”, “Merrill Lynch Cash Management Account”, “CMA”, “CMA & Design” in association with financial services in Canada from 1985 until withdrawing from business in Canada in 1990—Bank of Montréal using trade-mark “Firstbank” alone and in combination with descriptive words or phrases to identify banking services since 1973—Registrar critical of evidence before him on behalf of appellant with respect to spill-over effect of advertising in American periodicals—Finding (1) no confusion with appellant’s registered mark; (2) no likelihood of confusion with appellant’s unregistered mark as appellant’s prior use of mark not establishing reputation and trade-mark use of mark in Canadian market giving rise to confusion; (3) appellant not establishing degree of distinctiveness for its mark “Cash Management Account” sufficient to negate distinctiveness of applied for mark—Appeals dismissed—Appellant filing additional affidavit evidence concerning advertising placed in prominent North American magazines, Canadian newspapers, periodicals; success of “Cash Management Account” operation in Canada from 1986 to 1989 in terms of number of accounts opened, value of assets administered; extensive display of appellant’s trade marks in provision of services in association with which used—(1) Registrar applied proper principles to evidence when stating effect of each of trade-mark as whole not resulting in confusion because of inherent distinctiveness of those portions which will create lasting impressions with relevant public because of renown or notoriety—(2) Burden on opponent to registration to actually show prior use of mark as trade mark before relying on s. 16—When burden discharged, applicant for registration must show no confusion with opponent’s mark if applied-for mark registered—None of evidence filed before Registrar, Court going to issue of “recognition by public” of “Merrill Lynch Cash Management Account”—Based on evidence before him, Registrar’s conclusions with respect to reputation in Canada of appellant’s marks, and with respect to issue of confusion, correct—(3) S. 2 defining “distinctive” in relation to trade mark for service as trade mark actually distinguishing services in association with which used by owner from wares and services of others, or that is adapted to so distinguish them—Relevant date for determining distinctiveness date of filing of statements of opposition—Registrar correctly concluding appellant’s unregistered mark not distinctive, respondent’s marks distinctive enough to distinguish them from appellant’s registered mark—In failing to provide evidence of officer with first-hand knowledge who could have attested more directly, authoritatively to appellant’s “cash management account”, without explanation, Court inferring no evidence more favourable to appellant than that provided—In absence of direct evidence,

TRADE MARKS—Concluded

inference at least some recognition by public of mark "Cash Management Account" as appellant's trade-mark, that mark becoming known to some extent in Canada and some reasonable probability of confusion if respondent's marks registered, used—On totality of evidence, bearing in mind Court's discretion unfettered and appeal functions as trial *de novo* by reason of filing of fresh evidence, Court unable to conclude extent of operations significant in relation to totality of market in Canada to which operations directed—Evidence not establishing reputation in trade of appellant with regard to mark "Cash Management Account"—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 6(5), 12(1)(d), 16(3)(a), 56.

MERRILL LYNCH & CO., INC. v. BANK OF MONTREAL (T-425-94, T-426-94, Gibson J., judgment dated 27/2/96, 25 pp.)

Appeal from decision of Registrar of Trade-Marks rejecting appellant's opposition to registration of "Sugarplum Fairy" as trade mark—Appellant owner of trade mark "Sugar Plum" registered for use in connection with sliced and prepared meats, poultry—Respondent seeking registration of trade mark "Sugarplum Fairy" for use in connection with candy, catering services—Test for confusion described in Trade-marks Act, s. 6—Registrar concluding appellant's mark possessed "fair degree of inherent distinctiveness" and "would have become known to fair extent in Canada"—Also concluding respondent's mark possessed "some inherent distinctiveness" as result of use of word "Fairy" as part of mark—Distinctiveness arising vis à vis application of mark "Sugar plum Fairy" to candy—Registrar's conclusions neither unwarranted nor incorrect—Description of appellant's mark not wrong—Wares said to be intrinsically different—While burden of proof rests with respondent, absence of evidence with respect to any given fact not to be treated as favouring appellant—Registrar entitled to assume catering services not normally ancillary business for wholesale and retail meat suppliers—Resemblance both visually and aurally between marks but ideas suggested by them quite different—Registrar making no error—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6.

GAINERS INC. v. MARCHILDON (T-1530-94, Reed J., judgment dated 12/3/96, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Umpire's decision confirming Board of Referees' finding, on material before them, that there had been termination of respondent's employment upon bankruptcy of his employer—Application dismissed—Even though trustee agent of bankrupt, fact remains respondent subsequently hired by trustee by virtue of new contract of employment entered into pursuant to new collective agreement concluded between union and trustee

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

subsequent to date of bankruptcy—New employment—Payment received by respondent under Ontario Employee Wage Protection Programme therefore triggered by respondent's termination due to bankruptcy and properly allocated to weeks following date of bankruptcy—Umpire committed minor error in viewing \$4,000 payment received by respondent as being only \$3,600 net of income tax deducted at source in amount of \$400.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. VAN DER VEEN (A-560-94, Hugessen J.A., judgment dated 6/2/96, 2 pp.)

Respondent decided not to file claim for unemployment insurance benefits in timely fashion in view of possibility benefits would be garnished under then existing garnishment order issued pursuant to provincial maintenance enforcement legislation—Rather, chose to wait until she and husband negotiated maintenance issue before filing and then requested claim be antedated—Respondent attempting to reach settlement with husband with respect to amount of arrears in court-ordered child support payments and reduction in monthly support obligation—Application for judicial review of Umpire's decision allowing appeal from Board of Referees' decision dismissing appeal from Commission's decision refusing claimant's request to antedate claim on ground claimant did not have good cause for delay—Application allowed—No legal basis on which Umpire could interfere with Commission's decision upheld by Board—Act cannot be invoked so as to defeat objectives underlying another statutory regime and to negate intended effect of valid court order—Claimant did not possess unilateral right to defer receipt of monies otherwise payable under Act—Any dispute with respect to actual amount in arrears could not override claimant's obligation to provide child support as required by court order, or her husband's right to obtain payment on behalf of child as reflected in garnishment order—Whether or not claimant acting on advice of lawyer totally irrelevant.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. EHMAN (A-360-95, Robertson J.A., judgment dated 9/2/96, 5 pp.)

Second application for judicial review on same matter as rendered on referral back to Umpire by this Court—Umpire had allowed appeal from Board of Referees' decision declining to intervene in exercise by Commission of discretionary power to refuse extension of time claimed by respondent under Act, s. 82—Application was allowed and matter referred back to Umpire—On referral, Umpire again erred in allowing appeal and granting extension in absence of any indication Commission had initially exercised discretion in "non-judicial" manner—Misunderstood instructions of Court—Umpire simply proceeded to new evaluation of facts without first addressing question of whether Commission could be said to have acted unjudicially—Court

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

therefore reviewed comments of Umpire and of Board and analysed evidence on file, and concluded no evidence Commission failed to take into account any explanation or excuse given by claimant-respondent for his delay in filing appeal long after 30-day limit—In circumstances, Court stating Umpire does not have jurisdiction to grant appeal from Board's refusal to intervene—Application allowed;

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

impugned decision set aside and matter again referred back to Umpire for new decision not inconsistent with present reasons—Unemployment Insurance Act, R.S.C., c. U-1, s. 82.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KNOWLER
(A-445-95, Marceau J.A., judgment dated 8/2/96, 3 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 d'une décision de l'arbitre confirmant la conclusion du conseil arbitral, au vu des documents soumis, que l'emploi de l'intimé avait pris fin au moment où son employeur avait fait faillite—Demande rejetée—Même si le syndic était le mandataire du failli, il n'en demeurerait pas moins que l'intimé avait été embauché par la suite par le syndic en vertu d'un nouveau contrat de travail signé dans le cadre d'une nouvelle convention collective conclue entre le syndicat et le syndic après la date de la faillite—Nouvel emploi—Le paiement que l'intimé avait reçu dans le cadre du Programme de protection des salaires des employés de l'Ontario résultait du fait qu'il avait cessé de travailler par suite de la faillite, et que ce paiement avait été affecté à bon droit aux semaines suivant la date de la faillite—L'arbitre a commis une légère erreur en considérant que le paiement de 4 000 \$ reçu par l'intimé s'élevait à 3 600 \$ seulement, après déduction d'un montant d'impôt sur le revenu de 400 \$ retenu à la source.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. VAN DER VEEN (A-560-94, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 6-2-96, 2 p.)

L'intimée a décidé de ne pas demander de prestations d'assurance-chômage en temps utile parce qu'il se pouvait que les prestations soient saisies en vertu d'une ordonnance de saisie-arrêt alors en vigueur et rendue conformément aux lois provinciales sur l'exécution des ordonnances alimentaires—La prestataire a plutôt choisi d'attendre que la question des aliments soit réglée avec son mari avant de présenter sa demande et elle a ensuite demandé que sa demande soit antidatée—La prestataire essayait de s'entendre avec son mari sur le montant des arriérés de pension alimentaire pour enfants et une réduction de l'obligation alimentaire mensuelle—Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre faisant droit à un appel de la décision du conseil arbitral rejetant l'appel de la décision de la Commission refusant de faire droit à la demande de la prestataire d'antidater la demande aux motifs qu'elle n'avait pas de justification valable pour le retard—La demande est accueil-

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

lie—Il n'existe pas de fondement légal qui permette au juge-arbitre d'intervenir dans la décision rendue par la Commission puis confirmée par le conseil—Les dispositions de la Loi ne peuvent pas être invoquées à l'encontre des objectifs qui sous-tendent un autre régime réglementaire ni de manière à annuler l'effet prévu d'une ordonnance judiciaire valide—La prestataire n'avait pas le droit de reporter unilatéralement le versement qui serait fait sans cela, en vertu de la Loi—Tout litige concernant le montant réel des arriérés ne pouvait annuler l'obligation de la prestataire de fournir une pension alimentaire pour enfant, comme il était prévu dans l'ordonnance judiciaire, ni le droit de son mari d'obtenir paiement au nom de l'enfant en application de l'ordonnance de saisie-arrêt—Que la prestataire ait agi ou non selon les conseils de son avocat est totalement dénué d'intérêt.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. EHMAN (A-360-95, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 9-2-96, 5 p.)

Il s'agit d'une deuxième demande de contrôle judiciaire pour une même affaire rendue sur un renvoi au juge-arbitre par la présente Cour—Un juge-arbitre avait accueilli un appel formé contre une décision d'un conseil arbitral en vertu de laquelle le conseil avait refusé d'intervenir dans l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire de refuser la prorogation du délai d'appel revendiquée par l'intimé, conformément à l'art. 82 de la Loi—La demande initiale a été accueillie et l'affaire renvoyée au juge-arbitre pour une nouvelle décision—Dans le renvoi, le juge-arbitre a encore commis une erreur en accueillant l'appel et en accordant la prorogation en l'absence d'une quelconque indication que la Commission avait initialement exercé son pouvoir discrétionnaire de façon «non judiciaire»—Les instructions de la Cour ont été mal comprises—Le juge-arbitre a pris sur lui de simplement évaluer à nouveau les faits et d'accorder la prorogation demandée sans d'abord régler la question de savoir si la Commission a agi de façon non judiciaire—La Cour a examiné les observations du juge-

ASSURANCE CHÔMAGE—Fin

arbitre et du conseil et a analysé la preuve présentée, et elle a conclu que rien ne pourrait lui faire conclure que la Commission avait omis de prendre en compte une explication ou une excuse du prestataire-intimé pour son retard dans le dépôt de son appel bien après le délai de trente jours—Dans ces circonstances, le juge-arbitre n'a pas compétence pour accueillir l'appel formé contre le refus d'intervenir du conseil—Demande accueillie; la décision contestée est donc infirmée et l'affaire renvoyée devant le juge-arbitre pour une nouvelle décision conformément aux présents motifs—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C., ch. U-1, art. 82.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KNOWLER (A-445-95, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 8-2-96, 3 p.)

BREVETS

Contrôle judiciaire de la décision du Conseil portant qu'il a compétence pour examiner si les prix demandés par les requérantes pour la ribavirine, sous la marque Virazole, sont excessifs—Le Conseil est chargé de veiller à ce que les prix demandés au Canada pour les médicaments brevetés ne soient pas excessifs—Sur la foi des renseignements obtenus des brevetés et ayant trait à l'identification des médicaments, au prix de vente, aux coûts de leur réalisation et de leur mise en marché, le Conseil a le pouvoir de déterminer si le prix demandé pour un médicament est excessif—Aux termes de l'art. 83(1) de la Loi sur les brevets, le Conseil peut ordonner à un breveté de baisser le prix de vente maximal d'un médicament à un niveau précisé lorsque, à son avis, ce médicament est vendu à un prix excessif—Suivant l'art. 79(2), «une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins»—Le brevet '264 accordé à ICN Pharmaceuticals décrit le processus enzymatique entrant dans la préparation de la ribavirine, ingrédient actif du médicament vendu sous le nom de «Virazole»—Le brevet '265 accordé à Viratech Inc. est lié à diverses méthodes de traitement médical utilisant la ribavirine—Le Conseil a conclu que les deux brevets étaient liés au Virazole et qu'il avait compétence—Demande rejetée—En raison de son expertise, une certaine retenue judiciaire s'impose à l'égard du Conseil, mais quant à la question juridictionnelle de savoir si les brevets '264 et '265 sont destinés à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptibles d'être utilisés à de telles fins, la norme de contrôle applicable est celle de la justesse—Le brevet '264 est susceptible d'être utilisé dans la préparation de médicaments, bien qu'on ne puisse s'en servir pour créer des quantités appréciables de ribavirine et que le breveté ne l'ait pas destiné à créer des quantités industrielles de ribavirine—Dans le contexte de la Loi sur les brevets, le mot «susceptible» ne signifie pas «commerciallement faisable» ou

BREVETS—Suite

«raisonnablement faisable»—Les art. 79 à 103 de la Loi sur les brevets, établissant le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, ont été édictés en réponse à l'abolition du régime des licences obligatoires—Le législateur visait à «réformer une situation», savoir empêcher que le monopole exercé par un breveté sur un produit pharmaceutique pendant la période d'exclusivité puisse entraîner une hausse inacceptable des prix—Il convient de donner au texte de ces articles une interprétation fondée sur l'objet visé, en reconnaissant la compétence du Conseil sur tous les brevets, qu'ils soient destinés à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptibles d'être utilisés à ces fins, et non seulement sur les brevets que le breveté dit utiliser ou dont il juge l'utilisation possible—Une telle interprétation restrictive ne concorde pas avec le cadre législatif, lequel ne confère au Conseil aucun pouvoir d'enquête sur la conduite du breveté ou l'utilisation réelle du brevet—Le breveté pourrait se soustraire à la compétence du Conseil simplement en affirmant ne pas utiliser le processus breveté parce que celui-ci n'est pas commercialement réalisable ou qu'il ne dispose pas de la matière première—Le brevet '264 relève de la compétence du Conseil—Le brevet '265 prévoit les utilisations de la ribavirine et du médicament ribavirine—Le mot «médicament» employé à l'art. 79(2) ne désigne pas seulement le médicament décrit dans la monographie de produit et à l'égard duquel un avis de conformité a été délivré—Le mot «médicament» employé à l'art. 79(2) doit recevoir la même interprétation que dans le cadre des dispositions antérieures établissant le régime des licences obligatoires—Les mots «destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins» englobent tous les médicaments, et non seulement ceux qui sont vendus en vertu d'un avis de conformité—Le Conseil a conclu à bon droit qu'il ne devait pas aller au-delà du texte même du brevet et en interpréter les revendications en vue de déterminer si elles correspondent à l'avis de conformité délivré à l'égard du Virazole—À sa face même, le brevet '265 est destiné à la préparation ou à la production d'un médicament—À elle seule, cette conclusion établit la compétence du Conseil—Subséquent à l'audition et à la décision du Conseil, les requérantes ont déposé un acte de renonciation par laquelle elles renoncent expressément à toute revendication à toute invention relativement aux indications pour lesquelles la vente de Virazole est approuvée au Canada—Même si cette renonciation est valide, elle ne met pas fin à la compétence du Conseil parce que l'invention divulguée par le brevet '265 continue d'être liée à la ribavirine au sens de l'art. 79(2)—Le brevet divulguait des utilisations et il était destiné à la préparation ou à la production de médicaments, y compris de médicaments non offerts en vente en vertu d'un avis de conformité—La renonciation est invalide—Aux termes de l'art. 48(4), «[d]ans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n'a d'effet, sauf à l'égard de la négligence ou du retard inexcusable à la faire»—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985),

BREVETS—Suite

ch. P-4, art. 48(4), 79(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 83(1) (mod., *idem*), 85 (édicte, *idem*).

ICN PHARMACEUTICALS, INC. C. CANADA (CONSEIL D'EXAMEN DU PRIX DES MÉDICAMENTS BREVETÉS) (T-2541-95, juge Cullen, ordonnance en date du 15-2-96, 18 p.)

PRATIQUE

Requête en vue d'obtenir, sous le régime de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à Novopharm Limited avant l'expiration des lettres patentes canadiennes n^{os} 1,291,037 (brevet 037) et 1,248,453 (brevet 453)—Pharmacia S.p.a. est titulaire des deux brevets—Conformément à l'art. 4 du Règlement, Pharmacia Inc. a déposé une liste de brevets pour le médicament appelé «doxorubicine chlorhydrique» à l'égard des brevets 037 et 453—L'intimée Novopharm Ltd. a déposé et signifié des avis d'allégation à l'égard de chacune des formes de doxorubicine, alléguant l'absence de contrefaçon des brevets 037 et 453 au motif que la doxorubicine n'est pas visée par les revendications des brevets—Les requérantes ont déposé un avis de requête introductif d'instance le 30 septembre 1993—Obligation a été faite à l'intimée de déposer et de signifier un exposé détaillé des questions de droit et de fait sur lesquelles se fondent ses allégations d'absence de contrefaçon—Les requérantes ont déposé une requête visant à faire radier certaines questions et corriger des réponses figurant au dossier supplémentaire de l'intimée—Les réponses contestées sont pertinentes quant aux questions soulevées en l'espèce—Aucun préjudice causé aux requérantes—Requête rejetée—L'intimée a retiré sa demande à l'égard de la poudre—Aucun avis d'allégation modifié n'a été soumis à la Cour—L'interprétation d'un brevet est une question de droit—La contrefaçon d'un brevet est une question de droit et de fait—Il n'existe qu'une seule composition de doxorubicine liquide—Modification du fondement juridique de l'allégation d'absence de contrefaçon—Les renseignements factuels soumis ne dénotent aucun manque de sincérité de la part de l'intimée—L'intimée est-elle justifiée d'alléguer l'absence de contrefaçon du brevet 037 dans le cas où les achats de doxorubicine sont effectués auprès d'une source licenciée?—Le 20 mars 1991, trois ententes sont intervenues entre les compagnies du groupe Cetus, dont Cetus-Ben Venue Therapeutics (CBVT) fait partie, et Erbamont Inc.—En raison de ces ententes, Cetus a l'intention de vendre à Novopharm de la doxorubicine terminée dans des flacons portant l'étiquette et l'emballage Novopharm—Novopharm a l'intention de revendre la doxorubicine terminée au Canada—Cetus a le droit de vendre le produit fini à Novopharm, et Novopharm, celui de le revendre au Canada—L'entente de règlement, le contrat

BREVETS—Fin

de licence et le contrat de fourniture n'exigent pas expressément que le produit vendu par Cetus à Novopharm porte l'étiquette Cetus—En vertu du contrat de fourniture, Cetus pouvait vendre à Novopharm de la doxorubicine portant l'étiquette Cetus—Aucune disposition des contrats de licence et de fourniture n'exige que les spécialités pharmaceutiques terminées portent l'étiquette Cetus—La seule exigence a trait à l'apposition d'étiquettes appropriées—Cetus pouvait vendre de la doxorubicine terminée portant les étiquettes Novopharm lors de sa première vente à Novopharm—Requête rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4, 6(1).

PHARMACIA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2343-93, juge Wetston, ordonnance en date du 22-2-96, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre s'est dit d'avis, en vertu de l'art. 77(3.01)b) de la Loi, que le requérant Peter Tsang constituait un danger pour le public au Canada—Le requérant conteste également la décision du ministre de déposer son avis auprès de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui examinait à l'époque l'appel concernant l'immigration parrainée interjeté par la requérante, Lannie Tsang, une citoyenne canadienne, au sujet du parrainage de son mari, Peter Tsang, au Canada—En 1978, la requérante a épousé le requérant, un visiteur qui a résidé au Canada de 1977 à 1991—Pendant son séjour au Canada, Peter Tsang a acquis un casier judiciaire et a par conséquent été renvoyé en novembre 1991 à Hong Kong, où il réside toujours—La principale question en litige est celle de savoir si le ministre a commis une erreur de droit en exprimant un avis défavorable à Peter Tsang au moment de l'appel de Lannie Tsang et compte tenu des circonstances entourant cet appel—L'avis du ministre a-t-il pour effet d'éteindre les droits d'appel du répondant?—Examen de l'art. 77(3.01) de la nouvelle Loi et des dispositions transitoires—La demande est rejetée—Le ministre n'a pas commis une erreur de droit en exprimant son avis au moment où il l'a fait—Qui plus est, on ne saurait dire que la requérante a été privée de son droit d'appel, étant donné qu'il n'y a jamais eu de droit universel d'interjeter appel d'une mesure d'expulsion—La disposition transitoire ne porte pas atteinte aux droits des requérants—La disposition transitoire s'applique de toute évidence, étant donné qu'elle régit les appels qui ont été interjetés au plus tard lors de l'entrée en vigueur de la disposition et dont l'audition n'est pas commencée à la date de son entrée en vigueur, comme en l'espèce—La Cour certifie la question grave de portée générale suivante:

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Lorsqu'un appel est interjeté avant le 10 juillet 1995 par un répondant devant la section d'appel de l'immigration (la SAI) relativement à une personne parrainée qui appartient à l'une des catégories non admissibles prévues aux art. 19(1)c), c.1), c.2) ou d) de la Loi, et que l'audience de la SAI a commencé après le 10 juillet 1995, le fait que le ministre ait exprimé l'avis que la personne parrainée constitue un danger pour le public éteint-il le droit d'appel que possède le répondant en vertu des art. 77(3.01.) de la Loi et 15(3) du projet de loi C-44 et met-il ainsi fin à la compétence de la SAI à l'égard de l'appel?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 20), 77(3.01) (édicte *idem*, art. 15).

TSANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2585-95, juge Dubé, ordonnance en date du 96-02-07, 9 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant, citoyen bulgare, n'était pas admissible à la catégorie des immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée (IMRED), au sens de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—En janvier 1992, le requérant s'est vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention—Apparemment, une lettre a été envoyée au requérant pour lui demander de se présenter aux fins de renvoi en 1993, mais le requérant prétend n'en avoir jamais reçu avis—Un mandat en matière d'immigration a été lancé—Arrêté en 1995—Au moment de la révision des motifs de la détention, l'arbitre de l'immigration a décidé qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le requérant avait régulièrement été avisé des mesures de renvoi—L'application de la catégorie des IMRED a été refusée, puisque le requérant avait empêché et retardé le renvoi—L'agent d'immigration a refusé de réexaminer la décision concernant la catégorie des IMRED sans même lire la décision de l'arbitre—Demande accueillie—En parvenant à la décision concernant la catégorie des IMRED, l'agent d'immigration agit en sa capacité administrative et doit se conformer à l'obligation d'agir équitablement, y compris l'obligation de tenir compte de tous les éléments de preuve, dont le témoignage selon lequel le mandat n'était pas valable et avait été effectivement écarté par l'arbitre de l'immigration—Les autorités d'immigration n'ont pas présenté à la Cour la preuve convaincante selon laquelle le requérant avait réellement été informé qu'il faisait l'objet de renvoi—L'agent d'immigration a encore entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de lire ou même d'examiner la preuve justifiant la revendication du requérant—Même si les dispositions concernant la catégorie des IMRED sont exceptionnelles, les agents gouvernementaux ne sont pas exemptés de l'obligation

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'agir équitablement—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/94-681, art. 1).

MITOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1499-95, juge Cullen, ordonnance en date du 19-2-96, 5 p.)

Renvoi de visiteurs

Contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion—Le requérant est né en Angleterre—Il a immigré au Canada en 1949 en compagnie de sa mère et de sa grand-mère à l'âge de trois mois—Sa mère serait venue au Canada pour épouser un citoyen canadien—Les parents du requérant se sont épousés en 1950—Le requérant a été adopté par son père en 1953—Il a été élevé en Colombie-Britannique—En 1969, il a été reconnu coupable de trafic de stupéfiants (cannabis)—Pendant qu'il purgeait sa peine, son père et sa mère se sont séparés et sa mère est retournée en Angleterre—Le requérant a choisi de retourner en Angleterre en échange d'une mise en liberté anticipée—En 1987, le requérant est revenu au Canada—En 1989, une mesure d'exclusion a été prise contre lui au motif qu'il n'avait pas obtenu de visa avant de se présenter à un point d'entrée—Le requérant est retourné au Royaume-Uni en 1989—Il est revenu au Canada en 1991 à titre de visiteur—Il a été autorisé à demeurer au Canada jusqu'au 24 mars 1992—Le 11 mars, une directive ordonnant la tenue d'une enquête a été donnée dans le but de déterminer si le requérant était une personne qui avait été condamnée à l'étranger pour une infraction qui, si elle était commise au Canada, le rendrait passible d'une peine maximale de dix ans d'emprisonnement—Le 23 mars 1992, le requérant a comparu devant l'arbitre W. Osborne, qui présidait l'enquête menée à son sujet—L'enquête a été ajournée—Le requérant n'a pas demandé la prorogation de son statut de visiteur—À la reprise de l'enquête, l'arbitre a retiré ses allégations initiales au sujet de la condamnation du requérant à l'étranger et a repris l'enquête pour clarifier le statut du requérant relativement à son droit de demeurer au Canada et sur le fondement d'un nouveau rapport suivant lequel le requérant était demeuré au Canada après avoir perdu son statut de visiteur—Lorsque l'enquête a été reprise en mai 1993, un nouvel arbitre présidait—Croyant que le requérant avait consenti à la reprise de l'enquête et qu'aucun élément de preuve au fond n'avait encore été entendu relativement au séjour prolongé sans autorisation, l'arbitre a repris l'enquête—L'arbitre a conclu que le requérant n'était ni un citoyen canadien ni un résident permanent et que, comme il était demeuré au Canada après avoir perdu la qualité de visiteur, le requérant avait prolongé son séjour sans autorisation—Une mesure d'interdiction de séjour a été prise—La demande est rejetée—(1) L'arbitre n'a pas commis d'erreur en reprenant l'enquête ouverte devant un autre arbitre—L'art. 29(6) prévoit trois circonstances dans lesquelles l'enquête ajournée peut être reprise par un autre

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

arbitre—Les critères sont distincts et constituent des possibilités qui s'excluent l'une l'autre—(2) Bien qu'au moment où l'enquête s'est ouverte, le statut de visiteur du requérant était encore valide, les allégations examinées dans le cadre de l'enquête pouvaient être modifiées ou remplacées au cours de l'enquête—Le requérant a reçu un préavis suffisant au sujet du motif qui a amené l'arbitre à prendre la mesure d'exclusion—(3) Les sujets britanniques ayant un domicile au Canada répondaient à la définition de l'expression «citoyen canadien» qui se trouvait à l'art. 2*b*) de la Loi sur l'immigration qui était en vigueur au moment de l'arrivée du requérant au Canada, c.-à-d. le chapitre 93 des Statuts révisés de 1927—La Loi sur l'immigration actuelle définit le «résident permanent» comme étant la personne qui a obtenu le droit d'établissement, et le «droit d'établissement» comme étant l'autorisation d'établir sa résidence permanente au Canada—L'arbitre a jugé qu'on n'avait soumis aucune preuve que le requérant avait obtenu le droit d'établissement—Dans le cas de la mère du requérant, le service de l'immigration avait mis l'annotation «visiteuse admise» dans les registres à son arrivée en 1949—L'inscription du service de l'immigration est incompatible avec l'octroi du droit d'établissement—L'arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant que le requérant n'était ni un citoyen canadien ni un résident permanent—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1), «droit d'établissement» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), «résident permanent» (mod., *idem*), 29(6) (mod., *idem*, art. 18)—Loi sur l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 2.

HALL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5064-94, juge MacKay, ordonnance en date du 27-2-96, 11 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration qui a statué que la situation des requérants ne justifiait pas une dispense d'application de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration (obligation de présenter une demande de visa avant de se présenter à un point d'entrée) pour des raisons d'ordre humanitaire (art. 114(2))—Les requérants sont citoyens du Royaume-Uni—La requérante est arrivée au Canada en 1992—Sa mère est résidente permanente du Canada, sa sœur est citoyenne canadienne—La requérante est venue au Canada pour échapper à un ancien mari violent—Sa revendication du statut de réfugié a été rejetée au motif qu'elle disposait d'une possibilité de refuge dans une autre partie de son pays d'origine—Le requérant est arrivé au Canada en août 1992—Il a aussi subi le harcèlement de l'ancien mari de la requérante—Les requérants se sont mariés en 1994—Demande de dispense fondée sur une dépendance émotive mutuelle entre la requérante et sa mère—La note de l'agent indique qu'elle a examiné les dossiers des requérants et que, après avoir pris en considéra-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tion tous les éléments de l'affaire, elle était d'avis qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour faire le traitement de la demande au Canada—Aucun motif n'a été fourni lors de la communication de la décision aux requérants—Demande rejetée—Revue de la jurisprudence relative à l'obligation des agents d'immigration d'agir équitablement—L'agent n'a manqué à aucun devoir d'équité—Elle n'a pas pris en considération des facteurs extrinsèques sur lesquels elle aurait fondé sa décision sans d'abord en faire part aux requérants—Les requérants ont obtenu une audience orale et ont reçu l'aide d'un conseiller juridique—La décision prise aux termes de l'art. 114(2) relève entièrement du jugement et du pouvoir discrétionnaire: arrêt *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.)—L'agent n'avait pas à exposer des «motifs internes» relativement à sa décision—La prise en considération de «tous les faits et toutes les circonstances de l'affaire» est tout ce que nécessite une décision prise en vertu du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 114(2)—Si la jurisprudence n'exige pas qu'un agent d'immigration expose des motifs formels aux requérants, il serait illogique d'exiger que l'agent expose des motifs internes—La décision discrétionnaire rendue aux termes de l'art. 114(2) de la Loi peut être l'objet d'un contrôle judiciaire seulement si le décideur commet une erreur de droit, se fonde sur quelque principe erroné ou inapplicable ou agit de mauvaise foi—L'application de l'arrêt *Shah* ne se restreint pas aux situations de fait similaires—La teneur de l'obligation d'équité est minimale, du moins en ce qui concerne les demandes présentées relativement à l'art. 114(2)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), (1.1) (mod., *idem*), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

HUNTER-FREETH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1795-95, juge Nadon, ordonnance en date du 7-2-96, 16 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision défavorable de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en date du 3 août 1995—La seule question consiste à déterminer si le membre de la section du statut Gary McCauley avait la compétence voulue pour prendre seul la décision—Le requérant est un citoyen du Kazakhstan—Sa revendication du statut de réfugié a été entendue par deux membres de la Commission—La décision n'a été signée que par McCauley—En général, le quorum pour l'audition des revendications du statut de réfugié est constitué de deux membres—Un membre de la Commission peut entendre la revendication du statut de réfugié et se prononcer seul si le demandeur y consent—En l'espèce, le demandeur n'a pas consenti à ce qu'un seul membre se prononce sur sa revendication—À la date de la décision de la Commission, soit le 3 août 1995, huit semaines ne s'étaient pas encore écoulées depuis le 9 juin 1995, date à laquelle l'autre membre de la Commission avait cessé d'exercer sa charge—L'exigence prévue à l'art. 63(1) de la Loi sur l'immigration a été

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

respectée—La question en litige est le sens qui doit être donné au mot «empêchement» à l'art. 63(2) de la Loi—L'ancien membre serait arrivé à la même décision que McCauley—Le requérant fait valoir uniquement qu'un seul membre n'a pas compétence pour rendre une décision du fait de l'art. 63(2)—La proposition selon laquelle un membre seul aurait compétence pour décider de l'affaire après l'expiration des huit semaines suivant la cessation des fonctions de l'autre membre n'est pas fondée—Le mot «empêchement» signifie l'incapacité d'exercer les fonctions de sa charge, y compris de participer aux décisions—Il n'y a pas de distinction à établir entre les décisions prises à l'intérieur ou à l'extérieur de ces huit semaines—La décision prise par un seul membre relevait de sa compétence et est conforme à l'art. 63(2) de la Loi—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 52).

SEREGUINE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2467-95, juge Richard, ordonnance en date du 29-2-96, 7 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié concluant que les requérants ne sont pas des réfugiés—Les requérants étaient citoyens de l'URSS—Le requérant est né en Russie de père et mère de nationalité russe—La requérante, qui est juive, est née en Estonie—Le requérant a perdu son emploi après leur mariage en 1987—Ils se sont installés en Estonie chez les parents de la requérante—Allégation d'antisémitisme ouvert en Russie, sur lequel la police et les autorités ferment les yeux—Le requérant soutient qu'il craint avec raison d'être persécuté à cause de son appartenance à un certain groupe social du fait de la judéité de sa femme—La requérante soutient qu'elle craint avec raison d'être persécutée à cause de sa race et sa nationalité, savoir sa judéité—Le président du tribunal conclut que le requérant a la nationalité russe du fait qu'il lui suffirait d'en faire la demande pour l'acquérir; et que la requérante mineure est citoyenne de Russie parce que l'un au moins de ses père et mère est russe—L'autre membre du tribunal conclut que le requérant est apatride par ce motif qu'il n'avait pas le bénéfice de l'art. 3 de la Loi sur la nationalité de la Fédération russe, puisqu'il n'habitait pas cette fédération et n'en acquerrait pas la nationalité sur demande—Et aussi que la requérante mineure est apatride—La revendication du requérant a été instruite au regard de la Russie et de l'Estonie, les deux pays où il avait sa résidence habituelle—Les deux membres du tribunal concluent que la requérante est apatride et instruisent sa revendication au regard de l'Estonie—La requérante soutient que le tribunal a commis une erreur en concluant qu'elle n'était pas citoyenne de la Russie, car selon l'art. 18 de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Loi sur la nationalité de la Fédération russe, la citoyenneté peut être acquise par voie de déclaration par toute personne dont le conjoint ou un ascendant direct est citoyen de la Fédération—Elle soutient qu'il lui suffirait d'en faire la demande pour acquérir la citoyenneté russe, ce qui fait qu'elle doit être considérée comme citoyenne russe; *Bouianova c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 67 F.T.R. 74 (C.F. 1^{re} inst.)—Rejet de la demande concernant la requérante et la requérante mineure; accueil par consentement des parties de la demande du requérant—Le tribunal n'a pas commis une erreur en décidant que la requérante et la requérante mineure ne sont pas citoyennes russes—L'époux de la requérante n'ayant pas encore acquis la citoyenneté, qui est une condition préalable, il ne suffirait pas à celle-ci de faire la demande, il faut que son mari ait d'abord demandé et acquis la citoyenneté russe—Il en est de même de la requérante mineure—Il n'est pas déraisonnable de conclure que la requérante ne se verrait pas accorder automatiquement la citoyenneté—La Cour n'infirmera pas une conclusion du tribunal sur des faits ou sur la crédibilité à moins que cette conclusion ne soit déraisonnable, en ce sens qu'elle ne repose sur aucun élément de preuve—Il ressort des preuves documentaires que les juifs sont en butte à la discrimination en Estonie, mais que l'antisémitisme n'y est pas aussi intense que dans d'autres régions et que le gouvernement estonien a vraiment pris des mesures pour enquêter sur les manifestations d'antisémitisme et les poursuivre en justice—La Cour ne touchera pas à la conclusion que la discrimination dont pourraient souffrir les requérants ne serait pas suffisamment grave pour être qualifiée de persécution—En outre, il n'y a aucune raison de conclure que le second membre du tribunal a commis une erreur en jugeant invraisemblable la relation d'incidents d'antisémitisme faite par la requérante.

BELIAKOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2191-94, juge MacKay, ordonnance en date du 8-2-96, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire concernant la décision par laquelle un agent principal (AP) de l'Immigration a statué que le requérant n'était pas admissible au Canada en exécution de l'art. 19(2)d) et de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration, ainsi que l'art. 14(1) du Règlement sur l'immigration, et a pris une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle visée à l'art. 28(1) de la Loi—Le requérant, citoyen iranien, est entré au Canada muni d'un passeport espagnol et a revendiqué le statut de réfugié—Le requérant a été interrogé et mis en liberté à la condition de faire rapport à un AP chaque fois qu'il lui était ordonné de le faire—Le requérant ne s'est pas présenté à une enquête, censément parce qu'il n'avait pas été avisé de l'audience—Il avait changé d'adresse mais n'en n'avait pas fait part aux agents d'immigration—L'AP a statué que la revendication du statut de réfugié du requérant ne devrait pas être examinée en vertu du Règlement sur la catégorie admissible de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

demandeurs du statut de réfugié (conçu pour éliminer un arrière de revendications) car (1) il était demeuré hors du Canada plus de sept jours, pour rendre visite à son frère aux États-Unis, en violation de l'art. 3(2)f) du Règlement sur la CADSR; (2) il ne s'était pas présenté à une enquête, en violation de l'art. 3(2)d)(ii) du Règlement sur la CADSR; (3) il n'avait pas informé un agent d'immigration du lieu où il se trouvait, en violation de l'art. 3(2)h) du Règlement sur la CADSR—La demande a été rejetée—L'AP était tenu d'évaluer le cas du requérant à la lumière du Règlement—L'AP n'a pas commis d'erreur de droit en déterminant que le requérant avait omis de se présenter à une enquête au sens de l'art. 3(2)d)(ii) du Règlement sur la CADSR, même si le requérant avait une bonne raison pour s'absenter—Toutefois, le requérant n'a pas eu une occasion équitable de savoir ce qu'on lui reprochait et de répliquer aux inférences défavorables tirées à son endroit relativement à l'art. 3(2)d)(ii) et h) du Règlement sur la CADSR—L'intimé enfreindrait l'obligation d'agir équitablement en tablant sur le fait que le requérant ne s'était pas présenté à une enquête pour l'exclure de la CADSR, alors qu'un avis de l'enquête n'avait pas été fourni—Quant aux renseignements sur le lieu où se trouvait le requérant, la preuve indiquait que ce dernier avait bel et bien fourni de tels renseignements aux agents d'immigration—L'AP ne peut s'être trompé en appliquant l'art. 3(2)f) du Règlement sur la CADSR même si, à l'époque, cette disposition avait été jugée *ultra vires* dans une décision de la C.F. 1^{re} inst.: *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 284, décision plus tard infirmée par la Cour d'appel fédérale (*Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595), et que, dans ce cas, la preuve établissait que le requérant s'était trouvé hors du Canada durant plus de sept jours, la seule explication étant qu'il n'était pas au courant de l'exigence que lui imposait le Règlement—Par conséquent, l'AP n'a pas commis d'erreur en déterminant que le requérant n'était pas membre de la CADSR parce qu'exclu en vertu de l'art. 3(2)f)—L'AP était tenu de prendre une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle à l'endroit du requérant, conformément aux art. 9, 19 et 28 de la Loi et à l'art. 14(1) du Règlement sur l'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9 (mod. par L.C. (1992), ch. 49, art. 4), 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. (1992), ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11), 28 (mod., *idem*, art. 17)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 14(1)—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 3(2)d)(ii),f),h).

ZEHATABCHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4492-94, juge MacKay, ordonnance en date du 30-1-96, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié déclarant que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—Il s'agit de savoir en l'espèce si la Commis-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

sion a commis une erreur lorsqu'elle a conclu à l'improbabilité et à l'admission d'office—La nécessité de comprendre la langue du pays où se trouve l'université peut être valablement admise d'office—Une conclusion fondée sur des conjectures n'est jamais acceptable—La conclusion de la Commission selon laquelle la requérante n'aurait pas eu de peine à se faire réadmettre à l'université était, de son propre aveu, spéculative. Les conclusions de la Commission à l'égard de l'improbabilité ne tiennent pas—C'est à la Commission et non à l'intimé qu'il incombe de définir en quoi le requérant n'est pas digne de foi—Les contradictions constatées par l'intimé ne sauraient être considérées par la Cour—La Commission n'est même pas disposée à envisager que la requérante a peut-être bien dit la vérité—Demande accueillie.

HASSAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1770-95, juge McKeown, ordonnance en date du 21-2-96, 5 p.)

Résidents permanents

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a fait droit à l'appel formé par l'intimé contre le rejet de la demande parrainée de résidence permanente de son fils adoptif, Randy Edrada—L'intimé est citoyen du Canada où il immigra des Philippines en 1980—Il est le grand-père paternel et le père adoptif de Randy Edrada, résident des Philippines—Celui-ci a fait une demande de résidence permanente auprès de l'ambassade du Canada à Manille en août 1989—Rejet de la demande parce que Randy relevait d'une catégorie non admissible selon le Règlement sur l'immigration de 1978 en ce qu'il n'a pu produire la lettre de la province d'Alberta attestant qu'elle ne s'opposait pas aux arrangements prévus—Lors de l'audition de l'appel, le ministre a reconnu que l'absence d'une lettre de «non-objection» de la part de la province d'Alberta n'était plus un motif de rejet puisque l'intimé avait déménagé en Colombie-Britannique—Le tribunal a fait droit à l'appel de l'intimé—Définition du terme «adopté» à l'art. 2(1) du Règlement—Pour juger si un individu est adopté au sens de la Loi sur l'immigration, il faut prendre en considération non seulement la loi du pays étranger, mais aussi la loi canadienne—Afin de prouver l'adoption au regard de la définition, il est nécessaire d'établir l'existence d'un lien de filiation, outre l'observation des lois applicables en la matière—Le tribunal n'a pas examiné, à la lumière des faits de la cause, si l'adoption a effectivement créé un lien de filiation entre l'intimé et Randy—Il a commis une erreur de droit pour s'être refusé à examiner cette question—Recours accueilli—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. EDRADE (IMM-5199-94, juge MacKay, ordonnance en date du 29-2-96, 8 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Requête en ordonnance portant rejet, pour défaut de compétence, de l'action pour avaries à l'égard de Melburn Truck Lines Ltd., et ordonnance portant radiation, pour défaut de compétence, de l'avis de mise en cause déposé par la défenderesse Nippon Yusen Kaisha Line—Action des demanderesse en rupture de contrat et négligence—Melburn Truck Lines Ltd. conteste la compétence de la Cour sur l'objet du litige et de l'avis déposé contre elle, par ce motif que dans l'un et l'autre cas, l'affaire a son origine dans le transport par camion de ces marchandises, donc n'est pas une matière régie par le droit maritime canadien—Rien dans l'art. 22(1) ou l'art. 22(2)f) de la Loi sur la Cour fédérale ne donne à la Cour compétence sur un transporteur terrestre comme Melburn Truck Lines Ltd., qui n'est partie à aucun contrat de transport maritime de marchandises, que ce soit par l'effet d'un connaissance ou de tout autre arrangement—Le transport terrestre n'est pas entièrement lié aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale—Il n'y a aucune loi fédérale qui puisse servir de fondement pour la demande contre la défenderesse Melburn Truck Lines Ltd., comme l'exige l'art. 23 de la Loi pour conférer compétence—Requêtes accueillies—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22, 23.

MATSUURA MACHINER CORP. C. HEIDELBERG EXPRESS
(LE) (T-2260-94, juge Pinard, ordonnance en date du
5-3-96, 8 p.)

COURONNE

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a rejeté une action en dommages-intérêts relativement à la perte d'une entreprise à la suite de la saisie par des fonctionnaires des Douanes de certaines vidéocassettes importées des États-Unis—L'appelant affirme que l'État est responsable parce que le fonctionnaire a fait des déclarations inexactes et a omis de faire rapport «immédiatement» conformément à l'art. 160 de la Loi sur les douanes—Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle les saisies étaient légales parce que le fonctionnaire avait des motifs raisonnables de croire que les vidéocassettes pouvaient faire l'objet d'une confiscation et qu'il n'existait aucune preuve de l'exercice abusif d'un pouvoir—La preuve prescrite de l'existence d'un lien de causalité n'a pas été faite et la conclusion du juge de première instance sur cette question, lorsqu'il a examiné la théorie de l'abus d'autorité, s'applique également à l'allégation de négligence, de sorte que l'examen des autres questions relatives à la négligence par le juge de première

COURONNE—Fin

instance ou la présente Cour était superflu—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 160 (mod. par L.C. 1993), ch. 25, art. 88; ch. 44, art. 107).

FRANCOEUR C. CANADA (A-346-94, juge Linden,
J.C.A., jugement en date du 6-3-96, 4 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LES DOUANES

Demande de contrôle judiciaire de la décision portant rejet de l'«avis d'appel» écrit du requérant—Un avis de confiscation compensatoire a été donné au requérant sous le régime de l'art. 124 de la Loi sur les douanes, lui demandant de payer la somme de 22 916,85 \$ relativement à une infraction qui aurait eu lieu le 23 novembre 1993 ou vers cette date—L'avis, daté du 16 septembre 1994, a été envoyé en recommandé au requérant à sa dernière adresse connue le 19 septembre 1994—Le requérant s'est opposé à l'avis, demandant une décision du ministre en application de l'art. 131—Demande incluse dans une lettre en date du 19 octobre 1994—Le requérant a été informé par l'intimée Berry que la lettre datée du 19 octobre 1994 ne pouvait être considérée comme une demande de décision du ministre, puisqu'elle n'avait pas été présentée dans le délai imparté par l'art. 129 de la Loi—La principale question qu'il faut trancher est la date de prise d'effet de la signification de l'avis au requérant—Le sens ordinaire des mots utilisés à l'art. 124(5) indique qu'une fois l'avis envoyé en recommandé comme il y est prescrit, il est considéré comme signifié—Il n'existe pas d'incertitude quant au sens de la version anglaise de l'art. 124(5): la signification de l'avis est effectuée à la date de dépôt à la poste de ce dernier—Aucune contradiction apparente entre les deux versions de l'art. 124(5)—Il n'existe aucune disposition déterminative relativement à la signification de la demande présentée en vertu de l'art. 129—Le délai de 30 jours prévu à l'art. 129(1)d) est un délai strict—Demande rejetée—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 124(5), 129, 131.

CARON C. M.R.N. (T-3000-94, juge Pinard, ordonnance
en date du 20-2-96, 7 p.)

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel et appel incident contre la décision par laquelle la Section de première instance a accueilli en partie les revendications de l'intimée à l'égard de ce qui serait des paiements en trop de la taxe imposée à l'art. 23—L'intimée, productrice de pétrole synthétique, exploite une usine d'exploitation près de Fort McMurray (Alberta)—Elle transforme le bitume en trois liquides: le kérosène, le gas-oil et le maphte—Une partie du kérosène est utilisé comme

DOUANES ET ACCISE—Fin

«vaporisateur à courroie» (vaporisé sur les transporteurs à courroie pour prévenir leur encrassement par les sables bitumineux)—Une grande partie du vaporisateur à courroie est absorbée par les sables bitumineux et extraite à nouveau sous forme de produit en bout de ligne—Le juge de première instance a déterminé que les deux tiers du vaporisateur à courroie adhèrent aux sables bitumineux et sont réintroduits dans le processus de fabrication—Il a aussi conclu que l'intimée avait droit à un allègement à l'égard du vaporisateur à courroie—La Couronne conteste le droit de l'intimée de réclamer la moindre exemption, et elle cherche à percevoir la taxe d'accise imposée par l'art. 23 sur la totalité du vaporisateur à courroie utilisé—L'intimée soutient qu'elle a droit à être exemptée de la taxe d'accise à l'égard de la totalité du vaporisateur à courroie et non simplement des deux tiers—Rejet de l'appel et de l'appel incident—Pour ce qui est de l'appel incident, l'argument selon lequel le vaporisateur à courroie ne serait pas «utilisé» n'a aucun bien-fondé—Le mot «utilisé» est suffisamment général pour viser l'usage que fait l'intimée du vaporisateur à courroie—Le tiers du kérosène perdu par évaporation est utilisé au cours du processus essentiellement de la même façon que l'autre kérosène utilisé par l'intimée pour alimenter les moteurs diesel à l'usine—Quant à l'appel principal, la disposition déterminative de l'art. 23(10) n'intervient que si les marchandises en question respectent les deux conditions suivantes: elles doivent être destinées à l'usage du fabricant et non pas à la vente—La totalité du vaporisateur à courroie est utilisée—Cependant, on ne peut dire à bon droit que les deux tiers du vaporisateur à courroie qui restent dans le processus de fabrication ne sont pas «destiné[s] . . . à la vente»—Ils n'ont pas été retirés de la vente—La partie du vaporisateur à courroie retournée au processus de fabrication ne fait pas intervenir la disposition déterminative de l'art. 23(10) et n'est pas taxable—Même si l'art. 23(10) s'appliquait, le juge de première instance a conclu à juste titre que l'intimée pouvait se prévaloir de l'exemption prévue à l'art. 23(7)b), dont l'objet est d'éviter la taxation d'éléments ou de composants de marchandises qui sont elles-mêmes taxables—Aucun fondement à l'argument selon lequel le vaporisateur à courroie ne formerait pas un élément ou un composant du produit final—Rien n'exige qu'un élément ou un composant d'un produit final conserve son identité du moment où il est introduit dans le processus jusqu'à la fin—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-13, art. 23(7)b),(10).

SUNCOR INC. C. CANADA (A-265-95, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 21-3-96, 10 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Requête en radiation—L'action en elle-même est intentée par les titulaires de droits d'auteur sur diverses œuvres

DROIT D'AUTEUR—Suite

musicales contre les défendeurs, qui exploiteraient un service de fourniture de musique et d'animation musicale sans être autorisés par licence à le faire—Les défendeurs affirment qu'il existe une licence implicite autorisant l'utilisation des œuvres musicales et que les demanderessees n'ont pas respecté une condition implicite de licences antérieures détenues par les défendeurs, à savoir l'application uniforme par les demanderessees de l'octroi de licences à d'autres participants de l'industrie de l'animation musicale—Les défendeurs plaident donc le complot et l'ingérence illicite, et demandent une compensation dans leur défense et des dommages-intérêts dans leur demande reconventionnelle—La Cour ne radiera pas des plaidoiries écrites en vertu de la Règle 419(1) dans les cas où, comme en l'espèce, la partie sollicitant la radiation a déjà plaidé à l'encontre des allégations que renferme le paragraphe attaqué: *Nabisco Brands Ltd. c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.)—Il convient toutefois d'examiner la question de savoir si les paragraphes contestés révèlent une cause raisonnable d'action, dans le contexte de la demande reconventionnelle, ou de défense, selon le cas—Il n'est pas évident et manifeste que le moyen de défense fondé sur une licence implicite, de même que le moyen de défense fondé sur l'existence d'une condition implicite dans cette licence, est voué à l'échec ou n'a aucune chance de succès—La Cour n'est pas disposée à affirmer que le moyen de défense des défendeurs fondé sur l'existence d'un contrat implicite autorisant l'utilisation des œuvres musicales n'a pas la moindre chance de succès devant la présente Cour, surtout compte tenu du fait que les demanderessees s'adressent à la présente Cour pour faire valoir leur côté de la demande—Le paragraphe 12 de la défense, dans lequel les défendeurs allèguent qu'ils ont offert de passer un contrat de licence avec AVLA, mais que les demanderessees ont refusé, pourrait fournir un moyen de défense à l'action en vertu de l'art. 67.2(3) de la Loi sur le droit d'auteur, qui dispose qu'aucun recours ne peut être intenté contre quiconque a offert de payer des droits—Il peut également se rapporter à l'allégation de complot—Le recours aux dispositions de la Loi sur le droit d'auteur doit être précisé au moyen d'un amendement ou de détails—Certains paragraphes devront être amendés de manière à refléter plus fidèlement la formulation et les causes d'action d'une poursuite civile en dommages-intérêts fondée sur l'art. 45 de la Loi sur la concurrence—Le paragraphe qui fait simplement référence à la Loi sur la concurrence devra être amendé afin de fournir des détails sur les allégations, les faits essentiels au soutien de celles-ci et un renvoi aux dispositions législatives précises pouvant être invoquées—Un moyen de défense fondé sur la prescription n'est pas un motif suffisant pour radier une déclaration—Comme les requérantes n'ont pas eu totalement gain de cause et ont présenté la requête de façon prématurée, les défendeurs ont droit aux frais taxables de la requête quelle que soit l'issue de la cause—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 67.2(3) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4; ch. 44, art. 71,

DROIT D'AUTEUR—Fin

79(3)—Loi sur la concurrence, L.R.C., ch. C-34, art. 45 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 30; L.C. 1991, ch. 45, art. 547; ch. 46, art. 590; ch. 47, art. 714).

BMG MUSIC CANADA INC. C. VOGIATZAKIS (T-2585-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 20-2-96, 11 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande d'annulation d'une décision de la CCDP informant le requérant que la plainte ne serait pas étudiée plus avant parce que l'intimée avait offert des adaptations—Le requérant souffre de dyslexie—Il a posé sa candidature à un poste de percepteur à Revenu Canada—Il a demandé d'être exempté de l'examen de sélection d'agents au niveau d'entrée (examen SANE)—Il a fourni un rapport de son psychologue, préparé avant qu'il postule l'emploi, au sujet de ses difficultés d'apprentissage—La CFP a offert des adaptations: trois parties du test à remplir au lieu des cinq parties habituelles, double du temps normalement accordé à cet égard et possibilité de prendre de courtes pauses entre les différentes parties du test—En réponse aux demandes de renseignements, la CFP a indiqué que le psychologue ne recommandait pas que le requérant soit exempté de l'examen SANE—Le psychologue a rédigé d'autres lettres d'avis indiquant qu'on ne peut s'attendre à ce que le requérant réussisse un test d'aptitudes de connaissances théoriques—La plainte allègue que la CFP a créé un obstacle systémique empêchant le requérant d'accéder à tout poste à l'intérieur du gouvernement, du fait de son incapacité, en insistant pour qu'il se soumette à l'examen SANE; cette adaptation n'est pas raisonnable—La demande allègue que la Commission n'a pas exercé sa compétence parce qu'elle n'a pas examiné l'objet de la plainte du requérant; violation de l'obligation d'agir équitablement parce que la Commission ne disposait pas d'un fondement adéquat et juste sur lequel elle pouvait fonder sa décision—Demande accueillie—La Commission n'a pas examiné la question véritable dont elle était saisie—Elle n'a pas répondu à la plainte alléguant que l'adaptation offerte n'était pas raisonnable—Il aurait fallu faire une évaluation du caractère raisonnable de l'adaptation proposée—Le sommaire d'une page préparé par le personnel de la Commission à l'appui de la recommandation que la plainte ne soit pas étudiée renferme d'autres inexactitudes quand il indique (1) que le requérant a demandé d'être exempté des parties complexes des tests de mathématiques de l'examen SANE; (2) qu'il avait proposé, comme unique recommandation, que l'intimée conçoive un test de simulation spéciale; (3) que l'examen médical effectué par un spécialiste et fourni par le plaignant indique que l'intimée a essayé de lui fournir des adaptations raisonnables—L'analyse fait ressortir le même parti pris—Les inexactitudes à

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

l'égard des documents fournis par le requérant vicie également la décision.

GILL C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (T-2723-94, juge Reed, ordonnance en date du 7-3-96, 8 p.)

ÉNERGIE

Appel d'une décision par laquelle l'Office national de l'énergie a déclaré que l'embranchement d'Ottawa-Est du réseau de distribution de gaz naturel de la Consumers's Gas Company Ltd. était assujéti au pouvoir de réglementation fédéral parce qu'il faisait partie intégrante du gazoduc interprovincial appartenant à la Niagara Gas Transmission Limited (Niagara)—La Consumers' distribue du gaz naturel dans la région d'Ottawa—Elle reçoit du gaz de la TransCanada Pipelines Ltd (TCPL) à la station de distribution d'Ottawa, d'où le gaz est distribué aux consommateurs par l'intermédiaire de trois embranchements: les embranchements d'Ottawa-Est, d'Ottawa-Nord et d'Ottawa-Sud—L'embranchement Niagara est alimenté par l'embranchement d'Ottawa-Est, traverse l'Outaouais et est raccordé au réseau de distribution au détail de la Gazifère Inc., à Gatineau, au Québec—La Consumers' et la Gazifère, en tant que réseaux de distribution intraprovinciaux, sont donc réglementées respectivement par la Commission de l'énergie de l'Ontario et par la Régie du Gaz naturel du Québec—Il n'est pas contesté qu'en tant que transporteur interprovincial de gaz naturel, la Niagara est assujéti au pouvoir de réglementation de l'Office—L'Office a statué à l'unanimité que l'embranchement d'Ottawa-Est ne constituait pas en lui-même un ouvrage ou une entreprise interprovincial, mais il a jugé qu'il était vital et essentiel à l'embranchement Niagara et qu'il en faisait partie intégrante, parce que ce dernier dépend des nombreux services fournis par le premier—L'appel est accueilli—(1) La conclusion de l'Office suivant laquelle l'embranchement d'Ottawa-Est constitue une entreprise distincte sur le plan constitutionnel est dénuée de tout fondement—Cet embranchement est situé entièrement dans les limites de l'Ontario et le simple fait de son raccordement physique à un ouvrage interprovincial ne lui confère pas un caractère fédéral—L'embranchement d'Ottawa-Est a toujours fait partie intégrante du réseau de distribution de la Consumers' à Ottawa et la Constitution ne permet pas de le scinder en des composantes dont l'existence en tant qu'entreprises indépendantes est purement théorique—(2) Il y a une faille fondamentale dans la conclusion de l'Office selon laquelle l'embranchement de Niagara dépend de l'embranchement d'Ottawa-Est—La Niagara est uniquement une entité de transport et elle n'a pas besoin des installations de chauffage, d'odorisation, de réglage et d'équilibrage des charges qui sont fournies par la Consumers' à la station de

ÉNERGIE—Fin

distribution d'Ottawa aux fins de son propre réseau de distribution et on ne peut en conséquence dire qu'elle en dépend—Le fait que des ententes commerciales aient été conclues avec des clients ne crée aucun rapport de dépendance au sens constitutionnel—(3) La dernière erreur commise par l'Office réside dans son refus de tenir compte de la fraction relativement minime de l'entreprise de la Consumers' (13 %) qui était exploitée au profit de l'embranchement Niagara, une entreprise fédérale—Il ne suffit manifestement pas que la participation de l'entreprise provinciale à l'entreprise fédérale soit minime ou occasionnelle.

CONSUMER'S GAS CO. C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (A-777-95, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-3-96, 6 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un enquêteur en matière de mutations a déterminé que la mutation effectuée au sein du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux devait être confirmée et que la plainte du requérant devait être rejetée—Il s'agit de savoir si la mutation a été effectuée selon les modalités fixées par le Conseil du Trésor, ainsi que le prévoit l'art. 34.2(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—La demande est accueillie—Les directives du Conseil du Trésor obligent les ministères à envoyer un préavis de mutation d'au moins dix jours aux fonctionnaires de l'unité de travail où la mutation est effectuée ou est sur le point de l'être et à établir des politiques et des procédures qui informent à l'avance les fonctionnaires des possibilités de mutation—Le requérant n'a reçu aucun préavis—Il a toutefois reçu un avis conforme à l'ébauche de politique ministérielle, qui exige l'envoi d'un préavis—L'ébauche de politique ministérielle ne respectait pas les exigences du Conseil du Trésor—L'enquêteur a commis une erreur en concluant qu'aucun préavis n'était exigé, étant donné que l'ébauche de politique ministérielle ne déclarait pas qu'un préavis devait être envoyé—Le Ministère était tenu d'insérer dans sa politique ministérielle une disposition exigeant l'envoi d'un préavis—L'argument que la décision de l'enquêteur devrait être confirmée, étant donné que le requérant ne pouvait pas remplir les conditions requises, est mal fondé—Il suffit que le requérant aurait eu la possibilité de faire valoir que les restrictions imposées relativement aux titres de compétence du poste étaient injustes ou déraisonnables—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 34.2(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 22).

VAVRECKA C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-469-95, juge Gibson, ordonnance en date du 13-3-96, 7 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin**COMPÉTENCE**

Il s'agit d'un appel d'une décision radiant les paragraphes demandant une ordonnance visant à rétablir le demandeur dans son ancien poste de cadre supérieur, les défendeurs ont abusé de la compétence en vertu de l'art. 29 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique en faisant de l'expiration de son accord de mutation la suppression d'une fonction pour le mettre en disponibilité, le demandeur visant à faire déclarer son congédiement illégal—Le demandeur aurait pu demander réparation pour sa présumée mise en disponibilité illégale sous le régime de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique a été citée comme motif de radiation des paragraphes—Il est généralement reconnu que la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique ne prévoit aucun recours de quelque nature que ce soit pour une personne qui a été mise en disponibilité—L'art. 7.1 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique permet à la Commission d'effectuer les enquêtes et vérifications qu'elle juge indiquées sur toute question relevant de sa compétence—La décision de mettre une personne en disponibilité sous le régime de l'art. 29(1) relève exclusivement de l'administrateur général; la compétence de la Commission en vertu de cette disposition se limite à la prise de règlements—Cette compétence n'inclut manifestement pas le pouvoir de remédier aux allégations d'application abusive de la loi ou de son règlement par l'administrateur général—Aucun autre disposition de la loi n'a pu être invoquée qui pourrait procurer un recours—L'appel est accueilli—Loi sur l'emploi dans la fonction publique L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 7.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 8), 29(1) (mod., *idem*, art. 19)—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

BANERD C. CANADA (A-676-94, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 28-2-96, 4 p.)

GRC

Demande visant à obtenir la radiation de la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action; le prononcé d'un jugement sommaire en raison de l'expiration du délai de prescription; une ordonnance pour fournir des détails sur les allégations—La demanderesse a été à l'emploi de la GRC de 1975 à la date de sa démission, le 19 mai 1990—Déclaration déposée le 15 mai 1992—Allégations 1) de harcèlement sexuel par les collègues, non vérifiées par les superviseurs; 2) selon lesquelles, en permettant le harcèlement qui lui a causé des souffrances et des douleurs graves et la perte de jouissance de la vie, la défenderesse n'a pu remplir les termes du contrat de travail; 3) de violation du droit découlant de la Charte d'être traitée de façon équitable, sans discrimination fondée sur le sexe—

GRC—Suite

Demande en radiation rejetée à l'exception de la partie alléguant une violation des droits garantis par la Charte—(1) En vertu de l'art. 52 de la Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif, les lois de l'Alberta s'appliquent puisque le fait générateur de la cause y est survenu—Les art. 51 et 52 de la Limitation of Actions Act prévoient que l'action en dommages fondée sur la rupture de contrat peut être intentée dans les deux ans qui suivent la naissance de la cause d'action—La demanderesse demande réparation pour le prétendu préjudice qui lui aurait été causé pendant dix ans—L'action a été introduite dans le délai de prescription—(2) La demanderesse a fourni un résumé de quatre pages exposant deux douzaines d'incidents de harcèlement—Lorsqu'elle a demandé davantage de détails, le protonotaire a ordonné à la demanderesse de fournir une liste de quatorze renseignements qui, pour la plupart, tenaient aux dates et aux noms pertinents pour permettre à la Couronne de déterminer les dates où les incidents de harcèlement avaient eu lieu afin de pouvoir trouver plus facilement les documents et interroger les personnes—Des détails modifiés, fournissant noms et dates tel qu'ordonné, ont été déposés—Sans la production des documents sous la garde et en la possession de la Couronne, on ne peut s'attendre à ce que la demanderesse se souvienne des moindres détails et dates entourant ce qu'elle a décrit comme un harcèlement «continu et général»—Renseignements fournis adéquats—(3) Il n'est pas établi en droit que les membres de la GRC sont liés par un contrat de travail—D'autres questions relatives au droit des contrats pourraient s'appliquer aux membres de la GRC—La demanderesse devrait avoir l'occasion de présenter, au cours de l'instruction, une preuve sur la discrimination non officielle subie dans son ancien lieu de travail au terme d'un interrogatoire préalable complet et d'une argumentation—(4) Réglementation énonçant le code de déontologie régissant la conduite des membres de la GRC—Lorsque ceux qui supervisaient le travail de la demanderesse ont agi contrairement au code de déontologie, ils ont agi en dehors des limites du pouvoir que leur conférerait la loi, non pour le compte de la Couronne—La Charte ne s'applique pas en common law sauf dans la mesure où elle constitue le fondement d'une action gouvernementale: *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130—La demanderesse n'obtiendrait pas gain de cause au procès si elle invoquait la Charte—Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 3, 32 (mod., *idem* art. 31)—Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 4(1c)(ii), 51, 52—Règlement de la Gendarmerie Royale, DORS/88-361, art. 48 (mod. par DORS/94-219, art. 19)—Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-12, art. 25 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16)—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.)

GRC—Fin

[L.R.C. (1985), annexe II, n° 44], art. 15—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 427.

MCMILLAN C. CANADA (T-1124-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 9-2-96, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appels à l'encontre de nouvelles cotisations établies par le ministre concernant: (1) les gains réalisés sur les immeubles A et B; (2) le droit en vertu de l'art. 85(5.1) de la Loi de déduire une perte autre qu'en capital par suite de la liquidation de l'immeuble A; (3) le droit de demander la déduction de certains prêts à titre de créance irrécouvrable; (4) la déduction des coûts d'acquisition découlant du rachat d'unités dans les trois immeubles B, C et D—Il est statué à titre préliminaire qu'une cotisation égale à zéro peut faire l'objet d'un appel quant aux autres années où de l'impôt est payable lorsque la question est pertinente aux fins de déterminer l'impôt payable pour ces années—Un bien peut être qualifié de bien en immobilisation ou de bien figurant dans l'inventaire suivant six facteurs: (1) l'intention principale du contribuable; (2) le cours normal de ses activités; (3) le nombre et la fréquence d'opérations similaires; (4) la nature du bien et la période pendant laquelle il a été détenu; (5) le motif de la vente du bien; et (6) l'intention secondaire du contribuable—La demanderesse a soutenu qu'elle n'avait pas eu l'intention de vendre l'immeuble A à profit parce qu'elle l'avait acheté sous la menace d'une action en exécution de contrat; toutefois, le juge est d'avis que cette intention peut être déduite de la courte période pendant laquelle l'immeuble a été détenu—Les gains résultant de la vente de l'immeuble A constituent un revenu—Les titres de propriété des logements de l'immeuble B ont été stratifiés afin d'en faciliter le financement; la stratification ne dénote pas une intention de vendre—Les gains résultant de la vente de l'immeuble B constituent des gains en capital compte tenu de l'intention claire de la demanderesse de conserver ce bien à titre d'immeuble productif de revenu de location—La liquidation de l'immeuble A autorise-t-elle la demanderesse à déduire, en vertu de l'art. 85(5.1), une perte autre qu'en capital étant donné qu'il ressort de la preuve que le ministère public a traité cet immeuble comme un bien amortissable—Si la preuve du caractère amortissable avait été ambiguë, il y aurait eu déplacement du fardeau vers le ministère public car c'est le genre d'information que ce dernier est en mesure d'obtenir—Dans le cours normal de ses affaires, la demanderesse se livrait à la construction et à la mise en valeur de biens immobiliers et non au prêt d'argent; les avances consenties à la filiale ne constituent donc pas des prêts au sens de l'art. 20(1p)(ii) et la demanderesse n'a pas droit d'en demander la déduction à titre de créance irrécouvrable—L'argent n'était pas avancé en vue d'acquiescer

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

un produit ou de garantir une source d'approvisionnement mais pour couvrir des pertes et tenter de protéger les garants; ces avances ne sont ni des dépenses déductibles ni des pertes en capital—En tant que garantie de liquidités, l'obligation contractuelle qu'avait la demanderesse de racheter les parts de l'immeuble B constitue une perte en capital au sens de l'art. 42—La demanderesse ne s'est pas acquittée du fardeau de prouver que le rachat des parts des immeubles C et D était un bien figurant dans l'inventaire plutôt qu'un bien en immobilisation; le ministre a à bon droit qualifié ces coûts de dépenses en capital en application de l'art. 42—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1) p)(ii) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 12(6)), 42 (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 16(1); 1988, ch. 55, art. 23(1)), 85(5.1) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 48(6)).

BOSA BROS. CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (T-3403-90, T-3404-90, T-3405-90, juge Nadon, jugement en date du 22-12-95, 46 p.)

Déductions

Appels concernant les années d'imposition 1984 et 1985—Quatre affaires entendues sur une preuve commune—Une société en nom collectif (dont les demandeurs sont les associés commanditaires) a acquis un mini-entrepôt pour la somme de 2 200 000 \$, portant intérêt à 24 % l'an—L'enregistrement a eu lieu le même jour que l'enregistrement de la vente précédente au montant de 1 180 000 \$—La société en nom collectif a enregistré des pertes sur le mini-entrepôt, qui ont été réparties au prorata entre les commanditaires, et les demandeurs ont déduit leur part proportionnelle des pertes aux fins de l'impôt sur le revenu—Le ministre a établi une nouvelle cotisation pour les demandeurs relativement à leurs années d'imposition 1984 et 1985, réduisant les pertes subies par la société, en diminuant le prix d'achat du mini-entrepôt de 2 200 000 \$ à 1 180 000 \$, au motif que le deuxième prix représente la juste valeur marchande—Les appels concernent les nouvelles cotisations précitées—Les appels sont rejetés—Il n'y a pas d'expectative raisonnable de profit—Arrêt appliqué: *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Le facteur-clé à prendre en compte est la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital—En l'espèce, même avant la déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital, le parc d'entreposage était assuré de subir d'importantes pertes dans les trois premières années et il était raisonnable de s'attendre que ces pertes continueraient par la suite, quoique à un niveau moindre—L'élément principal des importantes pertes initiales était l'intérêt payable en vertu du contrat de vente, d'une valeur de 2 199 999 \$, par rapport au prix d'achat de 2 200 000 \$—Le seul moyen de réduire les paiements d'intérêt découlant de ce contrat de vente aurait été de rembourser l'emprunt, ce qui aurait exigé

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

un nouvel apport de capital—La société était incapable de réaliser des profits parce qu'en fait elle manquait de capitaux propres—Aucun plan n'avait été établi pour obtenir un apport supplémentaire de capital afin de réduire les dettes de la société—L'incapacité de l'entreprise, avec les capitaux propres dont elle disposait, de réaliser des profits, même avant la déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital, indique clairement que cette société n'avait pas une expectative raisonnable de profit—Pour ce qui a trait aux autres critères: l'entreprise du parc d'entreposage était une «entreprise en activité» au moment de son achat par la société en 1983; il n'est donc aucunement justifié de prétendre que les pertes subies ont trait à une période de lancement—Compte tenu de toutes les circonstances, l'exploitation de la société n'offrait pas une expectative raisonnable de profit—Elle a plutôt été mise sur pied en vue de fournir un abri fiscal avec l'intention que l'exploitation du parc d'entreposage donne lieu à d'importantes pertes initiales que les commanditaires pourraient déduire de leurs impôts—La réduction d'impôt était le seul but poursuivi par cet abri fiscal.

WALLS C. CANADA (T-3308-90, T-3309-90, juge Pinard, jugement en date du 2-2-96, 10 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant les appels formés contre deux nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national—L'appelante, une société allemande de réassurance, exerce ses activités à travers le monde—Les cotisations contestées se rapportent aux années d'imposition 1985 et 1986—L'un des montants à inclure dans le calcul des revenus de placements tirés de biens utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise est le «passif de réserve canadienne»—Les réserves dont il faut tenir compte dans le calcul du passif de réserve canadienne sont énoncées dans la Loi sur les compagnies d'assurance étrangères (LCAÉ)—Pour l'année 1985, les primes non gagnées de l'appelante (à l'exclusion des primes liées à l'assurance maritime) s'élevaient à 33 104 000 \$—En présentant son rapport à l'autorité compétente, l'appelante doit inclure une réserve égale aux primes non gagnées, soit 33 104 000 \$, déduction faite de 6 829 000 \$ au titre des frais réels d'acquisition—L'appelante doit conserver une réserve de 26 229 000 \$ devant servir au calcul du passif de réserve canadienne, conformément à l'art. 2405(3) du Règlement de l'impôt sur le revenu—Dans les nouvelles cotisations établies pour l'année 1985, le ministre a omis la déduction de 6 829 000 \$ pour frais réels d'acquisition—Dans les nouvelles cotisations établies pour l'année 1986, le montant brut des primes non gagnées, à savoir 39 548 000 \$, a été utilisé par le ministre—La déduction appropriée pour frais d'acquisition reportés à l'égard des polices de 8 530 000 \$ est encore une fois omise—Le ministre a commis une erreur en ne tenant pas compte de la déduction relative aux frais d'acquisition, comme l'exige l'art. 62(1)b) de la LCAÉ, pour calculer la réserve pour

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

primes non gagnées devant être ajoutée au passif de réserve canadienne de l'appelante—La deuxième question en litige consiste à savoir s'il faut exclure les intérêts sur les soldes de crédits d'impôt aux fins du calcul du revenu de la demanderesse aux termes de la partie I de la Loi de l'impôt sur le revenu, et si ces intérêts sont visés par la partie XIII de la Loi—Le revenu provenant d'intérêts est imposable aux termes de la partie I et donc exclu du calcul effectué sous le régime de la partie XIII de la Loi—Appel accueilli en partie—Loi sur les compagnies d'assurance étrangères, L.R.C. (1985), ch. I-13, art. 62(1)b)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, parties I, XIII—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 2405(3).

MUNICH REINSURANCE CO. (DIVISION CANADA) C. CANADA (T-3083-91, juge Richard, jugement en date du 22/2/96, 10 p.)

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt accueillait l'appel des contribuables contre les cotisations visant les conséquences fiscales d'une série d'opérations mettant en cause l'acquisition et la disposition de placements non admissibles faits par une fiducie régie par un REER—Les versements aux fiducies régies par des REER en règlement de dettes constituent des débours aux fins de l'art. 245(1)—L'art. 245(1) interdit la déduction du revenu lorsque: (1) l'opération dépasse l'esprit ou la portée de l'article qui permet le régime, et (2) l'opération doit réduire le revenu indûment ou de façon factice—Le but du législateur est de dissuader les rentiers de détenir des placements peu sûrs; cependant, comme une lettre de garantie a été remise à la fiducie régie par un REER, le placement n'est pas hasardeux—Le législateur n'a pas inclus une disposition interdisant que les acquisitions et les dispositions se produisent en série; le législateur a interdit les opérations en série ailleurs dans la Loi—La disposition d'un placement non admissible au cours de la même année d'imposition a pour conséquence une déduction égale au montant de l'inclusion dans le revenu; le fait que le contribuable s'est prévalu sciemment de la déduction au cours de la même année ne place pas l'opération au-delà de la portée du régime statuaire—L'adjectif «*artificial*» (factice) a le sens de «*fictitious*» (fictif); il n'y a rien de fictif dans le remboursement de la dette contractée à l'égard de la fiducie régie par un REER—Le fait qu'aucun intérêt n'ait été versé au REER ne suffit pas à rendre le débours factice ou fictif—Rejet des appels—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 245(1).

CANADA C. CHAMBERS (T-1418-93, T-1420-93, T-1421-93, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 15-1-96, 12 p.)

Appel et appel incident interjetés du jugement de la Cour canadienne de l'impôt—À la fin des années 1960 et au début des années 1970, Amway a fraudé le revenu du

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Canada en falsifiant la valeur de marchandises qu'elle importait au Canada—Elle a sous-évalué de 84,3 millions de dollars, aux fins du paiement des droits et de la taxe d'accise, des marchandises qu'elle importait, éludant ainsi le paiement de droits de douane et de la taxe d'accise s'élevant à 28,8 millions de dollars—L'art. 192 de la Loi sur les douanes oblige la personne qui fraude le revenu en évitant de payer des droits à remettre la valeur des marchandises—La «valeur» est définie comme la valeur à l'acquitté qui comprend les droits de douane et la taxe d'accise qui auraient été payables si la valeur véritable avait été déclarée—Revenu Canada a signifié des avis de saisie pour une valeur totale de 155,9 millions de dollars, ce qui représentait 118 millions de dollars pour la valeur des marchandises importées et 37 millions de dollars en droits et en taxes payables, le total représentant la valeur à l'acquitté—Amway n'ayant pas fourni de dépôts relativement aux sommes confisquées, Sa Majesté a intenté, en 1980, quatre actions devant la Cour fédérale dans lesquelles elle revendiquait le montant de la valeur à l'acquitté «à titre de confiscation»—En 1984, elle a intenté une action dans laquelle elle réclamait le paiement des «droits de douane et taxes de vente insuffisants» dont le montant était de 7,9 millions de dollars—Le ministre a remis une partie du montant de la confiscation, ce qui laissait un solde de 105 millions de dollars à payer—Un règlement intervenu en 1989 prévoyait qu'Amway paierait 45 millions de dollars et que Sa Majesté mettrait fin aux cinq actions—Le ministre a reconnu que la somme de 7,9 millions de dollars représentait le paiement des droits et des taxes parce qu'elle mettait fin à l'action intentée en 1984, mais il a considéré que le solde avait été versé à titre de pénalités—La Cour canadienne de l'impôt a réparti les 37,1 millions de dollars en se servant d'une formule reposant sur l'hypothèse que cette somme représentait en partie le paiement des pénalités des confiscations découlant des art. 180 et 192, et en partie le paiement des droits et des taxes exigibles à titre de dette en vertu de l'art. 102—Elle a conclu (1) que les actions intentées en 1980 visaient des droits, des taxes et des pénalités; (2) étant donné qu'Amway n'était plus assujettie au paiement des droits et des taxes par suite de la quittance, le montant versé en vertu du règlement était en partie imputable au paiement de toute réclamation au titre des droits et des taxes—Une fraction de la somme de 37,1 millions de dollars est-elle imputable au paiement des droits et des taxes et, le cas échéant, quelle est cette fraction?—La fraction payée comme pénalité est-elle déductible à titre de dépense d'entreprise?—Appel rejeté; appel incident accueilli—Aucune fraction de la somme de 37,1 millions de dollars ne représentait le paiement des droits et des taxes—Vu les déclarations déposées dans ces affaires et vu les décisions de la Cour d'appel fédérale dans deux appels interjetés de décisions interlocutoires, les actions intentées en 1980 visaient le recouvrement d'une pénalité—Même si la quittance a libéré Amway de toute autre réclamation découlant des importations jusqu'en 1980, il n'est question dans l'entente de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

règlement que des cinq actions en cours—La quittance qui a été signée subséquemment empêche, par son libellé général, toute action de la Couronne sur le fondement de l'art. 102 en vue de recouvrer les droits et les taxes pour la période visée par les actions intentées en 1980, mais rien n'indique que l'une ou l'autre des parties envisageait, au moment de la signature de la quittance, d'intenter d'autres actions sur le fondement de l'art. 102—En statuant que la somme de 105 millions de dollars comprenait une somme de 20,9 millions de dollars en droits et taxes, la Cour canadienne de l'impôt a mal interprété la nature d'une confiscation aux termes de l'art. 192(1)—Le montant confisqué, lorsqu'il y a confiscation d'un certain montant parce qu'une fausse déclaration a été faite quant à la valeur de marchandises importées, est celui de la «valeur» équivalant à la valeur à l'acquitté comprenant les droits et taxes qui auraient été payables si la valeur réelle des marchandises avait été déclarée—Ce n'est pas parce que le montant total de la pénalité a été établi, en partie, en fonction du montant des droits et des taxes qui auraient dû être payés mais qui ne l'ont pas été, que cette partie de la pénalité devient des droits et des taxes—Les sommes réclamées dans les quatre actions pénales ne comprenaient pas des droits et des taxes en soi—Pour déterminer si les sommes versées pour le paiement d'amendes ou de pénalités devaient être déduites à titre de dépenses d'entreprise, il faut appliquer deux critères: (1) il faut déterminer s'il s'agit d'une dépense engagée dans le but de tirer un revenu; (2) il faut déterminer s'il serait contraire à l'intérêt public de permettre à un contribuable de réduire son revenu net, et donc de sauver des impôts, parce qu'il a été obligé de payer une amende pour avoir commis un acte répréhensible—L'un des critères pour déterminer si des amendes devraient être déductibles à titre de dépenses d'entreprise consiste à se demander si les infractions étaient évitables—Il s'agit de se demander si on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que le contribuable exploite son entreprise en se conformant à ce genre de règles de droit—Il est impossible de conclure que la manière frauduleuse et délibérée de se soustraire au paiement au revenu du Canada de taxes et de droits plus élevés constituait un incident évitable dans l'exploitation par Amway de son entreprise consistant à importer des marchandises au Canada et à les y vendre—En ce qui concerne l'intérêt public, une amende ou une pénalité n'est pas engagée afin de produire un revenu à moins que, compte tenu de toutes les circonstances, la pénalité doive être considérée comme un incident inévitable dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise—Il est contraire à l'intérêt public de permettre la déduction d'une pénalité à titre de dépense d'entreprise lorsque cette pénalité est infligée en vertu de la loi aux fins de punir et de dissuader les personnes qui, volontairement ou parce qu'elles n'ont pas pris des mesures raisonnables, enfreignent les lois—En l'espèce, les pénalités sont fixées par la loi—Ce serait aller à l'encontre de l'objectif pour lequel le législateur inflige des pénalités si, après avoir payé les pénalités exigibles en vertu de la loi, le contribuable

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

pouvait en partager le coût avec d'autres contribuables—Les tribunaux qui infligent une peine ne devraient pas être tenus d'anticiper la valeur de la déduction d'impôt sur le revenu dont pourrait bénéficier une partie à laquelle est infligée une pénalité—La déductibilité des pénalités fixées par des tribunaux exerçant leur pouvoir discrétionnaire devrait être assujettie aux mêmes règles que celles qui s'appliquent aux pénalités prévues par la loi—La somme de 37,1 millions de dollars représente le paiement d'une pénalité mais n'est pas déductible du revenu brut à titre de dépense engagée pour tirer un revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)a)—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 2, 18, 102, 160, 161, 163, 180(2), 192(1)b),c), 249(1).

AMWAY DU CANADA, LTÉE C. CANADA (A-109-95, juge Strayer, jugement en date du 20-2-96, 17 p.)

Appel contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a inclus une partie du coût d'un voyage tous frais payés effectué par l'appelant et son épouse à La Nouvelle-Orléans, au motif que l'appelant avait reçu un «avantage» imposable en vertu de l'art. (1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'appelant était chargé de compte de Wellington Insurance Co. et avait à ce titre la responsabilité d'établir et d'entretenir des rapports avec des courtiers d'assurances indépendants et de les encourager à vendre des polices d'assurance de Wellington—Wellington n'avait pas à son service de personnel de vente et faisait appel à des courtiers indépendants qui vendaient également des polices d'assurance de ses concurrents—Aux termes d'un plan de voyage-récompense à l'intention des courtiers, ceux-ci étaient admissibles à un voyage pour deux à La Nouvelle-Orléans lorsqu'ils avaient atteint un certain quota de ventes de polices d'assurance de Wellington—À la demande et aux frais de l'employeur, l'appelant et son épouse se sont rendus à La Nouvelle-Orléans avec les courtiers gagnants—Les dépenses ont totalisé 2 353 \$ par personne—Le MRN a supposé que la portion affaires du coût du voyage n'était pas supérieure à 38 pour 100 pour l'appelant et à 25 pour 100 pour son épouse—L'appelant a participé au programme à titre d'employé de Wellington et sur l'ordre de son superviseur—Il devait s'assurer que «ses» courtiers avaient du plaisir—L'épouse de l'appelant était là pour «améliorer les relations»—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que seulement 20 pour 100 des dépenses de l'appelant représentaient un avantage imposable, mais il n'a pas modifié la cotisation établie par le MRN relativement à l'épouse—Le juge a conclu qu'il ne s'agissait pas principalement d'un voyage d'agrément—L'appel est accueilli—L'appelant et son épouse étaient constamment occupés avec les courtiers et leurs épouses et ils avaient eu peu de temps pour leur plaisir personnel—Facteur important: s'agit-il d'une acquisition importante qui confère au contribuable un avantage économique?—Aucune portion des dépenses de voyage de l'appelant ne devrait être considérée comme un

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

avantage personnel sauf si une telle portion représente une acquisition importante ou une valeur économique pour lui, et ladite portion ne devrait pas être considérée comme un avantage imposable au sens de l'art. 6(1)a) de la Loi si elle n'était qu'accessoire à ce qui constituait avant tout un voyage d'affaires—Le côté agrément pour l'appelant doit être considéré comme simplement accessoire aux buts d'affaires puisqu'il a consacré aux affaires une importante partie de son temps à La Nouvelle-Orléans—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en considérant les dépenses de l'épouse de l'appelant comme un avantage personnel en vertu de l'art. 6(1)a) de la Loi—La preuve est claire: pendant son séjour à La Nouvelle-Orléans, l'épouse de l'appelant a assisté aux mêmes réunions et avait les mêmes objectifs que lui; elle a également consacré la vaste majorité de son temps aux courtiers et à leur épouse—Le fait que l'épouse ait personnellement profité du voyage est simplement accessoire à ce qui était principalement un voyage d'affaires que les deux conjoints ont effectué dans le but de favoriser les intérêts d'affaires de l'employeur—Le bulletin d'interprétation IT-470R appuie cette conclusion—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 6(1)a).

LOWE C. CANADA (A-172-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 13-3-96, 14 p.)

PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt par voie de mémoire spécial en vertu de la Règle 475 des Règles de la Cour fédérale—Il s'agit de déterminer si une cotisation peut être établie à l'égard du demandeur, administrateur d'une société, au titre de l'impôt sur le revenu de la partie VIII que cette société a omis de payer—La partie VIII de la Loi vise à aider les entreprises à obtenir du financement externe pour des fins de recherche et de développement en leur permettant de renoncer à des dépenses non utilisées comme déductions en faveur d'investisseurs ayant acheté des titres ou prêté des fonds—La société a émis un billet à ordre relatif à de la recherche scientifique de 1 000 000 \$ et a désigné cette somme en vertu de la Partie VIII de la Loi—Selon le mécanisme prévu à la Partie VIII, un impôt de 50 % du montant désigné doit être payé, lequel paiement est ensuite déduit de l'obligation fiscale, à titre de remboursement, jusqu'à concurrence de 50 % des dépenses de recherche scientifique admissibles de la société—Celle-ci a omis de payer l'impôt de 500 000 \$, estimant qu'elle avait droit à un remboursement supérieur à 500 000 \$—Le ministre a enregistré contre elle un certificat de 500 000 \$, soit le montant non déduit à titre de remboursement—Le ministre a évalué le remboursement à un montant moindre, d'où une obligation fiscale de 215 173,50 \$—Le remboursement d'impôt découlant de la Loi est établi à la fin du mois, de sorte que l'obligation fiscale de la société n'a jamais

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

atteint 500 000 \$ comme l'indique le certificat—La détermination des montants du remboursement et du solde de l'impôt payable résulte la Loi de l'impôt sur le revenu et non de la détermination du ministre; indépendamment du moment où le ministre effectue cette détermination, le remboursement est réputé payé au titre de l'impôt impayé à la date où la Loi de l'impôt sur le revenu le prévoit—Le certificat de 500 000 \$ n'indiquant pas le montant exact de l'obligation fiscale de la société en vertu de la Partie VIII de la Loi, la question est de savoir si, en vertu de l'art. 227.1, un administrateur est responsable de l'impôt sur le revenu à payer et impayé par la société—Bien que l'enregistrement d'un certificat constitue une condition préalable à la responsabilité d'un administrateur, le montant figurant sur le certificat ne revêt pas la même importance; l'objectif fondamental de l'art. 227.1 est respecté tant que le certificat est enregistré et qu'il y a tentative d'exécution—L'inexactitude du montant figurant sur le certificat ne constitue pas une dérogation au respect de l'objectif de la Loi—L'exigence voulant que le montant figurant sur un certificat soit celui de l'obligation fiscale de la société constitue uniquement une disposition directrice—La cotisation établie à l'égard du demandeur ne devrait pas être annulée ni modifiée en raison de l'inexactitude du certificat; la responsabilité du demandeur ne devrait pas être dérogée en raison d'une telle erreur—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 475—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 227.1 (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. V, art. 90).

KYTE C. CANADA (T-1093-91, juge Rothstein, jugement en date du 20-11-95, 20 p.)

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt qui accueillait l'appel du contribuable contre sa nouvelle cotisation—La cotisation originale se fondait sur l'hypothèse que le contribuable avait un lien de dépendance avec la corporation qui avait acquis certains droits d'option accordés tout d'abord au contribuable; la nouvelle cotisation se fondait sur l'art. 245(2) et (3)—Après l'avis d'opposition, le ministre a confirmé la nouvelle cotisation fondée sur l'hypothèse que le contribuable et la corporation traitaient à distance; l'impôt était dû en vertu de l'art. 7(1)b)—En appel, la Couronne n'a pas présumé que le contribuable et la corporation traitaient à distance—Le juge a conclu, en raison des hypothèses mutuellement contradictoires mais non plaidées faites dans le processus d'établissement d'une nouvelle cotisation, qu'il appartient à la Couronne de démontrer que le contribuable et la corporation étaient sans lien de dépendance—L'appel est rejeté—Les hypothèses non plaidées n'ont aucune incidence sur le fardeau de la preuve: *Pollock, J.A. c. La Reine* (1993), 94 D.T.C. 6050 (C.A.F.)—Il appartient à la Couronne de prouver le lien de dépendance parce que c'était un fait sur lequel reposait la validité de la nouvelle cotisation, et aucune hypothèse à cet effet n'ayant été plaidée, la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

Couronne n'a l'avantage d'aucun déplacement du fardeau de la preuve—L'issue ne tient pas au fardeau de la preuve car de nombreux éléments de preuve établissent la nature des rapports en cause—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 7(1)*b*) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 3), 245(2).

CANADA C. BOWENS (A-507-94, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 20-2-96, 4 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appels de la décision du registraire de rejeter l'opposition à la demande d'enregistrement des marques de commerce «Firstbank Cash Management Account» et «Firstbank Cash Management Account (conception graphique)» fondée sur l'emploi projeté de celles-ci au Canada en liaison avec des «services bancaires»—Renonciation de l'intimée à l'emploi exclusif des mots «cash management account» indépendamment de la marque de commerce dans son entier—Par l'intermédiaire de son prédécesseur en titre, l'appelante a employé au Canada les marques de commerce «Cash Management Account», «Merrill Lynch Cash Management Account», «CMA» et «CMA et conception graphique» en liaison avec des services financiers dès 1985 jusqu'à ce qu'elle mette fin à ses activités canadiennes en 1990—Depuis 1973, la Banque de Montréal emploie la marque de commerce «Firstbank» seule ou de pair avec des expressions ou des mots descriptifs pour identifier des services bancaires—Le registraire s'est montré critique vis-à-vis de la preuve de l'appelante concernant les retombées de la publicité dans les périodiques américains—Il a conclu (1) à l'absence de confusion avec la marque déposée de l'appelante, (2) à l'inexistence d'un risque raisonnable de confusion avec la marque non déposée de l'appelante, étant donné que l'emploi antérieur de cette marque n'emporte pas l'établissement d'une réputation ni un emploi de la marque de commerce sur le marché canadien susceptibles de créer de la confusion et (3) que l'appelante n'avait pas fait la preuve que sa marque «Cash Management Account» avait acquis un caractère distinctif suffisant pour annuler le caractère distinctif de la marque visée par la demande—Appels rejetés—L'appelante a produit de nouveaux éléments de preuve, sous forme d'affidavits, relativement aux annonces publicitaires parues dans des magazines nord-américains importants, ainsi que dans des journaux et des périodiques canadiens, au caractère fructueux des activités de gestion de trésorerie exercées au Canada entre 1986 et 1989, compte tenu du nombre de comptes ouverts et de la valeur des actifs gérés, de même qu'à la grande visibilité des marques de commerce de l'appelante dans la fourniture des services en liaison avec lesquels elles étaient employées—(1) Le

MARQUES DE COMMERCE—Suite

registraire a appliqué les principes appropriés aux éléments de preuve présentés en concluant que, globalement, chacune des marques de commerce ne créait pas de confusion vu le caractère distinctif inhérent des éléments qui laissent au public une impression durable en raison de leur renommée ou de leur notoriété—(2) Pour pouvoir invoquer l'art. 16, l'opposant à l'enregistrement a le fardeau de prouver, dans les faits, l'emploi antérieur d'une marque à titre de marque de commerce—Si cette preuve est faite, le requérant doit établir l'absence de confusion avec la marque de l'opposant advenant que la marque visée par la demande soit enregistrée—Aucun des éléments de preuve déposés auprès du registraire et de la Cour ne porte sur la question de la «reconnaissance par le public» de «Merrill Lynch Cash Management Account»—Compte tenu de la preuve qui lui était présentée, les conclusions tirées par le registraire au sujet de la réputation au Canada des marques de l'appelante et relativement à la confusion, sont fondées—(3) Suivant l'art. 2, une marque de commerce «distinctive» s'entend d'une marque de commerce qui distingue véritablement les services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi—La date pertinente aux fins de se prononcer sur le caractère distinctif est la date du dépôt des déclarations d'opposition—Le registraire était fondé de déterminer que la marque non déposée de l'appelante n'était pas distinctive et que les marques de l'intimée l'étaient suffisamment pour les distinguer de la marque déposée de l'appelante—Vu l'omission de faire entendre le témoignage d'un dirigeant ayant une connaissance personnelle des faits en cause, qui aurait pu témoigner de façon plus directe et convaincante au sujet des activités de gestion de trésorerie de l'appelante, et l'absence de toute explication à cet égard, la Cour déduit que nul témoignage n'aurait été plus favorable à l'appelante que ceux entendus—En l'absence d'une preuve directe, la Cour déduit qu'il y a eu, à tout le moins, une certaine reconnaissance par le public de la marque «Cash Management Account» en tant que marque de commerce de l'appelante, que la marque s'est fait connaître jusqu'à un certain point au Canada et qu'il y aurait une probabilité raisonnable de confusion si les marques de l'intimée étaient enregistrées et employées—Vu l'ensemble de la preuve, compte tenu du fait que la Cour a toute latitude et que l'appel équivaut à un procès *de novo* en raison du dépôt d'une preuve nouvelle, la Cour n'est pas en mesure de conclure que l'ampleur des activités de l'appelante était importante par rapport à l'ensemble du marché cible au Canada—La preuve ne fait pas ressortir que la réputation de l'appelante était établie dans le commerce relativement à la marque «Cash Management Account»—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 6(5), 12(1)*d*), 16(3)*a*), 56.

MERRILL LYNCH & CO., INC. C. BANQUE DE MONTRÉAL (T-425-94, T-426-94, juge Gibson, jugement en date du 27-2-96, 21 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Fin

Appel d'une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a rejeté l'opposition de l'appelante à l'enregistrement de la marque de commerce «Sugarplum Fairy»—L'appelante est titulaire de la marque de commerce «Sugar Plum», enregistrée pour être utilisée en liaison avec des viandes tranchées et préparées et de la volaille—L'intimée demande l'enregistrement de la marque de commerce «Sugarplum Fairy» pour l'utiliser en liaison avec des bonbons et des services de traiteur—Le critère relatif à la confusion est décrit à l'art. 6 de la Loi sur les marques de commerce—Le registraire a conclu que la marque de l'appelante possédait un [TRADUCTION] «degré appréciable de caractère distinctif inhérent» et qu'elle [TRADUCTION] «serait devenue connue dans une large mesure au Canada»—Il a également conclu que la marque de l'intimée possédait un [TRADUCTION] «certain caractère distinctif inhérent» du fait de l'utilisation du mot «Fairy» dans cette marque—Le caractère distinctif existe en ce qui a trait à l'application de la marque «Sugarplum Fairy» aux bonbons—Les conclusions du registraire ne sont ni injustifiées ni incorrectes—Sa description de la marque de l'appelante n'est pas erronée—Les marchandises sont intrinsèquement différentes—Même si la charge de la preuve incombe à l'intimée, l'absence de preuve en ce qui a trait à un fait donné ne doit pas être considérée comme un élément qui favorise l'appelante—Le registraire avait le droit de présumer que les services de traiteur ne constituaient pas habituellement une entreprise accessoire à la vente en gros et au détail de produits de la viande—Il existe une ressemblance entre les marques sur les plans visuel et auditif, mais les idées qu'elles suggèrent sont bien différentes—Le registraire n'a commis aucune erreur—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6.

GAINERS INC. C. MARCHILDON (T-1530-94, juge Reed, jugement en date du 12-3-96, 4 p.)

ORGANISMES DE CHARITÉ

Appel interjeté du refus du MRN d'accorder le statut fiscal d'organisme de charité aux termes des art. 149.1 et 248(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Appel rejeté—Application de l'arrêt *Commissioners of Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.) quant à la définition d'organisme de charité, particulièrement en ce qui y est décrit comme les deuxième et quatrième catégories: les organismes de promotion de l'éducation et les organismes dont les fins poursuivies sont utiles à l'ensemble de la communauté—La société avait pour objets d'offrir des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs aux immigrantes afin qu'elles puissent obtenir ou trouver du travail, au moyen, entre autres, d'activités politiques et de cueillettes de fonds auprès des gouvernements—En ce qui concerne la promotion de l'éducation, les activités n'étaient pas suffisamment structurées et articulées pour satisfaire aux

ORGANISMES DE CHARITÉ—Fin

exigences formulées par la jurisprudence—En ce qui concerne l'utilité pour l'ensemble de la communauté, la comparaison avec les autochtones ne résiste simplement pas à l'examen—La décision d'accorder ou non le statut d'organisme de charité doit porter sur la question de savoir si les fins et les activités prévues constituent des activités charitables au sens du droit en matière d'organismes de charité—Offrir un service à ceux qui sont en mesure d'invoquer les droits de la Charte n'équivaut pas en soi à une activité entrant dans la quatrième catégorie—Les objets et les activités étaient indéfinis et vagues au point d'empêcher le ministre, et la Cour, de déterminer avec certitude ce que sont ces activités, quels en sont les véritables bénéficiaires et si ces bénéficiaires sont des personnes qui ont besoin d'un secours charitable, par opposition à simplement avoir besoin d'aide—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 149.1 (édité par S.C. 1976, ch. 4, art. 60(1)), 248(1) «organisme de charité enregistré» (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 188(1)).

VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN C. M.R.N. (A-552-94, juge Décarry, J.C.A., jugement en date du 6-3-96, 6 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de jugement déclaratoire, d'ordonnance annulant les décisions a) d'effectuer des retenues pour le logement et les repas sur la rétribution donnée aux requérants provenant de tiers employeurs et b) d'exiger que la signature des formules de consentement à ces déductions comme condition du placement à l'extérieur avant le 24 janvier 1996—Les requérants purgent des peines fédérales d'emprisonnement—Ils étaient employés en vertu d'un accord de placement au cours de leur incarcération—Leurs salaires étaient payés par leurs employeurs—L'art. 78 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition permettait au commissaire d'autoriser des paiements aux détenus aux taux approuvés par le Conseil du Trésor et d'y retenir des montants conformément au règlement—L'art. 104(4) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions prévoit que le détenu rétribué en application de l'art. 78 de la Loi peut être tenu de rembourser ses frais de logement et de nourriture conformément à la Directive du commissaire—La Directive du commissaire numéro 860 impose l'obligation aux détenus, pour être autorisés à occuper un emploi rémunéré, de consentir par écrit à la retenue de frais de logement et de nourriture sur leur rétribution—Des modifications apportées à l'art. 78(2), auxquelles a donné effet l'art. 20 des L.C. 1995, ch. 42 entré en vigueur le 24 janvier 1996, autorisent les retenues après cette date—La demande est accueillie—Le commissaire n'était pas autorisé à retenir une somme à l'égard du logement et des repas sur la rétribution donnée aux requérants par des employeurs de l'extérieur qui ne les paient pas

PÉNITENCIERS—Suite

avec des fonds publics ni selon des taux approuvés par le Conseil du Trésor tel qu'il est exposé à l'art. 78—À l'époque concernée, l'art. 78(2) ne permettait des retenues que sur la rétribution visée à l'art. 78(1), c'est-à-dire celle qui est versée aux contrevenants, autorisée par le commissaire aux taux approuvés par le Conseil du Trésor—Les requérants n'étaient pas payés en vertu de cette disposition; leur rétribution était fixée aux taux approuvés par leurs employeurs respectifs, et non par le commissaire ou le Conseil du Trésor—L'art. 96z.2) permettait de prendre des règlements concernant les retenues sur la rétribution autorisée en vertu de l'art. 78(1)—L'art. 104(4) du Règlement n'autorise les retenues pour le logement et les repas que dans les cas où les détenus sont rétribués conformément à l'art. 78(1)—Ni la Loi ni le Règlement ne permettent des retenues sur des sources de revenu autres que les paiements reçus tel qu'autorisé par le commissaire aux taux approuvés par le Conseil du Trésor—Les art. 3, 4, 5, 18(3) n'autorisent pas les déductions, vu les dispositions expresses de l'art. 78 et de l'art. 96z.2)—Lorsqu'une disposition mentionne expressément un ou deux points mais reste silencieuse au sujet d'autres points comparables, on présume que le silence est délibéré et reflète l'intention d'exclure les points non mentionnés: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed., Ruth Sullivan, 1994)—Comme la Loi permettait expressément les retenues sur certaines formes de rétribution (c.-à-d. celles qui sont visées à l'art. 78(1)), par déduction nécessaire, les retenues sur les paiements non visés à l'art. 78(1) n'étaient pas permises—Parce que l'art. 96z.2) permettait expressément la rédaction de règlements et de Directives du commissaire ayant trait aux retenues sur la rétribution versée conformément à l'art. 78(1), la Loi implicitement n'autorisait pas la rédaction de règlements et de Directives du commissaire autorisant les retenues sur les paiements faits aux détenus qui n'étaient pas effectués en vertu de l'art. 78(1)—La Directive du commissaire numéro 860 est anticonstitutionnelle dans la mesure où elle autorise le commissaire à faire des retenues pour le logement et les repas sur la rétribution versée aux détenus ou à leur intention aux taux approuvés par leurs employeurs respectifs et non par le Conseil du Trésor—Les intimés ne peuvent s'appuyer sur la formule de consentement signée par les requérants—Un contrat est nul et de nul effet lorsque ses modalités sont prohibées, directement ou indirectement, par un texte législatif: *Prince Albert Properties & Land Sales Ltd. v. Kushneryk*, [1955] 5 D.L.R. 458 (C.A. Sask.)—Le défaut de suivre une procédure interne de règlement des griefs ne devrait pas empêcher l'exercice du pouvoir d'accorder la réparation demandée—L'art. 81 du Règlement suspend la procédure de règlement des griefs jusqu'à ce que la demande de redressement judiciaire soit arrivée à terme ou qu'on y ait renoncé—Il envisage des procédures judiciaires au choix de celui qui a un grief—L'autorité légale du commissaire peut en fin de compte se décider par voie de contrôle judiciaire—Aucune circonstance inusitée devant faire obstacle à l'exercice du pouvoir discrétionnaire

PÉNITENCIERS—Fin

d'accorder les réparations appropriées—Toute injustice dans le traitement des détenus est imputable à la législation—Il appartenait au législateur, et non pas à une cour, de remédier à toute injustice—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4, 5, 18, 78 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 20), 96z.2) (mod., *idem*, art. 25)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 104(4).

DORAN C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL DU CANADA) (T-3034-94, juge MacKay, ordonnance en date du 22-2-96, 14 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Dans le cadre d'un recours en contrôle judiciaire contre la décision du directeur général régional du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) portant reconnaissance du conseil de bande intérimaire comme le conseil légitime des Algonquins du lac Barrière, dépôt par les requérants d'un avis de requête en mesure provisoire, savoir la suspension de la décision du directeur général régional et du ministre du MAINC—Les requérants et leurs partisans ne reconnaissent pas l'autorité du conseil de bande intérimaire—La Cour présume, sans se prononcer, qu'il y a une question sérieuse à trancher dans ce recours en contrôle judiciaire—Il échet d'examiner si, en attendant que la légalité de la sélection du conseil de bande intérimaire soit confirmée, il faut suspendre la décision prise par le ministre—Le choix qui se pose à la Cour est de savoir quelle décision serait la moins susceptible de verser plus d'huile sur le feu—Les requérants ne sont pas venus devant la Cour «blancs comme neige»—Pour décider s'il y a lieu d'accorder un redressement relevant de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit s'assurer que ce redressement peut régler le litige de façon pratique—Accorder aux requérants le redressement qu'ils demandent pourrait plonger davantage leur communauté dans l'agitation et l'incertitude politiques—Il est impossible de rétablir la situation telle qu'elle existait au 22 janvier 1996—Il n'y a pas préjudice irréparable à cause de la décision rendue au nom du ministre—Le redressement demandé par les requérants n'est pas, à long terme, conforme aux intérêts de la communauté—Demande rejetée.

ALGONQUINS DU LAC BARRIÈRE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-357-96, juge Gibson, ordonnance en date du 23-2-96, 8 p.)

ÉLECTIONS

Le demandeur, ancien conseiller de la bande de Blood, a été démis de ses fonctions par les défendeurs conformément à la coutume électorale de la bande, à la suite d'un rapport

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

de vérification qui révélait des irrégularités dans les services qu'il dirigeait—La coutume et le règlement électoral coutumier de la bande empêchent qu'il soit candidat à l'élection d'un nouveau chef—Entre-temps, le premier arrêté du ministre des Affaires indiennes déclarant que le chef et le conseil de la bande de Blood seraient choisis au moyen d'élections tenues conformément la Loi sur les Indiens, a été rapporté par un second arrêté, ce qui eut pour effet de rétablir la coutume électoral telle qu'elle s'incarne dans le règlement électoral coutumier de la bande—L'effet cumulatif de l'arrêté ministériel est que les modalités électorales de la bande de Blood sont régies par la coutume—Le second arrêté qui rapporte le premier relève bien de la compétence et des pouvoirs du ministre (*Badger c. Canada*, [1991] 1 C.F. 191 (1^{re} inst.))—L'art. 78 de la Loi sur les Indiens, relatif à la durée du mandat et à l'éligibilité aux fonctions de chef et de conseiller, ne s'applique qu'aux conseils de bande élus sous le régime de la Loi et non aux conseils choisis selon la coutume—Le mot «choisi» signifie que le mode de sélection du conseil de bande ne doit pas être nécessairement une élection; l'art. 78 qui porte sur les modalités d'«élection» ne peut être applicable à un conseil de bande choisi par d'autres méthodes que l'élection—Le droit visé à l'art. 3 de la Charte n'est garanti qu'à l'égard des élections fédérales ou provinciales; l'argument proposé par le demandeur que sa destitution et le rejet de sa candidature portent atteinte aux droits que lui garantit l'art. 3 de la Charte est dénué de fondement—Il n'y a pas eu violation de l'art. 7 de la Charte puisque le demandeur n'a pas été exclu de l'élection à titre d'électeur et qu'on ne l'a pas empêché de poursuivre ses ambitions politiques dans d'autres arènes—Action rejetée—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 78—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^o 44], art. 3, 7.

CROW C. BANDE DE BLOOD (T-3061-90, juge suppléant Heald, jugement en date du 30-1-96, 14 p.)

Demande de prolongation du délai pour demander une ordonnance de *certiorari* annulant l'élection de Lilian Big Eagle au Conseil de la Première nation de Ocean Man en décembre 1993, ainsi qu'une ordonnance de *mandamus* contraignant le chef et le Conseil de bande à choisir un agent d'élections et à ordonner qu'une élection complémentaire soit tenue entre Lilian Big Eagle et Tara Parisier—Les deux conseillères en question ayant obtenu un nombre égal de voix, l'agent d'élections avait déclaré Lilian Big Eagle élue parce que celle-ci avait déjà été conseillère et que, à cause d'un bulletin de vote détérioré, elle aurait gagné par une voix—L'art. 34 de la Constitution de la Première nation de Ocean Man dispose que, lorsque deux candidats obtiennent un nombre égal de voix, un autre scrutin doit être tenu—L'art. 43 de la Constitution autorise à s'en reporter à la Cour du Banc de la Reine de la province de la

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

Saskatchewan lorsqu'une violation de la Constitution est susceptible d'avoir influencé le résultat d'une élection—Indépendamment de l'art. 43, la Cour fédérale est compétente pour instruire la demande de contrôle judiciaire car le Conseil de bande et l'agent d'élections agissant en accord avec les dispositions de la Loi sur les Indiens constituent un «office fédéral» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—L'agent d'élections a commis une erreur en déclarant Lilian Big Eagle élue en dépit de l'art. 34 de la Constitution—Une ordonnance infirmant la décision de l'agent d'élections est une mesure appropriée—Toutefois, une ordonnance de *mandamus* ne peut être prononcée contre le chef et le Conseil car le délai dans lequel devrait être tenu un second tour de scrutin est expiré—Il incombait à l'agent d'élections, et non au chef et au Conseil de faire procéder au second tour de scrutin—La Cour n'a pas le pouvoir d'accorder une mesure de redressement contre le chef et le Conseil puisque les deux n'étaient pas parties à la décision contestée et n'y avaient pas donné suite—Il ne conviendrait pas de faire droit à une forme quelconque de redressement contre le chef et le Conseil—La demande a été admise en partie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral» (mod. par L.C. (1990) ch. 8, art. 1).

PARISIER C. PREMIÈRE NATION DE OCEAN MAN (T-1315-94, juge Gibson, ordonnance en date du 31-1-96, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un jugement déclaratoire, un bref de *quo warranto*, un bref de *mandamus* et une injonction en application de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Élection pour les charges de chef et de membres du conseil de la Bande tenue le 14 mars 1994 par la bande indienne de Sioux Valley n^o 290—Avant le 14 mars 1994, la procédure électorale de la Bande était régie par les dispositions de la Loi sur les Indiens—La Bande a envisagé la possibilité de revenir à une procédure électorale fondée sur sa coutume—Deux plébiscites ont été tenus le 28 juin et le 30 juillet 1993 pour démontrer l'appui des membres de la Bande à l'égard de l'abrogation de l'arrêté ministériel pris en application de l'art. 74—Une majorité des électeurs se sont prononcés en faveur de la proposition—Afin que la coutume de la Bande soit présentée sous une forme reconnaissable, le Sioux Valley Dakota Oyate Custom Election Code (code électoral fondé sur la coutume des Dakotas oyate de Sioux Valley) (le Code) a été rédigé—Dans un arrêté daté du 7 février 1994, le sous-ministre a révoqué l'arrêté ministériel du 14 décembre 1989—À compter du 14 mars 1994, les membres du conseil de la Bande devaient être choisis conformément à la coutume de celle-ci—L'intimé Hall a été élu au poste de chef de la Bande le 14 mars 1994—Le requérant conteste l'élection de l'intimé Hall, soutenant que celui-ci n'a pas respecté le critère de la résidence énoncé dans le Code et dans le règlement électoral fondé sur la coutume des

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

Dakotas oyate de Sioux Valley (le Règlement)—Selon l'art. 7 du Code, les candidats au poste de conseiller de la Bande doivent avoir résidé sur la réserve au cours des 12 mois précédant l'élection—La commission d'appel en matière électorale a ordonné la tenue d'une nouvelle élection—L'intimé Hall a refusé de se désister comme chef et le conseil de bande intimé a refusé de déclencher de nouvelles élections—La question est celle de savoir si la demande du requérant est prescrite, compte tenu de l'art. 18(3) et 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Il n'est pas nécessaire de déterminer si la disposition restrictive s'applique au bref de *quo warranto* ou de *mandamus*—La Cour a la compétence voulue pour rendre un jugement déclaratoire dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de l'art. 18(1a), (3) de la Loi sur la Cour fédérale—L'élection des membres du conseil de bande devait se dérouler conformément à la coutume de la Bande—Le Code et le Règlement traduisent-ils la coutume de la Bande?—La définition du mot «électeur» de l'art. 2 de la Loi sur les Indiens ne comporte aucune exigence liée à la résidence sur la réserve—Les intimés ont eu raison de soutenir que les membres non résidents de la Bande auraient dû avoir la possibilité de voter lors des plébiscites—La dérogation à la politique du Ministère ne touche nullement la validité de l'arrêté du sous-ministre qui prévoyait l'abrogation de l'arrêté pris en application de l'art. 74—Il n'existe aucun élément de preuve indiquant clairement quelle était la version préliminaire du Code que les électeurs pouvaient consulter à la date des plébiscites et permettant de dire si cette version contenait ou non la clause relative à la résidence—L'élection du 14 mars 1994 a été tenue conformément au Code—Il n'est pas nécessaire que la coutume de la bande soit inscrite dans un code ou dans un règlement—Le Code est valable, l'élection repose sur un fondement juridique et les résultats s'appliquent, sous réserve de la décision de la commission d'appel en matière électorale—L'acquiescement de la Bande à l'utilisation du Code prouve que celui-ci décrivait des pratiques qui sont généralement acceptables pour ses membres et qui font l'objet d'un large consensus et qu'il traduit par conséquent la coutume de la Bande—Le Code était en vigueur le 14 mars 1994—Le Règlement ne pouvait pas être consulté par les électeurs à la date des plébiscites—Le Règlement adoptait outrepassait la compétence du conseil de la Bande, car il n'a pas été soumis à l'approbation de la communauté, comme l'exige la disposition habilitante du Code—L'ordonnance par laquelle la commission d'appel en matière électorale a exigé la tenue d'une nouvelle élection générale est invalide, la commission n'ayant pas la compétence voulue pour rendre cette ordonnance—L'intimé Hall a-t-il perdu le droit d'exercer sa charge en raison du critère de la résidence énoncé dans le Code?—L'intimé Hall n'était pas admissible à se porter candidat au poste de chef s'il n'a pas résidé sur la réserve pendant au moins douze mois avant la date de l'élection—L'intimé Hall ne résidait pas sur la réserve le 14 mars 1993—Il n'était pas admissible à se porter candidat au poste

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

de chef lors de l'élection du 14 mars 1994 et n'a pas le droit d'exercer cette charge—La question à trancher maintenant est celle de savoir si un bref de *quo warranto* devrait être délivré—Il existe un obstacle sérieux à la délivrance d'un bref de *quo warranto*: le requérant a acquiescé à la candidature de l'intimé à la charge de chef de la bande et ce fait suffit à rendre une ordonnance de *quo warranto* inappropriée—Il n'existe aucun fondement permettant à la Cour de rendre une ordonnance de *mandamus* enjoignant au conseil de bande de tenir une nouvelle élection générale—Demande accueillie en partie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4) et 18.1 (édicte, *idem*, art. 5)—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74.

BONE C. BANDE INDIENNE DE SIOUX VALLEY N° 290
(T-2517-94, jugement du juge Heald, juge suppléant, en date du 6-2-96, 41 p.)

PRATIQUE

FRAIS ET DÉPENS

Dans le jugement rendu le 8 janvier 1996 dans l'affaire principale, les motifs énonçaient qu'il n'y aurait pas d'adjudication des dépens vu que la conduite des deux parties a entraîné l'abordage entre le *Nordpol* et le *Kootenay*—La demanderesse a demandé qu'une ordonnance soit rendue, conformément aux Règles 337(5) et 344, afin que les termes du prononcé sur les dépens fassent l'objet d'un nouvel examen—La demanderesse prétend que les questions concernant les dépens ont été négligées ou accidentellement omises—Dans l'affaire *Stuart c. Can.*, [1989] 5 W.W.R. 163 (C.F. 1^{re} inst.), le juge de première instance a statué que la Règle 344(7) visait à autoriser la prise de directives dans le contexte d'une adjudication antérieure des dépens, et non pas la modification de l'adjudication même—Comme aucune question n'a été négligée ou accidentellement omise, la Cour n'a aucune compétence pour examiner à nouveau le jugement en ce qui concerne les dépens—C'est une question qu'il faut porter en appel—Même si un nouvel examen avait été autorisé, la conclusion aurait été la même—La demande est rejetée, aucune ordonnance à l'égard des dépens—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 337(5), 344.

NORDHOLM I/S C. CANADA (T-1215-89, juge Gibson, ordonnance en date du 9-2-96, 4 p.)

Requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Apotex de payer les frais des requérantes à l'égard d'une demande de contrôle judiciaire—Dans des procédures instituées en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), les requérantes ont demandé l'interdiction de la délivrance d'un avis de conformité à Apotex relativement au médicament salbutamol—En octobre

PRATIQUE—Suite

1995, les requérantes ont sollicité le consentement d'Apotex à l'ordonnance en invoquant une décision de la Section de première instance rendue en 1995 et tranchant l'unique question soulevée en l'espèce—Le juge Richard a suivi cette décision en accordant l'ordonnance—La Règle 1618 dispose qu'il n'y aura pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales—Les requérantes soutiennent qu'il existe des raisons spéciales du fait du caractère privé des procédures, de l'offre de règlement et de l'ordonnance interlocutoire prononcée contre Apotex relativement aux dépens—L'intimée fait valoir qu'une partie a toujours le droit de contester une décision antérieure au motif qu'elle est «manifestement erronée»—Requête rejetée—Les dépens ne doivent pas être adjugés automatiquement dans toute demande de contrôle judiciaire, y compris dans le cadre de procédures en vertu du Règlement—La question des dépens sous le régime de la Règle 1618 ne doit être tranchée qu'une fois la demande de contrôle judiciaire arrivée à son terme—La Cour doit se fonder sur des «raisons spéciales» pour adjuger des dépens à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire—L'accueil de la demande n'est pas une raison spéciale—Il y a adjudication de dépens, parfois sur une base procureur-client, en raison de la conduite d'une partie, par exemple lorsque la modification d'une position a eu pour effet d'accroître considérablement les frais de l'intimée et forcé la présentation d'une demande de contrôle judiciaire (*Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.)), ou lorsque l'intimé était disposé depuis le début à consentir à la demande, mais où le requérant a insisté pour que l'affaire soit pleinement débattue (*Chan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 82 F.T.R. 244 (C.F. 1^{re} inst.))—En l'espèce, il n'existe aucune raison spéciale d'adjuger des dépens aux requérantes sous le régime de la Règle 1618—Les requérantes n'ont invoqué la décision de juillet 1995 que la semaine précédant la date fixée pour l'audition—L'intimée a fait valoir que cette décision ne devait pas être suivie en l'espèce—Il lui était loisible de le faire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 63, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

GLAXO GROUP LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1983-93, T-2025-93, juge Richard, ordonnance en date du 21-2-96, 7 p.)

Appel d'une décision par laquelle la juge de première instance a conclu que les renseignements supprimés par les appelants de leur affidavit supplémentaire de documents n'étaient pas protégés par une immunité d'intérêt public—Appel rejeté—Si les appelants souhaitent invoquer une immunité d'intérêt public à l'égard des parties supprimées de l'affidavit supplémentaire de documents, ils doivent, dans

PRATIQUE—Suite

les dix jours des présentes, se conformer loyalement aux exigences de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada en déposant un nouveau certificat—Au chapitre des dépens, la juge de première instance a manifesté son mécontentement en reprochant à l'avocat des appelants d'avoir fait des suppressions dans les documents sans l'indiquer clairement et sans ambiguïté—L'appel est uniquement imputable à la négligence dont les appelants ont fait preuve dans la préparation de l'affidavit supplémentaire de documents et du certificat en n'invoquant pas l'immunité de l'art. 39 à l'égard des parties supprimées des documents en cause—Les intimées ont donc droit aux dépens de l'appel sur une base procureur-client, y compris tous les débours raisonnablement nécessaires, quelle que soit l'issue de la cause—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.

CANADA C. PUDDISTER TRADING CO. (A-275-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 19-3-96, 4 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Requête de l'intimée Apotex en vertu des Règles 337(5)b et 1733 en vue d'obtenir une ordonnance modifiant les termes d'une ordonnance antérieure en date du 26 mai 1995—Ordonnance antérieure faisant droit à une demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. relativement au médicament lisinopril avant l'expiration des lettres patentes canadiennes 1,275,350 et 1,288,351—Le jugement définitif de la Cour ne peut être que réexaminé ou corrigé sous le régime des Règles 337(5) et 337(6), ou annulé sous le régime de la Règle 1733—Ni la Règle 337(5)b ni la règle 1733 ne s'appliquent en l'espèce—Aucune modification de l'ordonnance n'est nécessaire—La Règle 337(5) prévoit le cas d'un oubli de la part de la Cour, non d'une partie—Il ne convient pas qu'un juge tranche une requête fondée sur la Règle 1733 visant son propre jugement alors que celui-ci est frappé d'appel—Le brevet 1,288,351 figurant sur la liste des brevets n'était pas tombé en déchéance au moment du dépôt de la requête en prohibition—Il est tombé en déchéance en mars 1995 et est donc expiré—Le ministre n'est plus visé par l'interdiction à l'égard du brevet '351—L'ordonnance antérieure est claire, il n'est nul besoin de la modifier—Dans sa forme actuelle, elle ne cause aucun préjudice à Apotex—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale—C.R.C., ch. 63, Règles 337(5), 1733.

ZENECA PHARMA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1968-93, juge Richard, ordonnance en date du 1-3-96, 7 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Détails

La plupart des questions en litige sont survenues avant la Grande guerre, ou peu après—Il est probable que la majorité, sinon la totalité des preuves seront de nature documentaire—Les demandeurs sollicitent une ordonnance prescrivant que la défenderesse indique sur quels documents elle se fonde pour étayer sa cause—Pour ce qui est du gros des détails en question, la demande de désignation des documents constitue une demande de preuve—La nature de la cause de la défenderesse et les faits sur lesquels repose cette cause sont suffisamment détaillés pour présenter une plaidoirie, exception faite de ce qui est mentionné ci-après—Étant donné que la Règle 409 exige qu'une partie plaide spécifiquement toute loi de prescription, les dispositions de la Loi sur la prescription de l'Alberta, hormis celles mentionnées dans la plaidoirie, doivent être plaidées spécifiquement—En ce qui concerne les arguments de défaut de diligence, d'acquiescement, de retard et de désistement, des détails ont été demandés et, en réponse, la défenderesse a indiqué qu'elle fournirait tous faits étayant ces arguments après l'interrogatoire préalable des demandeurs; ce qui implique que la défenderesse n'est au courant d'aucun fait sur lequel appuyer ses allégations—Comme le signale le juge Addy dans la décision *Caterpillar Tractor Co. c. Babcock Allatt Ltd.* (1982), 67 C.P.R. (2d) 135 (C.F. 1^{re} inst.), lorsqu'il devient évident que la partie n'a aucun fait pour soutenir sa plaidoirie, celle-ci ne devrait pas être recevable, et le juge a sous-entendu qu'au stade des plaidoiries, il convient d'exiger des détails sur les faits en question—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 409.

BANDE DE MONTANA C. CANADA (T-617-85, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 19-1-96, 4 p.)

Action en dommages-intérêts des demandeurs, assureurs, visant à recouvrer l'indemnité d'assurance (203 775 \$) versée pour la destruction du navire *Radiant* au motif que l'incendie n'était pas accidentel mais avait été «organisé délibérément» par le défendeur Wood, employé de la société défenderesse (paragraphe 9 de la déclaration)—Les défendeurs ont sollicité des détails sur l'allégation de fraude et de malhonnêteté—Requête accueillie—La Règle 409 des Règles de la Cour fédérale porte qu'une partie doit plaider spécifiquement la fraude—Le paragraphe 9 de la déclaration ne le fait pas—La Règle 415(1) prévoit que toute plaidoirie doit fournir les détails nécessaires aux allégations relatif à la fraude—Or le paragraphe 9 ne précise comment l'incendie a été organisé délibérément—Les faits que les demanderesse allèguent doivent suffire pour déterminer les motifs sur lesquels repose l'allégation de fraude—Des allégations

PRATIQUE—Suite

générales ne suffisent pas—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 409, 415(1).

COMMERCIAL UNION ASSURANCE CO. PLC. C. M.T. FISHING CO. LTD. (T-2488-95, juge Dubé, ordonnance en date du 23-1-96, 5 p.)

Requête en radiation

Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a rejeté une requête en radiation d'une déclaration au motif que celle-ci ne révèle aucune cause raisonnable d'action—La déclaration découle des préoccupations que certains membres de la bande ont soulevées au sujet de la procédure électorale—Étant donné que le juge de première instance n'a invoqué aucun motif à l'appui de son ordonnance, il n'est pas nécessaire d'appliquer la règle habituelle de la retenue à l'endroit d'une décision découlant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge des requêtes—Le conseil de bande constitue «un office fédéral» au sens de la Loi sur la Cour fédérale—La Cour d'appel fédérale a compétence pour statuer sur la question, mais seulement dans le contexte d'une demande fondée sur l'art. 18, et non dans le cadre d'une action introduite au moyen d'une déclaration—La réparation demandée ne peut être accordée dans le contexte d'une action—L'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale ne permet pas de convertir une action en une demande de contrôle judiciaire—Même si la conversion était autorisée, le délai de 30 jours prescrit par l'art. 18.1(2) de la Loi est expiré—Appel accueilli avec dépens—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

WILLIAMS C. BANDE INDIENNE DE LAKE BABINE (A-649-95, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 5-2-96, 4 p.)

SIGNIFICATION

Demande visant à obtenir l'annulation d'un jugement par défaut, à permettre aux défenderesses (Haydn et Marmaras) de déposer un acte de comparution conditionnelle et à faire déclarer invalide la signification d'une déclaration—La signification à Haydn et Marmaras a été effectuée par la signification de la déclaration et de la demande de jugement par défaut à leur prétendue mandataire, *Amican Navigation Inc.*—*Amican* n'était pas leur mandataire au sens de l'art. 310(2) des Règles—*Amican* avait signé un connaissance au nom du capitaine du navire—*Amican* était autorisée, en sa qualité de mandataire de *Pegasus*, à signer des connaissances en vertu de la charte-partie—*Pegasus* et *Amican* étaient autorisées à s'occuper au nom de *Hadyn* de la gestion du navire—Ni le pouvoir de gestion, ni le pouvoir de signer des connaissances ne suffisent à faire d'*Amican* une personne dont les services étaient régulièrement utilisés

PRATIQUE—Fin

par Hadyn et Marmaras de manière à permettre que la signification de la déclaration et de la demande de jugement par défaut à Haydn et à Marmaras soit faite à Amican—Les exigences de l'art. 310 des Règles doivent être strictement respectées—La signification substitutive ne peut être effectuée en vertu de ces dispositions que lorsque les défendeurs éventuels ont conclu des opérations au Canada dans le cours ordinaire de leurs affaires et ont utilisé régulièrement les services de la personne à qui la signification est effectuée aux fins des opérations en question—La Cour ne peut présumer de l'existence de tous ces éléments: *Mona Lisa Inc. c. Le Carola Reith*, [1979] 2 C.F. 633 (1^{re} inst.)—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 310(2).

PORTBEC FOREST PRODUCTS INC. C. BOSPORUS (LE)
(T-556-92, juge Nadon, ordonnance en date du 22-2-96,
4 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire relativement à une décision de la CRTFP, confirmant la qualification par le Conseil de direction du Service correctionnel du Canada de certains postes de surveillance correctionnelle comme postes de direction ou de confiance, au sens de l'art. 5.2 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, cette qualification excluant les titulaires de ces postes d'une unité de négociation représentée par la requérante, et réduisant le nombre total de membres de cette unité de négociation de 274 à 12—L'Alliance de la fonction publique du Canada a contesté la décision parce qu'elle constituait une pratique déloyale de travail—Demande rejetée (dissidence du juge MacGuigan, J.C.A.)—Le juge Pratte, J.C.A.: la conclusion de pratique déloyale de travail ne peut être soutenue s'il semble, comme en l'espèce, que l'employeur aurait, dans tous les cas, pris la même décision pour d'autres raisons—Il s'agit d'une conclusion purement factuelle qui n'est pas manifestement erronée au point de justifier l'intervention de la Cour—Le juge Stone, J.C.A.: la conclusion de la Commission que l'employeur n'était pas mû par des considérations indues est une question de fait et ne devrait pas être modifiée—L'appartenance au syndicat n'a pas constitué une cause directe de la décision de l'employeur—Le juge MacGuigan, J.C.A. (dissident): la question de fait en l'espèce est la mesure dans laquelle l'appartenance à une même organisation syndicale des surveillants correctionnels et des employés qu'ils surveillaient a influé sur la direction—On doit donc présumer comme établi que l'appartenance à une même organisation syndicale a joué un rôle dans la décision de la direction—La Commission n'a tiré aucune conclusion de fait à l'égard de cette preuve parce qu'elle a apparemment présumé que l'existence d'une certaine «preuve forte» à l'appui de la décision de la direction était suffisante; autrement dit, il suffisait que la

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

décision soit fondée sur un motif justifiable et acceptable—Cependant, la jurisprudence a établi que si les actes de l'employeur sont motivés par un sentiment antisyndical qui constitue une (et non pas la) cause directe, l'employeur est réputé enfreindre la Loi—La décision de la direction pourrait être considérée comme un moyen de priver les surveillants correctionnels visés des avantages inhérents à la négociation collective—Comme elle n'en a pas tenu compte, en dépit des exigences de l'art. 8 de la Loi, bien qu'il se soit agi d'une cause directe de la décision de la direction, la Commission a donc commis une erreur de droit qui peut faire l'objet d'un contrôle—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 5.2 (édité par L.C. 1992, ch. 54, art. 33), 8 (mod., *idem*, art. 34).

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C.
CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-331-95, juges Pratte
et Stone, J.C.A., juge MacGuigan, J.C.A., dissident,
jugement en date du 9-2-96, 13 p.)

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Contrôle judiciaire de la décision du comité de révision établissant que l'intimée a le droit de recevoir les allocations familiales payables à ses deux enfants à compter d'octobre 1988—L'intimée et son mari se sont séparés en 1988—Le mari a obtenu la garde provisoire des deux enfants en août—En octobre, un règlement et un jugement concernant les mesures accessoires accordaient la garde conjointe aux parents, bien que le père eut la garde de fait—Le père a reçu les allocations familiales au nom des deux enfants à compter de juillet 1989—Le règlement modifié et une ordonnance prenant effet en avril 1991 modifiaient que l'intimée pourrait voir ses enfants plus souvent, mais ne modifiaient pas les dispositions concernant la garde provisoire de fait—Les allocations familiales ont été payées à l'intimée à compter de décembre 1991—En 1993, l'intimée a été informée qu'elle n'était plus admissible aux allocations familiales et qu'elle avait reçu des paiements en trop—Le comité de révision a accueilli l'appel, en concluant que l'intimée respectait les conditions énoncées à l'art. 9(1.2) du Règlement sur les allocations familiales qui dispose que, dans les cas de garde conjointe, les allocations familiales sont payées au parent de sexe féminin en l'absence d'une demande écrite présentée par les deux parents pour que le paiement soit fait au parent de sexe masculin—L'art. 7 de la Loi sur les allocations familiales dispose que les allocations familiales sont versées au parent de sexe féminin, sauf dans des circonstances précises—L'art. 9(1) du Règlement dispose que le parent de sexe masculin peut recevoir les allocations lorsqu'il a en fait la garde de l'enfant—Demande rejetée—L'art. 9(1)b) ne donne pas au parent de sexe masculin le droit de recevoir les allocations familiales dans le cas où les parents ont la garde conjointe des enfants—Ces dispositions ne s'appliquent que lorsque le père a la garde

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Suite

exclusive—En l'espèce, le père n'a pas la garde exclusive—Les parents ont la garde conjointe depuis octobre 1988—La clause selon laquelle la garde de fait était confiée au père avait simplement pour objet de s'assurer que, si les parents ne pouvaient s'entendre, c'est le père qui aurait le dernier mot—Le règlement et les ordonnances judiciaires prévoyaient que les parents se consulteraient pour ce qui a trait aux décisions relatives à la santé, à la religion, à l'éducation et au bien-être des enfants, à l'exception du choix de l'établissement scolaire—La garde de fait ne peut avoir pour objet d'autoriser le parent de sexe masculin à ignorer la procédure de consultation convenue concernant les questions relatives à la santé, à la religion, à l'éducation et au bien-être des enfants—Le père n'avait pas la garde exclusive des enfants et il n'avait pas droit aux allocations familiales aux termes de l'art. 9(1)b)—La preuve appuie la

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Fin

conclusion du comité de révision, qui ressort implicitement de la manière dont celui-ci a appliqué l'art. 9(1)b), selon laquelle les parents se sont partagés la garde des enfants, dans les faits, conformément aux clauses des ordonnances droit aux allocations familiales en vertu de l'art. 9(1)b), puisque les parents vivaient séparés de corps et de biens et qu'il n'avait pas la garde exclusive—Le père n'avait pas droit aux allocations familiales aux termes de l'art. 9(1.2), étant donné que les parties n'avaient pas d'entente écrite lui accordant le droit de recevoir ces allocations—Loi sur les allocations familiales, L.R.C. (1985), ch. F-1, art. 7—Règlement sur les allocations familiales, C.R.C., ch. 642, art. 9 (mod. par DORS-90-35, art. 4).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. YOUNG (T-2973-94, juge MacKay, ordonnance en date du 20-2-96, 15 p.)

