



1991

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

Published by  
PIERRE GARCEAU, Q.C.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
PIERRE GARCEAU, c.r.  
Commissaire à la magistrature fédérale

---

Editorial Board

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

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

Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
ARTHUR GRAHAM, B.A., LL.B. LL.M.

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

Arrêtiistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
ARTHUR GRAHAM, B.A., LL.B. LL.M.

---

Legal Research Editor  
LYNNE LEMAY

---

Recherche et documentation juridiques  
LYNNE LEMAY

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

Secretary  
LISE LEPAGE

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Secrétaire  
LISE LEPAGE

Volume 3

Volume 3

# JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

## CHIEF JUSTICE

The Honourable JULIUS A. ISAAC  
(Appointed December 24, 1991)

## ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

The Honourable JAMES ALEXANDER JEROME  
(Appointed February 18, 1980)

## COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable LOUIS PRATTE  
(Appointed to the Trial Division June 10, 1971;  
Appointed January 25, 1973;  
Supernumerary November 29, 1991)

The Honourable DARREL VERNER HEALD  
(Appointed to the Trial Division June 30, 1971;  
Appointed December 4, 1975)

The Honourable PATRICK M. MAHONEY, P.C.  
(Appointed to the Trial Division September 13, 1973;  
Appointed July 18, 1983)

The Honourable LOUIS MARCEAU  
(Appointed to the Trial Division December 23, 1975;  
Appointed July 18, 1983; Supernumerary February 6, 1992)

The Honourable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable ARTHUR J. STONE  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable MARK R. MACGUIGAN, P.C.  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable ALICE DESJARDINS  
(Appointed June 29, 1987)

The Honourable ROBERT DÉCARY  
(Appointed March 14, 1990)

The Honourable ALLEN M. LINDEN  
(Appointed July 5, 1990)



## **TRIAL DIVISION JUDGES**

The Honourable FRANK U. COLLIER  
*(Appointed September 16, 1971;  
Supernumerary November 1, 1987)*

The Honourable JEAN-EUDES DUBÉ, P.C.  
*(Appointed April 9, 1975; Supernumerary November 6, 1991)*

The Honourable PAUL ROULEAU  
*(Appointed August 5, 1982)*

The Honourable FRANCIS CREIGHTON MULDOON  
*(Appointed July 18, 1983)*

The Honourable BARRY L. STRAYER  
*(Appointed July 18, 1983)*

The Honourable BARBARA J. REED  
*(Appointed November 17, 1983)*

The Honourable PIERRE DENAULT  
*(Appointed June 29, 1984)*

The Honourable YVON PINARD, P.C.  
*(Appointed June 29, 1984)*

The Honourable L. MARCEL JOYAL  
*(Appointed June 29, 1984)*

The Honourable BUD CULLEN, P.C.  
*(Appointed July 26, 1984)*

The Honourable LEONARD A. MARTIN  
*(Appointed October 29, 1985)*

The Honourable MAX M. TEITELBAUM  
*(Appointed October 29, 1985)*

The Honourable W. ANDREW MACKAY  
*(Appointed September 2, 1988)*

# JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

(EN FONCTION AU COURS DE LA PÉRIODE VISÉE PAR LE PRÉSENT VOLUME)

## LE JUGE EN CHEF

L'honorable JULIUS A. ASAAC  
(nommé le 24 décembre 1991)

## LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable JAMES ALEXANDER JEROME  
(nommé le 18 février 1980)

## LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

L'honorable LOUIS PRATTE  
(nommé à la Section de première instance, le 10 juin 1971;  
nommé le 25 janvier 1973;  
surnuméraire le 29 novembre 1991)

L'honorable DARREL VERNER HEALD  
(nommé à la Section de première instance, le 30 juin 1971;  
nommé le 4 décembre 1975)

L'honorable PATRICK M. MAHONEY, C.P.  
(nommé à la Section de première instance, le 13 septembre 1973;  
nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable LOUIS MARCEAU  
(nommé à la Section de première instance, le 23 décembre 1975;  
nommé le 18 juillet 1983; surnuméraire 6 février 1992)

L'honorable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable ARTHUR J. STONE  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable MARK R. MACGUIGAN, C.P.  
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable ALICE DESJARDINS  
(nommée le 29 juin 1987)

L'honorable ROBERT DÉCARY  
(nommé le 14 mars 1990)

L'honorable ALLEN M. LINDEN  
(nommé le 5 juillet 1990)

## LES JUGES DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

L'honorable FRANK U. COLLIER

*(nommé le 16 septembre 1971;  
surnuméraire le 1<sup>er</sup> novembre 1987)*

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.

*(nommé le 9 avril 1975; surnuméraire le 6 novembre 1991)*

L'honorable PAUL ROULEAU

*(nommé le 5 août 1982)*

L'honorable FRANCIS CREIGHTON MULDOON

*(nommé le 18 juillet 1983)*

L'honorable BARRY L. STRAYER

*(nommé le 18 juillet 1983)*

L'honorable BARBARA J. REED

*(nommée le 17 novembre 1983)*

L'honorable PIERRE DENAULT

*(nommé le 29 juin 1984)*

L'honorable YVON PINARD, C.P.

*(nommé le 29 juin 1984)*

L'honorable L. MARCEL JOYAL

*(nommé le 29 juin 1984)*

L'honorable BUD CULLEN, C.P.

*(nommé le 26 juillet 1984)*

L'honorable LEONARD A. MARTIN

*(nommé le 29 octobre 1985)*

L'honorable MAX M. TEITELBAUM

*(nommé le 29 octobre 1985)*

L'honorable W. ANDREW MACKAY

*(nommé le 2 septembre 1988)*



**TABLE**  
**OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED**  
**IN THIS VOLUME**

A

Adjudicator (Immigration Act) (C.A.), Armadale Communications Ltd. v.....	242
Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) .....	32
Alberta v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.).....	114
American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.), Canadian Cable Television Assn v. ....	626
Antrim Yards Ltd. v. Canada (T.D.) .....	459
Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act) (C.A.).....	242

B

Bateman (T.D.), Canadian Imperial Bank of Commerce v.....	586
Belczowski v. Canada (T.D.).....	151
Berneche v. Canada (C.A.).....	383
Blackwood v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) .....	265
Bland v. National Capital Commission (T.D.).....	325
Burgon (C.A.), Canada (Minister of Employment and Immigration) v.....	44

C

Canada (C.A.), Berneche v.....	383
Canada (C.A.), Symes v.....	507
Canada (Consumer and Corporate Affairs) (C.A.), Hunter v.....	186
Canada (Department of Justice) (T.D.), Weiler v.....	617
Canada (Employment and Immigration Commission) v. Lang (C.A.).....	65
Canada (Federal Administrator) (C.A.), Cree Regional Authority v.....	533
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon (C.A.).....	44
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Akthar v.....	32
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Mileva v.....	398
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Valentin v.....	390
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Zalzali v.....	605
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Blackwood v.....	265
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Chen v.....	350
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Demirtas v.....	489
Canada (Minister of Public Works) (T.D.), Olympia Janitorial Supplies v.....	374
Canada (Minister of the Environment) (T.D.), Alberta v.....	114
Canada (National Energy Board) (C.A.), Quebec (Attorney General) v.....	443
Canada (T.D.), Antrim Yards Ltd. v.....	459
Canada (T.D.), Belczowski v.....	151
Canada (T.D.), Guimond v.....	254
Canada (T.D.), Placer Dome Inc. v.....	137
Canada (T.D.), Westcoast Energy Inc. v.....	302

Canada (T.D.), Meade v. ....	365
Canada (T.D.), Rollinson v. ....	70
Canada (T.D.), Smith v. ....	3
Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.).....	626
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bateman (T.D.).....	586
Casden v. Cooper Enterprises Ltd. (T.D.) .....	281
Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	350
Cominco Ltd. v. Northwest Territories Water Board (C.A.).....	177
Cooper Enterprises Ltd. (T.D.), Casden v. ....	281
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (C.A.).....	533

## D

Demirtas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	489
Deputy M.N.R. (C.A.), Vaillancourt v. ....	663

## G

Guimond v. Canada (T.D.).....	254
-------------------------------	-----

## H

Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs) (C.A.).....	186
---	-----

## L

Lang (C.A.), Canada (Employment and Immigration Commission) v. ....	65
Leach v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D.).....	560

## M

Meade v. Canada (T.D.).....	365
Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	398

## N

National Capital Commission (T.D.), Bland v. ....	325
Northwest Territories Water Board (C.A.), Cominco Ltd. v. ....	177

## O

Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.).....	374
--	-----

## P

Placer Dome Inc. v. Canada (T.D.).....	137
--	-----

## Q

Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board) (C.A.).....	443
---	-----

## R

Rollinson v. Canada (T.D.) .....	70
Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D), Leach v.....	560

## S

Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. Estate (T.D.).....	214
Smith v. Canada (T.D.) .....	3
Symes v. Canada (C.A.) .....	507

## V

Vaillancourt v. Deputy M.N.R. (C.A.) .....	663
Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	390

## W

Weiler v. Canada (Department of Justice) (T.D.) .....	617
Westcoast Energy Inc. v. Canada (T.D.) .....	302
Western Fish Producers, Inc. Estate (T.D.), Shibamoto & Co. v.....	214
Wewayakai Indian Band (T.D.), Wewayakum Indian Band v. ....	420
Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band (T.D.) .....	420

## Z

Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration (C.A.).....	605
---	-----





**TABLE**  
**DES DÉCISIONS PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

A

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (C.A.) .....	533
Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) .....	32
Alberta c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	114
American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.), Assoc. canadienne de télévision par câble c. ....	626
Antrim Yards Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	459
Arbitre (Loi sur l'immigration) (C.A.), Armadale Communications Ltd. c. ....	242
Armadale Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration) (C.A.) .....	242
Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) .....	626

B

Bande indienne Wewayakai (1 <sup>re</sup> inst.), Bande indienne Wewayakum c. ....	420
Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai (1 <sup>re</sup> inst.) .....	420
Banque canadienne impériale de commerce c. Bateman (1 <sup>re</sup> inst.) .....	586
Bateman (1 <sup>re</sup> inst.), Banque canadienne impériale de commerce c. ....	586
Belczowski c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	151
Berneche c. Canada (C.A.) .....	383
Blackwood c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	265
Bland c. Commission de la capitale nationale (1 <sup>re</sup> inst.) .....	325
Burgon (C.A.), Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. ....	44

C

Canada (Administrateur fédéral) (C.A.), Administration régionale crie c. ....	533
Canada (C.A.), Berneche c. ....	383
Canada (C.A.), Symes c. ....	507
Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) c. Lang (C.A.) .....	617
Canada (Ministère de la Justice) (1 <sup>re</sup> inst.), Weiler c. ....	65
Canada (Ministère des consommateurs et des Sociétés) (C.A.), Hunter c. ....	186
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon (C.A.) .....	44
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Akthar c. ....	32
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Mileva c. ....	398
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Valentin c. ....	390
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Zalzali c. ....	605
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Blackwood c. ....	265
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Chen c. ....	350
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Demirtas c. ....	489
Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.), Alberta c. ....	114
Canada (Ministre des travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.), Olympia Janitorial Supplies c. ....	374

Canada (Office national de l'énergie) (C.A.), Québec (Procureur général) c.....	443
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Antrim Yards Ltd. c.....	459
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Belczowski c.....	151
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Guimond c.....	254
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Meade c.....	365
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Placer Dome Inc. c.....	137
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Rollinson c.....	70
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Smith c.....	3
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Westcoast Energy Inc. c.....	302
Casden c. Cooper Enterprises Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.).....	281
Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.).....	350
Commission de la capitale nationale (1 <sup>re</sup> inst.), Bland c.....	325
Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Leach c.....	560
Cominco Ltd. c. Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest (C.A.).....	177
Cooper Enterprises Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.), Casden c.....	281
D	
Demirtas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.).....	489
G	
Guimond c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	254
H	
Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés) (C.A.).....	186
L	
Lang (C.A.), Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) c.....	65
Leach c. Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	560
M	
Meade c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	365
Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	398
O	
Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest (C.A.), Cominco Ltd. c.....	177
Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.).....	374
P	
Placer Dome Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	137
Q	
Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie) (C.A.).....	443

## R

Rollinson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	70
---	----

## S

Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (Syndic) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	214
Smith c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	3
Sous-ministre M.R.N. (C.A.), Vaillancourt c. ....	663
Symes c. Canada (C.A.) .....	507

## V

Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N. (C.A.) .....	663
Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) .....	390

## W

Weiler c. Canada (Ministère de la Justice) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	617
Westcoast Energy Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	302
Western Fish Producers, Inc. (Syndic) (1 <sup>re</sup> inst.), Shibamoto & Co. c. ....	214

## Z

Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) .....	605
---	-----



# CONTENTS OF THE VOLUME

PAGE

## ACCESS TO INFORMATION

Bland v. National Capital Commission (T.D.) (T-2300-86) .....	325
Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Canada (International Trade Tribunal) (T-2108-91) .....	D-33
Crestbrook Forest Industries Ltd. v. Canada (T-2718-89) .....	D-33
Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs) (C.A.) (A-273-90) .....	186

## AGRICULTURE

Lacey v. Canada (A-444-89) .....	D-33
Maulson v. Canada (Minister of Agriculture) (P-9-90) .....	D-11

## ARMED FORCES

Berneche v. Canada (C.A.) (A-98-90) .....	383
Captain Hainsworth v. Canada (Disciplinary Court Martial) (T-1276-91) .....	D-1
Meade v. Canada (T.D.) (T-1042-91) .....	365

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Asian Video Movies Wholesaler Inc. v. Mathardoo (T-101-91) .....	D-1
--	-----

## CITIZENSHIP

### Residency Requirements

Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Hablani (T-1951-89) .....	D-25
--	------

## CIVIL CODE

Poolman v. Eiffel Productions S.A. (T-196-91) .....	D-1
Vaillancourt v. Deputy M.N.R. (C.A.) (A-460-86) .....	663

## COMBINES

*See:* Access to Information, D-33

## CONSTITUTIONAL LAW

*See also:* Armed Forces, D-1; Customs and Excise, D-12; Immigration, D-3, D-14, D-27, D-28, D-36; Income Tax, D-37; Parole, D-19, D-29; Penitentiaries, D-7; Unemployment Insurance, D-24

### Charter of Rights

#### *Criminal Process*

Leach v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D.) (T-1299-91) .....	560
Modern Organics Inc. v. Canada (T-498-91) .....	D-11

	PAGE
<b>CONSTITUTIONAL LAW—Continued</b>	
<b>Charter of Rights—Continued</b>	
<i>Criminal Process—Continued</i>	
Rollinson v. Canada (T.D.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
<i>Democratic Rights</i>	
Belczowski v. Canada (T.D.) (T-1182-88) .....	151
<i>Enforcement</i>	
Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act) (C.A.) (A-452-91) .....	242
<i>Equality Rights</i>	
Antrim Yards Ltd. v. Canada (T.D.) (T-183-88) .....	459
Belczowski v. Canada (T.D.) (T-1182-88) .....	151
Leach v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D.) (T-1299-91) .....	560
Rollinson v. Canada (T.D.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
Symes v. Canada (C.A.) (A-290-89) .....	507
<i>Fundamental Freedoms</i>	
Blackwood v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (90-T-823) .....	265
<i>Life, Liberty and Security</i>	
Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-777-90, A-780-90, A-942-90) .....	32
Blackwood v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (90-T-823) .....	265
Leach v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D.) (T-1299-91) .....	560
Meade v. Canada (T.D.) (T-1042-91) .....	365
Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-726-90)	398
Rollinson v. Canada (T.D.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
<b>Distribution of Powers</b>	
Alberta v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-3307-90) .....	114
<b>CONSTRUCTION OF STATUTES</b>	
<i>See also: Agriculture, D-34; Income Tax, D-15, D-37; Labour Relations, D-39; Parole, D-40</i>	
Antrim Yards Ltd. v. Canada (T.D.) (T-183-88) .....	459
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon (C.A.) (A-17-90)	44
Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) (A-832-90) .....	626
Cominco Ltd. v. Northwest Territories Water Board (C.A.) (A-408-89) .....	177
Leach v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D.) (T-1299-91) .....	560
Symes v. Canada (C.A.) (A-290-89) .....	507
Vaillancourt v. Deputy M.N.R. (C.A.) (A-460-86) .....	663

**CONTRACTS**

Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. Estate (T.D.) (T-1810-88).....	214
--	-----

**COPYRIGHT**

*See also:* Civil Code, D-1; Trade Marks, D-9

Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) (A-832-90).....	626
Laurin v. Champagne (T-427-89).....	D-25

**Infringement**

Grignon v. Roussel (T-1283-88).....	D-34
-------------------------------------	------

**Injunctions**

Nintendo of America Inc. v. Camerica Corp. (A-105-91).....	D-34
--	------

**CORPORATIONS**

Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. Estate (T.D.) (T-1810-88).....	214
--	-----

**CRIMINAL JUSTICE****Evidence**

Meade v. Canada (T.D.) (T-1042-91).....	365
---	-----

**CROWN**

*See also:* Customs and Excise, D-2; Practice, D-31

**Contracts**

Rhythm Investments Inc. v. Canada (T-1459-89).....	D-11
--	------

**Real Property**

Bland v. National Capital Commission (T.D.) (T-2300-86).....	325
--	-----

**Torts**

Layden v. Canada (Attorney General) (A-161-90).....	D-25
Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.) (T-2294-89).....	374

**CUSTOMS AND EXCISE****Customs Act**

Roblin Textiles Inc. v. M.N.R. (T-220-88).....	D-25
Mattu v. M.N.R. (T-675-89).....	D-11
Rollinson v. Canada (T.D.) (T-560-84, T-245-87).....	70
Spektor v. Canada (T-1573-88).....	D-1

**Excise Act**

Zlotnick v. Canada (T-273-91).....	D-12
------------------------------------	------

**Excise Tax Act**

Canada v. National Bank of Canada (T-809-86).....	D-25
Canada (Attorney General) v. Malby Inc. (T-2135-88).....	D-34

	PAGE
<b>CUSTOMS AND EXCISE—Continued</b>	
<b>Excise Tax Act—Continued</b>	
University of Alberta v. Canada (T-604-89).....	D-34
Westar Mining Ltd. v. Canada (A-844-90) .....	D-12
<b>ELECTIONS</b>	
Belczowski v. Canada (T.D.) (T-1182-88).....	151
<b>ENERGY</b>	
Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board) (C.A.) (A-1057-90) .....	443
<b>ENVIRONMENT</b>	
<i>See also:</i> Practice, D-44	
Alberta v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-3307-90).....	114
Cantwell v. Canada (Minister of the Environment) (A-124-91).....	D-2
Cantwell v. Canada (Minister of the Environment) (T-2975-90).....	D-2
Cominco Ltd. v. Northwest Territories Water Board (C.A.) (A-408-89).....	177
Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board) (C.A.) (A-1057-90) .....	443
<b>EXPROPRIATION</b>	
<i>See also:</i> Practice, D-41	
<b>Practice</b>	
Canada (Attorney General) v. Newfoundland (T-2129-90).....	D-12
<b>FEDERAL COURT JURISDICTION</b>	
<i>See also:</i> Constitutional Law, D-11; Copyright, D-25; Income Tax, D-16; Maritime Law, D-39; Practice, D-22, D-43, D-44	
<b>Appeal Division</b>	
Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act) (C.A.) (A-452-91) .....	242
<b>Trial Division</b>	
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (C.A.) (A-231-91)...	533
<b>FISHERIES</b>	
Delisle v. Canada (T-565-91) .....	D-26
New Leaf Fishing Ltd. v. Canada (T-243-91) .....	D-26
<b>FOREIGN TRADE</b>	
<i>See:</i> Access to Information, D-33; Income Tax, D-5	
<b>HUMAN RIGHTS</b>	
Canada (Employment and Immigration Commission) v. Lang (C.A.) (A-533-90). Intermediate Terminals Warehouse Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (T-3108-90) .....	D-35
Motorways Direct Transport Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (T-29-91) .....	D-12



**IMMIGRATION**

Badi-Bakole v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-556-91) ...	D-35
Bascoe v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2615-90) .....	D-26
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon (C.A.) (A-17-90) ..	44
Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-398-90) ...	350
Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-4-89) .....	D-27
Djossou v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-778-91) .....	D-36
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2061-90) .....	D-35
Mangat v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-398-90) .....	D-26
Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-217-91) ...	D-35
Virk v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-364-91) .....	D-2

**Deportation**

Cheema v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-301-91) .....	D-27
Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-147-88) .....	D-13
Étienne v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1490-91) .....	D-13
Smart v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-389-89) .....	D-3
Soares v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-107-90) .....	D-3

**Practice**

Altamirano v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-80) .....	D-13
Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act) (C.A.) (A-452-91) .....	242
Batra v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-564-89) .....	D-36
Bissoondial v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-807-91) .....	D-36
Blackwood v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (90-T-823) .....	265
Demirtas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2845-90) .....	489
Kazi v. Kalusny (91-T-38) .....	D-3
Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-A-1678) ...	D-36
Muthulingam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-92) ...	D-13
Ontario Khalsa Darbar Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1484-91) .....	D-27
Shahmohamadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-A-2041) .....	D-36
Smith v. Canada (T.D.) (IMM-1-91) .....	3

**Refugee Status**

Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-777-90, A-780-90, A-942-90) .....	32
Dong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-43) .....	D-14
Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-899-90) .....	D-3
James v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-769-91) .....	D-14
Mahendran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-628-90) ...	D-27
Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-726-90)	398
Ponniah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-345-89) .....	D-14
Retnem v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-470-89, A-472-89) .....	D-14
Smith v. Canada (T.D.) (IMM-1-91) .....	3
Tung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-220-90) .....	D-15
Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-256-90, A-266-90, A-267-90, A-277-90, A-301-90) .....	390

**IMMIGRATION—Continued****Refugee Status—Continued**

Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-382-90) .....	605
Zeybekoglu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2894-90) ..	D-27

**INCOME TAX**

*See also:* Practice, D-22, D-42

First Fund Genesis Corp. v. Canada (T-785-88) .....	D-36
Hughes v. Canada (T-2560-88) .....	D-3
O'Sullivan v. M.N.R. (T-2758-90) .....	D-36

**Associated Companies**

Canada v. Irving Oil Ltd. (A-592-88) .....	D-15
--	------

**Income Calculation**

McIlhargey v. Canada (T-208-89) .....	D-15
West Kootenay Power and Light Co. v. Canada (T-2144-88) .....	D-3
Westcoast Energy Inc. v. Canada (T.D.) (T-2679-89) .....	302

**Capital Cost Allowance**

British Columbia Telephone Co. v. Canada (T-1460-90) .....	D-37
Pacific Northern Gas Ltd. v. Canada (A-451-90) .....	D-4
Vaillancourt v. Deputy M.N.R. (C.A.) (A-460-86) .....	663

**Capital Gains**

Gaynor v. Canada (A-988-88, A-1005-88, A-1006-88) .....	D-4
Hawkins v. Canada (T-2547-83) .....	D-37

**Deductions**

Fairey v. M.N.R. (T-2570-87) .....	D-5
Greenway v. Canada (T-2705-86) .....	D-4
Old HW-GW Ltd. v. Canada (T-560-87, T-602-87, T-690-87) .....	D-4
Placer Dome Inc. v. Canada (T.D.) (T-2986-89) .....	137
Symes v. Canada (C.A.) (A-290-89) .....	507
Urichuk v. M.N.R. (T-1205-84) .....	D-16
Utah Mines Ltd. v. Canada (T-487-79) .....	D-16
West Hill Redevelopment Co. Ltd. v. M.N.R. (T-2821-86) .....	D-37

**Farming**

Robinson v. Canada (T-713-84) .....	D-5
Roney v. M.N.R. (A-1086-88) .....	D-5

**Income or Capital Gain**

Breakell v. Canada (T-2603-87, T-2604-87, T-2605-87, T-2606-87) .....	D-37
Scott v. Canada (T-907-88) .....	D-38

**Practice**

Apollo 8 Maintenance Services Ltd. v. Canada (A-194-89) .....	D-38
---	------

**INCOME TAX—Continued****Practice—Continued**

Gallos v. Canada (A-193-89).....	D-38
Montreal Aluminium Processing Inc. v. Canada (Attorney General) (T-811-91)...	D-28

**Reassessment**

Attridge v. Canada (T-2321-82, T-2322-82) .....	D-16
Cormier v. Canada (T-399-87).....	D-6
Riendeau v. M.N.R. (A-639-89).....	D-17

**Reserves**

Coppley Noyes & Randall Ltd. v. Canada (T-1099-86).....	D-17
---	------

**INJUNCTIONS**

*See also:* Patents, D-40, D-41; Practice, D-20; Trade Marks, D-8, D-9, D-23, D-44, D-45

Alberta Pacific Terminals v. Fraser River Harbour Commission (T-1531-91).....	D-28
---	------

**JUDGES AND COURTS**

*See:* Patents, D-40

**JUDICIAL REVIEW**

*See also:* Armed Forces, D-1; Constitutional Law, D-11; Fisheries, D-26; Human Rights, D-13; Immigration, D-3, D-14, D-26, D-36; Labour Relations, D-39; Native Peoples, D-39; Parole, D-40; Penitentiaries, D-19; RCMP, D-31, D-44

**Applications to Review**

Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act) (C.A.) (A-452-91) .....	242
Canada (Attorney General) v. Lynk (A-721-90).....	D-17
Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) (A-832-90).....	626

**Prerogative Writs*****Certiorari***

Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-398-90) ...	350
Demirtas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2845-90) .....	489

***Habeas Corpus***

Henry v. Canada (Minister of Justice) (A-126-89).....	D-6
Leclerc v. Canada (Attorney General) (T-1590-91) .....	D-38

***Prohibition***

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bateman (T.D.) (T-830-91).....	586
--	-----

**LABOUR RELATIONS**

*See also:* Practice, D-7

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bateman (T.D.) (T-830-91).....	586
Island Telephone Co. v. Canada (Minister of Labour) (T-1401-91).....	D-38

	PAGE
<b>LABOUR RELATIONS—Continued</b>	
Tino v. Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers (A-789-90) .....	D-17
<b>MARITIME LAW</b>	
<i>See also:</i> Practice, D-21	
<b>Liens and Mortgages</b>	
Argosy Seafoods Ltd. v. Atlantic Bounty (The) (T-720-91) .....	D-6
Global Cruises S.A. v. Naftiko Apomahico Tameio (T-1739-90).....	D-39
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. Estate (T.D.) (T-1810-88).....	214
<b>Practice</b>	
Frisol Bunkering B.V. v. Alexandria (The) (In rem) (T-2732-90) .....	D-18
Harrison v. Nelson (T-2874-89).....	D-18
<b>NATIVE PEOPLES</b>	
<i>See also:</i> Practice, D-22	
<b>Elections</b>	
Sunday v. Akwesasne Election Board (T-2023-91) .....	D-39
<b>Lands</b>	
Lower Kootenay Indian Band v. Canada (T-16-90).....	D-28
Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band (T.D.) (T-2652-85) .....	420
<b>PAROLE</b>	
Hay v. Canada (National Parole Board) (T-2705-90) .....	D-29
Kennedy v. Canada (National Parole Board) (T-1901-91) .....	D-40
Kenny v. Canada (National Parole Board) (T-1256-91) .....	D-18
Ladouceur v. Canada (National Parole Board) (T-1582-91) .....	D-18
MacInnis v. Canada (Solicitor General) (T-1341-90) .....	D-39
<b>PATENTS</b>	
<i>See also:</i> Practice, D-20, D-31	
American Home Products Corp. v. Apotex Inc. (A-417-85) .....	D-19
Comstock Canada v. Electec Ltd. (T-1313-86, T-2216-87) .....	D-40
Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. (A-578-88) .....	D-19
Geonics Ltd. v. Geoprobe Ltd. (T-1287-91) .....	D-40
J.M Voith GmbH v. Beloit Corp. (A-216-89).....	D-29
<b>Infringement</b>	
Baker Hughes Inc. v. Galvanic Analytical Systems Ltd. (T-1046-91) .....	D-40
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (T-1552-90) .....	D-6
<b>Practice</b>	
Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd. (T-316-87) ...	D-41
R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co. (T-859-90) .....	D-6
<b>PENITENTIARIES</b>	
Edwards v. Canada (T-1119-91) .....	D-19
Fengstad v. Kent Institution (T-276-91) .....	D-7

**PENITENTIARIES—Continued**

Koehler v. Warkworth Institution (T-822-90) .....	D-7
Saint-Jacques v. Canada (Department of Solicitor General) (T-999-89) .....	D-30

**PRACTICE**

*See also:* Immigration, D-3, D-13, D-36; Native Peoples, D-29; Patents D-6, D-30, D-41; Trade Marks D-8, D-45

Beamscope Canada Inc. v. 2439-0692 Quebec Inc. (T-2195-90) .....	D-20
Berneche v. Canada (C.A.) (A-98-90) .....	383
Curragh Resources Inc. v. Canada (Minister of Justice) (T-3478-90) .....	D-41
Energy Absorption Systems Inc. v. Y. Boissonneault & Fils Inc. (T-2263-86) .....	D-19
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (A-501-91) .....	D-20
Smith v. Canada (T-1632-90) .....	D-41

**Costs**

Anderson v. Nascor Inc. (T-405-90) .....	D-41
Canada v. Ontario Development Corp. (A-48-89) .....	D-20
Casden v. Cooper Enterprises Ltd. (T.D.) (T-442-88) .....	281
General Enterprises Construction Ltd. v. Canada (A-511-86) .....	D-41
I.C.I. Americas Inc. v. Canada (Minister of Agriculture) (T-1116-88) .....	D-30
Kibale v. Canada (A-1221-88) .....	D-30
Kibale v. Canada (T-1891-88) .....	D-30
Olson v. Canada (T-96-90) .....	D-7

**Discovery**

Ford Motor Company of Canada, Ltd. v. M.N.R. (T-3700-82) .....	D-20
--	------

*Examination for Discovery*

Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band (T.D.) (T-2652-85) .....	420
---	-----

*Production of Documents*

H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd. (T-2306-87) .....	D-7
Kibale v. Canada (T-1891-88) .....	D-42

**Dismissal of Proceedings***Want of Prosecution*

Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd. (T-856-71) .....	D-42
--	------

**Evidence**

Rollinson v. Canada (T.D.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
---	----

**“Cap” Rule**

Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs) (C.A.) (A-273-90) .....	186
---	-----

**Judgments and Orders***Consent Judgment*

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (A-1004-90) .....	D-20
---	------

	PAGE
<b>PRACTICE—Continued</b>	
<b>Judgments and Orders—Continued</b>	
<i>Default Judgment</i>	
Canada v. Blair Estate (T-1645-90).....	D-42
Logistique et Transport Internationaux Ltée v. Armada Lines Ltd. (T-37-91).....	D-42
Television Broadcasts Ltd. v. Trinh (T-2098-90) .....	D-30
<i>Enforcement</i>	
Wolf (Re) (ITA-4408-83).....	D-20
<i>Reversal or Variation</i>	
Automobile Norvoie Inc. v. Radiateur La Sarre (1985) Inc. (ITA-2880-89).....	D-42
Consumers Distributing v. United Consumers Club, Inc. (T-1593-89).....	D-20
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (A-164-91) .....	D-21
Video Technology Electronics Ltd. v. 2633-4235 Québec Inc. (T-816-91).....	D-31
<i>Stay of Execution</i>	
Nintendo of America Inc. v. 131865 Canada Inc. (T-970-90).....	D-21
<b>Limitation of Actions</b>	
Walker v. Canada (Labour Relations Board) (A-92-90).....	D-7
<b>Parties</b>	
Guimond v. Canada (T.D.) (T-1940-89).....	254
<i>Joinder</i>	
Canastrand Industries Ltd. v. Lara S. (The) (T-940-89).....	D-21
<i>Standing</i>	
Antrim Yards Ltd. v. Canada (T.D.) (T-183-88).....	459
Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band (T.D.) (T-2652-85) .....	420
<i>Third Party Proceedings</i>	
Cie Nationale de Courtage 2885-SD Location et Flotte Ltée v. Canada (Minister of National Revenue) (T-3438-90) .....	D-43
<b>Pleadings</b>	
<i>Amendments</i>	
Assiniboine v. Long Plain Indian Reserve No. 6 Band 287(35) (T-787-90) .....	D-43
Francoeur v. Canada (T-2153-87) .....	D-21
Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band (T-456-90).....	D-7
<i>Motion to Strike</i>	
Barrigar & Oyen v. Canada (Registrar of Trade-marks) (T-2272-90).....	D-8
Berneche v. Canada (C.A.) (A-98-90).....	383
Canadian Media Corp. v. Canada (T-3353-90).....	D-31
Jean Cacharel S.A. v. Barmish Inc. (T-205-83) .....	D-8

**PRACTICE—Continued****Pleadings—Continued***Motion to Strike—Continued*

Laforme v. M.N.R. (T-559-89) .....	D-21
Macdonald v. Canada (T-3236-90) .....	D-8
McDonald's Corp. v. Midwest Coffee Systems Inc. (T-3368-90) .....	D-43
Mennes v. Canada (T-289-91) .....	D-22

*Particulars*

Risi Stone Ltd. v. Groupe Permacon Inc. (T-1005-89) .....	D-43
---	------

**Privilege**

Weiler v. Canada (Department of Justice) (T.D.) (T-2215-90) .....	617
---	-----

**Service**

Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. (A-365-90) .....	D-31
Tradition Fine Foods Ltd. v. L. Karp & Sons, Inc. (T-1820-91) .....	D-43

**Stay of Proceedings**

Alberta v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-3307-90) .....	114
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T-451-91) .....	D-44
Ruhrkohle Hander Inter GMBH v. Fednav Ltd. (T-212-91) .....	D-22
White Pass Transportation Ltd. v. Skerlec (T-2819-90) .....	D-43

**Variation of Time**

Food Roll Sales (Niagara) Ltd. v. 627748 Ontario Ltd. (91-T-76) .....	D-8
---	-----

**PRIVACY**

Bland v. National Capital Commission (T.D.) (T-2300-86) .....	325
Weiler v. Canada (Department of Justice) (T.D.) (T-2215-90) .....	617

**PUBLIC SERVICE****Appeals**

Hansen v. Canada (Attorney General) (A-1016-90) .....	D-22
---	------

**Practice**

Langlois v. Canada (T-291-90) .....	D-44
-------------------------------------	------

**RCMP**

Brunelle v. Canada (Royal Canadian Mounted Police) (T-2825-90) .....	D-23
Leach v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (T.D.) (T-1299-91) .....	560
Mercier v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) (T-1522-91) .....	D-44
Tkachuk v. Canada (T-1347-91) .....	D-31
Trippell v. Canada (T-950-86) .....	D-22

**SECURITY INTELLIGENCE***See:* Immigration, p. 3**TORTS***See also:* Practice, D-8

Shibamoto &amp; Co. v. Western Fish Producers, Inc. Estate (T.D.) (T-1810-88)..... 214

**TRADE MARKS**

Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-372-91)..... D-31

Federal Business Development Bank v. C.B. Media Ltd. (T-3159-90) ..... D-44

Hoechst Canada Inc. v. Genpharm Inc. (T-154-91)..... D-8

**Expungement**

Bousquet v. Barmish Inc. (T-207-83) ..... D-44

**Infringement**

Apotex Inc. v. Syntex Inc. (A-517-89) ..... D-23

Consumers Distributing Co. v. United Consumers Club Inc. (T-1593-89,  
T-1600-89, T-1601-89)..... D-8

Eleanor A. Consulting Ltd. v. Eleanor's Fashions Ltd. (A-694-90) ..... D-23

Louis Vuitton (SA) v. Endo (T-1306-88)..... D-45

Nintendo of America Inc. v. Camerica Corp. (T-2246-90) ..... D-8

Novopharm Ltd. v. Syntex Inc. (A-399-89)..... D-23

Polo Ralph Lauren Corp. v. Cameo Optical Ltd. (T-1569-91) ..... D-45

**Practice**105272 Canada Inc. (France Délices Enr.) v. Grands Moulins de Paris, Société  
Anonyme (T-1856-90)..... D-23**Registration**

Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd. (A-263-89) ..... D-45

Tradition Fine Foods Ltd. v. Kraft General Foods Canada Inc. (T-855-90) ..... D-9

**UNEMPLOYMENT INSURANCE***See also:* Judicial Review, D-17

Canada (Attorney General) v. Anctil (A-813-90)..... D-32

Canada (Attorney General) v. Duplessis (A-939-90)..... D-46

Canada (Attorney General) v. Taylor (A-681-90)..... D-24

Gaudreault v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-755-90) .. D-46

Lavallée v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-691-90)..... D-46

McDonald v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-897-90).... D-32

Sexton v. M.N.R. (A-722-90, A-723-90) ..... D-32



## TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
<b>ACCÈS À L'INFORMATION</b>	
Bland c. Commission de la capitale nationale (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2300-86) .....	325
Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. Canada (Tribunal canadien du commerce extérieur) (T-2108-91) .....	F-41
Crestbrook Forest Industries Ltd. c. Canada (T-2718-89) .....	F-41
Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés) (C.A.) (A-273-90) .....	186
<b>AGRICULTURE</b>	
Lacey c. Canada (A-444-89) .....	F-41
Maulson c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (P-9-90) .....	F-13
<b>ASSURANCE-CHÔMAGE</b>	
<i>Voir aussi:</i> Contrôle judiciaire, F-14	
Canada (Procureur général) c. Anctil (A-813-90) .....	F-31
Canada (Procureur général) c. Duplessis (A-939-90) .....	F-42
Canada (Procureur général) c. Taylor (A-681-90) .....	F-13
Gaudreault c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-755-90) ..	F-42
Lavallée c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-691-90) .....	F-42
McDonald c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-897-90) ...	F-31
Sexton c. M.R.N. (A-722-90, A-723-90) .....	F-31
<b>AVOCATS ET PROCUREURS</b>	
Asian Video Movies Wholesaler Inc. c. Mathardoo (T-101-91) .....	F-1
<b>BREVETS</b>	
<i>Voir aussi:</i> Pratique, F-27, F-40	
American Home Products Corp. e. Apotex Inc. (A-417-85) .....	F-13
Comstock Canada c. Electec Ltd. (T-1313-86, T-2216-87) .....	F-42
Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc. (A-578-88) .....	F-13
Geonics Ltd. c. Geoprobe Ltd. (T-1287-91) .....	F-43
J.M. Voith Gmbh c. Beloit Corp. (A-216-89) .....	F-31
<b>Contrefaçon</b>	
Baker Hughes Inc. c. Galvanic Analytical Systems Ltd. (T-1046-91) .....	F-43
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Imperial Tobacco Ltée (T-1552-90) .....	F-1
<b>Pratique</b>	
Foseco Trading A.G. c. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd. (T-316-87) ...	F-44
R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co. (T-859-90) .....	F-1

**CITOYENNETÉ****Conditions de résidence**

Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Hablani (T-1951-89) .....	F-32
--	------

**COALITIONS**

*Voir: Accès à l'information, F-41*

**CODE CIVIL**

Poolman c. Eiffel Productions S.A. (T-196-91) .....	F-2
Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N. (C.A.) (A-460-86) .....	663

**COMMERCE EXTÉRIEUR**

*Voir: Accès à l'information, F-41; Impôt sur le revenu, F-6*

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

*Voir aussi: Droit constitutionnel, F-15; Droit d'auteur, F-33; Droit maritime, F-45; Impôt sur le revenu, F-23; Pratique, F-29, F-55, F-57*

**Section d'appel**

Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration) (C.A.) (A-452-91) .....	242
--	-----

**Section de première instance**

Administrateur régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (C.A.) (A-231-91) .....	533
---	-----

**CONTRATS**

Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (Syndic) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1810-88) .....	214
---	-----

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

*Voir aussi: Droit constitutionnel, F-15; Droits de la personne, F-16; Forces armées, F-4; GRC, F-33, F-46; Immigration, F-4, F-5, F-19, F-20, F-34, F-48; Libération conditionnelle, F-51; Pêches, F-37; Pénitenciers, F-26; Peuples autochtones, F-54; Relations du travail, F-57*

**Brefs de prérogative*****Certiorari***

Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-398-90) .	350
Demirtas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2845-90) .....	489

***Habeas corpus***

Henry c. Canada (Ministre de la Justice) (A-126-89) .....	F-2
Leclerc c. Canada (Procureur général) (T-1590-91) .....	F-44

**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite****Brefs de prérogative—Suite***Prohibition*

Banque canadienne impériale de commerce c. Bateman (1 <sup>re</sup> inst.) (T-830-91) .....	586
---	-----

**Demandes de révision**

Armadale Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration) (C.A.) (A-452-91) .....	242
Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) (A-832-90) .....	626
Canada (Procureur général) c. Lynk (A-721-90) .....	F-14

**CORPORATIONS**

Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (syndic) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1810-88) .....	214
--	-----

**COURONNE**

*Voir aussi:* Douanes et accise, F-2; Pratique, F-40

**Biens immeubles**

Bland c. Commission de la capitale nationale (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2300-86) .....	325
--	-----

**Contrats**

Rhythm Investments Inc. c. Canada (T-1459-89) .....	F-14
---	------

**Responsabilité délictuelle**

Layden c. Canada (Procureur général) (A-161-90) .....	F-32
Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2294-89) .....	374

**DOUANES ET ACCISE****Loi sur l'accise**

Zlotnick c. Canada (T-273-91) .....	F-14
-------------------------------------	------

**Loi sur la taxe d'accise**

Canada c. Banque nationale du Canada (T-809-86) .....	F-32
Canada (Procureur général) c. Maltby Inc. (T-2135-88) .....	F-44
University of Alberta c. Canada (T-604-89) .....	F-44
Westar Mining Ltd. c. Canada (A-844-90) .....	F-14

**Loi sur les douanes**

Mattu c. M.R.N. (T-675-89) .....	F-14
Roblin Textiles Inc. c. M.R.N. (T-220-88) .....	F-33
Rollinson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
Spektor c. Canada (T-1573-88) .....	F-2

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

*Voir aussi:* Assurance-chômage, F-13; Douanes et accise, F-14; Forces armées, F-4; Immigration, F-4, F-20, F-34, F-35, F-48; Impôt sur le revenu, F-48; Libération conditionnelle, F-24; Pénitenciers, F-9

**Charte des droits***Droits à l'égalité*

Antrim Yards Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-183-88) .....	459
Belczowski c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1182-88) .....	151
Leach c. Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1299-91) .....	560
Rollinson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
Symes c. Canada (C.A.) (A-290-89) .....	507

*Droits démocratiques*

Belczowski c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1182-88) .....	151
--	-----

*Libertés fondamentales*

Blackwood c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (90-T-823) .....	265
---	-----

*Procédures criminelles et pénales*

Leach c. Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1299-91) .....	560
Modern Organics Inc. c. Canada (T-498-91) .....	F-15
Rollinson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-560-84, T-245-87) .....	70

*Recours*

Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration) (C.A.) (A-452-91) .....	242
---	-----

*Vie, liberté et sécurité*

Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-777-90, A-780-90, A-942-90) .....	32
Blackwood c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (90-T-823) .....	265
Leach c. Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1299-91) .....	560
Meade c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1042-91) .....	365
Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-726-90) ..	398
Rollinson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-560-84, T-245-87) .....	70

**Partage des pouvoirs**

Alberta c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3307-90) .....	114
---	-----

**DROIT D'AUTEUR***Voir aussi:* Code civile, F-2; Marques de commerce, F-9

Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) (A-832-90) .....	626
Laurin c. Champagne (T-427-89) .....	F-33

**Contrefaçon**

Grignon c. Roussel (T-1283-88) .....	F-45
--------------------------------------	------

**Injonctions**

Nintendo of America Inc. c. Camerica Corp. (A-105-91) .....	F-45
---	------

**DROIT MARITIME***Voir aussi:* Pratique, F-28**Pratique**

Frisol Bunckering B.V. c. Alexandria (Le) (In rem) (T-2732-90) .....	F-15
Harrison c. Nelson (T-2874-89) .....	F-15

**Privilèges et hypothèques**

Argosy Seafoods Ltd. c. Atlantic Bounty (Le) (T-720-91) .....	F-2
Global Cruises S.A. c. Naftiko Apomahico Tameio (T-1739-90) .....	F-45
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (syndic) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1810-88) .....	214

**DROITS DE LA PERSONNE**

Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) c. Lang (C.A.) (A-533-90) .....	65
Motorways Direct Transport Ltd. c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-29-91) .....	F-16
Terminus Intermédiaires Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-3108-90) .....	F-45

**ÉLECTIONS**

Belczowski c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1182-88) .....	151
--	-----

**ÉNERGIE**

Québec (Procureur général) c. Canada (Office nationale de l'énergie) (C.A.) (A-1057-90) .....	443
---	-----

**ENVIRONNEMENT***Voir aussi:* Pratique, F-57

Alberta c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3307-90) .....	114
Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement) (A-124-91) .....	F-3
Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2975-90) .....	F-3
Cominco Ltd. c. Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest (C.A.) (A-408-89) .....	177
Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie) (C.A.) (A-1057-90) .....	443

**EXPROPRIATION***Voir aussi: Pratique, F-54***Pratique**

Canada (Procureur général) c. Terre-Neuve (T-2129-90) .....	F-16
---	------

**FONCTION PUBLIQUE****Appels**

Hansen c. Canada (Procureur général) (A-1016-90) .....	F-17
--	------

**Pratique**

Langlois c. Canada (T-291-90) .....	F-46
-------------------------------------	------

**FORCES ARMÉES**

Berneche c. Canada (C.A.) (A-98-90) .....	383
Capitaine Hainsworth c. Canada (Cour martiale disciplinaire) (T-1276-91) .....	F-3
Meade c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1042-91) .....	365

**GRC**

Brunelle c. Canada (Gendarmerie royale du Canada) (T-2825-90) .....	F-17
Leach c. Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1299-91) .....	560
Mercier c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) (T-1522-91) .....	F-46
Tkachuk c. Canada (T-1347-91) .....	F-33
Trippell c. Canada (T-950-86) .....	F-17

**IMMIGRATION**

Badi-Bakole c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-556-91) .....	F-47
Basco c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2615-90) .....	F-34
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon (C.A.) (A-17-90) .....	44
Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-398-90) .....	350
Dee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-4-89) .....	F-34
Djossou c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-778-91) .....	F-47
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2061-90) .....	F-46
Mangat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-398-90) .....	F-33
Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-217-91) .....	F-47
Virk c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-364-91) .....	F-4

**Expulsion**

Cheema c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-301-91) .....	F-34
Dee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-147-88) .....	F-18
Étienne c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1490-91) .....	F-18
Smart c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-389-89) .....	F-4
Soares c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-107-90) .....	F-4

**IMMIGRATION—Suite****Pratique**

Altamirano c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-80) .....	F-18
Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration) (C.A.) (A-452-91) .....	242
Blackwood c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (90-T-823) .....	265
Demirtas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2845-90) .....	489
Kazi c. Kalusny (91-T-38) .....	F-4
Metodieva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-A-1678) .....	F-48
Muthulingam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-92) .....	F-18
Ontario Khalsa Darbar Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1484-91) .....	F-34
Shahmohamadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-A-2041) .....	F-47
Smith c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (IMM-1-91) .....	3

**Statut de réfugié**

Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-777-90, A-780-90, A-942-90) .....	32
Batra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-564-89) .....	F-48
Bissoondial c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-807-91) .....	F-48
Dong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-43) .....	F-19
Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-899-90) .....	F-5
James c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-769-91) .....	F-19
Mahendran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-628-90) .....	F-35
Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-726-90) ..	398
Ponniah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-345-89) .....	F-20
Retnem c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-470-89, A-472-89) .....	F-20
Smith c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (IMM-1-91) .....	3
Tung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-220-90) .....	F-20
Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-256-90, A-266-90, A-267-90, A-277-90, A-301-90) .....	390
Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-382-90) .....	605
Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2894-90) .....	F-35

**IMPÔT SUR LE REVENU**

*Voir aussi:* Pratique, F-29, F-55

First Fund Genesis Corp. c. Canada (T-785-88) .....	F-48
Hughes c. Canada (T-2560-88) .....	F-5
O'Sullivan c. M.R.N. (T-2758-90) .....	F-48

**Calcul du revenu**

McIlhargey c. Canada (T-208-89) .....	F-21
Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N. (C.A.) (A-460-86) .....	663
West Kootenay Power and Light Co. c. Canada (T-2144-88) .....	F-5
Westcoast Energy Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2679-89) .....	302

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite****Calcul du revenu—Suite***Allocation du coût en capital*

British Columbia Telephone Co. c. Canada (T-1460-90) .....	F-49
Pacific Northern Gas Ltd. c. Canada (A-451-90) .....	F-5

*Déductions*

Fairey c. M.R.N. (T-2570-87) .....	F-6
Greenway c. Canada (T-2705-86) .....	F-5
Old HW-GW Ltd. c. Canada (T-560-87, T-602-87, T-690-87) .....	F-6
Placer Dome Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2986-89) .....	137
Symes c. Canada (C.A.) (A-290-89) .....	507
Urichuk c. M.R.N. (T-1205-84) .....	F-21
Utah Mines Ltd. c. Canada (T-487-79) .....	F-21
West Hill Redevelopment Co. Ltd. c. M.R.N. (T-2821-86) .....	F-49

*Entreprise agricole*

Robinson c. Canada (T-713-84) .....	F-7
Roney c. M.R.N. (A-1086-88) .....	F-7

*Gains en capital*

Gaynor c. Canada (A-988-88, A-1005-88, A-1006-88) .....	F-8
Hawkins c. Canada (T-2547-83) .....	F-49

*Revenu ou gain en capital*

Breakell c. Canada (T-2603-87, T-2604-87, T-2605-87, T-2606-87) .....	F-50
Scott c. Canada (T-907-88) .....	F-50

**Compagnies associés**

Canada c. Irving Oil Ltd. (A-592-88) .....	F-22
--	------

**Nouvelle cotation**

Attridge c. Canada (T-2321-82, T-2322-82) .....	F-22
Cormier c. Canada (T-399-87) .....	F-8
Riendeau c. M.R.N. (A-639-89) .....	F-23

**Pratique**

Apollo 8 Maintenance Services Ltd. c. Canada (A-194-89) .....	F-50
Gallos c. Canada (A-193-89) .....	F-50
Montreal Aluminium Processing Inc. c. Canada (Procureur général) (T-811-91) ..	F-35

**Réserves**

Copley Noyes & Randall Ltd. c. Canada (T-1099-86) .....	F-23
---	------

**INJONCTIONS**

*Voir aussi:* Brevets, F-43; Marques de commerce, F-8, F-9, F-25, F-52; Pratique, F-27

Alberta Pacific Terminals c. Commission portuaire du Fraser (T-1513-91) .....	F-36
---	------



**INTERPRÉTATION DES LOIS**

*Voir aussi:* Agriculture, F-42; Impôt sur le revenu, F-22, F-49; Libération conditionnelle, F-51; Relations du travail, F-57

Antrim Yards Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-183-88) .....	459
Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc. (C.A.) (A-832-90) .....	626
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon (C.A.) (A-17-90)....	44
Cominco Ltd. c. Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest (C.A.) (A-408-89) .....	177
Leach c. Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1299-91) .....	560
Symes c. Canada (C.A.) (A-290-89) .....	507
Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N. (C.A.) (A-460-86) .....	663

**JUGES ET TRIBUNAUX**

*Voir:* Brevets, F-43

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE****Preuve**

Meade c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1042-91) .....	365
---	-----

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Hay c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-2705-90) .....	F-36
Kennedy c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1901-91) .....	F-51
Kenny c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1256-91) .....	F-24
Ladouceur c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1582-91) .....	F-24
MacInnis c. Canada (Solliciteur général) (T-1341-90) .....	F-51

**MARQUES DE COMMERCE**

*Voir aussi:* Pratique, F-10, F-11

Banque fédérale de développement c. C.B. Media Ltd. (T-3159-90) .....	F-51
Hoechst Canada Inc. c. Genpharm Inc. (T-154-91) .....	F-8
Les Aliments Ault Ltée c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-372-91) .....	F-36

**Contrefaçon**

Apotex Inc. c. Syntex Inc. (A-517-89) .....	F-24
Cie Distribution aux Consommateurs c. United Consumers Club Inc. (T-1593-89, T-1600-89, T-1601-89) .....	F-8
Eleanor A. Consulting Ltd. c. Eleanor's Fashions Ltd. (A-694-90) .....	F-25
Louis Vuitton (S.A.) c. Endo (T-1306-88) .....	F-52
Nintendo of America Inc. c. Camerica Corp. (T-2246-90) .....	F-8
Novopharm Ltd. c. Syntex Inc. (A-399-89) .....	F-24
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cameo Optical Ltd. (T-1569-91) .....	F-52

**MARQUES DE COMMERCE—Suite****Enregistrement**

Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd. (A-263-89).....	F-52
Tradition Fine Foods Ltd. c. Kraft General Foods Canada Inc. (T-855-90).....	F-9

**Pratique**

105272 Canada Inc. (France Délices Enr.) c. Grands Moulins de Paris, Société Anonyme (T-1856-90).....	F-25
---	------

**Radiation**

Bousquet c. Barmish Inc. (T-207-83) .....	F-53
---	------

**PÊCHES**

Delisle c. Canada (T-565-91) .....	F-37
New Leaf Fishing Ltd. c. Canada (T-243-91).....	F-37

**PÉNITENCIERS**

Edwards c. Canada (T-1119-91).....	F-26
Fengstad c. Établissement Kent (T-276-91) .....	F-9
Koehler c. Établissement de Warkworth (T-822-90) .....	F-9
Saint-Jacques c. Canada (Ministère du Solliciteur général) (T-999-89) .....	F-37

**PEUPLES AUTOCHTONES**

*Voir aussi:* Pratique, F-29

**Élections**

Sunday c. Conseil des élections d'Akwesasne (T-2023-91).....	F-53
--	------

**Terres**

Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada (T-16-90).....	F-38
Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2652-85) .....	420

**PRATIQUE**

*Voir aussi:* Brevets, F-1, F-32, F-44; Immigration, F-4, F-18, F-19; Marques de commerce, F-8, F-52; Peuples autochtones, F-38

Beamscope Canada Inc. c. 2439-0692 Quebec Inc. (T-2195-90).....	F-26
Berneche c. Canada (C.A.) (A-98-90).....	383
Curragh Resources Inc. c. Canada (Ministre de la Justice) (T-3478-90) .....	F-54
Energy Absorption Systems Inc. c. Y. Boissonneault et Fils Inc. (T-2263-86) .....	F-26
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) (A-501-91).....	F-27
Smith c. Canada (T-1632-90).....	F-54

**Communication de documents et interrogatoire préalable**

Ford du Canada Ltée c. M.R.N. (T-3700-82) .....	F-27
---	------

**PRATIQUE—Suite****Communication de documents et interrogatoire préalable—Suite***Interrogatoire préalable*

Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2652-85) .....	420
---	-----

*Production de documents*

H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd. (T-2306-87) .....	F-10
Kibale c. Canada (T-1891-88) .....	F-54

**Communications privilégiées**

Weiler c. Canada (Ministère de la Justice) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2215-90) .....	617
--	-----

**Frais et dépens**

Anderson c. Nascor Inc. (T-405-90) .....	F-54
Canada c. Société de développement de l'Ontario (A-48-89) .....	F-27
Casden c. Cooper Enterprises Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-442-88) .....	281
General Enterprises Construction Ltd. c. Canada (A-511-86) .....	F-54
I.C.I. Americas Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (T-1116-88) .....	F-39
Kibale c. Canada (A-1221-88) .....	F-39
Kibale c. Canada (T-1891-88) .....	F-39
Olson c. Canada (T-96-90) .....	F-10

**Jugements et ordonnances***Annulation ou modification*

Automobile Norvoie Inc. c. Radiateur La Sarre (1985) Inc. (ITA-2880-89) .....	F-55
Cie Distribution aux Consommateurs Ltée c. United Consumers Club Inc. (T-1593-89) .....	F-27
Southam Inc. c. Canada (Producteur général) (A-164-91) .....	F-27
Video Technology Electronics Ltd. c. 2633-4235 Québec Inc. (T-816-91) .....	F-39

*Exécution*

Wolf (Re) (ITA-4408-83) .....	F-28
-------------------------------	------

*Jugement par défaut*

Canada c. Blair, succession (T-1645-90) .....	F-55
Logistique et Transport Internationaux Ltée c. Armada Lines Ltd. (T-37-91) .....	F-55
Television Broadcasts Ltd. c. Trinh (T-2098-90) .....	F-39

*Jugement sur consentement*

Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp. (A-1004-90) .....	F-28
---	------

*Suspension d'exécution*

Nintendo of America Inc. c. 131865 Canada Inc. (T-970-90) .....	F-28
---	------

**PRATIQUE—Suite****Modification des délais**

Food Roll Sales (Niagara) Ltd. c. 627748 Ontario Ltd. (91-T-76).....	F-10
--	------

**Parties**

Guimond c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1940-89) .....	254
---	-----

*Jonction*

Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le) (T-940-89).....	F-28
---	------

*Procédure de mise en cause*

Cie nationale de courtage 2885-SD Location et Flotte Ltée. c. Canada (Ministre du Revenu national) (T-3438-90) .....	F-55
--	------

*Qualité pour agir*

Antrim Yards Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-183-88) .....	459
Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2652-85) .....	420

**Plaidoiries***Détails*

Risi Stone Ltd. c. Groupe Permacon Inc. (T-1005-89) .....	F-55
---	------

*Modifications*

Assiniboine c. Bande 287(35), réserve N° 6 de Long Plain (T-787-90).....	F-56
Bande indienne de Wewayakum c. Bande indienne de Wewayakai (A-456-90) .....	F-10
Francoeur c. Canada (T-2153-87) .....	F-28

*Requête en radiation*

Barrigar & Oyen c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-2272-90)	F-10
Berneche c. Canada (C.A.) (A-98-90).....	383
Canadian Media Corp. c. Canada (T-3353-90).....	F-39
Jean Cacharel S.A. c. Barmish Inc. (T-205-83) .....	F-10
Laforme c. M.R.N. (T-559-89) .....	F-28
Macdonald c. Canada (T-3236-90).....	F-11
McDonald's Corp. c. Midwest Coffee Systems Inc. (T-3368-90) .....	F-56
Mennes c. Canada (T-289-91).....	F-29

**Prescription**

Walker c. Canada (Conseil des relations du travail) (A-92-90).....	F-11
--	------

**Preuve**

Rollinson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-560-84, T-245-87) .....	70
--	----

**PRATIQUE—Suite****Règles des «lacunes»**

Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés) (C.A.) (A-273-90) .....	186
---	-----

**Rejet des procédures***Défaut de poursuivre*

Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltd. (T-856-71).....	F-56
---	------

**Signification**

Molnlycke AB c. Kimberley-Clark of Canada Ltd. (A-365-90) .....	F-40
Tradition Fine Foods Ltd. c. L. Karp & Sons Inc. (T-1820-91) .....	F-56

**Suspension d'instance**

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (T-451-91) .....	F-57
Alberta c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3307-90) .....	114
Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Fednav Ltd. (T-212-91) .....	F-29
White Pass Transportation Ltd. c. Skerlec (T-2819-90).....	F-56

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

Bland c. Commission de la capitale nationale (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2300-86) .....	325
Weiler c. Canada (Ministère de la Justice) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2215-90) .....	617

**RELATIONS DU TRAVAIL***Voir aussi:* Pratique, F-11

Banque canadienne impériale de commerce c. Bateman (1 <sup>re</sup> inst.) (T-830-91) .....	586
Island Telephone Co. c. Canada (Ministre du Travail) (T-1401-91) .....	F-57
Tino c. Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers (A-789-90) .....	F-29

**RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ***Voir:* Immigration, p. 3**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (syndic) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1810-88)	214
--	-----



**TABLE  
OF CASES DIGESTED  
IN THIS VOLUME**

A

Alberta Pacific Terminals v. Fraser River Harbour Commission.....	D-28
Altamirano v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-13
American Home Products Corp. v. Apotex Inc. ....	D-19
Anderson v. Nascor Inc. ....	D-41
Apollo 8 Maintenance Services Ltd. v. Canada.....	D-38
Apotex Inc. v. Syntex Inc. ....	D-23
Argosy Seafoods Ltd. v. Atlantic Bounty (The).....	D-6
Asian Video Movies Wholesaler Inc. v. Mathardoo.....	D-1
Assiniboine v. Long Plain Indian Reserve No. 6 Band .....	D-43
Attridge v. Canada .....	D-16
Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks) .....	D-31
Automobile Norvoie Inc. v. Radiateur La Sarre (1985) Inc. ....	D-42

B

Badi-Bakole v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-35
Baker Hughes Inc. v. Galvanic Analytical Systems Ltd. ....	D-40
Barrigar & Oyen v. Canada (Registrar of Trade-marks).....	D-8
Bascoe v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-26
Batra v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-36
Beamscope Canada Inc. v. 2439-0692 Quebec Inc. ....	D-20
Bissoondial v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-36
Bousquet v. Barmish Inc. ....	D-44
Breakell v. Canada .....	D-37
British Columbia Telephone Co. v. Canada.....	D-37
Brunelle v. Canada (Royal Canadian Mounted Police).....	D-23

C

Canada v. Blair Estate .....	D-42
Canada v. Irving Oil Ltd. ....	D-15
Canada v. National Bank of Canada .....	D-25
Canada v. Ontario Development Corp. ....	D-20
Canada (Attorney General) v. Anctil .....	D-32
Canada (Attorney General) v. Duplessis.....	D-46
Canada (Attorney General) v. Lynk.....	D-17
Canada (Attorney General) v. Malby Inc. ....	D-34
Canada (Attorney General) v. Newfoundland .....	D-12
Canada (Attorney General) v. Taylor .....	D-24
Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Canada (International Trade Tribunal) .....	D-33

Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Hablani .....	D-25
Canadian Media Corp. v. Canada .....	D-31
Canastrand Industries Ltd. v. Lara S. (The) .....	D-21
Cantwell v. Canada (Minister of the Environment) .....	D-2
Cantwell v. Canada (Minister of the Environment) .....	D-2
Captain Hainsworth v. Canada (Disciplinary Court Martial) .....	D-1
Cheema v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-27
Cie Nationale de Courtage 2885-SD Location et Flotte Ltée v. Canada (Minister of National Revenue) .....	D-43
Comstock Canada v. Electec Ltd. ....	D-40
Consumers Distributing v. United Consumers Club, Inc. ....	D-20
Consumers Distributing Co. v. United Consumers Club Inc. ....	D-8
Coppley Noyes & Randall Ltd. v. Canada .....	D-17
Cormier v. Canada .....	D-6
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) .....	D-43
Crestbrook Forest Industries Ltd. v. Canada .....	D-33
Curragh Resources Inc. v. Canada (Minister of Justice) .....	D-41

## D

Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-13
Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-27
Delisle v. Canada .....	D-26
Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. ....	D-20
Djossou v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-36
Dong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-14

## E

Edwards v. Canada .....	D-19
Eleanor A. Consulting Ltd. v. Eleanor's Fashions Ltd. ....	D-23
Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. ....	D-19
Energy Absorption Systems Inc. v. Y. Boissonneault & Fils Inc. ....	D-19
Étienne v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-13

## F

Fairey v. M.N.R. ....	D-5
Federal Business Development Bank v. C.B. Media Ltd. ....	D-44
Fengstad v. Kent Institution .....	D-7
First Fund Genesis Corp. v. Canada .....	D-36
Food Roll Sales (Niagara) Ltd. v. 627748 Ontario Ltd. ....	D-8
Ford Motor Company of Canada, Ltd. v. M.N.R. ....	D-20
Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd. ....	D-41
Francoeur v. Canada .....	D-21
Frisol Bunckering B.V. v. Alexandria (The) (In rem) .....	D-18

## G

Gallos v. Canada .....	D-38
Gaudreault v. Canada (Employment and Immigration Commission) .....	D-46
Gaynor v. Canada .....	D-4
General Enterprises Construction Ltd. v. Canada .....	D-41
Geonics Ltd. v. Geoprobe Ltd. ....	D-40
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-35



Global Cruises S.A. v. Naftiko Apomahico Tameio .....	D-39
Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-3
Greenway v. Canada .....	D-4
Grignon v. Roussel .....	D-34

## H

H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd. ....	D-7
Hansen v. Canada (Attorney General) .....	D-22
Harrison v. Nelson .....	D-18
Hawkins v. Canada .....	D-37
Hay v. Canada (National Parole Board) .....	D-29
Henry v. Canada (Minister of Justice) .....	D-6
Hoechst Canada Inc. v. Genpharm Inc. ....	D-8
Hughes v. Canada .....	D-3

## I

I.C.I. Americas Inc. v. Canada (Minister of Agriculture) .....	D-30
Intermediate Terminals Warehouse Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) .....	D-35
Island Telephone Co. v. Canada (Minister of Labour) .....	D-38

## J

J.M. Voith Gmbh v. Beloit Corp. ....	D-29
James v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-14
Jean Cacharel S.A. v. Barmish Inc. ....	D-8

## K

Kazi v. Kalusny .....	D-3
Kennedy v. Canada (National Parole Board) .....	D-40
Kenny v. Canada (National Parole Board) .....	D-18
Kibale v. Canada .....	D-30
Kibale v. Canada .....	D-30
Kibale v. Canada .....	D-42
Koehler v. Warkworth Institution .....	D-7

## L

Lacey v. Canada .....	D-33
Ladouceur v. Canada (National Parole Board) .....	D-18
Laforme v. M.N.R. ....	D-21
Langlois v. Canada .....	D-44
Laurin v. Champagne .....	D-25
Lavallée v. Canada (Employment and Immigration Commission) .....	D-46
Layden v. Canada (Attorney General) .....	D-25
Leclerc v. Canada (Attorney General) .....	D-38
Logistique et Transport Internationaux Ltée v. Armada Lines Ltd. ....	D-42
Louis Vuitton (SA) v. Endo .....	D-45
Lower Kootenay Indian Band v. Canada .....	D-28

## M

Macdonald v. Canada .....	D-8
MacInnis v. Canada (Solicitor General) .....	D-39
Mahendran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-27
Mangat v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-26
Mattu v. M.N.R. ....	D-11
Maulson v. Canada (Minister of Agriculture) .....	D-11
McDonald v. Canada (Employment and Immigration Commission) .....	D-32
McDonald's Corp. v. Midwest Coffee Systems Inc. ....	D-43
McIlhargey v. Canada .....	D-15
Mennes v. Canada .....	D-22
Mercier v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) .....	D-44
Metodieva v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-36
Modern Organics Inc. v. Canada .....	D-11
Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-35
Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. ....	D-31
Montreal Aluminium Processing Inc. v. Canada (Attorney General) .....	D-28
Motorways Direct Transport Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) .....	D-12
Muthulingam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-13

## N

New Leaf Fishing Ltd. v. Canada .....	D-26
Nintendo of America Inc. v. Camerica Corp. ....	D-8
Nintendo of America Inc. v. Camerica Corp. ....	D-34
Nintendo of America Inc. v. 131865 Canada Inc. ....	D-21
Novopharm Ltd. v. Syntex Inc. ....	D-23

## O

Old HW-GW Ltd. v. Canada .....	D-4
Olson v. Canada .....	D-7
105272 Canada Inc. (France Délices Enr.) v. Grands Moulins de Paris, Société Anonyme .....	D-23
Ontario Khalsa Darbar Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-27
O'Sullivan v. M.N.R. ....	D-36

## P

Pacific Northern Gas Ltd. v. Canada .....	D-4
Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd. ....	D-45
Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd. ....	D-42
Polo Ralph Lauren Corp. v. Cameo Optical Ltd. ....	D-45
Ponniah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-14
Poolman v. Eiffel Productions S.A. ....	D-1

## R

R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co. ....	D-6
Retnem v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-14
Rhythm Investments Inc. v. Canada .....	D-11
Riendeau v. M.N.R. ....	D-17
Risi Stone Ltd. v. Groupe Permacon Inc. ....	D-43
Robinson v. Canada .....	D-5
Roblin Textiles Inc. v. M.N.R. ....	D-25

Roney v. M.N.R. ....	D-5
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. ....	D-6
Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Fednav Ltd. ....	D-22

## S

Saint-Jacques v. Canada (Department of Solicitor General) ....	D-30
Scott v. Canada ....	D-38
Sexton v. M.N.R. ....	D-32
Shahmohamadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	D-36
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) ....	D-20
Smart v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	D-3
Smith v. Canada ....	D-41
Soares v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	D-3
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) ....	D-21
Spektor v. Canada ....	D-1
Sunday v. Akwesasne Election Board ....	D-39

## T

Television Broadcasts Ltd. v. Trinh ....	D-30
Tino v. Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers ....	D-17
Tkachuk v. Canada ....	D-31
Tradition Fine Foods Ltd. v. L. Karp & Sons, Inc. ....	D-43
Tradition Fine Foods Ltd. v. Kraft General Foods Canada Inc. ....	D-9
Trippell v. Canada ....	D-22
Tung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	D-15

## U

University of Alberta v. Canada ....	D-34
Urichuk v. M.N.R. ....	D-16
Utah Mines Ltd. v. Canada ....	D-16

## V

Video Technology Electronics Ltd. v. 2633-4235 Québec Inc. ....	D-31
Virk v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	D-2

## W

Walker v. Canada (Labour Relations Board) ....	D-7
West Hill Redevelopment Co. Ltd. v. M.N.R. ....	D-37
West Kootenay Power and Light Co. Ltd. v. Canada ....	D-3
Westar Mining Ltd. v. Canada ....	D-12
Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band ....	D-7
White Pass Transportation Ltd. v. Skerlec ....	D-43
Wolf (Re) ....	D-20

## Z

Zeybekoglu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	D-27
Zlotnick v. Canada ....	D-12



**TABLE**  
**DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

**A**

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral).....	F-57
Alberta Pacific Terminals c. Commission portuaire du Fraser .....	F-36
Altamirano c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-18
American Home Products Corp. c. Apotex Inc. ....	F-13
Anderson c. Nascor Inc. ....	F-54
Apollo 8 Maintenance Services Ltd. c. Canada .....	F-50
Apotex Inc. c. Syntex Inc. ....	F-24
Argosy Seafoods Ltd. c. Atlantic Bounty (Lc) .....	F-2
Asian Video Movies Wholesaler Inc. c. Mathardoo .....	F-1
Assiniboine c. Bande 287(35), réserve N° 6 de Long Plain .....	F-56
Attridge c. Canada .....	F-22
Automobile Norvoie Inc. c. Radiateur La Sarre (1985) Inc. ....	F-55

**B**

Badi-Bakole c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-47
Baker Hughes Inc. c. Galvanic Analytical Systems Ltd. ....	F-43
Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada .....	F-38
Bande indienne de Wewayakum c. Bande indienne de Wewayakai .....	F-10
Banque fédérale de développement c. C.B. Media Ltd. ....	F-52
Barrigar & Oyen c. Canada (Registraire des marques de commerce).....	F-10
Basco c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-34
Batra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-48
Beamscope Canada Inc. c. 2439-0692 Quebec Inc. ....	F-26
Bissoondial c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-48
Bousquet c. Barmish Inc. ....	F-53
Breakell c. Canada .....	F-50
British Columbia Telephone Co. c. Canada .....	F-49
Brunelle c. Canada (Gendarmerie Royale du Canada) .....	F-17

**C**

Canada c. Banque nationale du Canada .....	F-32
Canada c. Blair, succession .....	F-55
Canada c. Irving Oil Ltd. ....	F-22
Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. Canada (Tribunal canadien du commerce extérieur) .....	F-41
Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Hablani .....	F-32
Canada (Procureur général) c. Anctil .....	F-31
Canada (Procureur général) c. Duplessis .....	F-42
Canada (Procureur général) c. Lynk .....	F-14

Canada (Procureur général) c. Maltby Inc.....	F-44
Canada (Procureur général) c. Taylor.....	F-13
Canada (Procureur général) c. Terre-Neuve.....	F-16
Canada c. Société de développement de l'Ontario.....	F-27
Canadian Media Corp. c. Canada.....	F-39
Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le).....	F-28
Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement).....	F-3
Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement).....	F-3
Capitaine Hainsworth c. Canada (Cour martiale disciplinaire).....	F-3
Cheema c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-34
Cie Distribution aux Consommateurs c. United Consumers Club Inc.....	F-8
Cie Distribution aux Consommateurs Ltée c. United Consumers Club Inc.....	F-27
Cie nationale de courtage 2885-SD Location et Flotte Ltée. c. Canada (Ministre du Revenu national).....	F-55
Comstock Canada c. Electec Ltd.....	F-42
Copley Noyes & Randall Ltd. c. Canada.....	F-23
Cormier c. Canada.....	F-8
Crestbrook Forest Industries Ltd. c. Canada.....	F-41
Curragh Resources Inc. c. Canada (Ministre de la Justice).....	F-54

## D

Dee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-18
Dee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-34
Delisle c. Canada.....	F-37
Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.....	F-28
Djossou c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-47
Dong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-19

## E

Edwards c. Canada.....	F-26
Eleanor A. Consulting Ltd. c. Eleanor's Fashions Ltd.....	F-25
Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.....	F-13
Energy Absorption Systems Inc. c. Y. Boissonneault et Fils Inc.....	F-26
Étienne c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-18

## F

Fairey c. M.R.N.....	F-6
Fengstad c. Établissement Kent.....	F-9
First Fund Genesis Corp. c. Canada.....	F-48
Food Roll Sales (Niagara) Ltd. c. 627748 Ontario Ltd.....	F-10
Ford du Canada Ltée c. M.R.N.....	F-27
Foseco Trading A.G. c. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.....	F-43
Francoeur c. Canada.....	F-28
Frisol Bunckering B.V. c. Alexandria (Le) (In rem).....	F-15

## G

Gallos c. Canada.....	F-50
Gaudreault c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	F-42
Gaynor c. Canada.....	F-8
General Enterprises Construction Ltd. c. Canada.....	F-54
Geonics Ltd. c. Geoprobe Ltd.....	F-43

Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-46
Global Cruises S.A. c. Naftiko Apomahico Tameio .....	F-45
Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-5
Greeway c. Canada .....	F-5
Grignon c. Roussel .....	F-45

## H

H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd. ....	F-10
Hansen c. Canada (Procureur général) .....	F-17
Harrison c. Nelson .....	F-15
Hawkins c. Canada .....	F-49
Hay c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-36
Henry c. Canada (Ministre de la Justice) .....	F-2
Hoechst Canada Inc. c. Genpharm Inc. ....	F-8
Hughes c. Canada .....	F-5

## I

I.C.I. Americas Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) .....	F-39
Island Telephone Co. c. Canada (Ministre du Travail) .....	F-57

## J

J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp. ....	F-31
Jean Cacharel S.A. c. Barmish Inc. ....	F-10
James c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-19

## K

Kazi c. Kalusny .....	F-4
Kennedy c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-51
Kenny c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-24
Kibale c. Canada .....	F-39
Kibale c. Canada .....	F-39
Kibale c. Canada .....	F-54
Koehler c. Établissement de Warkworth .....	F-9

## L

Lacey c. Canada .....	F-41
Ladouceur c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-24
Laforme c. M.R.N. ....	F-28
Langlois c. Canada .....	F-46
Lavallée c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) .....	F-42
Laurin c. Champagne .....	F-33
Layden c. Canada (Procureur général) .....	F-32
Leclerc c. Canada (Procureur général) .....	F-44
Les Aliments Ault Ltée c. Canada (Registraire des marques de commerce) .....	F-36
Logistique et Transport Internationaux Ltée c. Armada Lines Ltd. ....	F-55
Louis Vuitton (S.A.) c. Endo .....	F-52

## M

Macdonald c. Canada.....	F-11
MacInnis c. Canada (Solliciteur général).....	F-51
Mahendran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-35
Mangat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-33
Mattu c. M.R.N.....	F-14
Maulson c. Canada (Ministre de l'Agriculture).....	F-13
McDonald c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	F-31
McDonald's Corp. c. Midwest Coffee Systems Inc.....	F-56
McIlhargey c. Canada.....	F-21
Mennes c. Canada.....	F-29
Mercier c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada).....	F-46
Metodieva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-48
Modern Organics Inc. c. Canada.....	F-15
Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-47
Molnycke AB c. Kimberley-Clark of Canada Ltd.....	F-40
Montreal Aluminium Processing Inc. c. Canada (Procureur général).....	F-35
Motorways Direct Transport Ltd. c. Canada (Commission des droits de la personne).....	F-16
Muthulingam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-18

## N

New Leaf Fishing Ltd. c. Canada.....	F-37
Nintendo of America Inc. c. Camerica Corp.....	F-8
Nintendo of America Inc. c. Camerica Corp.....	F-45
Nintendo of America Inc. c. 131865 Canada Inc.....	F-28
Novopharm Ltd. c. Syntex Inc.....	F-24

## O

Old HW-GW Ltd. c. Canada.....	F-6
Olson c. Canada.....	F-10
Ontario Khalsa Darbar Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-34
O'Sullivan c. M.R.N.....	F-48

## P

Pacific Northern Gas Ltd. c. Canada.....	F-5
Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.....	F-52
Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltd.....	F-56
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cameo Optical Ltd.....	F-52
Ponniah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-20
Poolman c. Eiffel Productions S.A.....	F-2

## R

R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.....	F-1
Retnem c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-20
Rhythm Investments Inc. c. Canada.....	F-14
Riendeau c. M.R.N.....	F-23
Risi Stone Ltd. c. Groupe Permacon Inc.....	F-55
Robinson c. Canada.....	F-7
Roblin Textiles Inc. c. M.R.N.....	F-33
Roney c. M.R.N.....	F-7



Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Imperial Tobacco Ltée .....	F-1
Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Fednav Ltd. ....	F-29

## S

Saint-Jacques c. Canada (Ministère du Solliciteur général) .....	F-37
Scott c. Canada .....	F-50
Sexton c. M.R.N. ....	F-31
Shahmohamadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-47
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) .....	F-26
Smart c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-4
Smith c. Canada .....	F-54
Soares c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-4
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) .....	F-27
Spektor c. Canada .....	F-2
Sunday c. Conseil des élections d'Akwesasne .....	F-53

## T

Television Broadcasts Ltd. c. Trinh .....	F-39
Terminus Intermédiaires Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) .....	F-45
Tino c. Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers .....	F-29
Tkachuk c. Canada .....	F-33
Tradition Fine Foods Ltd. c. Karp & Sons Inc. ....	F-56
Tradition Fine Foods Ltd. c. Kraft General Foods Canada Inc. ....	F-9
Trippell c. Canada .....	F-17
Tung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-20

## U

105272 Canada Inc. (France Délices Enr.) c. Grands Moulins de Paris, Société Anonyme .....	F-25
University of Alberta c. Canada .....	F-44
Urichuk c. M.R.N. ....	F-21
Utah Mines Ltd. c. Canada .....	F-21

## V

Video Technology Electronics Ltd. c. 2633-4235 Québec Inc. ....	F-39
Virk c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-4

## W

Walker c. Canada (Conseil des relations du travail) .....	F-11
West Hill Redevelopment Co. Ltd. c. M.R.N. ....	F-49
West Kootenay Power and Light Co. Ltd. c. Canada .....	F-5
Westar Mining Ltd. c. Canada .....	F-14
White Pass Transportation Ltd. c. Skerlec .....	F-56
Wolf (Re) .....	F-28

## Z

Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-35
Zlotnick c. Canada .....	F-14



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.).....	242
<i>Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 212 (F.C.A.).....	605
<i>Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)</i> (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.).....	186
<i>Allied Collection Agencies Ltd v Wood</i> , [1981] 3 All ER 176 (Q.B.D.).....	281
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255	151
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.	459
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.	507
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.	560
<i>Anns v London Borough of Merton</i> , [1977] 2 All ER 492 (H.L.).....	374
<i>Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.</i> , [1986] R.J.Q. 2513; [1987] D.L.Q. 42 (C.S.).....	459
<i>Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. v. York et al.</i> (1987), 14 C.P.R. (3d) 263 (F.C.T.D.).....	114
<i>Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corporation</i> , [1975] 1 S.C.R. 118; (1973), 40 D.L.R. (3d) 1; [1974] 1 W.W.R. 430.....	533
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.....	383
<i>Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451.....	151
<i>Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu</i> , [1983] 2 A.C. 629 (P.C.).....	489
<i>Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre</i> , [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181.....	186
<i>Avalon Aviation Ltd. v. Desgagné</i> (1981), 42 N.R. 337 (F.C.A.).....	586
<i>Badger v. Canada (Attorney-General)</i> (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198 (Man. C.A.).....	151
<i>Badger et al. v. Manitoba</i> (1986), 39 Man. R. (2d) 107; 51 C.R. (3d) 163 (Q.B.).....	151
<i>Bailey et al. v. M.N.R.</i> (1980), 1 C.H.R.R. 193 (C.H.R.T.).....	507

	PAGE
<i>Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. v. Lee-Shanok</i> (1988), 88 CLLC 14,033; 87 N.R. 178 (F.C.A.).....	626
<i>Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool &amp; Die Inc.</i> (1981), 32 O.R. (2d) 630; 21 C.P.C. 231 (H.C.).....	281
<i>Bateman v. McKay et al.</i> , [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.).....	626
<i>Bayker Construction Ltd. v. M.N.R.</i> (1974), 74 DTC 1236 (T.R.B.).....	302
<i>Bayshore Shopping Centre Limited v. Corporation of the Township of Nepean et al.</i> , [1972] S.C.R. 755; (1972), 25 D.L.R. 443.....	186
<i>Beament et al. v. Minister of National Revenue</i> , [1970] S.C.R. 680; (1970), 11 D.L.R. (3d) 237; [1970] C.T.C. 193; 70 DTC 6130.....	663
<i>Bell v. Ontario Human Rights Commission</i> , [1971] S.C.R. 756; 18 D.L.R. (3d) 1.....	586
<i>Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)</i> , [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15.....	626
<i>Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 3 F.C. 16; (1989), 61 D.L.R. (4th) 313; 26 F.T.R. 122 (note); 8 Imm.L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).....	489
<i>Berneche v. Canada</i> , A-314-88, Hugessen J.A., judgment dated 26/1/89, F.C.A., not reported.....	383
<i>Berneche et al. v. Canada</i> (1990), 34 F.T.R. 85 (F.C.T.D.).....	383
<i>Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen</i> , [1985] 1 F.C. 72; (1985), 18 D.L.R. (4th) 600; 15 C.R.R. 298 (T.D.); revd. [1986] 3 F.C. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); leave to appeal denied [1986] 2 S.C.R. v.....	617
<i>Bland v. Canada (National Capital Comm. of Canada)</i> (1988), 32 Admin. L.R. 69; 20 F.T.R. 236 (F.C.T.D.).....	186
<i>Boxer &amp; Reesor</i> (1983), 43 B.C.L.R. 352; 35 C.P.C. 68 (S.C.).....	420
<i>British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.</i> (1977), 80 D.L.R. (3d) 365; 4 B.C.L.R. 259 (B.C.C.A.).....	420
<i>Brossard (Town) v. Quebec (Commisison des droits de la personne)</i> , [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321.....	65
<i>Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission</i> , [1982] 1 S.C.R. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180.....	663
<i>Bugden v. Bugden</i> (1974), 15 N.S.R. (2d) 535; 52 D.L.R. (3d) 241; 23 R.F.L. 253 (S.C.).....	254
<i>Burnell v. International Joint Commission</i> , [1977] 1 F.C. 269; (1976), 71 D.L.R. (3d) 725 (T.D.).....	186
<i>Burns Meats Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)</i> , T-1140-85, Jerome A.C.J., order dated 17/1/86 F.C.T.D., not reported.....	186
<i>C.D. v. Minister of National Revenue</i> , [1991] 2 F.C. 412 (C.A.).....	186
<i>CRTC v. CTV Television Network Ltd. et al.</i> , [1982] 1 S.C.R. 530; (1982), 134 D.L.R. (3d) 193; 41 N.R. 271.....	177
<i>Caban v. Calgary Industrial Real Estate Ltd. et al.</i> (1968), 1 D.L.R. (3d) 69 (Alta S.C.).....	214
<i>Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1.....	586
<i>Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia</i> , [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1.....	420

	PAGE
<i>Callis v. Gunn</i> , [1964] 1 Q.B. 495 .....	70
<i>Canada v. Consumers' Gas Co.</i> , [1987] 2 F.C. 60; [1987] 1 C.T.C. 79; (1986), 87 DTC 5508; 8 F.T.R. 321; 72 N.R. 206 (C.A.); affg [1986] 1 C.T.C. 380; (1986), 86 DTC 6132; 2 F.T.R. 30 (F.C.T.D.) .....	302
<i>Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.</i> , [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 109 N.R. 357 (C.A.) .....	459
<i>Canada (Attorney General) v. Coon Come</i> , [1991] R.J.Q. 922 (C.A.) .....	533
<i>Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 614 ..	586
<i>Canada (Attorney General) v. Rosin</i> , [1991] 1 F.C. 391 (C.A.) .....	65
<i>Canada (Attorney General) v. Ward</i> , [1990] 2 F.C. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.) .....	605
<i>Canada (Attorney General) v. Young</i> , [1989] 3 F.C. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.) .....	663
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska</i> , A-724-90, Hugessen J.A., judgment dated 16/4/91, F.C.A., not yet reported .....	32
<i>Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.</i> (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.) .....	617
<i>Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)</i> , [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.) .....	186
<i>Canadian Council of Churches v. Canada</i> , [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.) .....	459
<i>Canadian National Railway v. Courtois</i> , [1988] 1 S.C.R. 868; (1988), 15 Q.A.C. 181; 85 N.R. 260 .....	114
<i>Canadian National Railway Co. et al. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. and Tug "Jervis Crown" et al.</i> (1990), 113 N.R. 4 (F.C.A.) .....	281
<i>Canadian Northern Pacific Railway Company v. New Westminster Corporation</i> , [1917] A.C. 602 (P.C.) .....	533
<i>Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.</i> , [1981] 2 F.C. 745; (1980), 34 N.R. 209 (C.A.) .....	626
<i>Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.</i> (1989), 81 Sask. R. 16 (Q.B.) .....	626
<i>Canadian Union of Public Employees local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation</i> , [1979] 2 S.C.R. 227 .....	586
<i>Caparo Industries plc v Dickman</i> , [1990] 1 All ER 568 (H.L.) .....	374
<i>Cardinal et al. v. Director of Kent Institution</i> , [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353 .....	626
<i>Casden v. Cooper Enterprises Ltd. et al.</i> (1990), 34 F.T.R. 241 (F.C.T.D.) .....	281
<i>Casden v. Cooper Enterprises Ltd.</i> , T-442-88, Collier J., judgment dated 24/7/90, F.C.T.D., not yet reported .....	281
<i>Casden v. Cooper Enterprises Ltd.</i> , T-442-88, Cullen J., judgment dated 26/9/90, F.C.T.D., not yet reported .....	281
<i>Centaur Cycle Co. v. Hill</i> (1902), 4 O.L.R. 92 (C.A.) .....	281
<i>Chait c. Northern Quebec Inuit Association</i> , [1986] R.J.Q. 929 (S.C.) .....	533
<i>Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.</i> , [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115 .....	626

	PAGE
<i>Consumers' Ass'n (Can.) v. Ontario Hydro [No. 1]</i> , [1974] 1 F.C. 453; (1974), 2 N.R. 467 (C.A.) .....	443
<i>Coon Come v. Québec Hydro-Electric Commission</i> , No. 500-05-004330-906, LeBel J., judgment dated 28/6/90, not yet reported .....	533
<i>Courrier MH Inc v The Queen</i> , [1976] CTC 567; (1976), 76 DTC 6331 (F.C.T.D.) .....	302
<i>Cyr v. Laine</i> (1953), 32 M.P.R. 106 (N.B.C.A.) .....	214
<i>DMR &amp; Associates v. Minister of Supply and Services</i> (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (F.C.T.D.) .....	186
<i>da Silva</i> , T86-9740, decision dated 10/12/86, I.A.B., not reported .....	605
<i>Delgamuukw et al. v. The Queen</i> , Smithers Registry, No. 0843, B.C.S.C., judgment dated 5/8/87, not reported .....	420
<i>Descôteaux et al. v. Mierzwinski</i> , [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462 .....	617
<i>Dickey v. McCaul</i> (1887), 14 O.A.R. 166 (C.A.) .....	214
<i>Donoghue v. Stevenson</i> , [1932] A.C. 562 (H.L.) .....	374
<i>Duncan v. Canada (Minister of National Defence)</i> , [1990] 3 F.C. 560; (1990), 55 C.C.C. (3d) 28; 32 F.T.R. 189 (T.D.) .....	560
<i>Eadie v. Township of Brantford</i> , [1967] S.C.R. 573; (1967), 63 D.L.R. (2d) 561 .....	459
<i>Eastern Canada Towing Ltd. v. The Algobay</i> , [1980] 2 F.C. 366 (T.D.) .....	281
<i>Edgeworth Construction Ltd. v. N.D. Lea &amp; Associates Ltd.</i> , [1991] 4 W.W.R. 251; (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.) .....	374
<i>Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification)</i> (1990), 69 D.L.R. (4th) 143; 75 Alta. L.R. (2d) 1; 34 F.T.R. 137 (F.C.T.D.) .....	114
<i>Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321 .....	459
<i>Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen</i> , [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.) .....	663
<i>Energy Probe v. Atomic Energy Control Board</i> , [1985] 1 F.C. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.) .....	626
<i>Enquist v. Hass</i> (1979), 15 B.C.L.R. 139; 10 R.P.R. 23 (S.C.) .....	420
<i>Entick v. Carrington</i> (1765), 95 E.R. 807 (K.B.) .....	70
<i>Estrada v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1987), 8 F.T.R. 317; 1 Imm. L.R. (2d) 24 (F.C.T.D.) .....	560
<i>Everest &amp; Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation</i> , [1984] 1 F.C. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.) .....	420
<i>Ex parte Johnston</i> , [1953] O.R. 207; (1953), 105 C.C.C. 161; 16 C.R. 93 (C.A.) .....	44
<i>Fasken, David v. Minister of National Revenue</i> , [1948] Ex.C.R. 580; [1948] C.T.C. 265; (1948), 49 DTC 491 .....	663
<i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> , [1982] 1 S.C.R. 609; (1982), 137 D.L.R. (3d) 695; 68 C.C.C. (2d) 425; 82 DTC 6160 (Fr.); 82 DTC 6264 (Eng.); 43 N.R. 329 .....	489
<i>Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374</i> , [1990] 2 F.C. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.) .....	114
<i>Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374</i> , [1990] 2 F.C. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.) .....	560

	PAGE
<i>Fitzherbert and the Canadian Human Rights Commission v. Underhill</i> , T.D. 11/90 (C.H.R.T.), dated 24/9/90, not yet reported.....	65
<i>Foodcorp Ltd. v. Hardee's Food Systems, Inc.</i> , [1982] 1 F.C. 821; (1982), 40 N.R. 349 (C.A.).....	383
<i>Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. The Queen</i> (1990), 90 DTC 6607 (F.C.A.).....	507
<i>Ford v. C.N.R.</i> , [1937] 2 W.W.R. 216 (Sask. C.A.).....	281
<i>Ford v. Quebec (Attorney General)</i> , [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 O.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84.....	151
<i>Foss v. Harbottle</i> (1843), 67 E.R. 189 (Ch.).....	459
<i>Fowler v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230.....	114
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1990] 1 F.C. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; (1989), 70 Alta. L.R. (3d) 289; 4 C.E.L.R. (N.S.) 137; 30 F.T.R. 108 (T.D.), revd by [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.).....	114
<i>Frome United Breweries Co. v. Bath Justices</i> , [1926] A.C. 586 (H.L.).....	626
<i>Golden v. The Queen</i> , [1983] 2 F.C. 599; [1983] CTC 112; (1983), 83 DTC 5138; 47 N.R. 117 (C.A.).....	663
<i>Gould v. Attorney General of Canada</i> , [1984] 1 F.C. 1119; (1984), 42 C.R. (3d) 78 (T.D.).....	151
<i>Greenough v. Gaskell</i> (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.).....	617
<i>Grondin v. Ontario (Attorney General)</i> (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).....	151
<i>Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec</i> , [1978] 1 S.C.R. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91.....	663
<i>Hecla Mining Company of Canada v. Cominco Ltd. and Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)</i> (1988), 116 N.R. 44 (F.C.A.).....	626
<i>Henley v. Murray</i> (1949), 31 T.C. 351 (K.B.).....	302
<i>Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)</i> , [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (T.D.).....	3
<i>Hills v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.....	507
<i>Holden v. Canadian National Railway</i> (1990), 112 N.R. 395 (F.C.A.).....	65
<i>Houde v. Quebec Catholic School Commn.</i> , [1978] 1 S.C.R. 937; (1977), 80 D.L.R. (3d) 542; 17 N.R. 451.....	533
<i>Hunter v. Canada (Minister of Consumer and Corporate Affairs)</i> (1990), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (F.C.T.D.).....	186
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 D.T.C. 6467; 55 N.R. 241.....	70
<i>Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro</i> , [1982] 1 S.C.R. 347; (1982), 132 D.L.R. (3d) 193; 16 B.L.R. 215; 41 N.R. 1.....	459
<i>IBM Canada Ltd. v. Xerox of Canada Ltd.</i> , [1977] 1 F.C. 181; (1976), 12 N.R. 440 (C.A.).....	281
<i>I.L.W.U. v. Canada</i> , [1987] 3 F.C. 3; (1987), 9 F.T.R. 149 (T.D.).....	383
<i>ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.....	533

	PAGE
<i>IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676 (note), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321 .....	626
<i>In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass</i> , [1972] F.C. 1078; (1972), 30 D.L.R. (3d) 678 (T.D.).....	626
<i>In re K. (Infants)</i> , [1963] Ch. 381 .....	186
<i>In re K. Infants</i> , [1965] A.C. 201 (H.L.).....	186
<i>International Factors Ltd v Rodriguez</i> , [1979] 1 All ER 17 (C.A.).....	214
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.....	151
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.....	459
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.....	507
<i>Jacobs (George Porky) Enterprises Ltd. v. City of Regina</i> , [1964] S.C.R. 326; (1964), 44 D.L.R. (2d) 179; 47 W.W.R. 305.....	459
<i>Johnston (R. M.) v. M.N.R.</i> , [1987] 2 C.T.C. 2374; (1987), 87 DTC 632 (T.C.C.).....	302
<i>Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada</i> (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; 48 B.C.L.R. 121; 7 C.C.C. (3d) 431; 8 C.R.R. 5 (B.C.S.C.).....	151
<i>Jones v Skinner</i> (1835), 5 L.R. Ch. 87.....	663
<i>Justik v. Brosseau</i> (1979), 9 Alta. L.R. (2d) 89; 9 C.P.C. 97 (App. Div.).....	281
<i>Kaiser Petroleum Ltd. v. Canada</i> , [1990] 1 C.T.C. 62; (1989), 90 DTC 6034 (F.C.T.D.); revd by [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6603 (F.C.A.).....	137
<i>Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)</i> , [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214.....	626
<i>Kang v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1981] 2 F.C. 807; (1981), 37 N.R. 551 (C.A.).....	350
<i>Karnail Singh</i> , 83-1189, decision dated 14/11/83, I.A.B., not reported.....	605
<i>Kennedy v. Dodson</i> , [1985] 1 Ch. 334 (C.A.).....	420
<i>Kennedy v. Sask. Cancer Foundation</i> , [1990] 2 W.W.R. 533; (1990), 81 Sask. R. 237 (Q.B.).....	254
<i>Kirby v. Leather</i> , [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.).....	254
<i>Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.</i> , [1987] 1 S.C.R. 2; (1987), 34 D.L.R. (4th) 208; 22 C.C.L.I. 297; [1987] I.L.R. 1-2147; 74 N.R. 360; 21 O.A.C. 4.....	214
<i>Kuruma v. The Queen</i> , [1955] A.C. 197 (P.C.).....	70
<i>Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.</i> (1980), 108 D.L.R. (3d) 753; [1980] 4 W.W.R. 6; 18 B.C.L.R. 181; 15 C.P.C. 195; 50 C.P.R. (2d) 34 (B.C.C.A.).....	151
<i>Lee-Shanok v. Banca Nazionale del lavoro of Canada</i> , [1987] 3 F.C. 578; (1987), 26 Admin. L.R. 133; 76 N.R. 359 (C.A.).....	586
<i>Leonard v. Burrows</i> (1904), 7 O.L.R. 316 (C.A.).....	281
<i>Leonard v. Wharton</i> (1921), 20 O.W.N. 440 (H.C.).....	281
<i>Leung v. Canada (Minister of Employment &amp; Immigration)</i> (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (F.C.A.).....	398
<i>Lévesque v. Canada (Attorney General)</i> , [1986] 2 F.C. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184 (T.D.).....	151



	PAGE
<i>Lingley v. Hickman</i> , [1972] F.C. 171; (1972), 33 D.L.R. (3d) 593; 10 C.C.C. (2d) 362 (T.D.).....	254
<i>Little Red River Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)</i> , see <i>Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification)</i> .....	114
<i>Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.</i> , [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.) .....	626
<i>London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)</i> , [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.).....	302
<i>Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen</i> , [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.) .....	663
<i>Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen</i> , [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.) .....	560
<i>Lovell, J.P. v. The Queen</i> (1983), 90 DTC 6116 (F.C.T.D.) .....	663
<i>Lowry (Inspector of Taxes) v. Consolidated African Selection Trust, Ltd.</i> , [1940] A.C. 648 (H.L.) .....	137
<i>MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors</i> (1974), 9 N.S.R. (2d) 483; 53 D.L.R. (3d) 259 (C.A.) .....	151
<i>Mahon v. Air New Zealand Ltd.</i> , [1984] A.C. 808 (P.C.).....	560
<i>Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce</i> , [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.).....	186
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man.R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341 .....	114
<i>Maple Leaf Lumber Co. v. Caldbick and Pierce</i> (1918), 14 O.W.N. 99 (App. Div.) .....	281
<i>Marlex Petroleum Inc. v. The Ship Har Rai</i> , [1984] 2 F.C. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.), approved in [1987] 1 S.C.R. 57; (1987), 72 N.R. 75 .....	214
<i>Martin v. B.C. (Govt.)</i> (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.).....	420
<i>Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board</i> , [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119.....	70
<i>Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board</i> , [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119.....	626
<i>Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)</i> , [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268 .....	507
<i>Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)</i> , [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268 .....	663
<i>McGauley v. B.C.</i> (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 223 (C.A.) .....	459
<i>McKinney v. University of Guelph</i> , [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004.....	507
<i>Meade v. Canada</i> , [1991] 3 F.C. 365 (T.D.) .....	560
<i>Metaxas v. Galaxias (The)</i> , [1989] 1 F.C. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (T.D.).....	214
<i>Mérineau v. R.</i> , [1982] 2 F.C. 376 (C.A.); revd [1983] 2 S.C.R. 362 .....	383
<i>Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-726-90, Pratte, Desjardins and Marceau J.J.A., judgment dated 25/2/91, F.C.A., not yet reported.....	32
<i>Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.</i> , [1987] 4 W.W.R. 279; (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (B.C.C.A.).....	459

	PAGE
<i>Minister of Employment and Immigration v. Satiacum</i> (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.) ...	44
<i>Minister of Employment and Immigration v. Satiacum</i> (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.) ...	605
<i>Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski</i> , [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331 .....	459
<i>Minister of Manpower and Immigration v. Brooks</i> , [1974] S.C.R. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522 .....	44
<i>Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.</i> , [1965] 1 Ex.C.R. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184 .....	302
<i>Misra v. College of Physicians &amp; Surgeons of Saskatchewan</i> (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; [1988] 5 W.W.R. 333 (Sask. C.A.) .....	32
<i>Morena v. Minister of National Revenue</i> , [1991] 1 C.T.C. 78; (1990), 90 DTC 6685; 39 F.T.R. 81 (F.C.T.D.) .....	365
<i>Morin, J-P v The Queen</i> , [1975] CTC 106; (1975), 75 DTC 5061 (F.C.T.D.) .....	137
<i>National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 28 F.T.R. 160; 99 N.R. 181 (C.A.) .....	459
<i>Neal v. A.G. (Sask.) et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 624; (1977), 56 C.C.C. (2d) 128; 17 N.R. 67 .....	3
<i>New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television Telecommunication Commission</i> , [1984] 2 F.C. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.) .....	459
<i>Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police</i> , [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLC 14,181; 23 N.R. 410 .....	70
<i>Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Ltd.</i> , [1940] A.C. 1014 (H.L.) .....	186
<i>Northern &amp; Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.</i> (1988), 66 O.R. (2d) 11; 53 D.L.R. (4th) 123; 29 C.P.C. (2d) 257; 30 O.A.C. 146 (C.A.) .....	626
<i>Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 292; (1980), 113 D.L.R. (3d) 1; [1981] 1 W.W.R. 681; 53 C.C.C. (2d) 353; 9 C.E.L.R. 145; 2 F.P.R. 296; 32 N.R. 541 .....	114
<i>Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton</i> , [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565 .....	114
<i>Noor Mohammed v. The King</i> , [1949] A.C. 182 (P.C.) .....	70
<i>Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton</i> , [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565 .....	560
<i>Nowegijick v. The Queen</i> , [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41 .....	663
<i>O'Hara v. British Columbia</i> , [1987] 2 S.C.R. 591; (1987), 45 D.L.R. (4th) 527; [1988] 1 W.W.R. 216; 19 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.C. (3d) 233; 80 N.R. 127 .....	560
<i>Ontario Public Service Employees Union et al. v. National Citizens Coalition Inc. et al.</i> (1987), 60 O.R. (2d) 26; 39 D.L.R. (4th) 449; [1987] 2 C.T.C. 59; 87 DTC 5270 (H.C.); affd (1990), 74 O.R. (2d) 260; 90 DTC 6326; 38 O.A.C. 70 (C.A.) .....	507
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1 .....	374
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1 .....	459

	PAGE
<i>Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co., sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.</i> (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (B.C.C.A.).....	420
<i>Osei v. Canada (Minister of Employment &amp; Immigration)</i> (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 49 (F.C.A.).....	265
<i>Ottawa Electric Railway Co. v. The City of Ottawa</i> , [1945] S.C.R. 105; (1944), 57 C.R.T.C. 273.....	533
<i>Ovakimoglu v. Minister of Employment and Immigration</i> (1983), 52 N.R. 67 (F.C.A.).....	605
<i>P.G. du Québec c. Albert</i> , [1983] C.S.P. 1017 (Qué.).....	533
<i>P.G. du Québec c. Collier</i> , [1983] C.S. 366 (Qué.).....	533
<i>P.G. du Québec c. Collier</i> , [1985] C.A. 559; (1985), 23 D.L.R. (4th) 339 (Qué.).....	533
<i>PSAC v. Canada</i> , [1987] 1 S.C.R. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 CLLC 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161.....	507
<i>Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 419; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 42; 104 N.R. 228 (C.A.).....	265
<i>Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1991] 2 F.C. 327 (C.A.).....	242
<i>Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1991] 2 F.C. 327 (C.A.).....	265
<i>Pacific Trollers Association v. Attorney General of Canada et al.</i> , T-1921-86, judgment dated 2/9/86, not reported, F.C.T.D. ....	560
<i>Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.</i> (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; [1972] 3 W.W.R. 106 (Alta. C.A.).....	70
<i>Paulson v. Murray</i> (1922), 32 Man. L.R. 327; 68 D.L.R. 643; [1922] 2 W.W.R. 654 (K.B.).....	281
<i>Paulson v. The King</i> (1915), 52 S.C.R. 317; 27 D.L.R. 145; 9 W.W.R. 1099.....	186
<i>Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation</i> (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.).....	626
<i>Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue</i> , [1977] 1 S.C.R. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440.....	626
<i>Piller Sausages &amp; Delicatessens Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)</i> , [1988] 1 F.C. 446; (1987), 38 B.L.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 356; 14 F.T.R. 118 (T.D.).....	186
<i>Proctor &amp; Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.</i> , F.C.A., A-158-88, Iacobucci C.J., judgment dated 21/2/89, not reported.....	186
<i>Proctor &amp; Gamble Co. et al. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.</i> (1987), 15 C.I.P.R. 16; 16 C.P.R. (3d) 114; 15 F.T.R. 46 (F.C.T.D.).....	186
<i>Quebec (Attorney General) v. Brunet; Quebec (Attorney General) v. Albert; Quebec (Attorney General) v. Collier</i> , [1990] 1 S.C.R. 260; (1990), 66 D.L.R. (4th) 575.....	533
<i>Queen v. Cognos Inc.</i> (1990), 74 O.R. (2d) 176; 69 D.L.R. (4th) 288; 38 O.A.C. 180 (C.A.) (leave to appeal to S.C.C. granted (1991), 74 D.L.R. (4th) vii.....	374
<i>R. v. Achorner</i> , [1977] 1 F.C. 641; (1976), 16 N.R. 346 (C.A.).....	383
<i>R. v. Amway Corp.</i> , [1989] 1 S.C.R. 21; (1989), 56 D.L.R. (4th) 309; 33 C.P.C. (2d) 163; 68 C.R. (3d) 97; 37 C.R.R. 235; [1989] 1 C.T.C. 255; 91 N.R. 18.....	114
<i>R. v. Askov</i> , [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81.....	32
<i>R. v. Beare</i> , [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.....	507

	PAGE
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.....	151
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.C. 64; 58 N.R. 81.....	507
<i>R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill &amp; Smelter Workers</i> (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.).....	626
<i>R. v. Bushnell Communications Ltd. et al.</i> (1973), 1 O.R. (2d) 442; 45 D.L.R. (3d) 218; 14 C.C.C. (2d) 426 (H.C.); affd (1974), 4 O.R. (2d) 288; 47 D.L.R. (3d) 668; 18 C.C.C. (2d) 317 (C.A.).....	65
<i>R. v. Chambers</i> , [1990] 2 S.C.R. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 119 N.R. 321.....	365
<i>R. v. Consumers' Gas Company Ltd.</i> , [1984] 1 F.C. 779; [1984] CTC 83; (1983), 84 DTC 6058; 52 N.R. 106 (C.A.).....	302
<i>R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.</i> , [1988] 1 S.C.R. 401; (1988), 48 D.L.R. (4th) 161; [1988] 3 W.W.R. 385; 25 B.C.L.R. (2d) 145; 40 C.C.C. (3d) 289; 84 N.R. 1.....	114
<i>R. v. Garofoli</i> , [1990] 2 S.C.R. 1421; (1990), 80 C.R. (3d) 317.....	3
<i>R. v. Grant</i> (1936), 26 Cr App Rep 8.....	44
<i>R. v. Hebert</i> , [1990] 2 S.C.R. 151; (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 1; 49 C.R.R. 114.....	365
<i>R. v. Jacoy</i> , [1988] 2 S.C.R. 548; [1989] 1 W.W.R. 354; (1988), 18 C.E.R. 258; 38 C.R.R. 290; 2 T.C.T. 4120.....	70
<i>R. v. Manley</i> , [1985] 2 F.C. 208; [1985] 1 CTC 186; (1985), 85 DTC 5150; 57 N.R. 364 (C.A.).....	302
<i>R. v. Marsh &amp; McLennan, Limited</i> , [1984] 1 F.C. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.).....	663
<i>R. v. McInnis</i> (1973), 1 O.R. (2d) 1; 13 C.C.C. (2d) 471; 23 C.R.N.S. 152 (C.A.).....	44
<i>R. v. Oakes</i> , [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.....	151
<i>R. v. Parrot</i> (1979), 27 O.R. (2d) 333; 106 D.L.R. (3d) 296; 51 C.C.C. (2d) 539 (C.A.).....	3
<i>R. v. Pollock</i> (1983), 29 Sask. R. 70 (Q.B.).....	325
<i>R. v. Rao</i> (1984), 46 O.R. (2d) 88; 9 D.L.R. (4th) 542; 12 C.C.C. (3d) 97; 40 C.R. (3d) 1; 10 C.R.R. 275; 4 O.A.C. 162 (C.A.).....	70
<i>R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital</i> , [1970] 3 O.R. 476; (1970), 13 D.L.R. (3d) 304 (C.A.).....	626
<i>R. v. Schwartz</i> , [1988] 2 S.C.R. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90.....	70
<i>R. v. Schwartz</i> , [1988] 2 S.C.R. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90.....	507
<i>R. v. Simmons</i> , [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241.....	70
<i>R. v. Sioui</i> , [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22.....	533
<i>R. v. Therens et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122.....	70
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.....	151

	PAGE
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.....	459
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.....	507
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.....	560
<i>R. v. Whyte</i> , [1988] 2 S.C.R. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328.....	507
<i>R. v. Wray</i> , [1971] S.C.R. 272; (1970), 11 D.L.R. (3d) 673; [1970] 4 C.C.C. 1; 11 C.R.N.S. 235.....	70
<i>Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration</i> (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.) ...	605
<i>Ramkissoon</i> , T84-9057, decision dated 21/6/84, I.A.B., not reported .....	605
<i>Rankin (Re)</i> , [1991] 1 F.C. 226; (1990), 38 F.T.R. 23 (T.D.) .....	560
<i>Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor</i> (1986), 55 O.R. (2d) 522; 29 D.L.R. (4th) 583; 19 Admin. L.R. 192; 1 C.E.L.R. (N.S.) 1; 25 C.R.R. 50; 16 O.A.C. 14 (Div. Ct.).....	459
<i>Re Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finance)</i> (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (F.C.A.).....	626
<i>Re Carter and the City of Sudbury</i> , [1949] O.R. 455; [1949] 3 D.L.R. 756; 64 C.R.T.C. 113 (H.C.) .....	533
<i>Re City of Toronto and Toronto and York Radia R.W. Co. and County of York</i> (1918), 42 O.L.R. 545; 43 D.L.R. 49; 23 C.R.C. 218 (App. Div.).....	533
<i>Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration</i> (1967), 63 D.L.R. (2d) 224; (1967), 59 W.W.R. 705 (Man. C.A.).....	626
<i>Re Nelles et al. and Grange et al.</i> (1984), 46 O.R. (2d) 210; 9 D.L.R. (4th) 79; 42 C.P.C. 109; 3 O.A.C. 40 (C.A.) .....	560
<i>Reading &amp; Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. and Gaz Inter-Cité Quebec Inc.</i> (1988), 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.).....	420
<i>Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)</i> , [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. R.L. (2d) 97, 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.....	151
<i>Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)</i> , [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227.....	151
<i>Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)</i> , [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227.....	459
<i>Refugees</i> , Geneva, September, 1979.....	390
<i>Reg. v. Blaby</i> , [1894] 2 Q.B. 170 .....	44
<i>Reg. v. Cox and Railton</i> (1884), 14 Q.B.D. 153 .....	617
<i>Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja</i> , [1984] A.C. 74 (H.L.) .....	3
<i>Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.</i> (1990), 71 O.R. (2d) 719; 44 C.P.C. (2d) 206 (H.C.) .....	186
<i>Rex v. Vanek</i> , [1944] O.R. 428; [1944] 4 D.L.R. 59; (1944), 82 C.C.C. 53 (C.A.) .....	44
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241 .....	533

	PAGE
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; affg <i>Roberts v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 535; (1987), 36 D.L.R. 4th (522); [1987] 2 C.N.L.R. 145; 73 N.R. 234 .....	420
<i>Robertson and Minister of Employment and Immigration</i> (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (F.C.T.D.) .....	186
<i>Rogers v. Bank of Montreal</i> , [1985] 5 W.W.R. 193; (1985), 64 B.C.L.R. (2d) 63; 30 B.L.R. 41 (B.C.S.C.); affd [1987] 2 W.W.R. 364; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 190 (B.C.C.A.) .....	459
<i>Rogers v. National Harbours Board</i> , [1979] 1 F.C. 90 (C.A.) .....	533
<i>Rossiter v. Toronto R.W. Co.</i> (1907), 11 O.W.R. 189 .....	281
<i>Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)</i> , [1991] 1 F.C. 529; (1990), 34 F.T.R. 1; 123 N.R. 120 (C.A.) .....	560
<i>Royal Trust Co., The v. Minister of National Revenue</i> , [1956-60] Ex.C.R. 70; (1957), 9 D.L.R. (2d) 28; [1957] C.T.C. 32; 52 DTC 1055 .....	507
<i>Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)</i> , [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.) .....	186
<i>Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)</i> , [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.) .....	325
<i>Russo v. Minister of Manpower &amp; Immigration</i> , [1977] 1 F.C. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (T.D.) .....	489
<i>Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 3 F.C. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.) .....	605
<i>Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas</i> (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1 (Sask. C.A.) .....	32
<i>Sauvé v. Canada (Attorney General)</i> (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.) .....	151
<i>Schaaf v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1984] 2 F.C. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.) .....	626
<i>Schachter v. Canada</i> , [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123 .....	151
<i>Schachter v. Canada</i> , [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123 (C.A.) .....	507
<i>Scott v. Foster Wheeler Ltd.</i> (1987), 16 C.C.E.L. 251; 8 C.H.R.R. D/4179 (Ont. Div. Ct.) .....	65
<i>Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council</i> , [1977] A.C. 1014 (H.L.) .....	3
<i>Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labour Code)</i> , [1989] 2 F.C. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (T.D.) .....	586
<i>Seyoum v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-419-90, Mahoney J.A., judgment dated 15/11/90, F.C.A., not yet reported .....	44
<i>Sheehan v. Upper Lakes Shipping Ltd.</i> , [1978] 1 F.C. 836; (1977), 81 D.L.R. (3d) 208; 77 CLLC 14,111; 19 N.R. 456 (C.A.); revd [1979] 1 S.C.R. 902; (1979), 95 D.L.R. (3d) 25; 79 CLLC 14,192; 25 N.R. 149 .....	65
<i>Sibo Inc. v. Posi-Slope Enterprises Inc.</i> , T-2449-83, Jerome A.C.J., order dated 21/3/85, F.C.T.D., not reported .....	281
<i>Sibo Inc. et al. v. Posi-Slope Enterprises Inc.</i> (1984), 5 C.P.R. (3d) 111 (F.C.T.D.) .....	383

	PAGE
<i>Simon v. The Queen et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366.....	533
<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 84 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.....	507
<i>Smith, Kline &amp; French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , [1987] 2 F.C. 359; (1986), 34 D.L.R. (4th) 584; 11 C.I.P.R. 181; 12 C.P.R. (3d) 385; 27 C.R.R. 286; 78 N.R. 30 (C.A.).....	507
<i>Smith, Stone &amp; Knight, Ltd. v. Birmingham Corporation</i> , [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.D.).....	214
<i>Solosky v. The Queen</i> , [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.....	617
<i>Southam Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1990] 3 F.C. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.).....	533
<i>Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners</i> (1987), 53 Sask. R. 35; 25 Admin. L.R. 90 (C.A.).....	626
<i>Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board</i> , [1933] S.C.R. 629; [1933] 4 D.L.R. 545.....	186
<i>Starr v. Houlden</i> , [1990] 1 S.C.R. 1366; (1990), 72 O.R. (2d) 701 (note); 68 D.L.R. (4th) 641; 55 C.C.C. (3d) 472; 110 N.R. 81; 41 O.A.C. 161.....	560
<i>Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.</i> , [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003 (S.C.C.).....	151
<i>Stuart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.....	560
<i>Stuart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; [1986] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.....	663
<i>Surujpal v. Minister of Employment and Immigration</i> (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.).....	605
<i>Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1969] 2 Ex.C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278.....	617
<i>Swain et al. v. Dennison et al.</i> , [1967] S.C.R. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232.....	325
<i>Symes v. Canada</i> , [1989] 3 F.C. 59; [1989] 1 C.T.C. 476; (1989), 89 DTC 5243; 25 F.T.R. 306 (T.D.).....	507
<i>Syndicat des employés de Production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board</i> , [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069.....	586
<i>Tétreault-Gadoury v. Canada Employment and Immigration Commission</i> (1991), 91 CLLC 14,023 (S.C.C.).....	242
<i>Tiberio v. M.N.R.</i> , [1990] 2 C.T.C. 2545; (1990), 91 DTC 17 (T.C.C.).....	507
<i>The King v. Sheridan (Frank)</i> , [1937] 1 K.B. 223 (C.A.).....	44
<i>The Queen v. Atkins</i> (1976), 68 D.L.R. (3d) 187; [1976] CTC 497; 76 DTC 6258; 13 N.R. 338 (F.C.A.).....	302
<i>The Queen v. Kurisko (S.R.)</i> , [1988] 2 C.T.C. 254; (1988), 88 DTC 6434; 19 F.T.R. 182 (F.C.T.D.); affd [1990] 2 C.T.C. 136; (1990), 90 DTC 6376; 36 F.T.R. 160 (note); 111 N.R. 146 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied.....	507
<i>The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.</i> , [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801.....	214

	PAGE
<i>Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)</i> , [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 54 C.C.C. (3d) 417; 76 C.R. (3d) 129 .....	365
<i>Thorson v. Attorney General of Canada et al.</i> , [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225 .....	459
<i>Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.</i> , [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571 .....	214
<i>Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney</i> , [1990] 1 F.C. 425; (1990), 33 F.T.R. 194; 10 Imm. L.R. (2d) 22 (T.D.) .....	265
<i>U.E.S., Local 298 v. Bibeault</i> , [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161 .....	586
<i>United Church of Can. Trustees v. Teale</i> (1979), 11 C.P.C. 167 (N.S.C.A.) .....	281
<i>United States v. Carolene Products Co.</i> , 304 U.S. 144 (S.C., 1938) .....	459
<i>United States of America v. Cotroni</i> , [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193 .....	507
<i>United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein</i> , [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193 .....	44
<i>Upjohn Inter-American Corporation v. Canada (Minister of National Health and Welfare and Attorney General)</i> (1987), 14 C.P.R. (3d) 50; 10 F.T.R. 37 (F.C.T.D.) .....	186
<i>Uukw v. B.C. (Govt.)</i> (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.) .....	420
<i>Uy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1991] 2 F.C. 201; (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 172 (C.A.) .....	350
<i>Vaillancourt (L.) v. The Queen</i> , [1987] 1 C.T.C. 1 (Eng.); [1986] 2 C.T.C. 188 (Fr.); (1986), 86 DTC 6531 (Eng.); 86 DTC 6449 (Fr.); 7 F.T.R. 172 (F.C.T.D.) .....	663
<i>Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary), No. 21598 (S.C.C.)</i> , judgment dated 28/3/91, Stevenson J. not yet reported .....	114
<i>W. &amp; R. Plumbing &amp; Heating Ltd. v. R.</i> , [1986] 2 F.C. 195; (1986), 17 C.L.R. 291; 1 F.T.R. 229 (T.D.) .....	374
<i>W.K.L. v. Canada</i> , 21616, judgment dated 16/5/91, S.C.C., not yet reported .....	32
<i>WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto</i> (1981), 34 O.R. (2d) 708; 24 L.C.R. 204; 23 R.P.R. 257 (H.C.) .....	626
<i>Wallersteiner v. Moir</i> , [1974] 1 W.L.R. 991 (C.A.) .....	214
<i>Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.</i> , [1975] R.P.C. 354 (C.A.) .....	186
<i>Wilson v. Minister of Justice</i> , [1985] 1 F.C. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.) ..	365
<i>Winnipeg v. Winnipeg Electric Ry. Co.</i> (1921), 31 Man. R. 131; 29 D.L.R. 251; [1921] 2 W.W.R. 282 (C.A.) .....	533
<i>Woodward Stores Ltd. v. Canada</i> , [1991] 1 C.T.C. 233; (1991), 91 DTC 5090 (F.C.T.D.) .....	302
<i>Wright (F.L.) v. The Queen</i> , [1987] 1 C.T.C. 218; (1987), 87 DTC 5138; 10 F.T.R. 116 (F.C.T.D.) .....	383
<i>Yukon Conservation Society v. Yukon Territory Water Board and Cyprus Anvil Mining Corp.</i> (1982), 45 N.R. 591 (F.C.T.D.) .....	626
<i>Zeng v. Canada (Minister of Employment &amp; Immigration)</i> (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 167 (F.C.A.) .....	350
<i>Zeybekoglu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , T-2894-90, Joyal J., judgment dated 8/5/91, F.C.T.D., not yet reported .....	489



**STATUTES  
AND  
REGULATIONS  
JUDICIALLY  
CONSIDERED**

**LOIS  
ET  
RÈGLEMENTS**

**STATUTES**

**LOIS**

**CANADA**

**CANADA**

		PAGE
<b>Access to Information Act,</b> S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II	<b>Loi sur l'accès à l'information,</b> S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II	
s./art. 2(1) .....		325
s./art. 3 .....		325
s./art. 41 .....		325
<b>R.S.C., 1985, c. A-1</b>	<b>L.R.C. (1985), chap. A-1</b>	
s./art. 2(1) .....		186
s./art. 4 .....		186
s./art. 13 .....		186
s./art. 19 .....		186
s./art. 30 .....		186
s./art. 35 .....		186
s./art. 41 .....		186
s./art. 45 .....		186
s./art. 46 .....		186
s./art. 47 .....		186
s./art. 48 .....		186
s./art. 49 .....		186
s./art. 50 .....		186
s./art. 52 .....		186
s./art. 53 .....		186
<b>An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof,</b> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28	<b>Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence,</b> L.R.C. (1985) (4 <sup>e</sup> suppl.), chap. 28	
s./art. 41 .....		489
s./art. 42 .....		489
s./art. 43 .....		489
s./art. 48 .....		489
<b>An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof,</b> S.C. 1990, c. 7	<b>Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence,</b> L.C. 1990, chap. 7	
— — — .....		443

	PAGE
<b>Canada Business Corporations Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-44	
-----	
<b>Loi sur les sociétés par actions,</b> L.R.C. (1985), chap. C-44	
.....	137
<b>Canada Elections Act,</b> R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14	
s./art. 14(4)(e) .....	151
R.S.C., 1985, c. E-2	
s./art. 51(e).....	151
<b>Canada Evidence Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-5	
s./art. 5(1) .....	365
s./art. 37 .....	186
s./art. 38 .....	186
s./art. 39 .....	186
<b>Canada Labour Code,</b> R.S.C., 1985, c. L-2	
s./art. 167(2) .....	586
s./art. 167(3) .....	586
s./art. 240(1) .....	586
s./art. 242 .....	586
s./art. 243 .....	586
<b>Canada-United States Free Trade Agreement Implemen- tation Act,</b> S.C. 1988, c. 65	
s./art. 65 .....	626
s./art. 149 .....	626
<b>Canada Water Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-11	
-----	
<b>Loi sur les ressources en eau du Canada,</b> L.R.C. (1985), chap. C-11	
.....	177
<b>Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982,</b> Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)	
s./art. 1.....	151, 459
s./art. 2(b) .....	186, 242, 265
s./art. 2(d) .....	151
s./art. 3.....	151
s./art. 6(1) .....	70
s./art. 7.....	3, 32, 70, 265, 365, 398, 560
s./art. 8.....	70
s./art. 11 .....	560
s./art. 11(b) .....	32
s./art. 12 .....	32, 70
s./art. 13 .....	365, 560
s./art. 15 .....	70, 459, 507, 560
s./art. 15(1) .....	151, 383
s./art. 24 .....	70, 242
s./art. 24(1) .....	151
s./art. 32 .....	560
<b>Canadian Human Rights Act,</b> R.S.C., 1985, c. H-6	
s./art. 5.....	65
s./art. 53(2)(c) .....	65
<b>Loi canadienne sur les droits de la personne,</b> L.R.C. (1985), chap. H-6	

	PAGE
<b>Canadian International Trade Tribunal Act,</b> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47	
s./art. 32 .....	186
s./art. 43 .....	186
s./art. 44 .....	186
s./art. 45 .....	186
s./art. 46 .....	186
s./art. 47 .....	186
s./art. 48 .....	186
s./art. 49 .....	186
<b>Canadian Security Intelligence Service Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-23	
s./art. 48 .....	186
s./art. 49 .....	186
s./art. 50 .....	186
<b>Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act,</b> S.C. 1989, c. 3	
s./art. 28(6) .....	186
s./art. 30(5) .....	186
<b>Constitution Act, 1867,</b> 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]	
-----	560
s./art. 18 .....	533
s./art. 91 .....	114
s./art. 91.24 .....	533
s./art. 92 .....	114
s./art. 92.14 .....	70
s./art. 92A .....	114
s./art. 95 .....	114
s./art. 101 .....	70
s./art. 109 .....	114
<b>Constitution Act, 1982,</b> Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	
s./art. 35 .....	533
s./art. 52 .....	151, 560
<b>Copyright Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-42	
s./art. 66 .....	626
s./art. 70.61 .....	626
s./art. 70.63 .....	626
<b>Cree-Naskapi (of Quebec) Act,</b> S.C. 1984, c. 18	
-----	533
<b>Criminal Code,</b> R.S.C. 1970, c. C-34	
-----	44
s./art. 19 .....	70
R.S.C., 1985, c. C-46	
-----	365, 560
<b>Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur,</b> L.R.C. (1985) (4 <sup>e</sup> suppl.), chap. 47	
<b>Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité,</b> L.R.C. (1985), chap. C-23	
<b>Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports,</b> L.C. 1989, chap. 3	
<b>Loi constitutionnelle de 1867,</b> 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n <sup>o</sup> 5]	
<b>Loi constitutionnelle de 1982,</b> annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n <sup>o</sup> 44]	
<b>Loi sur le droit d'auteur,</b> L.R.C. (1985), chap. C-42	
<b>Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec,</b> S.C. 1984, chap. 18	
<b>Code criminel,</b> S.R.C. 1970, chap. C-34	
L.R.C. (1985), chap. C-46	

	PAGE
<b>Criminal Code—Continued</b>	
s./art. 121(1)(a)(i).....	350
s./art. 215 .....	507
s./art. 218 .....	507
s./art. 736(3).....	44
<b>Criminal Law Amendment Act, 1972,</b> S.C. 1972, c. 13	
.....	44
<b>Criminal Records Act,</b> S.C. 1969-70, c. 40	
s./art. 5 .....	44
<b>Customs Act,</b> R.S.C. 1970, c. C-40	
s./art. 11 .....	70
s./art. 18 .....	70
s./art. 231(1).....	70
R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1	L.R.C. (1985), (2 <sup>e</sup> suppl.), chap. 1
.....	70
S.C. 1986, c. 1	S.C. 1986, chap. 1
s./art. 212(3) .....	70
<b>Department of the Environment Act,</b> R.S.C., 1985, c. E-10	
s./art. 6.....	443
<b>Federal Court Act,</b> R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10	
s./art. 2.....	151
R.S.C., 1985, c. F-7	L.R.C. (1985), chap. F-7
s./art. 2.....	489, 533
s./art. 18.....	114, 151, 489, 533, 560
s./art. 23 .....	533
s./art. 25 .....	533
s./art. 28 .....	32, 242, 383, 398, 626
s./art. 44 .....	533
s./art. 50(1).....	114
s./art. 52 .....	281
s./art. 52(c).....	44
<b>Fisheries Act,</b> R.S.C., 1985, c. F-14	
s./art. 36 .....	177
<b>Government Organization Act, 1979,</b> S.C. 1978-79, c. 13	
s./art. 14 .....	114, 443
<b>Immigration Act,</b> R.S.C. 1970, c. I-2	
s./art. 5(d).....	44
R.S.C., 1985, c. I-2	L.R.C. (1985), chap. I-2
.....	32
s./art. 2.....	3, 398
s./art. 2(1) .....	390
s./art. 2(1)(a)(i).....	605
s./art. 3(c).....	44

<b>Immigration Act—Continued</b>	<b>Loi sur l'immigration—Suite</b>	<b>PAGE</b>
s./art. 3(f) .....		242
s./art. 9(3) .....		350
s./art. 12 .....		3
s./art. 19(1)(a) .....		350
s./art. 19(1)(a)(ii) .....		44
s./art. 19(1)(c) .....		44
s./art. 19(1)(f) .....		3
s./art. 19(1)(g) .....		3
s./art. 19(2)(d) .....		350
s./art. 23(4)(a) .....		489
s./art. 27(4) .....		489
s./art. 28 .....		489
s./art. 29(3) .....	186, 242, 265	265
s./art. 32 .....		242
s./art. 40 .....		3
s./art. 40.1 .....		3, 186
s./art. 44 .....		489
s./art. 45 .....		242
s./art. 46(2) .....		489
s./art. 46(3) .....		398
s./art. 46.01 .....		489
s./art. 46.01(6) .....	265, 398	398
s./art. 46.02 .....		242
s./art. 69(2) .....		265
s./art. 69.1(5) .....		398
s./art. 70 .....		242
s./art. 77(3)(b) .....		44
s./art. 82.3(1) .....		390
s./art. 84(1) .....		44
s./art. 99 .....		242
s./art. 103 .....		242
s./art. 103(3)(b) .....		3
s./art. 103.1 .....		3
s./art. 112 .....		242
s./art. 114(1)(a) .....		350
 <b>Immigration Act, 1976,</b> S.C. 1976-77, c. 52	 <b>Loi sur l'immigration de 1976,</b> S.C. 1976-77, chap. 52	
s./art. 19(1)(c) .....		44
 <b>Income Tax Act,</b> S.C. 1970-71-72, c. 63	 <b>Loi de l'impôt sur le revenu,</b> S.C. 1970-71-72, chap. 63	
.....		325
s./art. 3 .....		302
s./art. 5(1) .....	137, 302	137
s./art. 7(1)(a) .....		137
s./art. 7(3)(b) .....		137
s./art. 9 .....	302, 507	137
s./art. 12(1)(n) .....		302
s./art. 12(1)(n.1) .....		302
s./art. 12(1)(x) .....		302
s./art. 13(21)(c) .....		302
s./art. 13(21)(d) .....		302
s./art. 13(21)(f) .....		302
s./art. 18(1)(a) .....		507
s./art. 18(1)(h) .....		507
s./art. 20(1)(a) .....		663
s./art. 54(h)(iii) .....		302
s./art. 63 .....		507
s./art. 248(l) .....	302, 663	663

	PAGE
<b>Indian Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-5 .....	420
<b>Loi sur les Indiens,</b> L.R.C. (1985), chap. I-5	
<b>Interpretation Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-21 .....	533
<b>Loi d'interprétation,</b> L.R.C. (1985), chap. I-21	
s./art. 12 .....	626
<b>Inquiries Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-11 .....	242
<b>Loi sur les enquêtes,</b> L.R.C. (1985), chap. I-11	
<b>James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act,</b> S.C. 1976-77, c. 32 s./art. 3.....	533
<b>Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois,</b> S.C. 1976-77, chap. 32	
<b>Lord's Day Act,</b> R.S.C. 1970, c. L-13 .....	151
<b>Loi sur le dimanche,</b> S.R.C. 1970, chap. L-13	
<b>National Defence Act,</b> R.S.C. 1970, c. N-4 s./art. 128 .....	70
<b>Loi sur la défense nationale,</b> S.R.C. 1970, chap. N-4	
R.S.C., 1985, c. N-5 s./art. 45 .....	365
<b>Loi sur la défense nationale,</b> L.R.C. (1985), chap. N-5	
s./art. 118(2) .....	365
s./art. 236 .....	186
<b>National Energy Board Act,</b> R.S.C., 1985, c. N-7 s./art. 2 .....	443
<b>Loi sur l'Office national de l'énergie,</b> L.R.C. (1985), chap. N-7	
s./art. 22 .....	443
s./art. 118 .....	443
s./art. 119.06(2)(b) .....	443
s./art. 119.08(2) .....	443
s./art. 119.09(2) .....	443
<b>Northern Inland Waters Act,</b> R.S.C., 1985, c. N-25 s./art. 10 .....	177
<b>Loi sur les eaux internes du Nord,</b> L.R.C. (1985), chap. N-25	
s./art. 11 .....	177
s./art. 12 .....	177
s./art. 24 .....	177
s./art. 29(e) .....	177
<b>Patent Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-4 s./art. 20(4) .....	186
<b>Loi sur les brevets,</b> L.R.C. (1985), chap. P-4	
s./art. 56 .....	383
<b>Pension Act,</b> R.S.C. 1970, c. P-7 s./art. 12(2) .....	383
<b>Loi sur les pensions,</b> S.R.C. 1970, chap. P-7	
R.S.C., 1985, c. P-6 s./art. 111 .....	383
<b>Loi sur les pensions,</b> L.R.C. (1985), chap. P-6	

<b>Petroleum and Gas Revenue Tax Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-12 s./art. 25 .....	<b>Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers,</b> L.R.C. (1985), chap. P-12 .....	186
<b>Plant Quarantine Act,</b> R.S.C. 1970, c. P-13 .....	<b>Loi sur la quarantaine des plantes,</b> S.R.C. 1970, chap. P-13 .....	617
<b>Privacy Act,</b> S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II s./art. 2 .....	<b>Loi sur la protection des renseignements personnels,</b> S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II .....	325
s./art. 3(I) .....	.....	325
s./art. 8(1) .....	.....	325
s./art. 8(2)(m)(i) .....	.....	325
s./art. 41 .....	.....	325
R.S.C., 1985, c. P-21 s./art. 3 .....	L.R.C. (1985), chap. P-21 .....	186
s./art. 8(2)(m)(i) .....	.....	186
s./art. 12 .....	.....	617
s./art. 27 .....	.....	617
s./art. 29 .....	.....	617
s./art. 33 .....	.....	186
s./art. 41 .....	.....	617
s./art. 44 .....	.....	186
s./art. 45 .....	.....	186
s./art. 46 .....	.....	186
s./art. 47 .....	.....	186
s./art. 48 .....	.....	186
s./art. 49 .....	.....	186
s./art. 50 .....	.....	186
s./art. 51 .....	.....	186
s./art. 52 .....	.....	186
<b>Quebec Boundaries Extension Act, 1912, (The),</b> S.C. 1912, c. 45 .....	<b>Loi de l'extension des frontières du Québec, 1912,</b> S.C. 1912, chap. 45 .....	533
<b>Royal Canadian Mounted Police Act,</b> R.S.C., 1985, c. R-10 s./art. 45.35 .....	<b>Loi sur la Gendarmerie royale du Canada,</b> L.R.C. (1985), chap. R-10 .....	560
s./art. 45.36 .....	.....	560
s./art. 45.38 .....	.....	560
s./art. 45.41 .....	.....	560
s./art. 45.42 .....	.....	560
s./art. 45.43 .....	.....	560
s./art. 45.44 .....	.....	560
s./art. 45.45 .....	.....	560
s./art. 45.46 .....	.....	560
<b>Softwood Lumber Products Export Charge Act,</b> S.C. 1987, c. 15 s./art. 15 .....	<b>Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre,</b> L.C. 1987, chap. 15 .....	459
<b>Special Import Measures Act,</b> R.S.C., 1985, c. S-15 s./art. 75 .....	<b>Loi sur les mesures spéciales d'importation,</b> L.R.C. (1985), chap. S-15 .....	186
<b>Statutory Instruments Act,</b> R.S.C., 1985, c. S-22 .....	<b>Loi sur les textes réglementaires,</b> L.R.C. (1985), chap. S-22 .....	533

<b>Tax Court of Canada Act,</b> R.S.C., 1985, c. T-2 s./art. 16 .....	<b>Loi sur la Cour canadienne de l'impôt,</b> L.R.C. (1985), chap. T-2	186
---	---	-----

<b>Unemployment Insurance Act,</b> R.S.C., 1985, c. U-1 .....	<b>Loi sur l'assurance-chômage,</b> L.R.C. (1985), chap. U-1	242
---	---	-----

**BRITISH COLUMBIA**

**COLOMBIE-BRITANNIQUE**

<b>Constitutional Question Act,</b> R.S.B.C. 1979, c. 63 s./art. 52 .....	<b>Constitutional Question Act,</b> R.S.B.C. 1979, chap. 63	560
---	--	-----

**NEW BRUNSWICK**

**NOUVEAU BRUNSWICK**

<b>Rules of Court of New Brunswick,</b> N.B. Reg. 81-174 R. 7.01 .....	<b>Règles de procédure du Nouveau-Brunswick,</b> Règl. du N.-B. 81-174	254
R. 7.02 .....		254
R. 7.03 .....		254

**ONTARIO**

**ONTARIO**

<b>Child Welfare Act,</b> R.S.O. 1980, c. 66 s./art. 19(1)(b)(ii) .....	<b>Loi sur le bien-être de l'enfance,</b> L.R.O. 1980, chap. 66	507
s./art. 19(1)(b)(iii) .....		507

<b>Land Titles Act,</b> R.S.O. 1980, c. 230 s./art. 110 .....	<b>Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers,</b> L.R.O. 1980, chap. 230	325
---	---	-----

<b>Ontario Regulations,</b> 449/88 449/88 .....	<b>Règlements de l'Ontario,</b>	325
--	---------------------------------	-----

<b>Registry Act,</b> R.S.O. 1980, c. 445 .....	<b>Loi sur l'enregistrement des actes,</b> L.R.O. 1980, c. 445	325
--	---	-----

<b>Residential Rent Regulation Act, 1986,</b> S.O. 1986, c. 63 s./art. 5 .....	<b>Loi de 1986 sur la réglementation des loyers d'habitation,</b> L.O. 1986, chap. 63	325
--	--	-----

**QUEBEC**

**QUÉBEC**

<b>An Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*ro,</b> S.Q. 1976, c. 46 .....	<b>Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois,</b> L.Q. 1976, chap. 46	533
---	---	-----

<b>An Act concerning Northern villages and the Kativik Regional Government,</b> S.Q. 1978, c. 87 .....	<b>Loi concernant les villages nordiques et l'Administra- tion régionale Kativik,</b> L.Q. 1978, chap. 87	533
--	--	-----



		PAGE
<b>An Act respecting certain government departments,</b> S.Q. 1979, c. 77	<b>Loi concernant certains ministères,</b> L.Q. 1979, chap. 77	533
<b>An Act respecting Cree and Inuit Native persons,</b> S.Q. 1978, c. 97	<b>Loi concernant les autochtones cris et inuit,</b> L.Q. 1978, chap. 97	533
<b>An Act respecting hunting and fishing rights in the James Bay and New Québec territories,</b> S.Q. 1978, c. 92	<b>Loi concernant les droits de la chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec,</b> L.Q. 1978, chap. 92	533
<b>An Act respecting income security for Cree hunters and trappers who are beneficiaries under the Agreement concerning James Bay and Northern Québec,</b> S.Q. 1979, c. 16	<b>Loi sur la sécurité du revenu des chasseurs et piégeurs cris bénéficiaires de la Convention de la Baie James et du Nord québécois,</b> L.Q. 1979, chap. 16	533
<b>An Act Respecting the Cree Regional Authority,</b> S.Q. 1978, c. 89	<b>Loi concernant l'Administration régionale crie,</b> L.Q. 1978, chap. 89	533
<b>An Act respecting the land regime in the James Bay and New Québec territories,</b> S.Q. 1978, c. 93	<b>Loi concernant le régime des terres dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec,</b> L.Q. 1978, chap. 93	533
<b>An Act respecting the legislation provided for in the Northeastern Québec Agreement and amending other legislation,</b> S.Q. 1979, c. 25	<b>Loi concernant les dispositions législatives prévues par la Convention du Nord-Est québécois et modifiant d'autres dispositions législatives,</b> L.Q. 1979, chap. 25	533
<b>An Act respecting the Northeastern Québec Agreement,</b> S.Q. 1978, c. 98	<b>Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois,</b> L.Q. 1978, chap. 98	533
<b>An Act respecting the police force of Cree villages and of the Naskapi village,</b> S.Q. 1979, c. 35	<b>Loi sur les corps de police des villages cris et du village naskapi,</b> L.Q. 1979, chap. 35	533
<b>An Act to again amend the Environment Quality Act,</b> S.Q. 1978, c. 94	<b>Loi modifiant de nouveau la Loi de la qualité de l'environnement,</b> L.Q. 1978, chap. 94	533
<b>An Act to amend the Act respecting health services and social services,</b> S.Q. 1977, c. 48	<b>Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux,</b> L.Q. 1977, chap. 48	533
<b>An Act to amend the Education Act,</b> S.Q. 1978, c. 78	<b>Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique,</b> L.Q. 1978, chap. 78	533
<b>An Act to amend the Social Aid Act,</b> S.Q. 1976, c. 28	<b>Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale,</b> L.Q. 1976, chap. 28	533

<b>An Act to create de La Grande Complex Remedial Works Corporation,</b> S.Q. 1978, c. 95	<b>Loi constituant la Société des travaux de correction du Complexe La Grande,</b> L.Q. 1978, chap. 95	533
<b>An Act to establish the James Bay Regional Zone Council,</b> S.Q. 1978, chap. 90	<b>Loi constituant le Conseil régional de zone de la Baie James,</b> L.Q. 1978, chap. 90	533
<b>An Act to establish the Makivik Corporation,</b> S.Q. 1978, c. 91	<b>Loi constituant la Société Makivik,</b> L.Q. 1978, chap. 91	533
<b>An Act to establish the Naskapi Development Corporation,</b> S.Q. 1979, c. 26	<b>Loi constituant la Société de développement des Naskapis,</b> L.Q. 1979, chap. 26	533
<b>An Act to incorporate the James Bay Native Development Corporation,</b> S.Q. 1978, c. 96	<b>Loi constituant la Société de développement autochtone de la Baie James,</b> L.Q. 1978, chap. 96	533
<b>Charter of the French language,</b> S.Q. 1977, c. 5	<b>Charte de la langue française,</b> L.Q. 1977, chap. 5	533
<b>Civil Code of Lower Canada,</b> s./art. 441b ..... s./art. 441c ..... s./art. 441d ..... s./art. 441e ..... s./art. 441h ..... s./art. 441k ..... s./art. 441l ..... s./art. 441m ..... s./art. 441n ..... s./art. 442h .....	<b>Code civil du Bas-Canada,</b> ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....	663 663 663 663 663 663 663 663 663 663
<b>Cree Villages Act, (The)</b> S.Q. 1978, c. 88	<b>Loi concernant les villages cris,</b> L.Q. 1978, chap. 88	533
<b>Hydro-Québec Act,</b> R.S.Q. 1987, c. H-5	<b>Loi sur Hydro-Québec,</b> L.R.Q. 1987, chap. H-5	443
<b>James Bay and Northern Québec Agreement, (The)</b>	<b>Convention de la Baie James et du Nord Québécois</b>	533
<b>CZECHOSLOVAKIA</b>		
<b>TCHÉCOSLOVAQUIE</b>		
<b>Czech Criminal Code,</b> s./art. 109 .....	<b>Code pénal tchèque,</b> .....	390

## UNITED KINGDOM

## ROYAUME-UNI

<b>Powers of Criminal Courts Act, 1973,</b> (U.K.), 1973, c. 62 s./13(1) .....	<b>Powers of Criminal Courts Act, 1973,</b> (R.-U.), 1973, chap. 62 .....	44
<b>ORDERS AND REGULATIONS</b>		
<b>Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order,</b>  SOR/84-467 -----	<b>Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement,</b> DORS/84-467 .....	114, 443
<b>Immigration Regulations, 1978,</b> SOR/78-172 s./art. 8(1)(a) .....	<b>Règlement sur l'immigration de 1978,</b> DORS/78-172 .....	350
s./art. 9(1)(b)(i) .....	.....	350
s./art. 11(3) .....	.....	350
Sch. I .....	.....	350
<b>Income Tax Regulations,</b> C.R.C., c. 945 s./art. 1100(1)(a)(xxii) .....	<b>Règlement de l'impôt sur le revenu,</b> C.R.C., chap. 945 .....	663
Sch./ann. II, Class/catégorie 31 .....	.....	663
<b>Metal Mining Liquid Effluent Regulations,</b>  C.R.C., c. 819 -----	<b>Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux,</b> C.R.C., chap. 819 .....	177
<b>National Energy Board Part VI Regulations,</b> C.R.C., c. 1056 s./art. 6(1) .....	<b>Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI),</b> C.R.C., chap. 1056 .....	443
s./art. 6(2)(z) .....	.....	443
s./art. 6(2)(aa) .....	.....	443
s./art. 15(m) .....	.....	443
<b>Radio Retransmission Tariff,</b> Can. Gax. Part I, Supp., Oct. 6, 1990 s./art. 14 .....	<b>Tarif sur la retransmission de signaux de radio,</b> Gax. du Can. partie I, suppl., 6 oct. 1990 .....	626
<b>Refugee Claimants Designated Class Regulations,</b>  SOR/90-40 s./art. 3 .....	<b>Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié,</b> DORS/90-40 .....	489
s./art. 4 .....	.....	489
<b>Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order,</b> SOR/87-480 -----	<b>Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de pro- duits de bois d'œuvre,</b> DORS/87-480 .....	459
<b>Television Retransmission Tariff,</b> Can. Gaz, Part I, Supp., Oct. 6, 1990 s./art. 19 .....	<b>Tarif sur la retransmission de signaux de télévision,</b> Gax. du Can. partie I, suppl., 6 oct. 1990 .....	626

RULES	RÈGLES	
<b>Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/89-103</b>	<b>Règles de la section du statut de réfugié, DORS/89-103</b>	
s./art. 18(1) .....		489
<b>Federal Court Rules, C.R.C., c. 663</b>	<b>Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663</b>	
.....		3
R. 5 .....		186
R. 323 .....		114
R. 324 .....		350
R. 341(b) .....		383
R. 419 .....		420
R. 419(1)(a) .....		383
R. 420 .....		254
R. 465(15) .....		420
R. 466.1(1) .....		420
R. 466.1(5) .....		420
R. 466.1(8) .....		420
R. 466.2 .....		420
R. 474(1)(a) .....		383
R. 1006(2)(e) .....		281
R. 1214 .....		281
R. 1307 .....		443
R. 1402(8) .....		186
R. 1700 .....		254
R. 1710 .....		254
TREATIES	TRAITÉS	
<b>United Nations Convention relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can T.S. No. 6, Art. 1</b>	<b>Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1</b>	
s./art. A .....		398
s./art. C .....		398
s./art. E .....		398
s./art. F .....		398

## AUTHORS CITED

### DOCTRINE

	PAGE
<i>Anson's Law of Contract</i> , 26th ed. by A.G. Guest, Oxford: Clarendon Press, 1984 .....	214
Arnold, B.J. "The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis" (1973), 12 <i>West Ont. L. Rev.</i> 1 .....	507
Beaudoin, Gérald-A. and Edward Ratushny, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal: Wilson & Lafleur Ltée; 1989 .....	151
Beaudoin, Gérald-A. and Edward Ratushny, <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell Co., 1989 .....	151
<i>Black's Law Dictionary</i> , 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1968 "reimburse" .....	302
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 "interlocutory", "interlocutory decision", "final", "final appealable order or judgment", "final decision or judgment", "final disposition", "final hearing", "final judgment", "interlocutory judgment", "judgment" .....	281
Budget 1985, <i>Canada Tax Service</i> , 2nd ed., Special Release. Toronto: DeBoo, May 23, 1985 .....	302
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, 2 <sup>e</sup> Rapport. <i>La liberté et la sécurité devant la loi</i> , Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1981 (Rapport de la commission MacDonal) .....	560
Canada. Commission of Inquiry concerning certain activities of the Royal Canadian Mounted Police, 2nd Report. <i>Freedom and Security under the Law</i> , Ottawa: Supply & Services Canada, 1981 (The MacDonald Commission Report) .....	560
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , Vol. II, 1 <sup>re</sup> session, 30 <sup>ème</sup> législature, 23 Eliz. II, 1974 .....	663
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 21, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> Parl., 33 Eliz. II, 1983, à la p. 24744 .....	507
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , Vol. V, 1 <sup>re</sup> Sess., 33 <sup>e</sup> Parl., 34 Eliz. II, 1985 .....	560
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IX, 1 <sup>re</sup> sess., 33 <sup>e</sup> Lég., 35 Eliz. II, 1986, p. 13482 et 13483 .....	32
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 10, 2 <sup>e</sup> sess., 33 <sup>e</sup> Parl., 33 Eliz. II, 1988, à la p. 12926 .....	507
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XIII, 2 <sup>e</sup> sess., 33 <sup>e</sup> Lég., 37 Eliz. II, 1988, p. 16095 .....	32
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. II, 1st Sess., 30th Parl., 23 Eliz. II, 1974 .....	663
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. V, 1st Sess., 33rd Parl., 34 Eliz. II, 1985 .....	560
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. IX, 1st Sess., 33rd Parl., 35 Eliz. II, 1986, pp. 13482-13483 .....	32
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XIII, 2nd Sess., 33rd Parl., 37 Eliz. II, 1988, p. 16095 .....	32
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. 10, 2nd Sess., 33rd Parl., 33 Eliz. II, 1988, at p. 12926 .....	507
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. 21, 1st Sess., 32nd Parl., 33 Eliz. II, 1983, at p. 24744 .....	507
Canada. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada</i> , Ottawa: Information Canada, 1976 (Rapport de la commission Marin) .....	560

Canada. <i>Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle</i> (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969) (président: Roger Ouimet) .....	44
Canada. <i>Report of the Canadian Committee on Corrections</i> (Ottawa: Queen's Printer, 1969) (Chairman: Roger Ouimet) .....	44
Canada. <i>The Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police</i> , Ottawa: Information Canada, 1976 (The Marin Commission Report).....	560
<i>Canadian Encyclopedic Digest</i> . Western, vol. 9, 3rd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1981, 272.....	281
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. <i>More Canadian Programming Choices</i> , Ottawa, November 30, 1987 .....	626
<i>Clerk &amp; Lindsell on Torts</i> , 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989 .....	214
Conditions Féminine Canada. <i>Rapport du groupe d'étude sur la garde des enfants</i> , Ottawa: Approvisionnement et services, 1985 .....	507
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. <i>Un plus grand choix d'émissions canadiennes</i> , Ottawa, le 30 novembre 1987.....	626
Conseil national du bien-être social, <i>De meilleurs services de garde d'enfants</i> , décembre 1988 .....	57
Côté, Pierre-André, <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.....	186
Côté, Pierre-André, <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal (Québec): Éditions Yvon Blais Inc., 1990.....	663
Côté, Pierre-André, <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.....	663
Cross, Rupert and Trapper, Colin <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed., London: Butterworths, 1990 .....	617
Dickson, Alan J. "Deduct the Nanny?" (1989), 16 <i>N.S. News</i> No. 2, p. 17 .....	507
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983 .....	560
Ely, John Hart <i>Democracy and Distrust</i> , Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1980.....	459
Grahl-Madsen, Atle, <i>The Status of Refugees in International Law</i> , Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.....	390
Goodwin-Gill, Guy S., <i>The Refugee in International Law</i> , Oxford: Clarendon Press, 1983.....	390
Groupe de travail sur les pratiques et procédures d'immigration, <i>Employés de maison munis d'un visa d'emploi</i> .....	507
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 26, 4th ed., London: Butterworths, 1979, paras. 504, 505, 506; vol. 37, 4th ed., London: Butterworths, 1982, para. 713 .....	281
Hanly, Kathleen S.M. "A Break for Working Women" (1989), 37 <i>Cdn. Tax J.</i> 733.....	507
Hathaway, James C., <i>The Law of Refugee Status</i> , Toronto: Butterworths, 1991 .....	390, 605
Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i> , Genève, janvier 1988.....	265
Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, <i>Guides des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i> , Genève, septembre 1979 .....	390, 398, 605
Hershfield, Joe E. "Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income" (1989), <i>Can. Tax Found.</i> 41.....	507
Hogg, Peter W., <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.....	114
Hughes, Roger T. <i>Federal Court of Canada Service</i> , vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970 .....	383
Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. <i>Principles of Administrative Law</i> , Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.....	3

<i>Jovitt's Dictionary of English Law</i> , vol. 1, 2nd ed., by John Burke, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "interlocutory".....	281
Krishna, Vern "Stock Option Plans" <i>Canadian Current Tax</i> (1986), Vol. 1, No. 36, C-177.....	137
Linden, Allen M., <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed., Toronto: Butterworths, 1988.....	70
Linden, Allen M., <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.), Éditions Yvon blais Inc., 1988.....	70
Linden, Allen M., "Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power", in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada</i> , Toronto: Richard De Boo, 1979.....	70
<i>Maxwell on The Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.....	186
McGregor, Harvey, <i>McGregor on Damages</i> , 15th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1988.....	302
National Council on Welfare, <i>Child Care: A Better Alternative</i> , December 1988.....	507
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees</i> , Geneva, January 1988.....	265
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees</i> , Geneva, September 1979.....	390, 398, 605
Ontario Ministry of Labour, <i>Study of Wages and Employment Conditions of Domestic and their Employers</i> , Toronto, May 29, 1985.....	507
Orkin, Mark M. <i>The Law of Costs</i> , 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., Loose Leaf Ed., 1990-91.....	281
Osborne, P.G. <i>A Concise Law Dictionary</i> , 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 1964, "interlocutory order", "interlocutory proceeding".....	281
<i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité</i> , Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1966 (Président K. M. Carter).....	507
<i>Report of the Royal Commission on Taxation</i> , Ottawa: Queen's Printer, 1966 (Chair. K. M. Carter).....	507
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed., Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1989.....	44
Schneiderman David, "The Access to Information Act: A Practical Review" (1986-87), 7 <i>Advocates Q.</i> 474....	186
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1978, "reimburse".....	302
Sopinka, John and Lederman, Sidney N. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> , Toronto: Butterworths, 1974....	70, 617
Status of Women Canada. <i>Report of the Task Force on Child Care</i> , Ottawa: Supply & Services Canada, 1985.....	507
<i>Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases</i> , vol. 3, 4th ed. by John S. James, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1983, "interlocutory order".....	281
Task Force on Immigration Practices and Procedures, <i>Domestic Workers on Employment Authorizations</i> .....	507
<i>The Canadian Law Dictionary</i> 1980, "final", "final judgment", "interlocutory".....	281
Williams, Glanville, <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1983.....	70
Woodman, Faye "A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals" (1989), 8 <i>Can. Jl. Fam. L.</i> 371.....	507
Wydrzynski, Christopher J. <i>Canadian Immigration Law and Procedure</i> , Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1983.....	44

## ERRATA

In *Severud v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (C.A.) reported at [1991] 2 F.C. 318, the first line of the English version of the second caption should read: “Unemployment insurance — Whether Board of Referees”.

In the digest of the case *Hernandez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* published at [1991] 2 F.C. D-26, 9 lines from bottom, read “inconsistent” rather than “inconsisted”.

Dans l'arrêt *Severud c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* publié à [1991] 2 C.F. 318, la première ligne de la version anglaise de la deuxième rubrique devrait se lire comme suit: «*Unemployment insurance — Whether Board of Referees*».

Dans la version anglaise de la fiche analytique de l'affaire *Hernandez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* publiée à [1991] 2 C.F. D-26, à la 17<sup>e</sup> ligne, remplacer «*inconsisted*» par «*inconsistent*».



## FEDERAL COURT REPORTS UPDATE

A newsletter, *Federal Court Reports Update*, is published following the completion of each Volume of the *Federal Court Reports*. The principal feature of this newsletter is "Leading Cases"—case notes highlighting certain of the issues dealt with in some of the more interesting cases reported in the Volume. Other regular features include the "Editorial" and "People Profile"—short biographical sketches of members of the *Federal Court Reports* staff.

*Federal Court Reports* subscribers wishing to be on the newsletter mailing list are invited to so advise by contacting the Federal Court Reports Section, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa K1A 1E3 or by FAX at (613) 995-5615. There is no charge for the newsletter.

## NOUVELLES DES RECUEILS DES ARRÊTS DE LA COUR FÉDÉRALE

Un bulletin intitulé *Nouvelles des Recueils des arrêts de la Cour fédérale* est publié chaque fois qu'un volume des *Recueils des arrêts de la Cour fédérale* est terminé. Ce bulletin comprend une rubrique principale intitulée «Arrêts de principe»—qui expose certains des points de droit examinés dans les causes les plus intéressantes publiées dans ce volume. Les autres rubriques sont l'«Éditorial» et «Portraits»—notes biographiques sur les membres du personnel des *Recueils des arrêts de la Cour fédérale*.

Les abonnés des *Recueils des arrêts de la Cour fédérale* qui désirent recevoir ce bulletin n'ont qu'à communiquer avec la Section des Recueils des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa K1A 1E3, par lettre ou par télécopieur: (613) 995-5615. Ce bulletin est distribué gratuitement.

IMM-1-91

IMM-1-91

**Joseph Smith and Sarah Smith (Applicants)**

v.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

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

Trial Division, Cullen J.—Toronto, February 5 and 12; Ottawa, March 11 1991.

*Immigration — Refugee status — Applicants, Iraqi citizens, entering Canada on forged documents, with weapons price list and literature published by militant Shiite Islamic organization opposed to Iraqi regime detained as possible security risks — Certificate issued under s. 40.1 stating not qualifying for admission as suspected members of inadmissible classes — Court quashing certificate as unreasonable — When personal liberty at stake, high degree of probability required — Credible explanation for weapons list — Admitted involvement with organization — Absent more evidence as to individual proclivity or involvement of applicants in terrorism, further detention unreasonable.*

*Immigration — Practice — Minister issuing certificate under s. 40.1 of Act stating applicants not qualifying for admission to Canada as suspected members of inadmissible classes — Order extending time to serve applicants with notice of proceedings, allowing respondent to advance evidence of CSIS officer, permitting hearing to be conducted in camera and security intelligence reports be sealed — Compliance with notice provision in s. 40.1(3)(b) not pre-condition to review by Court under s. 40.1(4), although departures from statutory standard condoned only where substantial compliance with three-day time limit, and lack of prejudice to named person's interests — Within Court's jurisdiction to extend time ex parte — As s. 40.1(4)(a) gives judge discretion to hear evidence ex parte if disclosure injurious to national security, by implication may make orders necessarily incidental to exercise of discretion — S. 40.1(4)(a) expressly allowing Court to hear oral evidence in camera for national security reasons and by implication decide to hear such evidence in camera — S. 40.1(4)(b) not requiring judge to prepare summary himself — Certificate referred to Court as soon as reasonably possible in circumstances, thus complying with "forthwith" in s. 40.1(3)(a) — Under s. 40.1(4) judge sitting on review having discretion to determine whether any part of information should not be disclosed on grounds disclosure injurious to national security or safety of persons — Guidelines in Henrie v. Canada (Secu-*

**Joseph Smith et Sarah Smith (requérants)**

c.

a

**Sa Majesté la Reine (intimée)**RÉPERTORIÉ: SMITH c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

b Section de première instance, juge Cullen—  
Toronto, 5 et 12 février; Ottawa, 11 mars 1991.

*Immigration — Statut de réfugié — Les requérants sont des citoyens irakiens — Ils sont entrés au Canada grâce à de faux documents avec une liste de prix d'armes et des documents publiés par une organisation islamique chiite militante qui s'oppose au régime irakien — Ils ont été placés sous garde au motif qu'ils constituaient un danger possible pour la sécurité — Une attestation a été délivrée en vertu de l'art. 40.1 déclarant que les requérants ne remplissaient pas les conditions requises pour être admis parce qu'on les soupçonnait d'appartenir à des catégories non admissibles — La Cour annule l'attestation au motif qu'elle n'est pas raisonnable — Lorsque la liberté d'une personne est en jeu, le degré de probabilité exigé est élevé — Une explication crédible a été fournie au sujet de la liste d'armes — Les requérants reconnaissent leur rattachement à l'organisation — Sans d'autres éléments de preuve sur la propension ou la participation des requérants au terrorisme, le maintien de leur détention n'est pas raisonnable.*

*Immigration — Pratique — Le ministre a délivré, en vertu de l'art. 40.1 de la Loi, une attestation déclarant que les requérants ne remplissaient pas les conditions requises pour être admis au Canada parce qu'ils étaient soupçonnés d'appartenir à des catégories non admissibles — La Cour a prononcé une ordonnance prorogeant le délai imparti pour signifier aux requérants l'avis de procédure, autorisant l'intimé à faire entendre un agent du SCRS et permettant que l'audience se déroule à huis clos et que les renseignements secrets en matière de sécurité soient mis sous scellés — Le respect des dispositions de l'art. 40.1(3)(b) relatives à l'avis ne constitue pas une condition préalable à l'exercice du pouvoir d'examen que l'art. 40.1(4) confère à la Cour, bien que l'on ne ferme les yeux sur les dérogations à la norme prévue par la loi que lorsque le délai de trois jours a été respecté dans l'ensemble et qu'il n'y a pas atteinte aux droits de l'intéressé — La Cour a le pouvoir d'accorder ex parte une prorogation de délai — Étant donné qu'il se voit conférer par l'art. 40.1(4)(a) le pouvoir discrétionnaire de recueillir des éléments de preuve ex parte lorsque leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale, le juge peut implicitement prononcer des ordonnances accessoires à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire — L'art. 40.1(4)(a) permet expressément à la Cour d'entendre des témoignages à huis clos pour des raisons de sécurité nationale et, implicitement, de décider à huis clos d'entendre ces témoignages — L'art. 40.1(4)(b) n'oblige pas le juge à préparer le résumé lui-même — L'attestation a été transmise à la Cour aussitôt que possible dans les circonstances, ce qui satisfait à l'art. 40.1(3)(a), qui exige qu'elle soit transmise «sans délai» — L'art. 40.1(4) accorde au juge chargé d'examiner l'attestation le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication d'une*

ity Intelligence Review Committee) applied — Disclosure of sealed file material injurious to national security.

These were proceedings under *Immigration Act*, section 40.1 to review a certificate issued thereunder to determine if it was reasonable. The applicants, Iraqi citizens, had entered Canada on January 9, 1991 on forged documents and claimed Convention refugee status. They had in their possession a price list for weapons and ammunition and literature published by the Al-Dawa party, a militant Shiite Islamic organization which is opposed to the current Iraqi government, and which engaged in terrorist operations against Iraq with the support of the Iranian government. CSIS believed that Al-Dawa had been involved in bomb attacks against the French and American embassies in Kuwait. Mr. Smith (applicants herein referred to by pseudonyms Joseph and Sarah Smith by Court order) admitted his association with Al-Dawa. He had been jailed for two years in Iraq for suspected membership in Al-Dawa. After his release he fled to Iran and fought against Iraq in 1984. Through Al-Dawa he provided basic religious instruction to Kurds in 1985. He returned to Iran where he met and married his wife. When Iraq invaded Kuwait, Iraqi exiles in Iran were to be forcibly repatriated to Iraq. Smith decided to flee to Canada as he feared for his life should he be returned to Iraq. He stated that the weapons price list had been compiled in 1986 when he was at the Al-Dawa base in Iraq. A Kurdish arms merchant had quoted the prices of his inventory should Al-Dawa be interested in purchasing such goods.

The Smiths were detained as possible security risks. The Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General filed a certificate under *Immigration Act*, section 40.1 stating that the applicants did not qualify for admission to Canada because they were suspected of being members of inadmissible classes. The effect of the certificate was to provide for the continued detention of the applicants and to prevent any further inquiry into their refugee status until the certificate has been reviewed in the Federal Court to determine whether it was reasonable.

Upon examination of the security intelligence reports considered by the Minister and the Solicitor General and hearing evidence presented by a CSIS officer, Cullen J. granted an order extending the time to serve the applicants with notice of the proceedings under paragraph 40.1(3)(b) from three days to four after the certificate had been filed. The order also provided that the respondents be allowed to advance the evidence of the CSIS officer, that the hearing be conducted *in camera* in the absence of the applicants and that the security intelligence reports be sealed and kept separate from public court files.

partie des éléments d'information au motif que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes — Application des lignes directrices formulées dans le jugement *Henrie c. Canada* (Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité) — La communication a des documents se trouvant sous pli scellé porterait atteinte à la sécurité nationale.

Il s'agit d'une instance introduite en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* en vue de faire examiner une attestation délivrée en vertu de la Loi en question pour que la Cour décide si l'attestation était raisonnable. Les requérants, qui sont des citoyens irakiens, sont entrés au Canada le 9 janvier 1991 avec de faux documents et ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils avaient en leur possession une liste d'armes et de munitions et des documents publiés par le parti Ad-Da'wa, une organisation islamique chiite militante qui s'oppose au gouvernement irakien actuel et qui s'est livrée à des activités terroristes contre l'Iraq avec l'appui du gouvernement iranien. Le SCRS croyait que l'Ad-Da'wa était impliquée dans des attentats à la bombe perpétrés contre les ambassades françaises et américaines au Koweït. M. Smith (les requérants sont désignés sous les pseudonymes de Joseph et de Sarah Smith à la suite d'une ordonnance de la Cour) a reconnu son affiliation à l'Ad-Da'wa. Il a passé deux ans en prison en Iraq en raison de son appartenance présumée à l'Ad-Da'wa. Après sa libération, il s'est réfugié en Iran et a combattu contre l'Iraq en 1984. Par le biais de l'Ad-Da'wa, il a donné en 1985 des instructions religieuses élémentaires à des Kurdes. Il est retourné en Iran, où il a rencontré et épousé sa femme. À la suite de l'invasion du Koweït par l'Iraq, les exilés irakiens se trouvant en Iran devaient être rapatriés de force en Iraq. Smith a décidé de s'enfuir au Canada car il craignait que sa vie soit en danger s'il devait retourner en Iraq. Il a déclaré que la liste d'armes avait été dressée en 1986 alors qu'il se trouvait à la base de l'Ad-Da'wa en Iraq. Un marchand d'armes kurde lui avait donné le prix des articles de son inventaire pour le cas où l'Ad-Da'wa serait intéressée à en acheter.

Les Smith ont été placés sous garde au motif qu'ils constituaient un danger possible pour la sécurité. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général ont signé en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration* une attestation dans laquelle ils ont déclaré que les requérants ne remplissaient pas les conditions requises pour être admis parce qu'ils étaient soupçonnés d'appartenir à l'une des catégories non admissibles. Cette attestation a eu pour effet de prolonger la détention des requérants et de suspendre toute enquête sur leur statut de réfugié jusqu'à ce que la Cour fédérale examine l'attestation pour décider si elle est raisonnable.

Après examen des renseignements secrets en matière de sécurité dont le ministre et le solliciteur général avaient eu connaissance et après avoir entendu le témoignage d'un agent du SCRS, le juge Cullen a prononcé une ordonnance prorogeant le délai imparti pour signifier aux requérants l'avis de procédure prévu à l'alinéa 40.1(3)b), accordant ainsi un délai de quatre jours à compter de la date de la remise de l'attestation au lieu du délai de trois jours prévu. L'ordonnance autorisait également les intimés à faire entendre un agent du SCRS et prévoyait que l'audience se déroulerait à huis clos en l'absence des requérants et que les renseignements secrets seraient mis sous scellés et qu'ils seraient séparés des autres dossiers publics de la Cour.

The applicants objected that: (1) the Court lacked jurisdiction to extend the time for service, and that compliance with the notice requirements of subsection 40.1(3) was a condition precedent to the Court's review function; (2) the Court lacked jurisdiction to make such orders on an *ex parte* basis; (3) s. 40.1 only authorizes *in camera* examination of the security reports, so that the decision of the Court to hear the additional evidence of the CSIS officer *in camera* should not have been made *in camera*; (4) the summary of the information provided to the applicants did not comply with paragraph 40.1(4)(b) as the judge had not drafted it personally; (5) the reference of the certificate to the Federal Court had not been filed "forthwith" as required by paragraph 40.1(3)(a); (6) the Court should order that fuller disclosure be provided to the applicants.

*Held*, the certificate should be quashed.

As to the preliminary objections: (1) Compliance with the notice provision in paragraph 40.1(3)(b) is not a pre-condition to the exercise of the Court's review function under subsection 40.1(4). That Parliament did not intend strict observance of the notice provisions as a pre-condition to the Court's jurisdiction is supported by the fact that the statute contemplates that in some circumstances, a review may be conducted before the person named in the certificate need be notified of the fact that a certificate has been filed. "Shall" in subsection 40.1(3) is directory, not mandatory. While statutory provisions should be observed where possible, it may not always be practical where national security is at risk to require strict compliance where there is no serious prejudice to the person named. In addition, no specific consequence is provided for the failure to provide notice. As the person named in the certificate does not participate until after the *in camera* review, the failure to notify the applicants within the prescribed three-day period has not seriously prejudiced them. As the purpose of this notice provision is to ensure that the person is aware of the reasons for detention and the possibility of deportation, departures from the statutory standard should only be condoned where there has been substantial compliance with the three-day provision and a lack of prejudice to the named person's interests. The delay in providing notice was one day, which is neither significant nor unduly prejudicial.

(2) Paragraph 40.1(4)(a) gives the Court discretion to hear evidence in the absence of the person named in the certificate if disclosure of same would be injurious to national security or the safety of persons. This right extends by implication to the making of orders necessarily incidental to the exercise of this discretion and therefore the judge need not hear submissions on these orders.

(3) Paragraph 40.1(4)(a) expressly authorizes a judge to "hear any other evidence or information" *in camera* in his discretion for national security reasons. By implication the decision to hear oral evidence *in camera* may also be made *in camera*.

Les requérants formulent les objections suivantes: (1) la Cour n'avait pas compétence pour prolonger le délai de signification, et le respect des exigences du paragraphe 40.1(3) en matière d'avis est une condition préalable à l'exercice du pouvoir d'examen de la Cour; (2) la Cour n'avait pas compétence pour prononcer *ex parte* les ordonnances en question; (3) l'article 40.1 autorise uniquement l'examen à huis clos des renseignements de sécurité, de sorte que la décision de la Cour d'entendre à huis clos le témoignage supplémentaire de l'agent du SCRS n'aurait pas dû être prononcée à huis clos; (4) le résumé des renseignements fourni aux requérants ne respectait pas les exigences de l'alinéa 40.1(4)(b), étant donné que le juge ne l'avait pas rédigé personnellement; (5) l'attestation n'avait pas été transmise «sans délai» à la Cour fédérale comme l'exige l'alinéa 40.1(3)(a); (6) la Cour devrait ordonner que les requérants obtiennent une communication plus complète.

*c Jugement*: l'attestation devrait être annulée.

Sur les objections préliminaires: (1) le respect des dispositions de l'alinéa 40.1(3)(b) relatives à l'avis ne constitue pas une condition préalable à l'exercice du pouvoir d'examen que le paragraphe 40.1(4) confère à la Cour. Le fait que le législateur fédéral n'entendait pas exiger un strict respect des dispositions relatives à l'avis comme condition préalable à la compétence de la Cour est appuyé par le fait que la Loi prévoit que, dans certains cas, il est possible de procéder à l'examen avant que la personne désignée dans l'attestation soit informée de la remise de l'attestation. Les mots «est tenu de» au paragraphe 40.1(3) sont indicatifs, et non impératifs. Même si les dispositions législatives devraient être observées dans toute la mesure du possible, il n'est peut-être pas toujours pratique, lorsque la sécurité nationale est menacée, d'exiger un strict respect lorsque la personne désignée ne subit pas de préjudice grave. De plus, aucune conséquence précise n'est prévue en cas de défaut de donner avis. Comme la personne désignée dans l'attestation n'intervient qu'après que l'examen à huis clos a eu lieu, le défaut d'aviser les requérants dans le délai prescrit de trois jours ne leur a pas causé de préjudice grave. Comme le but de cette disposition en matière d'avis est de s'assurer que la personne soit informée de la raison de sa mise sous garde et du fait qu'elle peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion, on ne devrait fermer les yeux sur une dérogation à la norme prévue par la Loi que lorsque les dispositions relatives au délai de trois jours ont été respectées dans l'ensemble et qu'il n'y pas atteinte aux droits de la personne désignée. On a retardé d'une journée l'envoi de l'avis, et ce retard n'était pas important ou indûment préjudiciable.

(2) L'alinéa 40.1(4)(a) accorde à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'entendre des témoignages en l'absence de la personne désignée dans l'attestation lorsque leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes. Ce droit s'étend implicitement au prononcé des ordonnances nécessairement accessoires à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et il n'est donc pas nécessaire que le juge entende des observations sur ces ordonnances.

(3) L'alinéa 40.1(4)(a) accorde expressément au juge le pouvoir discrétionnaire de «recueillir [...] les autres éléments de preuve ou d'information» à huis clos pour des raisons de sécurité nationale. La décision d'entendre à huis clos des témoignages peut donc aussi être prononcée à huis clos.

(4) There is no express requirement in paragraph 40.1(4)(b) that the summary be prepared by the judge himself. The judge's function is to ensure that the person named has been reasonably informed.

(5) "Forthwith" has been held to mean "as soon as possible in the circumstances". The certificate was referred to the Court as soon as was reasonably possible in the circumstances. When the liberty of an individual is at stake, the matter should be brought before the Court with all reasonable speed. The respondent had to gather the necessary evidence and information to be presented in Court. Such research necessarily took time after the certificate was issued. Since part of the time was over a weekend, the time was reasonable in the circumstances.

(6) Subsection 40.1(4) gives the judge sitting on review of the certificate the discretion to determine whether any part of the information or evidence should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or the safety of persons. The disclosure of the sealed file material would be injurious to national security. Applying the guidelines set out in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, it would be inappropriate to comment on the reasons for sealing the documents, as the comments could identify the evidence. The same would apply to the request to produce the persons requested for cross-examination.

The certificate was not reasonable. Where personal liberty is at stake, the standard of proof of reasonableness is a high degree of probability. There was not sufficient evidence for the Minister to have concluded that the applicants were members of the inadmissible classes. Although there was evidence as to the suspected activities of Al-Dawa, there was no evidence as to the potential for subversive activities by the applicants as individuals. Nor was it reasonable to consider that the applicants would engage in acts of violence that would endanger people in Canada or that they belonged to an organization likely to engage in such activities. Without more evidence as to the individual proclivity or involvement of the applicants in terrorism or other violence, further detention was not reasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2, 12, 19(1)(f),(g), 40, 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4), 103(3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27), 103.1 (as enacted *idem*, s. 12).

(4) L'alinéa 40.1(4)(b) n'exige pas explicitement que le juge rédige lui-même le résumé. Le rôle du juge consiste à s'assurer que l'intéressé soit suffisamment informé.

(5) Il a été jugé que, par «sans délai», il faut entendre «dès que possible eu égard aux circonstances». L'attestation a été transmise à la Cour dès qu'il était raisonnablement possible de le faire dans les circonstances. Lorsque la liberté d'une personne est en jeu, la question devrait être soumise au tribunal avec diligence raisonnable. Il était nécessaire pour l'intimée de recueillir les éléments de preuve et d'information nécessaires qui devaient être présentés à la Cour. De telles recherches demandent nécessairement un certain temps à partir de la délivrance de l'attestation. Comme une partie du temps s'est écoulé pendant une fin de semaine, le temps qui s'est écoulé était raisonnable dans les circonstances.

(6) Le paragraphe 40.1(4) accorde au juge chargé d'examiner l'attestation le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication d'une partie des éléments d'information ou de preuve au motif que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes. La communication des documents se trouvant dans les dossiers scellés porterait atteinte à la sécurité nationale. Si l'on applique les principes énoncés dans le jugement *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité)*, il serait contre-indiqué de faire des commentaires sur les raisons pour lesquelles les documents ont été scellés, car on pourrait ainsi découvrir les éléments de preuve. Il en irait de même pour la demande de contre-interrogatoire des personnes.

L'attestation n'était pas raisonnable. Lorsque la liberté individuelle est en jeu, la norme de preuve appliquée pour juger du caractère raisonnable est celle de la grande probabilité. La preuve était insuffisante pour permettre au ministre de conclure que les requérants appartenaient aux catégories non admissibles. Même s'il existait des éléments de preuve concernant les activités suspectes de l'Ad-Da'wa, aucune preuve n'a été présentée au sujet des activités subversives auxquelles les requérants pourraient se livrer personnellement. On ne peut pas non plus raisonnablement penser que les requérants commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie humaine au Canada ou qu'ils appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes. Sans d'autres éléments de preuve sur la propension ou la participation personnelle des requérants au terrorisme ou à d'autres actes violents, le maintien de leur détention n'est pas raisonnable.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2, 12, 19(1)(f),(g), 40, 40.1 (édicte par L.R.C. (1985), (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4), 103(3)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 27), 103.1 (édicte, *idem*, art. 12).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*R. v. Parrot* (1979), 27 O.R. (2d) 333; 106 D.L.R. (3d) 296; 51 C.C.C. (2d) 539 (C.A.); *Henrie v. Canada* (Security Intelligence Review Committee), [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (T.D.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] A.C. 74 (H.L.).

## DISTINGUISHED:

*Neal v. A.G. (Sask.) et al.*, [1977] 2 S.C.R. 624; (1977), 56 C.C.C. (2d) 128; 17 N.R. 67; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; (1990), 80 C.R. (3d) 317.

## CONSIDERED:

*Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.).

## AUTHORS CITED

Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

## COUNSEL:

*Clayton Ruby* and *Gregory James* for applicants.  
*Winston K. H. Fogarty*, *Josée Desjardins* and *Mylène Bouzigon* for respondent.

## SOLICITORS:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

CULLEN J.: The applicants in this matter applied to be admitted to Canada as refugees. They were detained as possible security risks, and then brought before an adjudicator who reviewed the circumstances of their detention. The adjudicator ruled that continued detention was not warranted and ordered that they were to be released on conditions. The Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General then issued a certificate pursuant to section 41 of the *Immigration Act, 1976* (S.C. 1976-77, c. 52, as enacted by S.C. 1988, c. 36, s. 4, now s. 40 of the *Immi-*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Parrot* (1979), 27 O.R. (2d) 333; 106 D.L.R. (3d) 296; 51 C.C.C. (2d) 539 (C.A.); *Henrie c. Canada* (Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité), [1989] 2 C.F. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (1<sup>re</sup> inst.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] A.C. 74 (H.L.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Neal c. P.G. (Sask.) et autre*, [1977] 2 R.C.S. 624; (1977), 56 C.C.C. (2d) 128; 17 N.R. 67; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; (1990), 80 C.R. (3d) 317.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.).

## DOCTRINE

Jones, David Phillip and De Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

## AVOCATS:

*Clayton Ruby* et *Gregory James* pour les requérants.  
*Winston K. H. Fogarty*, *Josée Desjardins* et *Mylène Bouzigon* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE CULLEN: Dans la présente affaire, les requérants ont présenté une demande en vue d'être admis au Canada à titre de réfugiés. Ils ont été placés sous garde au motif qu'ils constituaient un danger possible pour la sécurité publique et ont ensuite été amenés devant un arbitre qui a examiné les circonstances ayant donné lieu à leur détention. L'arbitre a statué que la prolongation de leur garde n'était pas justifiée et a ordonné leur mise en liberté à certaines conditions. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général ont ensuite délivré une attestation en vertu

*gration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4) (hereinafter "the Act"). The certificate states that the applicants, in the opinion of the Ministers, do not qualify for admission to Canada because they are members of classes of persons described in paragraphs 19(1)(f) and 19(1)(g) of the Act, which read as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(f) persons who there are reasonable grounds to believe will, while in Canada, engage in or instigate the subversion by force of any government;

(g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

The effect of such a certificate is to provide for the continued detention of the applicants notwithstanding the order of the adjudicator, and to prevent any further inquiry into their refugee status until the certificate has been reviewed in the Federal Court. Pursuant to paragraph 40.1(3)(a) of the Act, the ministerial certificate has been referred to the Federal Court of Canada for review by myself as a judge designated by the Chief Justice of this Court to determine whether the certificate is reasonable on the basis of the evidence and information available to me.

## BACKGROUND

I propose to review the facts of this matter in considerable detail before moving on to the legal issues. The applicants, Iraqi citizens who are husband and wife, entered Canada on January 9, 1991 at Pearson International Airport in Toronto on a flight from Tokyo. Upon arrival they sought entry to Canada as Convention refugees, and were examined by an immigration officer under section 12 of the Act. The applicants stated that they had left Iran on January 1, 1991 for Kuala Lumpur, Malaysia. They stayed there illegally for seven days, and then flew to Canada after a one-day stopover in Tokyo. The applicants had been travel-

de l'article 41 de la *Loi sur l'immigration de 1976* (S.C. 1976-77, chap. 52, édicté par L.C. 1988, chap. 36, art. 4, maintenant l'art. 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, édicté par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4) (ci-après appelée «la Loi»). Dans l'attestation, les ministres déclarent qu'à leur avis les requérants ne remplissent pas les conditions requises pour être admis au Canada parce qu'ils appartiennent aux catégories de personnes visées aux alinéas 19(1)(f) et 19(1)(g) de la Loi, dont voici le libellé:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

(f) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, que, pendant leur séjour au Canada, elles travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force;

(g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation;

Cette attestation a pour effet de prolonger la détention des requérants malgré l'ordonnance de l'arbitre et de suspendre toute enquête sur leur statut de réfugié tant que la Cour fédérale n'a pas examiné l'attestation. L'attestation ministérielle a été renvoyée à la Cour fédérale du Canada conformément à l'alinéa 40.1(3)(a) de la Loi pour que je l'examine en ma qualité de juge délégué par le juge en chef et que je décide si l'attestation est raisonnable compte tenu des éléments de preuve et d'information à ma disposition.

## FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

Je me propose d'examiner à fond les faits de la présente affaire avant de passer aux questions d'ordre juridique. Les requérants, qui sont mari et femme, sont des citoyens irakiens. Ils sont entrés au Canada le 9 janvier 1991 à l'aéroport international Pearson de Toronto en provenance de Tokyo. À leur arrivée, ils ont cherché à entrer au Canada à titre de réfugiés au sens de la Convention et ont été interrogés par un agent d'immigration en vertu de l'article 12 de la Loi. Les requérants ont déclaré qu'ils avaient quitté l'Iran le 1<sup>er</sup> janvier 1991 à destination de Kuala Lumpur, en Malaisie, où ils ont séjourné illégalement pendant

ling on what Immigration Officials determined to be a forged, damaged Saudi passport.

In the course of the examination, Mrs. Smith was found to be in possession of an address book, on one page of which the following was written in Arabic (the translation is that provided by the Minister of Employment and Immigration and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS)):

Missile	10 dinars
Explosive fuses	
Bullets for a submachine gun	120 fels
Bullets for a heavy submachine gun	150 fels
Thagar black	17 dinars
Tracer bullets	30 dinars

The address book also contained several addresses and telephone numbers, and a number of handwritten phrases in Arabic. One of these phrases was translated by CSIS as follows:

We will put the utmost terror in the hearts of the infidels who believe in more than one God.

Mrs. Smith also had an identification card bearing her alias in Iraq as a member of the Islamic Union of Iraqi Students, which CSIS believes is linked to the Al-Dawa organization.

A search was conducted of the applicants' luggage, which yielded, *inter alia*, a false Iraqi passport, letters apparently written by the Iraqi secret police indicating that a decision had been made to arrest Mr. Smith for treason, and an identification card indicating that Mr. Smith was a member of the Islamic Revolutionary Guards, a division of the Iranian military. In addition, literature and pamphlets apparently published by the Al-Dawa party were found. Upon the discovery of these items, the applicants were questioned by officers of CSIS about the circumstances of their arrival in Canada and their relationship to Al-Dawa.

#### Al-Dawa

At this point, it would be useful to review the information made available to the Court about

sept jours. Ils se sont ensuite envolés pour le Canada après avoir fait une escale d'une journée à Tokyo. Suivant les fonctionnaires de l'immigration, les requérants ont voyagé grâce à un passeport saoudien falsifié et endommagé.

Au cours de l'interrogatoire, on a découvert que M<sup>me</sup> Smith avait en sa possession un carnet d'adresses dont l'une des pages contenait l'inscription suivante en arabe (la traduction est celle qu'ont fournie le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)):

[TRADUCTION]	
missile	10 dinars
fusées-détonateurs	
balles de mitraillettes	120 fels
balles de mitraillettes lourdes	150 fels
Thagar noir	17 dinars
balles traçantes	30 dinars

Le carnet d'adresses contenait également plusieurs adresses et numéros de téléphone, ainsi qu'un certain nombre de phrases écrites à la main en arabe. Voici la traduction que le SCRS a donnée de l'une de ces phrases:

[TRADUCTION] Nous sèmerons la plus profonde terreur dans le cœur des infidèles qui croient en plusieurs dieux.

M<sup>me</sup> Smith avait également une carte d'identité sur laquelle était inscrit le nom d'emprunt qu'elle avait utilisé en Iraq à titre de membre de l'Union islamique des étudiants iraqiens, qui serait, selon le SCRS, liée à l'organisation Ad-Da'wa.

En fouillant les bagages des requérants, on a découvert notamment un faux passeport iraqien, des lettres apparemment écrites par la police secrète iraqienne dans lesquelles il était précisé qu'on avait pris la décision d'arrêter M. Smith pour trahison, et une carte d'identité indiquant que M. Smith faisait partie de la garde révolutionnaire islamique, une division de l'armée iranienne. On a en outre découvert des brochures et des tracts apparemment publiés par le parti Ad-Da'wa. Par suite de la découverte de ces objets, les requérants ont été interrogés par les agents du SCRS au sujet des circonstances entourant leur arrivée au Canada et au sujet de leurs rapports avec l'Ad-Da'wa.

#### L'Ad-Da'wa

Il serait utile, à ce moment-ci, d'examiner les renseignements qui ont été mis à la disposition de



Al-Dawa. According to the evidence provided by the respondent, consisting mainly of magazine and newspaper articles and extracts from reference books already in the public forum, Al-Dawa is a militant, fundamentalist Shiite Islamic organization which is opposed to the relatively secularist Baath Party regime of Saddam Hussein and aligned with the Islamic revolutionary government in Iran. With the outbreak of war between Iraq and Iran in 1980, Baghdad deported thousands of Shiites to Iran from southern Iraq, where they form a majority. Some of these Iraqi exiles engaged in terrorist operations organized by Al-Dawa against Iraq, with the support of the Iranian government. Al-Dawa is currently based in Iran, but continues to function underground in Iraq where it has engaged in bombings and hijackings against the Hussein government and other Middle East states.

CSIS believes that Al-Dawa has been involved in terrorist attacks against Western interests in the Middle East, in particular bomb attacks in 1983 against the French and American embassies in Kuwait. CSIS believes that these attacks were carried out with the support and encouragement of Iran. It also states that Al-Dawa has cooperated in terrorist activities with the Lebanese Hizballah group, a fundamentalist Shiite group that has also been linked to Iran.

#### Interview with CSIS

The record of the interview reveals that Mr. Smith was very forthcoming in his response to the questions of the CSIS officers about his association with Al-Dawa. It should be noted that the respondent has admitted that the CSIS officers did not advise the applicants of, nor accord them, an opportunity to retain and instruct counsel before this interview. However, because of the ultimate conclusion I have reached in this matter, I do not think it necessary to consider any possible 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]] violations arising out of this admission. In any case, in my opinion this is a case where unrestrained candour on the part of

la Cour au sujet de l'Ad-Da'wa. Suivant la preuve que l'intimée a fournie et qui consiste surtout en des articles de magazines et de journaux et en des extraits d'ouvrages de référence déjà répandus dans le public, l'Ad-Da'wa est une organisation islamique chiite intégriste et militante qui s'oppose au régime relativement sécularisé du parti Baas de Saddam Hussein et qui est alignée sur le gouvernement révolutionnaire islamique de l'Iran. Lorsque la guerre éclata entre l'Iraq et l'Iran en 1980, Bagdad a déporté en Iran des milliers de chiites du sud de l'Iraq, où ils sont majoritaires. Certains de ces exilés iraqiens se sont livrés à des activités terroristes organisées par l'Ad-Da'wa contre l'Iraq, avec l'appui du gouvernement iranien. L'Ad-Da'wa opère présentement à partir de l'Iran, mais continue à œuvrer clandestinement en Iraq où elle a perpétré des attentats à la bombe et des détournements contre le gouvernement Hussein et d'autres États du Moyen-Orient.

Le SCRS croit que l'Ad-Da'wa a été impliquée dans des attentats terroristes commis contre des intérêts occidentaux au Moyen-Orient, et notamment dans les attentats à la bombe dont les ambassades françaises et américaines au Koweït ont fait l'objet en 1983. Le SCRS croit que ces attentats ont été exécutés avec l'appui et l'encouragement de l'Iran. Il affirme également que l'Ad-Da'wa a participé à des activités terroristes avec le groupe libanais Hezbollah, un groupe chiite intégriste qui serait également associé à l'Iran.

#### Entrevue avec le SCRS

Le dossier de l'entrevue révèle que M. Smith a répondu très franchement aux questions que les agents du SCRS lui ont posées au sujet de son association avec l'Ad-Da'wa. Il convient de noter que l'intimée a reconnu que les agents du SCRS n'ont pas, avant l'entrevue, informé les requérants de leur droit de se faire représenter par un avocat et qu'ils ne leur en ont pas accordé la possibilité. Cependant, à cause de la conclusion à laquelle j'en suis finalement arrivé dans la présente affaire, je ne juge pas nécessaire d'examiner les possibles violations 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] découlant de cet

the applicants has worked to their advantage despite the absence of counsel.

Mr. Smith stated that he first became involved with the party in Iraq in 1979, distributing leaflets on its behalf and participating in demonstrations. After the beginning of the Iran-Iraq war in 1980, the Hussein government believed that Iran was supporting Shiite opposition groups like Al-Dawa in order to destabilize the Iraqi regime. The Iraqi secret police were directed to search out and jail these Shiite fundamentalists. Those who were found to be Al-Dawa members were executed. Mr. Smith was arrested and jailed in 1981. He could not be directly linked to Al-Dawa, however, and he was released in 1983.

After his release, Mr. Smith fled Iraq for Iran. As an Iraqi, he required a government-approved sponsor to stay in Iran during the war. Mr. Smith was sponsored by the Al-Dawa party. At this time, he took an alias to protect his family in Iraq in case his association with Al-Dawa became known to the Iraqi government through Iraqi informers and agents. While in Iran, he volunteered for service in the Islamic Revolutionary Guards, and after a brief period of military training fought against Iraq for three months in 1984. He then returned to Tehran, where he worked for a magazine for a year.

Mr. Smith then became active in the Al-Dawa again and volunteered to go to an Al-Dawa base in Kurdistan in Iraq, which was to serve as a base for sabotage actions against Iraqi facilities. Mr. Smith told CSIS that he did not take part in any sabotage missions, his role being to provide religious guidance to the local Kurds. CSIS asked him why he had been given this responsibility, as he had no formal religious training. He stated that he provided instruction at a very basic level, as the Kurdish peasants had only a very rudimentary knowledge of their religion. He spent a year at the base, during which a limited number of missions were launched against Iraq, only one of which was

aveu. En tout état de cause, il s'agit à mon avis d'un cas dans lequel la totale franchise dont les requérants ont fait preuve a joué en leur faveur malgré l'absence d'avocat.

<sup>a</sup> M. Smith a déclaré qu'il s'était pour la première fois occupé du parti en Iraq en 1979 en distribuant des tracts en son nom et en participant à des manifestations. À la suite du déclenchement de la guerre entre l'Iraq et l'Iraq en 1980, le gouvernement Hussein croyait que l'Iraq appuyait des groupes d'opposition chiites comme l'Ad-Da'wa dans le but de déstabiliser le régime iraquien. La police secrète iraquienne a été chargée de se mettre à la recherche de ces intégristes chiites et de les mettre en prison. Les membres de l'Ad-Da'wa qui étaient découverts étaient exécutés. M. Smith a été arrêté et emprisonné en 1981. On n'a cependant pas réussi à le rattacher directement à l'Ad-Da'wa et il a été relâché en 1983.

Après sa libération, M. Smith s'est enfui de l'Iraq et s'est réfugié en Iran. En tant qu'Iraqien, il lui fallait se trouver un parrain approuvé par l'État pour pouvoir demeurer en Iran durant la guerre. M. Smith a été parrainé par le parti Ad-Da'wa. À ce moment-là, il a pris un nom d'emprunt pour protéger sa famille en Iraq pour le cas où le gouvernement iraquien découvrirait son affiliation à l'Ad-Da'wa par l'intermédiaire d'indicateurs et d'agents iraqiens. Pendant son séjour en Iran, il s'est engagé comme volontaire dans la garde révolutionnaire islamique et, après une brève période d'instruction militaire, il a combattu contre l'Iraq pendant trois mois en 1984. Il est ensuite retourné à Téhéran, où il a travaillé pour un magazine pendant une année.

Par la suite, M. Smith a de nouveau œuvré activement au sein de l'Ad-Da'wa et s'est proposé pour se rendre au Kurdistan d'Iraq à une base de l'Ad-Da'wa qui devait servir de centre des opérations de sabotage contre les installations iraqiennes. M. Smith a dit au SCRS qu'il n'avait pris part à aucune mission de sabotage et que son rôle était celui de conseiller spirituel des Kurdes de la région. Le SCRS lui a demandé pourquoi on lui avait confié cette responsabilité, étant donné qu'il n'avait reçu aucune formation religieuse. Il a déclaré qu'il donnait des instructions très élémentaires, étant donné que les paysans kurdes n'ont qu'une connaissance très rudimentaire de leur reli-

successful. He stated that he did not know the true identities of the saboteurs, presumably a precaution taken against infiltration by Iraqi agents, and had very little knowledge of their training.

In 1986, Mr. Smith was released from his duty at the base and spent six months in the Iranian city of Qom. Here he met and married Mrs. Smith in 1987. Mrs. Smith had left Iraq in 1980, and had moved to Iran after three years spent in Syria as a legal visitor. They then returned to Tehran, where Mr. Smith took up his former position with the magazine.

With the end of the Iran-Iraq war in 1988, relations between the former enemies began to improve. Relations improved further after the Iraqi invasion of Kuwait in 1990, and Mr. Smith stated that he and other members of the Iraqi exile community had been warned that one of the terms of this rapprochement was that Iraqi exiles in Iran would be forcibly repatriated to Iraq. He feared that as an opponent of the Hussein regime his life would be in danger should he be returned to Iraq. He also stated that he feared that an Iraqi embassy which had recently opened in Tehran would be used to identify and eliminate dissidents exiled in Iran.

Mr. Smith said he then decided to flee to Canada based on its reputation as a free and democratic society. He borrowed money and bought the false Iraqi and Saudi passports and plane tickets to Canada. The passports were made out under the aliases the Smiths had used while in Iran. A friend in Tehran provided him with the names of people to contact in Toronto, who might be able to assist him on arrival.

CSIS officers asked Mr. Smith to explain the references to weapons in the address book. He stated that he had compiled the list in 1986 when he was at the Al-Dawa base in Iraq. He had been approached by a Kurdish arms merchant, who knew Mr. Smith to be an Al-Dawa member. The

gion. Il a passé un an à la base. Pendant cette période un nombre limité de missions ont été entreprises contre l'Iraq, et une seule a réussi. Il a affirmé qu'il ne connaissait pas l'identité véritable des saboteurs et qu'il s'agissait probablement d'une mesure de précaution prise contre l'infiltration par les agents irakiens, et a ajouté qu'il possédait très peu de renseignements au sujet de leur formation.

En 1986, M. Smith a été libéré de ses fonctions à la base et a passé six mois dans la ville iranienne de Qom. C'est là qu'il a rencontré et épousé M<sup>me</sup> Smith en 1987. M<sup>me</sup> Smith avait quitté l'Iraq en 1980 et était allée s'installer en Iran après avoir passé trois années en Syrie à titre de visiteuse autorisée. Ils sont ensuite retournés à Téhéran, où M. Smith a repris son ancien poste au magazine.

Avec la fin de la guerre entre l'Iran et l'Iraq en 1988, les relations entre les anciens ennemis ont commencé à s'améliorer. Les relations se sont améliorées encore plus à la suite de l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1990, et M. Smith a déclaré qu'il avait été prévenu, avec d'autres membres de la communauté irakienne en exil, que l'une des modalités de ce rapprochement était que les exilés irakiens se trouvant en Iran seraient rapatriés de force en Iraq. Il craignait qu'en tant qu'opposant au régime Hussein sa vie soit en danger s'il devait retourner en Iraq. Il a également déclaré qu'il craignait que l'on se serve de l'ambassade irakienne qui venait d'ouvrir à Téhéran pour identifier et éliminer des dissidents exilés en Iran.

M. Smith déclare qu'il a alors décidé de se réfugier au Canada à cause de sa réputation de société libre et démocratique. Il a emprunté de l'argent et a acheté les faux passeports irakiens et saoudiens et des billets d'avion pour le Canada. Les passeports ont été délivrés sous le nom d'emprunt que les Smith avaient utilisé pendant leur séjour en Iran. Un ami qui se trouvait à Téhéran leur a fourni le nom de personnes à contacter à Toronto qui pourraient être en mesure de les aider à leur arrivée.

Les agents du SCRS ont demandé à M. Smith de leur expliquer l'allusion aux armes dans le carnet d'adresses. Il a déclaré qu'il avait dressé la liste en 1986 alors qu'il se trouvait à la base de l'Ad-Da'wa en Iraq. Il avait été approché par un marchand d'armes kurde, qui savait que M. Smith

merchant asked Mr. Smith to record the prices of some of his inventory should Al-Dawa be interested in purchasing some. Mr. Smith said he had passed this information on to his colleagues in the military section of the base, and did not know if any purchases had taken place.

CSIS also asked Mr. Smith to explain the Arabic statement in the notebook concerning the "infidels". He stated that it was a Koranic verse, which was used by members of Al-Dawa as passwords amongst themselves. This particular password had been given to him before he had left the base in Iraq for Qom, and was to be used when contacting other Al-Dawa members when he arrived in the city. He stated that he had written the verse in the notebook so he would be able to recall it when he arrived in Qom.

Mr. Smith concluded the interview by advising the CSIS officers that he had come to Canada for peaceful reasons, and had no intention of rejoining Al-Dawa if he were allowed to remain in Canada.

### DETENTION OF THE SMITHS

A decision was made to detain the Smiths for seven days pursuant to paragraph 103.1(1)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12] of the Act, on the grounds that they had not satisfied the immigration officer as to their identity, and that they suspected the Smiths to be members of an inadmissible class. The Smiths were ordered detained in separate detention centres. The detention was ordered to be continued by a senior immigration officer on January 16, 1991 after review by an adjudicator.

On January 23, 1991, the Minister of Employment and Immigration issued a certificate under subsection 103.1(2) [as enacted *idem*] of the Act stating that the identity of the applicants had not yet been established, and that the Minister had reason to suspect that they were members of an inadmissible class of persons. The Minister stated that a further period of detention was necessary to investigate these matters, and the applicants were then brought before another adjudicator pursuant to subsection 103.1(5) [as enacted *idem*] of the Act in order to determine if reasonable efforts of

était membre de l'Ad-Da'wa. Le marchand a demandé à M. Smith d'inscrire le prix de certains articles de son inventaire pour le cas où l'Ad-Da'wa serait intéressée à en acheter. M. Smith a déclaré qu'il avait transmis ces renseignements à ses collègues de la section militaire de la base, et qu'il ignorait si des achats avaient eu lieu.

Le SCRS a également demandé à M. Smith d'expliquer la déclaration faite en arabe dans le carnet au sujet des «infidèles». Il a déclaré qu'il s'agissait d'un verset du Coran dont les membres de l'Ad-Da'wa se servaient entre eux comme mot de passe. Ce mot de passe lui avait été donné avant qu'il quitte la base située en Iraq pour se rendre à Qom et il devait s'en servir pour entrer en communication avec d'autres membres de l'Ad-Da'wa à son arrivée à Qom. Il a déclaré qu'il avait écrit le verset dans le carnet pour pouvoir s'en souvenir lorsqu'il arriverait à Qom.

M. Smith a terminé son entrevue en déclarant aux agents du SCRS qu'il était venu au Canada pour des motifs pacifiques, et qu'il n'avait pas l'intention de se joindre de nouveau à l'Ad-Da'wa si on l'autorisait à demeurer au Canada.

### DÉTENTION DES SMITH

Les Smith ont été placés sous garde pendant sept jours en vertu de l'alinéa 103.1(1)a [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 12] de la Loi, au motif qu'ils étaient incapables d'établir leur identité à la satisfaction de l'agent d'immigration et qu'ils étaient soupçonnés de faire partie de l'une des catégories non admissibles. Il a été ordonné que les Smith soient gardés dans des centres de détention différents. Le 16 janvier 1991, un agent principal a ordonné la prolongation de la garde après examen de l'affaire par un arbitre.

Le 23 janvier 1991, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a délivré, en vertu du paragraphe 103.1(2) [édicte, *idem*] de la Loi, une attestation déclarant que l'identité des requérants n'avait pas encore été établie et qu'il avait des raisons de soupçonner que les requérants faisaient partie de l'une des catégories de personnes non admissibles. Le ministre a déclaré qu'il était nécessaire de prolonger la garde pour enquêter sur ces questions, et les requérants ont ensuite été amenés devant un autre arbitre conformément au paragraphe 103.1(5) [édicte, *idem*] de la Loi pour que l'arbitre

investigation were being made by the Minister that would warrant their continued detention.

Hearing Before the Adjudicator—January 23-24, 1991

At the hearing, a senior immigration officer stated that the applicants were being investigated by the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS) as possible security risks, on the grounds that they had entered Canada on forged documents, that Mr. Smith had admitted his association with Al-Dawa, and that he had been in possession of the weapons list in the notebook. The officer acknowledged that Al-Dawa did not support the current Iraqi government, but submitted that given the state of war between the United Nations Alliance and Iraq, it was conceivable that the applicants might act on behalf of Iraq in Canada should the war begin to go badly for Iraq. The officer offered his assurance to the adjudicator that an active investigation of the applicants was being carried out by CSIS, and that he had a report by CSIS in his possession, but declined to produce it or any other evidence of the investigative efforts at the hearing.

The adjudicator determined that the Minister had not satisfied him that reasonable efforts were being made to investigate the identities of the applicants or their alleged membership in an inadmissible class, as the immigration officer had provided no factual basis for him to determine if the efforts were reasonable. He therefore refused to order continuing detention under subsection 103.1(5) of the Act. He stated that while the facts provided by the immigration officer may have warranted the initial detention, they did not constitute reasonable investigative efforts that would justify continued detention.

The immigration officer then argued that the adjudicator should order the continued detention of the applicants under paragraph 103(3)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27] of the Act on the ground that the applicants posed a danger to the public. In support of this position he submitted that the applicants were members of a

détermine si le ministre faisait des efforts valables pour faire enquête et si ces efforts justifiaient une prolongation de leur garde.

a Audience devant l'arbitre—23 et 24 janvier 1991

À l'audience, un agent principal a déclaré que les requérants faisaient l'objet d'une enquête de la part du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), qui les soupçonnait de constituer un danger pour la sécurité publique, au motif qu'ils étaient entrés au Canada à l'aide de documents falsifiés, que M. Smith avait reconnu son association avec l'Ad-Da'wa, et qu'il avait été en possession de la liste d'armes inscrite dans le carnet. L'agent a reconnu que l'Ad-Da'wa n'appuyait pas le gouvernement iraquien actuel, mais il a fait valoir que, compte tenu de l'état de guerre qui existait entre l'Alliance des Nations Unies et l'Iraq, il était concevable que les requérants puissent agir au Canada pour le compte de l'Iraq si la guerre devait mal tourner pour l'Iraq. L'agent a assuré l'arbitre qu'une enquête était en cours au sein du SCRS, et qu'il avait un rapport du SCRS en sa possession. Il a toutefois refusé de produire à l'audience ce rapport ou tout autre élément de preuve démontrant les efforts entrepris pour faire enquête sur la question.

L'arbitre a conclu que le ministre ne l'avait pas convaincu qu'il faisait des efforts valables pour enquêter sur l'identité des requérants ou sur leur appartenance présumée à l'une des catégories non admissibles, étant donné que l'agent d'immigration ne lui avait pas fourni de données de fait lui permettant d'établir si les efforts étaient valables. Il a donc refusé d'ordonner la prolongation de la garde en vertu du paragraphe 103.1(5) de la Loi. Il a déclaré que même si les faits communiqués par l'agent d'immigration auraient pu justifier la garde initiale, ils ne constituaient pas des efforts valables d'enquête qui justifieraient une prolongation de la garde.

L'agent d'immigration a ensuite fait valoir que l'arbitre devait ordonner la prolongation de la garde des requérants en vertu de l'alinéa 103(3)b) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 27] de la Loi au motif que les requérants constituaient une menace pour la sécurité publique. À l'appui de sa thèse, il a fait valoir que les requé-

terrorist group that CSIS had determined was hostile to the West, that they did not have valid identification, and referred to the inscriptions referring to weapons and "striking terror" in the address book.

Counsel for the applicants stated that the CSIS information about Al-Dawa was erroneous and outdated. He submitted that the applicants posed no threat to Canada because of their membership in Al-Dawa, and that the applicants' association with Al-Dawa was the reason they sought refuge in Canada in the first place. He observed that Mr. Smith had spent two years in prison for opposition to the Iraqi government, which bolstered the credibility of his refugee claim. He argued that anyone entering Canada intending to engage in terrorism would be unlikely to carry with them literature about their cause, or enter on forged, damaged passports. As for the inscriptions in the address book, he submitted that Mr. Smith had provided candid, credible explanations for them. As for Mrs. Smith, she was now pregnant, and unlikely to constitute a danger to Canada.

The adjudicator ordered that the applicants be released on conditions. He stated that he could not conclude on the evidence provided that the applicants posed a danger to the public. He acknowledged that Al-Dawa was opposed to the Iraqi government and had probably engaged in armed opposition to it. However, he stated that the Minister had failed to provide any evidence beyond the assertion of the immigration officer that Al-Dawa was likely to engage in activities against North America or other members of the Alliance. In addition, he found that there was no evidence that the applicants themselves had ever engaged in terrorism, and that even if Mr. Smith had engaged in armed resistance to the Iraqi regime in the past, there was no evidence that he would engage in violent acts while in Canada. The adjudicator also found that the explanations provided by Mr. Smith as to the address book were credible and consistent

rants faisaient partie d'un groupe terroriste qui, suivant le SCRS, était hostile à l'Occident, qu'ils n'avaient pas de pièces d'identité en règle, et il a mentionné les inscriptions du carnet d'adresses où il était question d'armes et de [TRADUCTION] «terreur profonde».

L'avocat des requérants affirme que les renseignements que le SCRS possède au sujet de l'Ad-Da'wa sont erronés et périmés. Il prétend que les requérants ne constituent pas une menace pour le Canada à cause de leur appartenance à l'Ad-Da'wa, et que leur affiliation à l'Ad-Da'wa est la raison initiale pour laquelle ils ont sollicité le statut de réfugié au Canada. Il fait observer que M. Smith a passé deux ans en prison à cause de son opposition au gouvernement iraquien, ce qui renforce la crédibilité de sa revendication du statut de réfugié. Il fait valoir qu'il est peu probable qu'une personne qui entre au Canada dans le but de commettre des actes de terrorisme porte sur elle des brochures concernant sa cause, ou qu'elle entre au Canada grâce à des passeports falsifiés et endommagés. Quant aux inscriptions figurant dans le carnet d'adresses, il souligne que M. Smith a fourni des explications franches et crédibles à leur sujet. Quant à M<sup>me</sup> Smith, elle est maintenant enceinte et il est peu probable qu'elle constitue un danger pour le Canada.

L'arbitre a ordonné la mise en liberté des requérants à certaines conditions. Il a déclaré que les éléments de preuve qui lui avaient été communiqués ne lui permettaient pas de conclure que les requérants constituaient une menace pour la sécurité publique. Il a reconnu que l'Ad-Da'wa était opposée au gouvernement iraquien et qu'elle s'était probablement livrée à une opposition armée à celui-ci. Il a toutefois déclaré que le ministre n'avait fourni aucun élément de preuve hormis l'affirmation de l'agent d'immigration que l'Ad-Da'wa était susceptible de commettre des actes hostiles à l'Amérique du Nord ou d'autres membres de l'Alliance. En outre, il a conclu qu'il n'y avait aucun élément de preuve permettant de croire que les requérants avaient eux-mêmes commis des actes terroristes, et que même si M. Smith avait déjà participé à la résistance armée contre le régime iraquien, rien ne permettait de penser qu'il commettrait des actes de violence pendant son séjour au Canada. L'arbitre a égale-

with his claim for refugee status as an opponent of the Iraqi government.

CERTIFICATE UNDER SUBSECTION  
40.1(1) OF THE ACT

On January 25, 1991, the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General filed a certificate with a senior immigration officer, acting under section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the Act, which states (in the provisions relevant to this proceeding):

**40.1 (1)** Notwithstanding anything in this Act, where the Minister and the Solicitor General are of the opinion, based on security or criminal intelligence reports received and considered by them, that a person, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person described in paragraph 19(1)(d),(e),(f),(g) or (j) or 27(2)(c), they may sign and file a certificate to that effect with an immigration officer, a senior immigration officer or an adjudicator.

(2) Where a certificate is signed and filed in accordance with subsection (1), an inquiry under this Act concerning the person in respect of whom the certificate is filed shall not be commenced, or if commenced shall be adjourned, until the determination referred to in paragraph (4)(d) has been made and a senior immigration officer or an adjudicator shall, notwithstanding section 23 or 103, detain or make an order to detain the person named in the certificate until the making of the determination.

(3) Where a certificate referred to in subsection (1) is filed in accordance with that subsection, the Minister shall

(a) forthwith cause a copy of the certificate to be referred to the Federal Court for a determination as to whether the certificate should be quashed; and

(b) within three days after the certificate has been filed, cause a notice to be sent to the person named in the certificate informing the person that a certificate under this section has been filed and that following a reference to the Federal Court a deportation order may be made against the person.

(4) Where a certificate is referred to the Federal Court pursuant to subsection (3), the Chief Justice of that Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice for the purposes of this section shall

(a) examine within seven days, *in camera*, the security or criminal intelligence reports considered by the Minister and the Solicitor General and hear any other evidence or information that may be presented by or on behalf of those Ministers and may, on the request of the Minister or the Solicitor General, hear all or part of such evidence or information in the absence of the person named in the certificate and any counsel representing the person where, in the opinion of the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, the evidence or information should not be disclosed on the

ment conclu que les explications fournies par M. Smith au sujet du carnet d'adresses étaient crédibles et qu'elles se conciliaient avec la revendication du statut de réfugié qu'il présentait en tant qu'opposant au gouvernement iraquien.

L'ATTESTATION PRÉVUE AU PARAGRAPHE 40.1(1) DE LA LOI

Le 25 janvier 1991, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général ont remis une attestation à un agent principal en vertu de l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4] de la Loi, qui dispose (je cite les dispositions pertinentes à la présente affaire):

**40.1 (1)** Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, le ministre et le solliciteur général peuvent, s'ils sont d'avis, à la lumière de renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont ils ont eu connaissance, qu'une personne qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent appartiendrait à l'une des catégories visées aux alinéas 19(1)d),e),f),g) ou j), ou 27(2)c), signer et remettre une attestation à cet effet à un agent d'immigration, un agent principal ou un arbitre.

(2) En cas de remise de l'attestation visée au paragraphe (1), l'enquête prévue par ailleurs aux termes de la présente loi sur l'intéressé ne peut être ouverte tant que la décision visée à l'alinéa (4)d) n'a pas été rendue. L'agent principal ou l'arbitre doit, par dérogation aux articles 23 ou 103, retenir l'intéressé ou prendre une mesure à cet effet contre lui en attendant la décision.

(3) En cas de remise de l'attestation prévue au paragraphe (1), le ministre est tenu:

a) d'une part, d'en transmettre sans délai un double à la Cour fédérale pour qu'il soit décidé si l'attestation doit être annulée;

b) d'autre part, dans les trois jours suivant la remise, d'envoyer un avis à l'intéressé l'informant de la remise et du fait que, à la suite du renvoi à la Cour fédérale, il pourrait faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

(4) Lorsque la Cour fédérale est saisie de l'attestation, le juge en chef de celle-ci ou le juge de celle-ci qu'il délègue pour l'application du présent article:

a) examine dans les sept jours, à huis clos, les renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont le ministre et le solliciteur général ont eu connaissance et recueille les autres éléments de preuve ou d'information présentés par ces derniers ou en leur nom; il peut en outre, à la demande du ministre ou du solliciteur général, recueillir tout ou partie de ces éléments en l'absence de l'intéressé et du conseiller la représentant, lorsque, à son avis, leur communi-

grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

(b) provide the person named in the certificate with a statement summarizing such information available to the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, as will enable the person to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the issue of the certificate, having regard to whether, in the opinion of the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, the information should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

(c) provide the person named in the certificate with a reasonable opportunity to be heard;

(d) determine whether the certificate filed by the Minister and the Solicitor General is reasonable on the basis of the evidence and information available to the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, and, if found not to be reasonable, quash the certificate; and

(e) notify the Minister, the Solicitor General and the person named in the certificate of the determination made pursuant to paragraph (d).

(5) For the purposes of subsection (4), the Chief Justice or the designated judge may receive and accept such evidence or information as the Chief Justice or the designated judge sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law.

(6) A determination under paragraph (4)(d) is not subject to appeal or review by any court

(7) Where a certificate has been reviewed by the Federal Court pursuant to subsection (4) and has not been quashed under paragraph (4)(d),

(a) the certificate is conclusive proof that the person named in the certificate is a person described in paragraph 19(1)(d),(e),(f),(g) or (j) or 27(2)(c); and

(b) the person named in the certificate shall, notwithstanding section 23 or 103, continue to be detained until the person is removed from Canada.

A detention order was then issued in respect of the applicants by a senior immigration officer.

Section 41 [now section 40.1] was enacted by An Act to amend the *Immigration Act, 1976* and the Criminal Code in consequence thereof, S.C. 1988, c. 36, s. 4 now R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4, and proclaimed in force October 3, 1988. Section 40.1 provides for a form of judicial review in the case of an applicant for refugee status who is not a permanent resident of Canada and who for security or other specified reasons may not be admitted to Canada. The concerned ministers file with this Court a certificate of their conclusion that a person does not qualify for admission, for review by the Court to determine whether the certificate is reasonable on the evidence and information provided to the judge. Until this determi-

cation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes;

b) fournit à l'intéressé un résumé des informations dont il dispose, à l'exception de celles dont la communication pourrait, à son avis, porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes, afin de permettre à celui-ci d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu à l'attestation;

c) donne à l'intéressé la possibilité d'être entendu;

d) décide si l'attestation est raisonnable, compte tenu des éléments de preuve et d'information à sa disposition, et, dans le cas contraire, annule l'attestation;

e) avise le ministre, le solliciteur général et l'intéressé de la décision rendue aux termes de l'alinéa d).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge en chef ou son délégué peut recevoir et admettre les éléments de preuve ou d'information qu'il juge utiles, indépendamment de leur recevabilité devant les tribunaux.

(6) La décision visée à l'alinéa (4)d) ne peut être portée en appel ni être revue par aucun tribunal.

(7) Si l'attestation n'est pas annulée en vertu de l'alinéa (4)d):

a) elle fait foi du fait que la personne qui y est nommée appartient à l'une des catégories visées aux alinéas 19(1)d),(e),(f),(g) ou j), ou 27(2)c);

b) la personne nommée dans l'attestation doit, par dérogation aux articles 23 ou 103, être retenue jusqu'à son renvoi du Canada.

Un agent principal a ensuite ordonné la mise sous garde des requérants.

L'article 41 [maintenant article 40.1] a été édicté par la Loi modifiant la *Loi sur l'immigration de 1976* et apportant des modifications corrélatives au Code criminel, L.C. 1988, chap. 36, art. 4, maintenant L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4 et est entré en vigueur le 3 octobre 1988. L'article 40.1 prévoit une sorte de contrôle judiciaire dans le cas d'une personne qui sollicite le statut de réfugié et qui n'est pas un résident permanent du Canada et qui, pour des raisons de sécurité ou d'autres raisons spécifiées, ne peut être admise au Canada. Les ministres concernés transmettent à notre Cour une attestation de leur conclusion qu'une personne ne remplit pas les conditions requises pour être admise afin que la Cour



nation is made, and the certificate either quashed or approved, any inquiry into the refugee status of the applicant may not be commenced, or if already commenced it must be adjourned.

On January 31, 1991, I conducted a hearing during which I examined the security intelligence reports considered by the Minister and the Solicitor General. I also heard other evidence presented by a CSIS officer, Gregory Pearce. Following this hearing I signed an order that extended the time to serve the applicants with notice of the proceedings pursuant to paragraph 40.1(3)(b) to January 29, 1991, four days after the certificate had been filed instead of the three days provided for in paragraph 40.1(3)(b). The order also provided that the respondents be allowed to advance the evidence of Gregory Pearce, that the hearing be conducted *in camera* in the absence of the persons named in the certificate and their counsel and that the security intelligence reports be sealed and kept separate and apart from other public court files. I examined a summary of the information provided to me which had been prepared by CSIS, vetted it and ordered it served on the applicants. I then scheduled February 5, 1991 as the date on which the applicants would have their "reasonable opportunity to be heard".

#### HEARINGS OF FEBRUARY 5 AND 12, 1991

The hearing was held in open court on the request of the applicants, which was not objected to by the respondent. I also ordered, on the request of the applicants and without objection from the respondent, that in the best interests of the applicants that they be referred to in these proceedings by the pseudonyms Joseph Smith and Sarah Smith.

At the hearing, counsel for the applicants attempted to move before me a motion by way of *certiorari* to quash the order of detention made by the senior immigration officer on January 25, 1991. However, as leave for the motion had not been obtained I refused to allow the motion to be filed at the hearing. Counsel for the applicants

l'examine et décide si l'attestation est raisonnable compte tenu des éléments de preuve et d'information fournis au juge. L'enquête sur le statut de réfugié du requérant ne peut être ouverte ou poursuivie tant que cette décision n'a pas été rendue et que l'attestation n'a pas été annulée ou confirmée.

Le 31 janvier 1991, j'ai présidé une audience au cours de laquelle j'ai examiné les renseignements secrets en matière de sécurité dont le ministre et le solliciteur général avaient eu connaissance. J'ai également entendu un autre témoignage, celui d'un agent du SCRS, Gregory Pearce. À l'issue de cette audience, j'ai signé une ordonnance prorogeant au 29 janvier 1991 le délai imparti pour signifier aux requérants l'avis de procédure prévu à l'alinéa 40.1(3)b), accordant ainsi un délai de quatre jours à compter de la date de la remise de l'attestation au lieu du délai de trois jours prévu à l'alinéa 40.1(3)b). J'ai également autorisé les intimés à faire entendre Gregory Pearce, j'ai ordonné que l'audience se déroule à huis clos en l'absence des personnes désignées dans l'attestation et du conseiller les représentant, et j'ai ordonné que les renseignements secrets obtenus par le service de sécurité soient mis sous scellés et qu'ils soient séparés des autres dossiers publics de la Cour. J'ai examiné le résumé des renseignements qui m'a été fourni et qui a été rédigé par le SCRS, je l'ai corrigé et j'ai ordonné qu'il soit signifié aux requérants. J'ai ensuite fixé au 5 février 1991 la date à laquelle les requérants auraient «la possibilité d'être entendus».

#### g AUDIENCES DES 5 ET 12 FÉVRIER 1991

L'audience s'est déroulée en séance publique à la demande des requérants, sans opposition de l'intimée. J'ai également ordonné, à la demande des requérants et sans opposition de l'intimée, que dans l'intérêt véritable des requérants ceux-ci soient désignés dans la présente instance sous les pseudonymes de Joseph Smith et de Sarah Smith.

À l'audience, l'avocat des requérants a essayé de me soumettre une requête en bref de *certiorari* pour faire annuler l'ordonnance de détention prononcée par l'agent principal le 25 janvier 1991. Cependant, comme l'avocat n'avait pas obtenu l'autorisation de présenter la requête, je n'ai pas permis que la requête soit déposée à l'audience.

then stated that he would seek leave to file the motion in the ordinary course as an application separate and apart from these proceedings under section 40.1 of the Act.

At the hearing, the applicants made a number of preliminary objections about the procedures followed by the Court and the respondent in this matter, which the applicants submitted affected the jurisdiction of the Court to consider the reasonableness of the certificates. These objections are as follows:

(a) That the order I made to extend time for service of notice to the applicants was made without jurisdiction, and that compliance with the notice requirements of subsection 40.1(3) is a condition precedent to the jurisdiction of this Court over the subject-matter of this proceeding;

(b) That the Court had no jurisdiction to make the order extending time or the other orders on an *ex parte* basis;

(c) That the decision of the Court to hear the additional evidence of Gregory Pearce *in camera* should not have been made *in camera*;

(d) That the summary provided to the applicants did not comply with paragraph 40.1(4)(b) of the Act, as it had not been drafted by the designated judge personally;

(e) That the reference of the certificate to the Federal Court was not filed "forthwith" as required by paragraph 40.1(3)(a) of the Act;

(f) That the Court should order that fuller disclosure be provided to the applicants of the sealed documents, that full details be provided of all evidence heard *in camera*, that the ink and paper in the address book be dated by forensic science techniques, that the CSIS officers who interviewed the applicants be made available for cross-examination, that the translator of the materials be produced for cross-examination, and that the complete CSIS file on Al-Dawa be produced for use by the applicants.

The matter was then adjourned to February 12, 1991, when the submissions of the parties on the preliminary objections were heard. Following argument on these issues I reserved my decision. It was agreed at that time that if I found no merit in the preliminary objections, the applicants would have their "reasonable opportunity to be heard" provided by paragraph 40.1(4)(c) of the Act on March 26, 1991. With respect to the issue of more extensive disclosure, counsel for both parties undertook to consult with each other as to whether they could agree on terms by which the evidence of the CSIS officers could be placed before the Court. The Court was subsequently advised by letter dated February 22, 1991 that they were not

L'avocat des requérants a alors déclaré qu'il essaierait d'obtenir l'autorisation de présenter la requête selon la procédure normale dans le cadre d'une demande distincte de la présente instance fondée sur l'article 40.1 de la Loi.

À l'audience, les requérants ont formulé plusieurs objections préliminaires au sujet de la procédure que la Cour et l'intimée ont suivie en l'espèce et qui, de l'avis des requérants, rend la Cour incompétente pour examiner le caractère raisonnable de l'attestation. Voici les objections en question:

a) je n'avais pas compétence pour rendre l'ordonnance de prolongation du délai de signification de l'avis aux requérants, et le respect des exigences prévues au paragraphe 40.1(3) en matière d'avis est une condition préalable à la compétence de la Cour sur l'objet de présent litige;

b) la Cour n'avait pas compétence pour prononcer *ex parte* l'ordonnance de prorogation de délai ou les autres ordonnances;

c) la décision de la Cour d'entendre à huis clos le témoignage supplémentaire de Gregory Pearce n'aurait pas dû être prononcée à huis clos;

d) le résumé fourni aux requérants ne respecte pas les exigences de l'alinéa 40.1(4)(b) de la Loi, étant donné qu'il n'a pas été rédigé personnellement par le juge délégué;

e) l'attestation n'a pas été transmise «sans délai» à la Cour fédérale comme l'exige l'alinéa 40.1(3)(a) de la Loi;

f) la Cour devrait ordonner une communication plus complète des documents scellés aux requérants, la communication intégrale des témoignages entendus à huis clos, la datation de l'encre et du papier du carnet d'adresses au moyen des techniques de la médecine légale, la possibilité pour les requérants de contre-interroger les agents du SCRS qui les ont interrogés ainsi que la possibilité de contre-interroger le traducteur des documents et la production du dossier intégral que le SCRS possède au sujet de l'Ad-Da'wa pour que les requérants l'utilisent.

L'affaire a ensuite été ajournée au 12 février 1991, date à laquelle les observations des parties au sujet des objections préliminaires ont été entendues. À la suite du débat sur ces questions, j'ai remis le prononcé de ma décision. Il a alors été convenu que si je jugeais mal fondées les objections préliminaires, les requérants auraient, le 26 mars 1991, «la possibilité d'être entendu[s]» que leur accorde l'alinéa 40.1(4)(c) de la Loi. En ce qui concerne la question de la communication plus complète, les avocats des deux parties se sont engagés à se consulter l'un l'autre pour savoir s'ils pourraient s'entendre sur les conditions auxquelles le témoignage des agents du SCRS serait soumis à la Cour. La Cour a subséquemment été informée par

able to come to an agreement. With regard to the issue of the age of the ink and paper in the notebook, the respondent stated that it was prepared to accept the admission of Mr. Smith that the address book had been most recently used in 1986.

### PRELIMINARY OBJECTIONS

The objections by the applicants are directed towards the jurisdiction of this Court to hear the merits of the case. While my ultimate conclusion as to the reasonableness of the certificate tend to make most of the issues raised in the following analysis academic, I feel that they must be addressed as the jurisdiction of the Court to make the ultimate determination of reasonableness has been challenged.

#### 1. Order to Extend Time

The respondent put forward several arguments to counter the submission of the applicants that this Court has no jurisdiction to grant an extension of time. First, the respondent submitted that compliance with the notice provisions in paragraph 40.1(3)(b) is not a condition precedent to the Court having jurisdiction to consider the reasonableness of the certificate. The respondent further argued that the word "shall" in the context of the notice provisions should be read as having directory and not mandatory import in this particular context. In the alternative, it was submitted that the Court had the implied power to extend time in order for it to effectively exercise the review jurisdiction over the certificate expressly granted by the Act. Finally, the respondent submits that the computation of time provisions in the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] should apply to this proceeding.

I agree with the respondent's submission that compliance with the notice provision is not a precondition to the exercise of its review function under subsection 40.1(4). It should be noted that under paragraph 40.1(4)(a), the Court is required to conduct the *in camera* review within seven days of the referral of the certificate to the Court under subsection 40.1(3). The referral to the Court is to

une lettre datée du 22 février 1991 que les avocats ne pouvaient pas parvenir à une entente. Quant à la question de la datation de l'encre et du papier du carnet d'adresses, l'intimée a déclaré qu'elle était disposée à accepter l'aveu de M. Smith que la date la plus récente à laquelle le carnet d'adresses avait été utilisé remontait à 1986.

### OBJECTIONS PRÉLIMINAIRES

Les objections des requérants portent sur la compétence de notre Cour pour statuer sur la présente affaire au fond. Bien que la conclusion à laquelle j'en suis finalement arrivé en ce qui concerne le caractère raisonnable de l'attestation tende à rendre théoriques la plupart des questions soulevées dans l'analyse qui suit, j'estime qu'elles doivent être abordées étant donné que la compétence de la Cour pour se prononcer sur le caractère raisonnable de l'attestation est contestée.

#### 1. Ordonnance de prorogation de délai

L'intimée fait valoir plusieurs moyens pour riposter à la prétention des requérants suivant laquelle notre Cour n'a pas compétence pour accorder une prorogation de délai. Premièrement, l'intimée prétend que le respect des dispositions de l'alinéa 40.1(3)b) relatives à l'avis ne constitue pas une condition préalable à la compétence de la Cour pour examiner le caractère raisonnable de l'attestation. L'intimée soutient en outre que, dans le contexte des dispositions relatives à l'avis, les mots «est tenu de» devraient être interprétés comme ayant une connotation indicative et non impérative dans ce contexte particulier. À titre subsidiaire, elle soutient que la Cour a le pouvoir implicite de proroger le délai dans le but de pouvoir exercer de façon efficace les pouvoirs d'examen de l'attestation que lui accorde expressément la Loi. Finalement, l'intimée affirme que les dispositions des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] relatives au calcul des délais devraient s'appliquer à la présente instance.

Je suis d'accord avec l'intimée pour dire que le respect des dispositions relatives à l'avis ne constitue pas une condition préalable à l'exercice du pouvoir d'examen que prévoit le paragraphe 40.1(4). Il convient de noter qu'aux termes de l'alinéa 40.1(4)a), la Cour est tenue de procéder à l'examen à huis clos dans les sept jours suivant la date à laquelle l'attestation est renvoyée à la Cour

be made “forthwith” after the filing of the certificate with the appropriate immigration official under subsection 40.1(1). The person named in the certificate is to be notified that a certificate has been filed within three days of it being filed. It is therefore possible that a certificate could be filed, referred to the Court and reviewed before the three-day notice provision has expired. It is true that in this case, the applicants were not notified until four days had elapsed from the date the certificate was filed, and that the review by the Court was conducted six days later. However, it still must be observed that the statute contemplates that in some circumstances, a review may be conducted before the person named in the certificate need be notified of the fact that a certificate has been filed. I would therefore conclude from the above that it was not the intention of Parliament that strict observance of the notice provisions is a pre-condition to the judicial consideration of the certificate under subsection 40.1(4).

I am also satisfied that the respondent is correct in submitting that the word “shall” in subsection 40.1(3) should be read as being directory and not mandatory. Jones and de Villars, in their text *Principles of Administrative Law* (1985, Carswell) observe at page 111 that in determining whether a statutory requirement is mandatory or directory, the Court should consider

... the policy of the Act, all of its provisions, the reason for including the specific statutory requirement in question, whether any statutory consequence is provided for failure to comply, and what the practical effect of non-compliance is on the complainant or any other person.

In my view, the legislative framework concerning time limits was intended to be directory and not mandatory. The policy and purpose of the *Immigration Act*, as set out in section 2 of the Act, balances the security interests of the state with the individual rights of the parties seeking entry to Canada, and thus could be construed as supporting either characterization. However, while statutory provisions should be observed if at all possible, it may not always be practical in circumstances where national security is at risk to require strict compliance where there is no serious prejudice to the person named. In addition, there is no specific consequence provided for the failure to provide

en vertu du paragraphe 40.1(3). Le renvoi à la Cour doit avoir lieu «sans délai» après que l’attestation a été, conformément au paragraphe 40.1(1), remise au fonctionnaire compétent de l’immigration. La personne désignée dans l’attestation doit être informée de la remise dans les trois jours de celle-ci. Il est donc possible qu’une attestation soit remise, puis renvoyée à la Cour et examinée avant l’expiration du délai de trois jours. Il est vrai qu’en l’espèce, les requérants n’ont été avisés qu’après que quatre jours se furent écoulés à compter de la remise de l’attestation, et que la Cour n’a procédé à l’examen que six jours plus tard. Cependant, il faut quand même faire observer que la loi prévoit que dans certains cas il est possible de procéder à l’examen avant que la personne désignée dans l’attestation soit informée de la remise de l’attestation. Compte tenu de ce qui précède, je conclus donc que le législateur fédéral ne voulait pas que les dispositions relatives à l’avis soient strictement observées pour que la Cour puisse examiner l’attestation en vertu du paragraphe 40.1(4).

Je suis également persuadé que l’intimée a raison de dire que les mots «est tenu de» au paragraphe 40.1(3) devraient être interprétés comme étant indicatifs et non comme étant impératifs. Dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law* (1985, Carswell), Jones et de Villars font observer, aux pages 110 et 111, que pour déterminer si une condition prévue par la loi est impérative ou indicative, le tribunal doit tenir compte

[TRADUCTION] ... de l’esprit de la loi, de l’ensemble de ses dispositions, de la raison pour laquelle on a inclus l’exigence législative en question, de la question de savoir si la loi prévoit des conséquences en cas d’inobservation, et des effets pratiques de l’inobservation sur le plaignant ou sur toute autre personne.

À mon avis, le cadre législatif concernant les délais était conçu comme indicatif et non comme impératif. L’esprit et l’objet de la *Loi sur l’immigration* qui sont énoncés à l’article 2 de la Loi mettent en équilibre les intérêts du pays en matière de sécurité et les droits individuels des personnes qui cherchent à entrer au Canada, et ils pourraient donc être interprétés comme appuyant l’une ou l’autre qualification. Cependant, même si les dispositions législatives devraient être observées dans toute la mesure du possible, il n’est peut-être pas toujours pratique, lorsque la sécurité nationale est menacée, d’exiger un strict respect lorsque la personne désignée ne subira pas de préjudice grave.

notice. As there is no basis for participation by the person named in the certificate until after the *in camera* review, the failure of the respondent to notify the applicants within the prescribed three-day period has not seriously prejudiced them in the circumstances of this case. This does not mean, however, that significant delays in meeting the statutory notice requirement should be excused by the Court as mere irregularities. It would appear that the purpose of this particular notice requirement in the Act is to ensure that a person named in a certificate is aware of the reason for his or her continued detention, and also of the fact that they may face deportation. In my view, these are significant interests that should be protected, and departures from the statutory standard should only be condoned where there has been substantial compliance with the three-day provision and a lack of prejudice to the named person's interests. In this case, the delay in providing notice to the applicants was one day, which is not significant nor unduly prejudicial in the circumstances.

I would therefore conclude that based on the foregoing, the jurisdiction of the Court to consider the reasonableness of the certificate has not been affected by the failure of the respondents to strictly observe the notice requirements. It is therefore unnecessary to consider the alternative grounds put forward by the respondent on this issue.

## 2. Ex Parte Proceedings

Counsel for the applicants submits that there was no jurisdiction for the Court to have made the order extending time, nor the other elements of the order, on an *ex parte* basis. In support of this submission, he relies on *Neal v. A.G. (Sask.) et al.*, [1977] 2 S.C.R. 624, a case in which the Supreme Court of Canada ruled that an application by the Crown for extension of time to file an appeal against an acquittal in a summary conviction case obtained *ex parte* should be set aside.

De plus, aucune conséquence précise n'est prévue en cas de défaut de donner avis. Comme la personne désignée dans l'attestation n'avait aucune raison d'intervenir tant que l'examen à huis clos n'avait pas eu lieu, eu égard aux circonstances de l'espèce, le défaut de l'intimée d'aviser les requérants dans le délai prescrit de trois jours ne leur a pas causé de préjudice grave. Cela ne veut cependant pas dire que la Cour devrait excuser d'importants retards à respecter les exigences de la loi en matière d'avis en les considérant comme de simples vices de procédure. Il semblerait que le but de cette condition particulière de la Loi en matière d'avis est de s'assurer que la personne désignée dans l'attestation soit informée de la raison du maintien de sa mise sous garde et du fait qu'elle pourrait faire l'objet d'une mesure d'expulsion. À mon avis, ce sont des droits importants qui doivent être protégés, et on ne devrait fermer les yeux sur une dérogation à la norme prévue par la loi que lorsque les dispositions relatives au délai de trois jours ont été respectées dans l'ensemble et qu'il n'y a pas atteinte aux droits de l'intéressé. En l'espèce, on a retardé d'une journée l'envoi de l'avis aux requérants, et ce retard n'était pas important ou indûment préjudiciable dans les circonstances.

Je suis donc d'avis de conclure, sur le fondement de ce qui précède, que la compétence de la Cour pour examiner le caractère raisonnable du certificat n'a pas été touchée par le défaut des intimés d'observer rigoureusement les exigences relatives à l'avis. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les moyens subsidiaires que l'intimé fait valoir sur cette question.

## 2. Procédure ex parte

L'avocat des requérants prétend que la Cour n'avait pas compétence pour rendre *ex parte* l'ordonnance de prorogation de délai et pour accorder *ex parte* les autres éléments de l'ordonnance. À l'appui de cette prétention, il invoque l'arrêt *Neal c. P.G. (Sask.) et autre*, [1977] 2 R.C.S. 624, dans lequel la Cour suprême du Canada a annulé la demande présentée par le ministère public en vue d'obtenir *ex parte* la prorogation du délai imparti pour interjeter appel d'un verdict d'acquiescement dans une affaire de déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

I am unable to see any merit in this submission. In my opinion, the case at hand is easily distinguishable from that in the *Neal* case. It is trite law that the normal practice in any legal proceeding is to provide notice to the other side, and an opportunity to make submissions. However, in this case, I believe that paragraph 40.1(4)(a) of the Act provides the Court with the jurisdiction to proceed *ex parte*. Unlike the situation in *Neal*, the statute in this case clearly provides the presiding judge with the discretion to hear all or part of the evidence or information presented in the absence of the person named in the certificate or their counsel if the disclosure of such evidence would be injurious to national security or the safety of persons. In my opinion, this right to exclude would by implication extend to the making of orders necessarily incidental to the exercise of this discretion, and therefore the judge need not hear submissions on these orders. In this case, the order to hear the evidence of Gregory Pearce *in camera* was incidental to the decision that the evidence should not be disclosed, which is a determination that the judge is expressly authorized to make. Similar points could be made with respect to the orders to conduct the entire hearing *in camera*, to seal the reports, and providing an edited summary. As for the order to extend time, I am satisfied that this could also be conducted *in camera* as part of the overall proceedings, and in any event for the reasons given above no prejudice resulted from the lack of opportunity to make submissions on this point.

### 3. In Camera Proceedings

The applicants submit that section 40.1 only authorizes *in camera* examination of the security reports considered by the Ministers, and other information like the oral evidence of Pearce in limited circumstances. They also submit that the decision to allow further evidence to be called *in camera* cannot be made *in camera*.

In my opinion, this submission is also without merit. Paragraph 40.1(4)(a) expressly authorizes a

Ce moyen est, selon moi, dénué de tout fondement. À mon avis, on peut facilement distinguer la présente affaire de l'arrêt *Neal*. C'est un principe élémentaire de droit que, dans une poursuite judiciaire, l'usage courant veut que l'on avise la partie adverse et que celle-ci ait la possibilité de faire valoir son point de vue. J'estime toutefois qu'en l'espèce l'alinéa 40.1(4)a) de la Loi accorde à la Cour le pouvoir de procéder *ex parte*. À la différence de la situation qui existait dans l'arrêt *Neal*, la loi à l'examen en l'espèce accorde manifestement au juge qui préside le pouvoir discrétionnaire de recueillir tout ou partie des éléments de preuve et d'information présentés en l'absence de la personne désignée dans l'attestation ou du conseiller la représentant, lorsque leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes. À mon avis, ce droit d'exclusion s'étendrait implicitement au prononcé des ordonnances nécessairement accessoires à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et il n'est donc pas nécessaire que le juge entende des observations sur ces ordonnances. En l'espèce, l'ordonnance prescrivant l'audition du témoignage de Gregory Pearce à huis clos était accessoire à la décision de non-divulgateur de la preuve, laquelle est une décision que le juge est expressément habilité à rendre. On pourrait en dire autant des ordonnances prescrivant le déroulement à huis clos de toute l'audience, la conservation sous pli scellé des renseignements, et la communication d'un résumé vérifié. Quant à l'ordonnance de prorogation de délai, je suis convaincu qu'elle pourrait aussi avoir lieu à huis clos dans le cadre de l'instance générale, et de toute façon, pour les raisons déjà exposées, le fait qu'il n'a pas été possible de présenter des observations sur ce point n'a causé aucun préjudice.

### 3. Audience à huis clos

Les requérants prétendent que l'article 40.1 ne permet que dans des circonstances limitées l'examen à huis clos des renseignements secrets en matière de sécurité dont les ministres ont eu connaissance, ainsi que d'autres éléments d'information comme le témoignage de Pearce. Ils prétendent également que la décision de permettre la présentation d'autres éléments de preuve à huis clos ne peut être prononcée à huis clos.

À mon avis, cette prétention est également dénuée de fondement. L'alinéa 40.1(4)a) accorde

judge to “hear any other evidence or information” *in camera* in his discretion for national security reasons. There is no reason to exclude oral evidence from the scope of this provision. As for the submission that this decision cannot itself be made *in camera*, I would dispose of this argument for the same reasons as put forward in the section on *ex parte* proceedings.

#### 4. The Summary

The applicants further submit that the statement summarizing the information necessary for the applicants to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate must be prepared by the judge himself. There is no express requirement in paragraph 40.1(4)(b) that the summary be prepared by the judge himself, and I would not read one in the absence of compelling reasons to do so. In my opinion, the function of the judge in this case is to ensure that the person named has been reasonably informed. In this case, I examined and approved the report of the evidence available to me, and in my discretion ordered parts edited from the summary in the interests of national security without prejudicing the applicants’ right to be reasonably informed. I would also note that editing of information provided to the Court occurs in analogous judicial situations, such as the affidavits of police informers when access is sought to the sealed packet in a wiretap case: see *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

#### 5. “Forthwith”

The applicants also submit that as the reference of the certificate was not made to the Federal Court until four days had elapsed since the filing of the certificate, it was not referred “forthwith” as required by paragraph 40.1(3)(a) of the Act.

The meaning of “forthwith” was considered by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Parrot* (1979), 27 O.R. (2d) 333. The accused union leader was required by back-to-work legislation to give notice “forthwith” to his workers that a strike

expressément au juge le pouvoir discrétionnaire de «recueil[lir] les autres éléments de preuve ou d’information» à huis clos pour des raisons de sécurité nationale. Il n’y a aucune raison d’exclure les témoignages du champ d’application de cette disposition. Quant à l’argument que cette décision ne peut pas elle-même être prononcée à huis clos, je le rejette pour les mêmes motifs que ceux que j’ai avancés dans la section relative à la procédure *ex parte*.

#### 4. Le résumé

Les requérants soutiennent en outre que le résumé des informations dont les requérants ont besoin pour être suffisamment informés des circonstances ayant donné lieu à l’attestation doit être rédigé par le juge lui-même. L’alinéa 40.1(4)(b) n’exige pas explicitement que le juge rédige lui-même le résumé, et je refuse de conclure à l’existence de cette obligation en l’absence de raisons sérieuses. À mon avis, le rôle que joue le juge dans le cas présent consiste à s’assurer que l’intéressé soit suffisamment informé. En l’espèce, j’ai examiné et approuvé le compte rendu des éléments de preuve mis à ma disposition et, en vertu de mon pouvoir discrétionnaire, j’ai ordonné que certaines parties soient retranchées du résumé dans l’intérêt de la sécurité nationale sans porter atteinte au droit des requérants d’être suffisamment informés. Je tiens également à souligner qu’il existe des situations analogues dans lesquelles les tribunaux retranchent une partie des renseignements qui lui ont été communiqués, comme par exemple dans le cas des affidavits des informateurs de police lorsqu’on demande l’accès au paquet scellé dans une affaire d’écoute électronique (voir l’arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421).

#### 5. «Sans délai»

Les requérants prétendent également que comme l’attestation n’a été transmise à la Cour fédérale qu’après que quatre jours se furent écoulés à compter de la date de la remise de l’attestation, celle-ci n’a pas été transmise «sans délai» comme l’exige l’alinéa 40.1(3)(a) de la Loi.

La Cour d’appel de l’Ontario a examiné le sens de l’expression «sans délai» dans l’arrêt *R. c. Parrot* (1979), 27 O.R. (2d) 333. Le dirigeant syndical accusé était tenu, en vertu d’une loi forçant le retour au travail, d’aviser «sans délai» (en

had become invalid. The Court considered the meaning of “forthwith”, at pages 339-340:

Finally, . . . we are satisfied that the word “forthwith” in s. 3(1) of the statute must be read as meaning “immediately” or “as soon as possible in the circumstances, the nature of the act to be done being taken into account”: 37 Hals., 3d. ed., p. 103; or “as promptly as is reasonably possible or practicable under all the circumstances”: *R. v. Bell*, [1969] 2 C.C.C. 9 at p. 18 . . .

Reference to all reported cases seem to support the twin proposition that “forthwith” does not mean instantly (*R. v. Cuthbertson*, *supra*), but, rather, without any unreasonable delay, considering “the objects of the rule and the circumstances of the case”: *per* Jessel M.R., *Ex parte Lamb* (1881), 19 Ch. D. 169 at p. 173 . . . See also *Mihm et al. v. Minister of Manpower & Immigration*, [1970] S.C.R. 348 at p. 358 . . .

In this case, I am satisfied that the certificate was referred to the Court as soon as was reasonably possible in the circumstances. It is of course desirable that in a case in which the liberty of an individual is at stake, that the matter be brought before the Court with all reasonable speed. In this case, it was necessary for the respondent to gather the necessary evidence and information to be presented before the Court. Such research necessarily takes time from the time that the certificate was issued, and in this case, when part of the time took place over a weekend, I am satisfied that the time taken was reasonable in the circumstances. I would note that the statute provides that the security and intelligence and other reports should be examined by the Court within seven days of the issuance of the certificate, and in this case the four days that did elapse still left the Court with sufficient time to adequately examine the evidence.

## 6. Greater Disclosure

As noted above, the applicants sought greater disclosure of the material that was before the Court in the *in camera* hearing. They sought full disclosure of the documents in the sealed files, that full details be given of the evidence provided by witnesses at the hearing, and that the author of the written material submitted before me be produced for cross-examination. They also requested that

anglais, *forthwith*) ses compagnons de travail que la grève était devenue illégale. La Cour s’est penchée sur le sens des mots «sans délai» aux pages 339 et 340:

a [TRADUCTION] Finalement, . . . nous sommes convaincus qu’il faut interpréter l’expression «sans délai» à l’art. 3(1) de la Loi comme signifiant «immédiatement» ou [TRADUCTION] «dès que possible eu égard aux circonstances et en tenant compte de la nature de l’acte à accomplir» (37 Hals., 3<sup>e</sup> éd., à la p. 103) ou [TRADUCTION] «aussi promptement qu’il est raisonnablement possible ou réalisable en tenant compte de toutes les circonstances» (*R. v. Bell*, [1969] 2 C.C.C. 9, à la p. 18) . . .

Il semble ressortir de toutes les décisions publiées que «sans délai» ne veut pas dire «instantanément» (*R. v. Cuthbertson*, précité) mais plutôt «dans un délai raisonnable», en tenant compte [TRADUCTION] «du but visé par le principe, et des circonstances de l’affaire» (le maître des rôles Jessel dans le jugement *Ex parte Lamb* (1881), 19 Ch. D. 169, à la p. 173 . . . Voir également *Mihm et autres c. Ministre de la Main-d’oeuvre et de l’Immigration*, [1970] R.C.S. 348, à la p. 358 . . .

d En l’espèce, je suis persuadé que l’attestation a été transmise à la Cour dès qu’il était raisonnablement possible de le faire dans les circonstances. Il est évidemment souhaitable, lorsque la liberté d’une personne est en jeu, que la question soit soumise au tribunal avec diligence raisonnable. En l’espèce, il e était nécessaire pour l’intimée de recueillir les éléments de preuve et d’information nécessaires qui devaient être présentés à la Cour. De telles recherches demandent nécessairement un certain f temps à partir du moment de la délivrance de l’attestation et, en l’espèce, eu égard au fait qu’une partie du temps s’est écoulé pendant une fin de g semaine, je suis persuadé que le temps que l’intimée a pris était raisonnable dans les circonstances. Je signale que la loi prévoit que la Cour doit h examiner les renseignements secrets qui sont portés à sa connaissance notamment en matière de sécurité dans les sept jours de la délivrance de l’attestation et qu’en l’espèce les quatre jours qui se sont effectivement écoulés laissaient à la Cour suffisamment de temps pour examiner la preuve.

## 6. Communication plus complète

i Comme je l’ai déjà signalé, les requérants réclament une communication plus complète des documents qui ont été mis à la disposition de la Cour durant l’audience à huis clos. Ils sollicitent la communication intégrale des documents se trouvant dans les dossiers scellés; ils veulent qu’on leur j communique tous les détails au sujet du témoignage donné par les témoins à l’audience, et ils



the officers who searched and questioned the applicants and the translator be made available for cross-examination. They also submitted that any files that CSIS may have on Al-Dawa be produced for examination by the applicants.

The respondent stated at the hearing that it was opposed to producing the CSIS officers who interviewed the applicants for cross-examination, but that the respondent would be prepared to allow the applicants to submit written questions concerning any potential Charter violations or other irregularities which may have occurred during the course of the interview, which the officers would answer by affidavit. The respondent opposed the request for production of any sealed documents, files or other excluded evidence from the hearing on the ground that they could not be disclosed for reasons of national security. For the same reason, the respondent objected to producing the CSIS translator for cross-examination. As for the request to cross-examine the author of the written material, this was considered acceptable as long as the cross-examination was limited to matters that did not enter the realm of national security.

Subsection 40.1(4) of the Act gives me as a judge sitting on review of the certificate the discretion to determine whether any part of the information or evidence before me should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or the safety of persons. I was satisfied that in the circumstances, the disclosure of the sealed file material would be injurious to national security. In this respect, I adopt the remarks of Addy J. in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 242-243 as appropriate guidelines for the exercise of this discretion:

It is of some importance to realize that an "informed reader", that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its

demandent de pouvoir contre-interroger l'auteur des documents qui m'ont été soumis. Ils demandent également qu'on leur permette de contre-interroger les agents qui les ont fouillés et questionnés, et de pouvoir contre-interroger le traducteur. Ils demandent également l'accès aux dossiers que le SCRS pourrait posséder au sujet de l'Ad-Da'wa.

L'intimée a déclaré à l'audience qu'elle s'opposait à ce que les agents du SCRS qui ont interrogé les requérants soient contre-interrogés, mais elle s'est dite prête à permettre aux requérants de soumettre par écrit des questions au sujet de possibles violations de la Charte ou autres irrégularités qui auraient pu se produire au cours de l'entrevue et elle a précisé que les agents y répondraient par affidavit. L'intimée s'est opposée à la demande de production des documents scellés, des dossiers et des autres éléments de preuve exclus de l'audience au motif qu'ils ne pouvaient être communiqués pour des raisons de sécurité nationale. Pour la même raison, l'intimée s'est opposée à ce que le traducteur du SCRS compare pour être contre-interrogé. Quant à la demande de contre-interrogatoire de l'auteur des documents, cette requête a été jugée acceptable à condition que le contre-interrogatoire ne porte que sur des questions ne touchant pas au domaine de la sécurité nationale.

Le paragraphe 40.1(4) de la Loi m'accorde, en ma qualité de juge chargé d'examiner l'attestation, le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication d'une partie des éléments d'information ou de preuve à ma disposition au motif que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes. Je suis persuadé que, dans les circonstances, la communication des documents des dossiers scellés porterait atteinte à la sécurité nationale. À cet égard, je fais miennes les observations formulées par le juge Addy dans le jugement *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 242 et 243 et les considère comme des principes directeurs appropriés pour l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire:

Il importe de se rendre compte qu'un [TRADUCTION] «observateur bien informé», c'est-à-dire une personne qui s'y connaît en matière de sécurité et qui est membre d'un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les

organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. He might, for instance, be in a position to determine one or more of the following: (1) the duration, scope, intensity and degree of success or of lack of success of an investigation; (2) the investigative techniques of the service; (3) the typographic and teleprinter systems employed by CSIS; (4) internal security procedures; (5) the nature and content of other classified documents; (6) the identities of service personnel or of other persons involved in an investigation.

For these reasons, it is not possible to comment directly on the reasons for sealing the particular documents in this case, as my comments could serve to identify the evidence and other factors listed by Addy J. The same considerations would apply to the applicants' request to produce the persons requested for cross-examination. The applicants cite *R. v. Garofoli, supra*, as authority for their request to have the CSIS officers produced for cross-examination. In *Garofoli*, the situation is distinguishable, because while there was concern over the secrecy and efficacy of police investigations, there was no corresponding national security concern.

It is still possible that the process under section 40.1 may violate the Charter. The issue of whether the procedure for review of the security certificate, disclosure of evidence and detention set out in section 40.1 of the Act violates section 7 of the Charter was referred to in oral argument at the hearing, but no detailed submissions were made on this point. It is probable that a detailed Charter argument was to be made by the applicants at the hearing scheduled for March 26, 1991, their "reasonable opportunity to be heard". I have come to the conclusion, however, that it is not necessary to provide the applicants with additional time to constitute reasonable opportunity to be heard, beyond the submissions already made, because it appears to me that the Minister has not demonstrated that the certificate was reasonable on the basis of the evidence before me. As the Charter issues have not been argued in detail, and no evidence has been lead under section 1, I express no opinion as to

rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l'observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu'il possède déjà, être en mesure d'en arriver à des deductions préjudiciables à l'enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. Il pourrait, par exemple, être en mesure de déterminer, en tout ou en partie, les éléments suivants: (1) la durée, l'envergure et le succès ou le peu de succès d'une enquête; (2) les techniques investigatrices du service; (3) les systèmes typographiques et de téléimpression utilisés par le SCRS; (4) les méthodes internes de sécurité; (5) la nature et le contenu d'autres documents classifiés; (6) l'identité des membres du service ou d'autres personnes participant à une enquête.

Pour ces motifs, il m'est impossible de faire des commentaires directs sur les raisons pour lesquelles des documents ont été mis sous scellés en l'espèce, car on pourrait se servir de mes commentaires pour découvrir les éléments de preuve et les autres éléments énumérés par le juge Addy. Les mêmes considérations s'appliqueraient à la demande de contre-interrogatoire formulée par les requérants. Les requérants citent l'arrêt *R. c. Garofoli*, précité, à l'appui de leur demande de contre-interrogatoire des agents du SCRS. La situation en cause dans l'arrêt *Garofoli* était différente parce que même si l'on craignait pour la confidentialité et l'efficacité des enquêtes policières, cette crainte n'existait pas à propos de la sécurité nationale.

Il est quand même possible que la procédure prévue à l'article 40.1 viole la Charte. La question de savoir si la procédure d'examen de l'attestation de sécurité, de communication de la preuve et de détention prévue à l'article 40.1 de la Loi viole l'article 7 de la Charte a été abordée au cours des débats, mais aucune prétention détaillée n'a été présentée sur cette question. Les requérants s'apprêtaient probablement à présenter une argumentation détaillée fondée sur la Charte à l'audience fixée pour le 26 mars 1991, celle où on leur donnait «la possibilité d'être entendu[s]». J'en suis toutefois venu à la conclusion que, pour donner aux requérants la possibilité d'être entendus, il n'est pas nécessaire de leur accorder plus de temps que celui qu'ils ont eu pour présenter les observations déjà formulées, parce qu'il me semble que le ministre n'a pas démontré que l'attestation était raisonnable d'après les éléments de preuve qui m'ont été soumis. Comme les questions relatives à

whether section 40.1 could withstand Charter scrutiny.

### REASONABLENESS OF THE CERTIFICATE

Having concluded that I have jurisdiction to make this determination it might reasonably have been expected that we would now move under paragraph 40.1(4)(c) to provide the persons named in the certificate with a reasonable opportunity to be heard and in fact that was to take place on 26 March 1991. However, having examined the issues involved in some considerable detail and having heard the case for applicants, I can find no need to hear from the detainees because the substantive issue can be determined now.

### DECISION

The first step is to determine the appropriate meaning to be accorded to the word "reasonable" in paragraph 40.1(4)(d). In judicial review of administrative action, the role of the Court is usually not to review the merits of the decision, but rather to determine whether the decision-maker has acted in accordance with the law. Usually, if there is an express requirement of reasonable conduct in the relevant statute, the official if challenged must justify the decision by providing evidence that would demonstrate that there was a rational basis for his decision, and that he did not base his conclusion on irrelevant considerations. An example of the relatively restrictive approach to reasonableness is found in the decision of Lord Diplock in *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.), at page 1064, where he stated that a statutory requirement that a public authority exercise a discretion "reasonably" should be regarded as proscribing "conduct which no sensible authority acting with due appreciation of its responsibilities would have decided to adopt".

la Charte n'ont pas été débattues en détail et qu'aucune preuve n'a été présentée en vertu de l'article premier, je n'exprime aucune opinion quant à la question de savoir si l'article 40.1 a pourrait résister à un examen minutieux fondé sur les dispositions de la Charte.

### CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'ATTES-TATION

Comme j'ai conclu que j'ai compétence pour rendre la présente décision, on pourrait s'attendre normalement à ce que nous prenions maintenant des mesures en vertu de l'alinéa 40.1(4)c) pour donner aux personnes désignées dans l'attestation la possibilité d'être entendues et, c'est effectivement ce qui devait se produire le 26 mars 1991. Cependant, après avoir procédé à un examen approfondi des points litigieux et après avoir entendu la thèse des requérants, je ne vois pas la nécessité d'entendre les personnes retenues parce que la question de fond peut être tranchée dès maintenant.

### DÉCISION

La première étape consiste à déterminer le sens exact qu'il convient d'accorder au mot «raisonnable» qu'on trouve à l'alinéa 40.1(4)d). Lorsque la Cour procède au contrôle judiciaire des actes de l'administration, son rôle consiste habituellement non pas à examiner le bien-fondé de la décision, mais plutôt à déterminer si la personne qui a pris la décision a agi conformément à la loi. Habituellement, si la loi applicable soumet explicitement le fonctionnaire à l'obligation d'agir de façon raisonnable, celui-ci doit, si on lui reproche sa conduite, justifier sa décision en présentant des éléments de preuve qui démontreraient que sa décision était raisonnablement justifiée et qu'il n'a pas fondé ses conclusions sur des considérations non pertinentes. On trouve un exemple d'une conception relativement restrictive du caractère raisonnable dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.), à la page 1064, dans lequel lord Diplock déclare que lorsqu'une loi oblige une autorité publique à exercer un pouvoir discrétionnaire «de manière raisonnable», on doit considérer que cette exigence interdit [TRADUCTION] «toute conduite qu'une autorité sensée et dûment consciente de ses responsabilités n'aurait pas décidé d'adopter».

In my opinion, however, a higher standard of proof of reasonableness should be applied in cases where an interest in personal liberty is at stake. In *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] A.C. 74, the House of Lords considered certain provisions of the British *Immigration Act* [(U.K.), 1971, c. 77] and held that if an immigration officer ordered the detention of any person as an illegal entrant, it would not be sufficient merely to show some reasonable grounds for the action. As a liberty interest was at stake in the detention, the immigration officer had to satisfy a civil standard of proof to a high degree of probability that the detained person was an illegal entrant. As Lord Scarman stated for the majority, at pages 113-114:

My Lords, I would adopt as appropriate to cases of restraint put by the executive upon the liberty of the individual the civil standard flexibly applied . . . It is not necessary to import into the civil proceedings of judicial review the formula devised by judges for the guidance of juries in criminal cases. Liberty is at stake: that is, as the court recognised in *Bater v. Bater* [1951] P. 35 and in *Hornal v. Neuberger Products Ltd.* [1957] 1 Q.B. 247, a grave matter. The reviewing court will therefore require to be satisfied that the facts which are required for the justification of the restraint put upon liberty do exist. The flexibility of the civil standard of proof suffices to ensure that the court will require the high degree of probability which is appropriate to what is at stake. " . . . the nature and gravity of an issue necessarily determines the manner of attaining reasonable satisfaction of the truth of the issue": Dixon J. in *Wright v. Wright* (1948) 77 C.L.R. 191, 210. I would, therefore, adopt the civil standard flexibly applied in the way described in the case law to which I have referred. And I completely agree with the observation made by my noble and learned friend, Lord Bridge of Harwich, that the difficulties of proof in many immigration cases afford no valid ground for lowering the standard of proof required.

Applying the standard set in *Khawaja*, it is apparent to me that the certificate issued under section 40.1 is not reasonable and should therefore be quashed. I do not find that there is sufficient evidence on the standard set out in *Khawaja* for the Minister to have concluded that the applicants were members of the inadmissible classes described in paragraphs 19(1)(f) and 19(1)(g) of the Act. There are insufficient grounds to believe that the applicants will attempt to instigate the

J'estime toutefois qu'il y a lieu d'appliquer une norme de preuve plus élevée en ce qui concerne le caractère raisonnable lorsque la liberté individuelle est en jeu. Dans l'arrêt *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] A.C. 74, la Chambre des lords a examiné certaines dispositions de la *Immigration Act* [(R.-U.), 1971, chap. 77] britannique et a statué que si un agent d'immigration faisait garder une personne au motif qu'elle se trouve illégalement en Angleterre, il ne suffirait pas de justifier la mesure en invoquant certains motifs raisonnables. Comme la liberté individuelle est compromise à cause de la détention, l'agent d'immigration doit satisfaire à une norme de preuve civile plus élevée en démontrant qu'il est très probable que la personne détenue se trouve illégalement en Angleterre. Ainsi que lord Scarman l'a déclaré aux pages 113 et 114 au nom de la majorité:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, j'estime qu'il y a lieu d'adopter la norme civile qui est appliquée avec souplesse dans les cas où l'exécutif restreint la liberté de la personne . . . Il n'est pas nécessaire d'incorporer dans les poursuites civiles dans lesquelles le tribunal exerce un contrôle judiciaire la formule conçue par les juges pour guider les jurés en matière criminelle. La liberté est en jeu: c'est, comme le tribunal l'a reconnu dans les décisions *Bater v. Bater* [1951] P. 35 et *Hornal v. Neuberger Products Ltd.* [1957] 1 Q.B. 247, une grave question. Le tribunal qui procède au contrôle judiciaire devra donc être convaincu que les faits nécessaires à la justification de la limite apportée à la liberté existent effectivement. La souplesse de la norme de preuve civile suffit pour garantir que le tribunal exigera le degré élevé de probabilité qui convient à ce qui est en jeu: [TRADUCTION] « . . . la façon de se convaincre de la véracité d'une question dépend nécessairement de la nature et la gravité de cette question » (le juge Dixon dans l'arrêt *Wright v. Wright* (1948) 77 C.L.R. 191, à la page 210). J'adopterais donc la norme civile qui est appliquée avec souplesse de la manière qui est expliquée dans la jurisprudence que j'ai mentionnée. Et je souscris entièrement à l'observation formulée par mon éminent collègue, lord Bridge of Harwich, suivant laquelle les difficultés de la preuve dans de nombreuses affaires d'immigration ne justifient aucunement l'affaiblissement de la norme de preuve exigée.

Si j'applique la norme établie dans l'arrêt *Khawaja*, il me semble évident que l'attestation délivrée en vertu de l'article 40.1 n'est pas raisonnable et qu'elle devrait par conséquent être annulée. J'estime, suivant la norme établie dans l'arrêt *Khawaja*, que la preuve était insuffisante pour permettre au ministre de conclure que les requérants appartenaient aux catégories non admissibles prévues aux alinéas 19(1)(f) et 19(1)(g) de la Loi. Il n'existe pas de motifs suffisants pour croire que les

subversion by force of any government while in Canada. The connection of the applicants with Al-Dawa, which they freely admitted, is in my opinion an insufficient basis on which to conclude that the applicants will engage in subversion without substantial evidence that they as individuals would engage in subversion while in Canada. The evidence provided by the respondent dealt with the suspected activities of Al-Dawa, but did not provide any evidence as to the potential for subversive activities by the applicants as individuals. As the adjudicator pointed out, the fact that Mr. Smith may have engaged in armed resistance against Iraq in the past does not mean that he will do so while in Canada. As for the address book, I agree with the adjudicator that the explanations provided by the applicants were credible, and consistent with the refugee claim of the applicants.

I would also conclude that it is not reasonable to consider that the applicants will engage in acts of violence that would endanger people in Canada, or are a member of an organization likely to engage in such activities. There was no evidence provided by the respondent that Al-Dawa has engaged in such activities in Canada, or is likely to in the future. The same could be said of the applicants. The possible inferences that could be drawn from their association with Al-Dawa or the address book are in my opinion insufficient in the absence of more direct, individualized evidence about their likelihood to take part in such activities. In my opinion, it is possible that groups which are involved in terrorism, which it appears that Al-Dawa might be in certain circumstances, are not monolithic, but rather may contain within their ranks those who are less disposed to violence or even totally uninvolved. Without more evidence as to the individual proclivity or involvement of the applicants in terrorism or other violence, I do not believe that further detention is reasonable.

requérants essayeront d'inciter au renversement d'un gouvernement par la force pendant leur séjour au Canada. Le rattachement des requérants à l'Ad-Da'wa, qu'ils reconnaissent librement, ne constitue pas à mon avis une raison suffisante pour conclure que les requérants commettront des actes subversifs sans preuve convaincante démontrant qu'ils commettront personnellement des actes subversifs pendant leur séjour au Canada. La preuve fournie par l'intimée portait sur les activités suspectes de l'Ad-Da'wa, mais elle n'a présenté aucune preuve quant aux activités subversives auxquelles les requérants seraient personnellement susceptibles de se livrer. Ainsi que l'arbitre l'a souligné, le fait que M. Smith se soit engagé par le passé dans la résistance armée contre l'Iraq ne veut pas dire qu'il le fera pendant son séjour au Canada. Quant au carnet d'adresses, je suis d'accord avec l'arbitre pour dire que les explications fournies par les requérants étaient dignes de foi et qu'elles sont conciliables avec la revendication du statut de réfugié des requérants.

Je suis également d'avis de conclure que l'on ne peut raisonnablement penser que les requérants commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie humaine pendant leur séjour au Canada, ou qu'ils appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes. L'intimée n'a présenté aucune preuve tendant à démontrer que l'Ad-Da'wa a commis de tels actes au Canada ou qu'elle est susceptible de le faire à l'avenir. On pourrait en dire autant des requérants. Les déductions que l'on pourrait peut-être tirer de leur association avec l'Ad-Da'wa ou du carnet d'adresses sont à mon avis insuffisantes vu l'absence d'éléments de preuve plus directs et personnalisés au sujet de la probabilité qu'ils participent à de telles activités. À mon avis, il est possible que des groupes qui prennent part à des activités terroristes — comme il semble que l'Ad-Da'wa le fasse dans certaines circonstances — ne sont pas monolithiques, mais peuvent compter dans leurs rangs ceux qui sont le moins enclins à la violence ou qui sont mêmes tout à fait passifs. Sans d'autres éléments de preuve sur la propension ou la participation des requérants au terrorisme ou à d'autres actes violents, j'estime que le maintien de leur détention n'est pas raisonnable.

In my opinion, the activities of the applicants are consistent with their claim for refugee status, who often arrive in this country with questionable documentation. The applicants appear to have a genuine refugee claim based upon their opposition to the regime of Saddam Hussein. In any event, it is difficult to believe that if the applicants were intent upon subversion that they would enter Canada with identifying pamphlets, and readily provide immigration officials with a detailed history of their association with a suspect group.

I would therefore direct that the certificate be quashed. The applicants are of course at liberty, should incriminating evidence against either individual come to their attention, to move again under section 40.1, but in the present circumstances the detainees are free to continue with their application for refugee status.

À mon avis, les activités des requérants sont conciliables avec la revendication de statut qu'ils ont présentée en vue d'être reconnus comme réfugiés (lequels arrivent dans bien des cas dans notre pays avec des documents douteux). Il semble que la revendication du statut de réfugié des requérants soit authentique et qu'elle soit fondée sur leur opposition au régime de Saddam Hussein. De toute façon, il est difficile de croire que, si les requérants avaient l'intention de commettre des actes subversifs, ils seraient entrés au Canada avec des tracts d'identification et qu'ils fourniraient volontiers aux fonctionnaires de l'immigration un récit détaillé de leur affiliation à un groupe suspect.

Je suis donc d'avis d'ordonner l'annulation de l'attestation. Il est évidemment loisible à l'intimée, si des preuves incriminantes contre l'une ou l'autre personne étaient portées à son attention, de présenter une autre requête fondée sur l'article 40.1, mais dans les circonstances, les personnes retenues sont libres de poursuivre leur revendication du statut de réfugié.

A-777-90	<b>Mohammed Inman Akthar</b> ( <i>Applicant</i> )	A-777-90	<b>Mohammed Inman Akthar</b> ( <i>requérant</i> )
	v.		c.
	<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )	<sup>a</sup>	<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )
A-780-90	<b>Saijad Hussein</b> ( <i>Applicant</i> )	A-780-90	<sup>b</sup> <b>Saijad Hussein</b> ( <i>requérant</i> )
	v.		c.
	<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )	<sup>c</sup>	<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )
A-942-90	<b>Mohammed Azad</b> ( <i>Applicant</i> )	A-942-90	<b>Mohammed Azad</b> ( <i>requérant</i> )
	v.		c.
	<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )	<sup>d</sup>	<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )

INDEXED AS: AKTHAR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: AKTHAR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Desjardins J.J.A.—Edmonton, March 13 and 14; Ottawa, June 7, 1991.

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Edmonton, 13 et 14 mars; Ottawa, 7 juin 1991.

*Immigration — Refugee status — Extraordinary delays between time of refugee status claims and first stage Tribunal decisions finding no credible basis — That applicants may have passed credible basis test had hearing been held promptly not impacting on justice of matter — Purpose of refugee system not to provide easy means for immigrants to find more desirable country of residence — If applicants no longer reasonably fearing persecution in homeland, cannot complain of unjust treatment in that refugee status claims denied — Possibility delay in holding refugee hearing could give rise to Charter remedy not excluded.*

<sup>f</sup> *Immigration — Statut de réfugié — Laps de temps extraordinaires entre la formulation des revendications du statut de réfugié et les décisions du premier palier d'audience concluant à l'absence du minimum de fondement — Bien que la revendication des parties requérantes eût probablement satisfait au critère du minimum de fondement si leur audition avait eu lieu plus rapidement, cela n'a aucune incidence sur le caractère équitable de la question — L'objet du système applicable aux réfugiés n'est pas de fournir aux immigrants un moyen facile de trouver un pays de résidence plus désirable — Si les parties requérantes n'ont plus de motif raisonnable de craindre d'être persécutées dans leur pays d'origine, elles ne sauraient se plaindre d'être traitées injustement si leurs revendications du statut de réfugié sont rejetées — La possibilité que le retard à tenir l'audience d'un réfugié donne lieu à une réparation fondée sur la Charte n'est pas exclue.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Refugee status claims found to lack credible basis following extraordinary delay in first stage decision — Applicants would probably have passed credible basis test if hearing held promptly — Whether unreasonable delay in processing claims breaching Charter right to fundamental justice and amounting to cruel and unusual treatment — Refugee claimants not enjoying Charter rights of criminal accused — Claimants having to satisfy credible basis test — No Charter remedy for delay in absence of prejudice — No prejudice to applicants if no longer reasonable to fear persecution in home-*

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne — Les revendications du statut de réfugié ont été jugées sans minimum de fondement à la suite d'un laps de temps extraordinaire avant que soit rendue la décision du premier palier d'audience — Les parties requérantes auraient probablement satisfait au critère du minimum de fondement si leur audition avait eu lieu plus rapidement — Le retard abusif à procéder au traitement des revendications porte-t-il atteinte au droit à la justice fondamentale et équivaut-il à un traitement cruel et inusité? — Les demandeurs du statut de réfugié ne jouissent pas des droits*

*land — Possibility delay in processing refugee claim could give rise to Charter remedy not excluded.*

These were applications under *Federal Court Act*, section 28 against a first stage Tribunal's decision finding applicants not to have a credible basis to their refugee status claim. The three applicants, all Fijian nationals of Indian ethnic origin, fled their country in 1987 due to the political situation then prevailing and entered Canada towards the end of that year. Their claims for refugee status having been rejected almost three years later, they alleged that the unreasonable delay in the processing of such claims breached their rights to fundamental justice under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, section 7 and amounted to cruel and unusual treatment under section 12. The issue is whether the considerable length of time between the original formulation of the applicants' refugee claims and the first stage or screening decision can be a source of remedy for them.

*Held*, the applications should be dismissed.

The applicants cannot benefit from the *Immigration Act* since it does not set a fixed time frame within which a credible basis hearing must be held. The process should, nevertheless, be as expeditious as possible. The recent *Immigration Act* amendments were intended to streamline the refugee determination process, facilitating access for genuine claimants while quickly rejecting claims that were false. Even where the statute does set out times, failure by a tribunal to accomplish a duty within a legislated time span will generally have the effect of forcing it to remedy the defect. Only in exceptional circumstances would it result in the out of time decision being found a nullity. In the instant case, nullifying the untimely decisions would be of no help to the applicants.

The applicants' assertion, that delay in the determination of their claims has resulted in a breach of Charter rights, met two insuperable obstacles. In the first place, they were not in the same legal position as an accused person and did not enjoy the specific protection afforded by Charter, paragraph 11(b). The specific dispositions of section 11 are only particular applications of the principles of fundamental justice enshrined in section 7: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.R.C. 1199. The applicants were neither charged nor claimed against by the state; rather, they were asserting claims against the state which has no obligation of proving anything against them. It was the applicants who had to prove, as a threshold test, that they had a credible basis to their claims. Unlike an accused person, they

*que la Charte reconnaît aux accusés — Les demandeurs doivent satisfaire au critère du minimum de fondement — Il n'y a pas réparation fondée sur la Charte en l'absence de préjudice — Aucun préjudice n'est causé aux parties requérantes si elles n'ont plus raison de craindre d'être persécutées dans leur pays — La possibilité que le retard apporté au traitement de la revendication du statut de réfugié puisse donner lieu à une réparation fondée sur la Charte n'est pas exclue.*

Les demandes, fondées sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, contestent la décision par laquelle le premier palier d'audience a conclu que les revendications du statut de réfugié des parties requérantes étaient dépourvues d'un minimum de fondement. Les trois parties requérantes, toutes des ressortissantes de Fiji d'origine ethnique indienne, ont fui leur pays en 1987 en raison de la situation politique qui existait alors et elles sont entrées au Canada vers la fin de l'année en cause. Leurs revendications du statut de réfugié ayant été rejetées presque trois ans après avoir été faites, elles ont soutenu que le retard abusif à traiter ces revendications portait atteinte à leur droit à la justice fondamentale garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'il équivalait à un traitement cruel et inusité prévu à l'article 12. La question consiste à savoir si le laps de temps considérable entre la formulation originale de la revendication du statut de réfugié des parties requérantes et la décision du premier palier d'audience ou de la présélection peut être pour elles une source de réparation.

*Arrêt*: les demandes devraient être rejetées.

La *Loi sur l'Immigration* ne peut être d'aucun secours aux parties requérantes puisqu'elle n'impartit pas un délai fixe pour la tenue de l'audience sur le minimum de fondement; il entre néanmoins dans l'économie de la Loi que le processus soit aussi expéditif que possible. Les modifications récentes apportées à la *Loi sur l'immigration* visaient à alléger le processus de détermination du statut de réfugié de façon à faciliter l'accès aux véritables demandeurs de statut d'une part, et d'autre part, à décourager les abus soupçonnés en renvoyant rapidement les demandeurs non authentiques. Même lorsque la Loi contient des délais fixes, le défaut par un tribunal de s'acquitter d'une fonction dans le délai légal ne lui attire généralement que l'ordre de s'exécuter; seulement dans des circonstances exceptionnelles la décision tardive sera-t-elle considérée nulle. En l'espèce, l'annulation des décisions tardives ne serait d'aucune aide aux parties requérantes.

La prétention des parties requérantes selon laquelle le retard apporté au traitement de leurs revendications portait atteinte aux droits que leur garantit la Charte fait face à deux obstacles insurmontables. Tout d'abord, elles n'étaient pas dans la même situation juridique qu'un accusé, et elles ne jouissaient donc pas de la protection particulière offerte à l'alinéa 11(b) de la Charte. Les dispositions particulières de l'article 11 ne sont que des applications spécifiques des principes de justice fondamentale consacrés à l'article 7: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Les parties requérantes n'étaient ni accusées ni poursuivies par l'État. Au contraire, c'est elles qui faisaient valoir des revendications contre l'État, qui n'a pas l'obligation de prouver quoi que ce soit contre elles. Ce sont ces dernières qui étaient tenues de satisfaire au critère préliminaire applicable au minimum de fondement de leurs revendications. Contrairement à l'accusé,



enjoyed no presumption in their favour and could never attain refugee status unless they satisfied that test.

The second obstacle of the applicants' assertion is that a delay in the resolution of their refugee status claims would not necessarily be unfair to them. Any claim of a Charter breach based on delay must depend on the claimant having been prejudiced. The purpose of the refugee system is not to provide an easy means for immigrants to find a more desirable country of residence but rather to furnish a safe haven for those fearing persecution in their homeland. Accordingly, the justice of the matter was not impacted upon by the fact that applicants may have passed the credible basis test had it been held promptly. If they no longer have reason to fear persecution in their country of origin, they cannot complain of unjust treatment in that their claims to refugee status have been denied. Even in criminal cases, a court is not justified, by the mere passage of time, to find that there has been a denial of justice without taking all the other circumstances into account. In the present case, there is no indication, either by evidence or inference from the circumstances, that the applicants have suffered prejudice or unfairness because of the delay, or that they have suffered from cruel or unusual treatment at the hands of Canadian authorities. The possibility that delay in the conduct of a refugee hearing could give rise to a Charter remedy should not, however, be excluded.

les parties requérantes ne jouissaient d'aucune présomption en leur faveur et elles ne pouvaient jamais obtenir le statut de réfugié à moins de satisfaire au critère applicable.

Le second obstacle aux prétentions des parties requérantes tient à ce que le retard apporté à l'audition de leurs revendications du statut de réfugié n'est pas nécessairement injuste à leur égard. Toute prétention à la violation de la Charte fondée sur le retard doit dépendre de la preuve d'un préjudice. L'objet du système applicable aux réfugiés n'est pas de fournir aux immigrants un moyen facile de trouver un pays de résidence plus désirable, mais plutôt d'offrir un abri sûr à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés dans leur pays d'origine. En conséquence, bien que les parties requérantes eussent probablement satisfait au critère du minimum de fondement si leur audition avait eu lieu peu après leur arrivée, cela n'a aucune incidence sur le caractère équitable de la question. Si la situation dans le pays d'origine des parties requérantes ne soulève plus une crainte raisonnable de persécution, celles-ci ne sauraient se plaindre d'être traitées injustement si leurs revendications du statut de réfugié sont rejetées. Même dans les affaires criminelles, le simple temps écoulé ne justifie pas un tribunal de conclure à un déni de justice sans tenir compte de tous les autres faits. En l'espèce, aucun élément de preuve ni quelque inférence tirée des faits n'indiquent que les parties ont subi une injustice ou un préjudice attribuable au retard, ni qu'elles ont reçu un traitement cruel ou inusité aux mains des autorités canadiennes. Il ne faut toutefois pas exclure la possibilité que le retard à tenir l'audience d'un réfugié puisse donner lieu à une réparation fondée sur la Charte.

#### 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. 7, 11(b), 12.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *W.K.L. v. Canada*, 21616, judgment dated 16/5/91, S.C.C., not yet reported.

##### REFERRED TO:

*Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; [1988] 5 W.W.R. 333 (Sask. C.A.); *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1 (Sask. C.A.); *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-726-90, Pratte, Desjardins and Marceau J.J.A., judgment dated 25/2/91, F.C.A., not yet reported; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska*, A-724-90,

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11b), 12.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *W.K.L. c. Canada*, 21616, jugement en date du 16-5-91, C.S.C., encore inédit.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; [1988] 5 W.W.R. 333 (C.A. Sask.); *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1 (C.A. Sask.); *Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-726-90, juges Pratte, Desjardins et Marceau, J.C.A., jugement en date du 25-2-91, C.A.F., encore inédit; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Paszkowska*,

Hugessen J.A., judgment dated 16/4/91, F.C.A., not yet reported.

A-724-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 16-4-91, C.A.F., encore inédit.

## AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 1st Sess., 33rd Parl., 35 Eliz. II, 1986, pp. 13482-13483.  
Canada. *House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd Sess., 33rd Parl., 37 Eliz. II, 1988, p. 16095.

## DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., 35 Eliz. II, 1986, p. 13482 et 13483.  
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., 37 Eliz. II, 1988, p. 16095.

## COUNSEL:

*Andriy J. Semotiuk and Linda Long* for applicants.  
*Kirk Lambrecht* for respondent.

## AVOCATS:

*Andriy J. Semotiuk et Linda Long* pour les requérants.  
*Kirk Lambrecht* pour l'intimé.

## SOLICITORS:

*Andriy J. Semotiuk*, Edmonton, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## PROCUREURS:

*Andriy J. Semotiuk*, Edmonton, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

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

HUGESSEN J.A.: These three section 28 applications of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] were argued together. They raise only one serious point.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Ces trois demandes fondées sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] ont été plaidées ensemble. Elles ne soulèvent qu'un seul point sérieux.

The three applicants are all Fijian nationals of Indian ethnic origin. All three fled their country at the time of the coups and related disturbances there in 1987. They claimed refugee status in Canada. They were found by a first stage Tribunal not to have a credible basis for their claims. The delays between their first entry into Canada claiming refugee status and the decision of the first stage Tribunal varied from just over two and a half years to just under three years.<sup>1</sup>

Les trois parties requérantes sont toutes des ressortissantes de Fiji d'origine ethnique indienne. Toutes trois ont fui leur pays au moment des coups d'État et des troubles connexes qui s'y sont produits en 1987. Elles ont revendiqué le statut de réfugié au Canada. Le premier palier d'audience a conclu que leurs revendications étaient dépourvues d'un minimum de fondement. Le temps écoulé entre leur première entrée au Canada alors qu'elles ont revendiqué le statut de réfugié et la décision du premier palier d'audience a varié entre juste un peu plus de deux ans et demi et un peu moins de trois ans<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mr. Akthar entered Canada December 13, 1987 and was found not to have a credible basis to his claim July 17, 1990. Mr. Hussein entered Canada November 5, 1987 and was found not to have a credible basis to his claim on July 17, 1990. Mr. Azad entered Canada September 6, 1987 and was found not to have a credible basis to his claim on August 8, 1990.

<sup>1</sup> M. Akthar est entré au Canada le 13 décembre 1987 et sa revendication a été considérée, le 17 juillet 1990, comme n'ayant pas un minimum de fondement. M. Hussein est entré au Canada le 5 novembre 1987 et sa revendication a été jugée, le 17 juillet 1990, comme étant dépourvue du minimum de fondement. M. Azad est entré au Canada le 6 septembre 1987 et sa revendication a été considérée, le 8 août 1990, comme ne possédant pas le minimum de fondement.

The question which arises for determination is whether this quite extraordinary length of time between the original formulation of a refugee claim and the "first stage" or "screening" decision can be the source of any remedy for the present applicants. After anxious consideration I have concluded that it cannot, at least in the circumstances of the present case.

In the first place, it seems evident that the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] itself can provide no succour to the applicants. While the Act does not set a fixed time frame within which a credible basis hearing must be held, I am satisfied that the legislative scheme envisages that the process should be as expeditious as possible. The announced purpose of the amendments to the *Immigration Act* was to streamline and update the refugee determination process so as to facilitate access for genuine claimants while at the same time deterring perceived abuses by quickly turning back those claimants who were not genuine.

In introducing the amendments at second reading the Minister of Employment and Immigration, the Honourable Barbara McDougall, stated as follows:

[Translation]

A more efficient refugee determination system, with greater emphasis on fairness and due process, can only serve to help those in genuine need of our protection and those who play by the rules.

[English]

... We want to be able to deal with those who really need our protection as quickly and humanely as possible. The Government believes that Bill C-55, in concert with the control initiatives of Bill C-84, can achieve the stable, fair and efficient system refugees and Canadians clearly deserve.<sup>2</sup> [Emphasis added.]

At an earlier stage the Minister of State for Immigration, the Honourable Walter McLean, had said:

<sup>2</sup> Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., (June 3, 1988), at p. 16095.

La question qui doit être déterminée consiste à savoir si ce laps de temps vraiment extraordinaire entre la formulation originale de la revendication du statut de réfugié et la décision du «premier palier d'audience» ou de la «présélection» peut être, pour les présentes parties requérantes, une source de réparation. Après m'être anxieusement interrogé, j'ai conclu que ce n'était pas le cas, tout au moins dans les circonstances de l'espèce.

Tout d'abord, il semble évident que la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2] elle-même ne peut être d'aucun secours aux parties requérantes. Bien que la Loi n'impartisse pas un délai fixe pour la tenue de l'audience sur le minimum de fondement, je suis convaincu qu'il entre dans l'économie de la Loi que le processus soit aussi expéditif que possible. L'objectif déclaré des modifications apportées à la *Loi sur l'immigration* était d'une part, d'alléger et de moderniser le processus de détermination du statut de réfugié de façon à faciliter l'accès aux véritables demandeurs de statut et d'autre part, de décourager les abus soupçonnés en renvoyant rapidement les demandeurs non authentiques.

En présentant les modifications en seconde lecture, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, l'honorable Barbara McDougall, a déclaré ce qui suit:

[FRANÇAIS]

Un processus de reconnaissance du statut de réfugié plus efficace, à l'intérieur duquel l'accent sera mis davantage sur l'équité et sur la procédure légale, ne peut qu'être favorable aux personnes qui ont un véritable besoin de protection et aux personnes qui respectent les règles établies.

[TRADUCTION]

... Nous voulons être en mesure de traiter avec ceux qui ont réellement besoin de notre protection aussi rapidement et humainement que possible. Le gouvernement est d'avis que le projet de loi C-55, combiné aux initiatives de contrôle que prévoit le projet de loi C-84, contient toutes les dispositions voulues pour assurer la mise en œuvre du processus stable, équitable et efficace auquel les Canadiens—et les réfugiés—sont manifestement en droit de s'attendre.<sup>2</sup> [C'est moi qui souligne.]

À une étape antérieure, le ministre d'État à l'Immigration, l'honorable Walter McLean, a dit ce qui suit:

<sup>2</sup> Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., (3 juin 1988), à la p. 16095.

**[English]**

There is agreement that claims to refugee status should be treated fairly, humanely and expeditiously.

In formulating our proposals, we have been mindful of our international legal and moral obligations as a signatory to the United Nations convention as well as Canadian standards of justice as set out in the Canadian Bill of Rights and the Charter of Rights and Freedoms. We have taken a cumbersome and elaborate system, an outdated system which caused tragic delays for genuine refugees and months of uncertainty for others, and we have streamlined it. I believe we have made it essentially more fair and more efficient<sup>3</sup>. [Emphasis added.]

Whatever the intention of the scheme, however, and even if the Act did contain a fixed timetable for the completion of the first stage hearings, it is difficult to know how this could be of any comfort to the applicants. As a general rule, failure by a tribunal to accomplish a duty within a legislated time span will usually result in no more than an order that it remedy the defect and get on with the job; at most, and in extraordinary circumstances, it may result in the out of time decision being found to be a nullity.

Here, the applicants have had their decisions, albeit very late. It is quite obvious that nullifying the untimely decisions can be of no help whatsoever to them; that would only put them back where they started. The result would be to make the delays even longer without necessarily providing the applicants with a favourable outcome to their refugee claims.

This brings me to the principle ground urged by counsel for the applicants in support of the section 28 applications, namely 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]]. It is said that the unreasonable delay in the processing of the applicants' claims were in breach of their rights to fundamental justice under section 7 and amounted to cruel and unusual treatment under section 12.

<sup>3</sup> Canada. *House of Commons Debates*, 1st Sess., 33rd Parl., (May 21, 1986), at pp. 13482-13483.

**[TRADUCTION]**

Tout le monde reconnaît que les demandes de statut de réfugié doivent être examinées équitablement, humainement et rapidement.

<sup>a</sup> Dans la formulation de nos propositions, nous n'avons pas perdu de vue nos obligations internationales, légales et morales, en tant que signataires de la convention des Nations-Unies, ni les normes canadiennes de justice fixées par la Déclaration canadienne des droits et la Charte des droits et libertés. Nous avons pris un régime lourd et alambiqué, un régime désuet, qui entraînait des retards tragiques pour d'authentiques réfugiés et des mois d'incertitude pour d'autres, et nous l'avons affiné. Je pense qu'en substance nous en avons fait quelque chose de plus juste et de plus efficace<sup>3</sup>. [C'est moi qui souligne.]

<sup>c</sup> Quelle que soit l'intention du législateur cependant, et même si la Loi contenait un délai fixe pour l'achèvement des audiences au premier palier, il est difficile de savoir comment cela pourrait apporter quelque réconfort aux parties requérantes. Règle générale, le défaut par un tribunal de s'acquitter d'une fonction dans le délai légal ne lui attire rien de plus que l'ordre de s'exécuter; tout au plus, et dans des circonstances exceptionnelles, la <sup>d</sup> décision tardive sera-t-elle déclarée nulle. <sup>e</sup>

En l'espèce, les parties requérantes ont obtenu une décision, bien que tardive. Il est évident que <sup>f</sup> l'annulation des décisions tardives ne saurait leur être d'aucune aide; cela ne ferait que les replacer au point de départ. Cette mesure aurait pour conséquence de prolonger les retards sans nécessairement donner une heureuse issue aux revendications du statut de réfugié des parties requérantes. <sup>g</sup>

Cela m'amène au principal moyen invoqué par l'avocat des parties requérantes à l'appui des demandes fondées sur l'article 28, à savoir la <sup>h</sup> *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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. On soutient que le retard abusif apporté <sup>i</sup> au traitement des revendications des parties requérantes portait atteinte à leur droit à la justice fondamentale garanti par l'article 7 et équivalait à un traitement cruel et inusité en vertu de l'article 12.

<sup>3</sup> Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., (21 mai 1986), aux p. 13482 et 13483.

I am quite prepared for the purpose of this discussion to assume that the applicants' rights to life, liberty and security of the person are put in issue by the refugee determination process, and that a right to a hearing within a reasonable time is an aspect of fundamental justice.

I might even be prepared to concede that unreasonable restrictions, bureaucratic hassles and interminable delays in the processing of claims touching the very fundamentals of human existence, might, in some circumstances, be found to constitute cruel or unusual treatment.

There are, however, as it seems to me, two insuperable obstacles to an acceptance of the applicants' assertion that delay in the determination of their claims has resulted in a breach of Charter rights.

In the first place, the applicants are not at all in the same legal position as an accused person. This, of course means that they do not enjoy the specific protection afforded by paragraph 11(b) of the Charter. That in itself is not conclusive for it is well accepted that the specific dispositions of section 11 are only particular applications of the principles of fundamental justice enshrined in section 7. In *Askov*,<sup>4</sup> Cory J., speaking for a majority of the Supreme Court, said [at page 1219]:

s. 11(b) explicitly focusses upon the individual interest of liberty and security of the person. Like other specific guarantees provided by s. 11, this paragraph is primarily concerned with an aspect of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*. There could be no greater frustration imaginable for innocent persons charged with an offence than to be denied the opportunity of demonstrating their innocence for an unconscionable time as a result of unreasonable delays in their trial. The time awaiting trial must be exquisite agony for accused persons and their immediate family. It is a fundamental precept of our criminal law that every individual is presumed to be innocent until proven guilty. It follows that on the same fundamental level of importance, all accused persons, each one of whom is presumed to be innocent, should be given the opportunity to defend themselves against the charges they face and to have their name cleared and reputation re-established at the earliest possible time.

<sup>4</sup> *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

Je suis parfaitement disposé, aux fins de la discussion, à tenir pour acquis que les droits des parties requérantes à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne sont mis en cause par le processus de détermination du statut de réfugié, et que le droit à une audition dans un délai raisonnable est un aspect de la justice fondamentale.

Je pourrais même être disposé à concéder que des restrictions abusives, des tracasseries administratives et des retards interminables à traiter des revendications qui touchent aux principes essentiels de la vie humaine pourraient, dans certaines circonstances, être assimilés à un traitement cruel ou inusité.

Cependant deux obstacles insurmontables s'opposent, me semble-t-il, à la prétention des parties requérantes que le retard apporté au traitement de leurs revendications constitue une violation des droits que leur confère la Charte.

Tout d'abord, les parties requérantes ne sont pas du tout dans la même situation juridique qu'un accusé. Cela signifie naturellement qu'elles ne jouissent pas de la protection particulière offerte à l'alinéa 11(b) de la Charte. Ce qui n'est pas, en soi, concluant, car il est reconnu que les dispositions particulières de l'article 11 ne sont que des applications spécifiques des principes de justice fondamentale consacrés à l'article 7. Dans l'arrêt *Askov*<sup>4</sup>, le juge Cory, qui s'exprimait pour une majorité de la Cour suprême, a dit ce qui suit [à la page 1219]:

l'al. 11b) vise explicitement le droit individuel à la liberté et à la sécurité de la personne. Comme les autres droits garantis par l'art. 11, cet alinéa vise principalement un aspect particulier de la justice fondamentale garantie en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il est difficile d'imaginer pire frustration pour des personnes innocentes qui sont accusées d'une infraction que celle d'être privées pendant un temps démesurément long de la possibilité de prouver leur innocence, et cela, en raison de délais excessifs à leur faire subir leur procès. L'attente d'un procès doit être un supplice pour les accusés et leur famille immédiate. Il existe un précepte fondamental de notre droit criminel selon lequel toute personne est présumée innocente jusqu'à preuve de sa culpabilité. Il s'ensuit qu'il est tout aussi fondamental qu'un accusé, présumé innocent, ait la possibilité de se défendre de l'accusation portée contre lui, de se disculper et de rétablir sa réputation le plus tôt possible.

<sup>4</sup> *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

This passage, in my view, also serves to point up the clear distinction in law between the position of the present applicants and a person charged with a criminal offense. While it may well be that section 7 includes the right to have the state conduct proceedings other than criminal prosecutions against the citizen within a reasonable delay<sup>5</sup> there can be no such analogy between these applicants and persons accused of crimes.

The applicants are not charged or claimed against by the state in any way. On the contrary they are asserting claims against the state. It is not the state which has any burden of proving anything against the applicants; rather it is the applicants who must satisfy the very low threshold test that they have a credible basis to their claims to be refugees. Finally and most importantly, the applicants enjoy no presumption in their favour in the way that an accused person does. If no disposition is ever made of his case an accused is and remains innocent; a refugee claimant in the same circumstances never attains refugee status.

In *Askov, supra*, a majority of the Supreme Court recognized that the interests served by paragraph 11(b) of the Charter were not only individual but societal as well. That must equally be the case, one would think, where one is dealing with claims against the state: both claimant and the state may have an interest in having a hearing within a reasonable delay. But what is reasonable must of necessity vary from case to case. Since either or both parties may have a perfectly legitimate interest in putting off the hearing for a greater or less period of time it would seem to me to be impossible to affirm that any particular delay in conducting the hearing is always unreasonable, regardless of the circumstances. From the claimant's point of view, some kinds of claims against the state may even improve or mature with the passage of an unreasonable length of time. In the

<sup>5</sup> See for example *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477 (Sask. C.A.) and *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.).

Cet extrait, à mon sens, fait aussi ressortir la claire distinction en droit entre la situation des présentes parties requérantes et celle d'une personne accusée d'une infraction criminelle. Même s'il se peut fort bien que l'article 7 comporte le droit d'exiger que l'État prenne contre un citoyen des procédures qui ne sont pas des poursuites criminelles dans un délai raisonnable<sup>5</sup>, il ne saurait y avoir aucune analogie de ce genre entre ces parties requérantes et des personnes accusées d'actes criminels.

Les parties requérantes ne sont ni accusées ni poursuivies par l'État de quelque façon que ce soit. Au contraire, c'est elles qui font valoir des revendications contre l'État. Ce n'est pas l'État qui a l'obligation de prouver quoi que ce soit contre les parties requérantes; ce sont plutôt ces dernières qui sont tenues de satisfaire au critère préliminaire peu exigeant applicable au minimum de fondement de leurs prétentions au statut de réfugié. En dernier lieu et plus important encore, les parties requérantes ne jouissent d'aucune présomption en leur faveur, comme c'est le cas pour les accusés. En effet, l'accusé dont l'affaire n'est jamais jugée est et demeure innocent; le demandeur du statut de réfugié, dans les mêmes circonstances, n'atteint jamais le statut de réfugié.

Dans l'arrêt *Askov*, précité, une majorité de la Cour suprême a reconnu que les intérêts servis par l'alinéa 11b) de la Charte n'étaient pas uniquement individuels mais sociaux également. On peut croire qu'il doit en être de même pour les revendications contre l'État: la partie requérante aussi bien que l'État peuvent être intéressés à la tenue d'une audience dans un délai raisonnable. Mais ce qui est raisonnable doit forcément varier d'un cas à l'autre. Puisque l'une ou l'autre des parties, ou les deux, peuvent avoir un intérêt parfaitement légitime à retarder l'audience pendant une période plus ou moins longue, il me semblerait impossible d'affirmer qu'un retard particulier à tenir une audience est toujours abusif, indépendamment des circonstances. Du point de vue de la partie requérante, certaines sortes d'actions contre l'État peuvent même s'améliorer ou se parfaire à la suite

<sup>5</sup> Voir par exemple l'arrêt *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477, (C.A. Sask.) et *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (C.A. Sask.).

particular case of refugee claimants it is a commonplace that the paralysis of the former system, with its resulting backlogs, was only resolved by the granting of periodic amnesties and the admission into Canada of persons whose claims to refugee status were doubtful in the extreme.

Since in my view one cannot draw a proper analogy in law between the position of the applicants and persons charged with offenses, any claims to Charter breach based on delay must depend on a showing of prejudice by the claimant: that the delay was for a person in his situation unreasonable. This is the second obstacle faced by these applicants for it is my further view that there is nothing in the circumstances or in the evidence in the present cases to support their claims.

To put the matter another way, a delayed hearing for the resolution of a claim to refugee status is not necessarily an unfair or an unjust one for the claimant. While it is the case that each of the present applicants would probably have passed the credible basis test had his hearing been held shortly after his arrival (and the tribunal so indicated in each case) that has no impact on the justice of the matter. The purpose of the refugee system both in international and domestic law is not to provide an easy means for immigrants to find a new and more desirable country of residence; it is to furnish a safe haven to those who rightly fear they will be persecuted in their country of origin. Thus, if as was found to be the case here, the situation in the applicants' country of origin has now returned to one where it is no longer reasonable to fear persecution, the applicants can have no complaints of unjust treatment if their claims to refugee status are denied.<sup>6</sup> The shoe could, of course, have equally well been on the other foot: the concept of a *réfugié sur place* is well known and persons who find themselves in Canada, at a time when events in their country of origin give rise to a hitherto

<sup>6</sup> See *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (February 25, 1991) A-726-90 (F.C.A.) and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska* (April 16, 1991) A-724-90 (F.C.A.).

d'un laps de temps démesurément long. Dans le cas particulier des demandeurs du statut de réfugié, il est bien connu que la paralysie de l'ancien système, avec ses arriérés de travail inévitables, ne trouvait une solution que dans les amnisties périodiques et l'admission au Canada de personnes dont les revendications du statut de réfugié étaient des plus douteuses.

Comme j'estime qu'on ne peut correctement faire une analogie en droit entre la situation des parties requérantes et celle des personnes accusées d'infractions, toute prétention à la violation de la Charte fondée sur le retard doit dépendre de la preuve d'un préjudice causé au demandeur, à savoir que le retard était abusif pour une personne dans sa situation. C'est là le second obstacle auquel font face ces parties requérantes, car je crois en outre que ni les circonstances ni la preuve dans les présentes affaires n'appuient leurs revendications.

Pour dire les choses différemment, le retard apporté à l'audition d'une revendication du statut de réfugié ne rend pas nécessairement cette audition inéquitable ou injuste pour le demandeur. Bien qu'effectivement la revendication de chacune des parties requérantes eût probablement satisfait au critère du minimum de fondement si leur audition avait eu lieu peu après leur arrivée (et le tribunal l'a laissé entendre dans chaque cas), cela n'a aucune incidence sur le caractère équitable de la question. L'objet du système applicable aux réfugiés, tant en droit international qu'en droit interne, n'est pas de fournir aux immigrants un moyen facile de trouver un pays de résidence nouveau et plus désirable, mais plutôt d'offrir un abri sûr à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés dans leur pays d'origine. Donc, si comme on l'a conclu en l'espèce, la situation dans le pays d'origine des parties requérantes ne soulève plus une crainte raisonnable de persécution, celles-ci ne sauraient se plaindre d'être traitées injustement si leurs revendications du statut de réfugié sont rejetées<sup>6</sup>. Évidemment l'inverse peut tout aussi bien se produire: le concept de *réfugié sur*

<sup>6</sup> Voir *Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (25 février 1991) A-726-90 (C.A.F.) et *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Paszkowska*, (16 avril 1991) A-724-90 (C.A.F.).

unfounded fear of persecution, may claim and be accepted as refugees here.

Even in criminal cases it is now clear that the mere fact of the passage of time will not justify a court in finding that there has been a denial of justice without taking all the other circumstances into account. In the very recent case of *W.K.L. v. Canada*<sup>7</sup> Stevenson J., speaking for a unanimous Supreme Court, said:

Many of the cases which have considered the issue have held that "mere delay" or "delay in itself" will never result in the denial of an individual's rights. This language is imprecise. Delay can, clearly, be the sole "wrong" upon which an individual rests the claim that his or her rights have been denied. The question is whether an accused can rely solely on the passage of time which is apparent on the face of the indictment as establishing a violation of s. 7 or s. 11(d)

Delay in charging and prosecuting an individual cannot, without more, justify staying the proceedings as an abuse of process at common law. In *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, Laskin C.J. (with whom the majority agreed on this point) stated that (at pp.1040-41):

Absent any contention that the delay in apprehending the accused had some ulterior purpose, courts are in no position to tell the police that they did not proceed expeditiously enough with their investigation, and then impose a sanction of a stay when prosecution is initiated. The time lapse between the commission of an offence and the laying of a charge following apprehension of an accused cannot be monitored by Courts by fitting investigations into a standard mould or moulds. Witnesses and evidence may disappear in the short run as well as in the long, and the accused too may have to be sought for a long or short period of time. Subject to such controls as are prescribed by the *Criminal Code*, prosecutions initiated a lengthy period after the alleged commission of an offence must be left to take their course and to be dealt with by the Court on the evidence, which judges are entitled to weigh for cogency as well as credibility. The Court can call for an explanation of any untoward in prosecution and may be in a position, accordingly to assess the weight of some of the evidence.

Does the *Charter* now insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that has passed between the commission of the offence and the laying of the charge? In my view, it does not.

Staying proceedings based on the mere passage of time would be the equivalent of imposing a judicially created limitation period for a criminal offence. In Canada, except in rare

*place* est bien connu, et les personnes qui se trouvent au Canada au moment où des événements dans leur pays d'origine donnent lieu à une crainte de persécution jusque-là non fondée peuvent faire une revendication et être acceptées ici comme réfugiés.

Même dans les affaires criminelles, il est maintenant clair que le simple temps écoulé ne justifie pas un tribunal de conclure à un déni de justice sans tenir compte de tous les autres faits. Dans l'arrêt très récent *W.K.L. c. Canada*<sup>7</sup>, le juge Stevenson, qui s'exprimait pour une Cour suprême unanime, a dit ce qui suit:

Un grand nombre des arrêts qui traitent de la question affirment que le «simple retard» ou le «retard comme tel» n'entraîne jamais d'atteinte aux droits d'un particulier. Ces expressions sont imprécises. Le retard peut clairement être le seul «tort» sur lequel se fonde une personne pour prétendre qu'il y a eu atteinte à ses droits. La question est de savoir si un accusé peut s'appuyer uniquement sur le temps écoulé, qui ressort de l'acte d'accusation, pour prouver qu'il y a violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d).

Le retard à accuser et à poursuivre une personne ne peut, en l'absence d'autres facteurs, justifier l'arrêt des procédures au motif qu'elles constitueraient un abus de procédure selon la common law. Dans l'arrêt *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, le juge en chef Laskin (avec l'accord de la majorité sur ce point) a dit ce qui suit, aux p. 1040 et 1041:

En l'absence de toute prétention que le retard mis à arrêter l'accusé avait quelque but caché, les tribunaux ne sont pas en mesure de dire à la police qu'elle n'a pas enquêté avec assez de diligence et ensuite, comme sanction, de suspendre les procédures quand la poursuite est engagée. Le délai qui s'écoule entre la perpétration d'une infraction et la mise en accusation d'un prévenu à la suite de son arrestation ne peut pas être contrôlé par les tribunaux en imposant des normes strictes aux enquêtes. Preuves et témoins peuvent disparaître à brève comme à longue échéance; de même, on peut avoir à rechercher le prévenu plus ou moins longtemps. Sous réserve des contrôles prescrits par le *Code criminel*, les poursuites engagées longtemps après la perpétration alléguée d'une infraction doivent suivre leur cours et être traitées par les tribunaux selon la preuve fournie, preuve dont le bien-fondé et la crédibilité doivent être évalués par les juges. La Cour peut demander une explication sur tout retard fâcheux de la poursuite et être ainsi en mesure d'évaluer le poids de certains éléments de la preuve.

La *Charte* met-elle maintenant les accusés à l'abri des poursuites simplement en raison du délai écoulé entre la perpétration de l'infraction et la mise en accusation? À mon sens, tel n'est pas le cas.

Mettre fin aux procédures simplement en raison du temps écoulé équivaldrait à imposer une prescription de création judiciaire à l'égard d'une infraction criminelle. Au Canada,

<sup>7</sup> Court file number 21616, judgment dated May 16, 1991.

<sup>7</sup> Numéro du greffe 21616, jugement en date du 16 mai 1991.



circumstances, there are no limitation periods in criminal law. The comments of Laskin C.J. in *Rourke* are equally applicable under the *Charter*.

Section 7 and s. 11(d) of the *Charter* protect, among other things, an individual's right to a fair trial. The fairness of a trial is not, however, automatically undermined by even a lengthy pre-charge delay. Indeed, a delay may operate to the advantage of the accused, since Crown witnesses may forget or disappear. The comments of Lamer J., as he then was, in *Mills v. the Queen*, *supra*, at p. 945, are apposite:

Pre-charge delay is relevant under ss.7 and 11(d) because it is not the *length* of the delay which matters but rather the *effect* of that delay upon the fairness of the trial. [Emphasis added.]

Courts cannot, therefore, assess the fairness of a particular trial without considering the particular circumstances of the case. An accused's rights are not infringed solely because a lengthy delay is apparent on the face of the indictment.

In my view any claim in a non-criminal case to Charter breach based on delay requires to be supported either by evidence or at the very least by some inference from the surrounding circumstances that the claimant has in fact suffered prejudice or unfairness because of the delay. There is no such support to be found in the present cases.

In particular there is no indication that the applicants suffered any procedural unfairness due to the delay in holding the hearings. Indeed, the contrary appears to be the case. In most refugee hearings, whether at the credible basis or at the second stage, the claimant is likely to be the only witness in support of his claim. Here counsel for the applicants was able to use the time available to gather evidence in Fiji and elsewhere; that evidence was produced at the hearing and relied on by the applicants.

To the extent that the Charter claim rests on section 7, there is also no indication in these records as to the reason for the long delay or as to whether any part of it may be due to the applicants themselves. There is equally no indication that any of the applicants, at any time, took any steps with a view to having the matters brought on in a more timely fashion.

sauf dans de rares circonstances, il n'existe pas de prescription en matière criminelle. Les observations du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Rourke* s'appliquent aussi sous l'empire de la *Charte*.

L'article 7 et l'al. 11d) de la *Charte* garantissent notamment le droit de l'inculpé à un procès équitable. Cette équité n'est toutefois pas automatiquement compromise même par un long délai avant le dépôt de l'accusation. En fait, un retard peut jouer en faveur de l'accusé, puisque des témoins à charge peuvent oublier ou disparaître. Les observations du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, à la p. 945, sont pertinentes:

Le délai antérieur à l'inculpation est pertinent en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d), car ce n'est pas la *durée* du délai qui importe, mais plutôt *l'effet* de ce délai sur l'équité du procès. [Je souligne.]

Par conséquent, les tribunaux ne peuvent pas apprécier l'équité d'un procès donné sans prendre en considération les circonstances propres à l'espèce. Il n'y a pas violation des droits de l'accusé simplement en raison du long délai qui ressort de l'acte d'accusation même.

À mon avis, dans les affaires non criminelles, toute prétention à la violation de la Charte fondée sur un retard doit s'appuyer sur la preuve, ou à tout le moins sur quelque inférence tirée des circonstances environnantes, que la partie demanderesse a réellement subi un préjudice ou une injustice imputable au retard. Les présentes affaires n'offrent aucune preuve de ce genre.

Plus particulièrement, rien n'indique que les parties requérantes ont subi une injustice procédurale attribuable au retard à tenir les audiences. De fait, cela semble être le contraire. En effet, dans la plupart des auditions des revendications des réfugiés, que ce soit au palier du minimum de fondement ou au second palier, le demandeur de statut est susceptible d'être le seul témoin à l'appui de sa revendication. Or, en l'espèce, l'avocat des parties requérantes a été capable d'employer le temps dont il disposait pour réunir des éléments de preuve à Fiji et ailleurs; ces éléments de preuve ont été produits à l'audience et les parties requérantes les ont invoqués.

Dans la mesure où la revendication fondée sur la Charte s'appuie sur l'article 7, ces dossiers n'offrent non plus aucun indice du motif du long retard apporté ni ne permettent de déceler s'il peut être en partie imputé aux parties requérantes elles-mêmes. Rien non plus n'indique qu'aucune des parties requérantes, à quelque moment que ce soit, a pris des mesures pour que sa cause soit entendue dans un meilleur délai.

Insofar as the claim for Charter breach finds its source in section 12, there is a total lack of any evidentiary basis whatsoever. There is simply nothing upon which one could say that these applicants in particular, or refugee claimants in general, are suffering from cruel or unusual treatment at the hands of Canadian authorities.

In these circumstances and while, as indicated, I do not exclude the possibility of delay in the conduct of a refugee hearing giving rise to a Charter remedy, this is not such a case.

I would dismiss the section 28 applications.

PRATTE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

Dans la mesure où les prétentions fondées sur la Charte s'appuient sur l'article 12, nous nous heurtons à une absence totale de preuves. Il n'existe tout simplement rien qui permet de dire que ces parties requérantes en particulier, ou les demandeurs de statut de réfugié en général, subissent un traitement cruel ou inusité aux mains des autorités canadiennes.

Bien que, comme je l'ai laissé entendre, je n'exclue pas la possibilité que le retard à tenir l'audience d'un réfugié donne lieu à une réparation fondée sur la Charte, je conclus que tel n'est pas le cas dans les circonstances de l'espèce.

Je rejetterais les demandes fondées sur l'article 28.

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

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

A-17-90

A-17-90

**The Minister of Employment and Immigration**  
(Appellant)

v.

**David Ross Burgon** (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. BURGON (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Linden J.J.A.—Toronto, January 30; Ottawa, February 22, 1991.

*Immigration — Inadmissible classes — Act, s. 19(1)(a)(ii) denying admission to persons who might reasonably be expected, for medical reasons, to cause excessive demands on health or social services — Landing applicant former heroin addict — Examining physician pronouncing applicant fit and healthy — Medical officer rejecting on medical grounds for former addiction — Not shown that drug addiction ongoing disease — Refusal on medical grounds must be based on medical evidence — Act, s. 19(1)(c) denying admission to certain convicted persons — Landing applicant having pleaded guilty, in England, to conspiracy to supply controlled drugs — Put on probation — Under British legislation, where probation order made accused deemed not convicted — Whether word “convicted” in Immigration Act including expunged conviction — No reason for Canadian immigration law to thwart goal of British legislation.*

*Construction of statutes — Immigration — Inadmissible classes — Immigration Act, s. 19(1)(c) denying admission to persons convicted of offence punishable in Canada by ten years’ imprisonment — Landing applicant having pleaded guilty in Britain to conspiracy to supply controlled substance (heroin) — Subsequently pardoned under British legislation providing accused deemed not convicted where probation order made — Meaning of “convicted” in Act consistent with meaning in criminal legislation — Canadian legislation providing for clemency — British legislation having same objective — Laws of foreign jurisdiction having legal system with foundation, values similar to those of Canada to be accorded respect unless solid rationale for departure.*

The respondent, a Canadian citizen, married his wife, Susan Mary Pearn Burgon, in England. Ms. Burgon is a British citizen. They wed, on June 26, 1986, a week after Ms. Burgon was sentenced to two years’ probation upon a plea of guilty to conspiracy to supply controlled drugs. Under subsection 13(1)

**Ministre de l’Emploi et de l’Immigration** (appellant)

a c.

**David Ross Burgon** (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L’EMPLOI ET DE L’IMMIGRATION) c. BURGON (C.A.)

Cour d’appel, juges Mahoney, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 30 janvier; Ottawa, 22 février 1991.

*Immigration — Catégories de personnes non admissibles — L’art. 19(1)(a)(ii) de la Loi refuse l’admission aux personnes qui, pour des raisons d’ordre médical, risqueraient d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé — Ancienne héroïnomane sollicitant le droit d’établissement — Le médecin qui l’a examinée l’a déclarée en bonne santé — Le médecin agréé a rejeté sa demande pour des raisons d’ordre médical en raison de son ancienne toxicomanie — Il n’a pas été démontré que la toxicomanie était une maladie permanente — Un refus reposant sur des raisons d’ordre médical doit être fondé sur des preuves médicales — L’art. 19(1)(c) de la Loi refuse l’admission à certaines personnes qui ont été déclarées coupables — La requérante s’est reconnue coupable, en Angleterre, de complot visant à fournir des drogues contrôlées — Elle a fait l’objet d’une ordonnance de probation — La loi britannique présume que l’accusé n’a pas été déclaré coupable lorsqu’une ordonnance de probation est prononcée — Il s’agit de savoir si l’expression «déclarées coupables» dans la Loi sur l’immigration exclut les déclarations de culpabilité qui ont été effacées — Il n’existe aucune raison pour que le droit canadien de l’immigration contrecarre l’objectif du texte de loi britannique.*

*Interprétation des lois — Immigration — Catégories de personnes non admissibles — L’art. 19(1)(c) de la Loi sur l’immigration refuse l’admission aux personnes qui ont été déclarées coupables d’une infraction punissable au Canada d’un emprisonnement de dix ans — La requérante s’est reconnue coupable en Grande-Bretagne de complot visant à fournir une substance contrôlée (de l’héroïne) — Elle a par la suite obtenu un pardon en vertu d’une loi britannique prévoyant qu’un accusé est réputé ne pas avoir été déclaré coupable lorsqu’une ordonnance de probation est prononcée — Le sens des mots «déclarées coupables» dans la Loi est compatible avec le sens qu’ils ont dans la législation criminelle — La loi canadienne prévoit la clémence — La loi britannique a le même objectif — Il y a lieu de respecter les lois des pays étrangers dont le système juridique repose sur des fondements analogues à ceux du Canada et qui partagent des valeurs similaires à celles du Canada, à moins qu’il existe une raison solide de s’en écarter.*

L’intimé, qui est citoyen canadien, a épousé sa femme, Susan Mary Pearn Burgon, en Angleterre. M<sup>me</sup> Burgon est une citoyenne britannique. Ils se sont mariés le 26 juin 1986, une semaine après que M<sup>me</sup> Burgon eut été condamnée à deux ans de probation après avoir reconnu sa culpabilité à une accusa-

of the *Powers of Criminal Courts Act, 1973* (U.K.), a person placed under sentence of probation is deemed not to be convicted.

During much of Ms. Burgon's childhood, her father, a bank robber, had been in prison. She gave up her course of studies in nursing when she became pregnant at 20. Her first marriage ended in divorce in 1983. Under the influence of her ex-husband, she became addicted to heroin. Upon his incarceration, she dealt in the drug, in exchange for her own supply, for the account of a criminal named Szuluk. The Szuluk ring, including Ms. Burgon, was arrested. In spite of Szuluk's warnings to remain silent, she volunteered evidence upon which he and others, including her son and her father, were sentenced to prison. The Burgons lived in England from June, 1986 until January, 1987, when they travelled to Canada. In March, 1987, Ms. Burgon applied for permanent residence in Canada, sponsored by the respondent. On December 7, 1987, an order was issued in Britain discharging her from her conviction.

The Minister rejected the application for permanent residency. This rejection was communicated to Ms. Burgon in February, 1988, while she was in England to attend the funeral of her son, dead of a heroin overdose. The refusal was on the grounds that she fell within two classes of inadmissible person: persons convicted of a serious offence, under paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, and persons who, for medical reasons, might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services under paragraph 19(1)(a)(ii). The Appeal Division of the Immigration and Refugee Board reversed on both grounds. That decision was appealed by the Minister.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Linden J.A.: The meaning of the word "convicted" in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* is consistent with its meaning in Canadian criminal legislation. The British legislation as to the effect of a probation order upon a "conviction" has the same objectives as does Canadian criminal law.

The Act contemplates, in paragraph 18(1)(c), that convicted persons who have been rehabilitated may be admitted. The *Criminal Records Act* and the *Criminal Code*, similarly, permit a person to be cleansed of a conviction. Parliament is presumed to have known the state of the criminal law in re-enacting the *Immigration Act*; the word "convicted" in the Act should be interpreted consistently with existing criminal legislation, which deems a person who has been pardoned not to have been convicted.

The British clemency legislation is consistent with Canadian law. While the law of another country cannot be controlling in the determination whether admission should be granted, the

tion de complot en vue de fournir des drogues contrôlées. Aux termes du paragraphe 13(1) de la *Powers of Criminal Courts Act, 1973* (R.-U.), une personne qui fait l'objet d'une ordonnance de probation est réputée ne pas avoir été déclarée coupable.

<sup>a</sup> Durant la plus grande partie de l'enfance de M<sup>me</sup> Burgon, son père, qui dévalisait les banques, avait été en prison. Elle a abandonné ses études de nursing lorsqu'elle est devenue enceinte à l'âge de 20 ans. Elle a divorcé de son premier mari en 1983. Sous l'influence de son ex-mari, elle est devenue héroïnomane. À la suite de l'incarcération de ce dernier, elle a fait le commerce de la drogue, en échange de son propre approvisionnement, pour le compte d'un criminel nommé Szuluk. Les membres de la bande de Szuluk ont été arrêtés, y compris M<sup>me</sup> Burgon. Malgré le fait que Szuluk l'avait prévenue de garder le silence, elle a volontairement donné un témoignage à la suite duquel Szuluk et d'autres personnes, dont le fils de M<sup>me</sup> Burgon et son père, ont été condamnés à des peines d'emprisonnement. Les Burgon ont vécu en Angleterre de juin 1986 à janvier 1987, alors qu'ils se sont rendus au Canada. En mars 1987, parrainée par l'intimé, M<sup>me</sup> Burgon a présenté une demande de résidence permanente au Canada. Le 7 décembre 1987, elle a obtenu en Angleterre une absolution qui a effacé sa déclaration de culpabilité.

<sup>b</sup> Le ministre a rejeté la demande de résidence permanente. Cette décision a été communiquée à M<sup>me</sup> Burgon en février 1988 alors qu'elle se trouvait en Angleterre pour assister aux funérailles de son fils, mort à la suite de l'absorption d'une dose massive d'héroïne. La demande de la requérante a été refusée au motif qu'elle appartenait à deux catégories de personnes non admissibles: celle des personnes déclarées coupables d'une infraction grave au sens de l'alinéa 19(1)(c) de la *Loi sur l'immigration*, et celle des personnes qui, pour des raisons d'ordre médical, risqueraient d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé au sens du sous-alinéa 19(1)(a)(ii). La section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a infirmé la décision initiale sur les deux motifs. Le ministre a interjeté appel de cette décision.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

<sup>c</sup> Le juge Linden, J.C.A.: Les termes «déclarées coupables» que l'on trouve à l'alinéa 19(1)(c) de la *Loi sur l'immigration* est compatible avec le sens qu'ils ont dans la législation criminelle canadienne. La loi britannique poursuit les mêmes objectifs que le droit criminel canadien en ce qui concerne l'effet d'une ordonnance de probation à la suite d'une «déclaration de culpabilité».

<sup>d</sup> La Loi prévoit, à son alinéa 18(1)(c), que les personnes déclarées coupables qui se sont réadaptées peuvent être admises. De même, la *Loi sur le casier judiciaire* et le *Code criminel* permettent d'effacer la déclaration de culpabilité dont une personne a fait l'objet. Il faut supposer que lorsqu'il a adopté de nouveau la *Loi sur l'immigration*, le législateur fédéral connaissait l'état du droit criminel; les mots «déclarées coupables» que l'on trouve dans la Loi devraient être interprétés en harmonie avec la législation criminelle existante, qui prévoit qu'une personne qui a obtenu un pardon est réputée ne pas avoir été déclarée coupable.

<sup>e</sup> Les dispositions législatives britanniques qui prévoient la clémence sont compatibles avec le droit canadien. Bien que le droit d'un autre pays ne soit pas déterminant en ce qui concerne

legislation of countries with legal systems having similar foundations and values ought to be accorded respect, especially where their aims are identical. Here, since there is no "conviction" under British law, there is no conviction under Canadian law.

The Appeal Division was correct in holding that the condition of drug addiction named by the medical officer was not shown in fact to be an ongoing disease and that his opinion that the applicant might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services for medical reasons was not based on a medical diagnosis. The fact that someone has had an addiction does not mean that he would automatically come within subparagraph 19(1)(a)(ii).

*Per Mahoney J.A.* (concurring in the result): The opinion called for by paragraph 19(1)(a) is a medical opinion, necessarily based on medical evidence. The admission by a layperson that he has had a condition is not such evidence and could not be used to exclude the applicant after the examining physician had pronounced her a "fit lady" and predicted normal health and life span.

The *Immigration Act* should not be interpreted so as to give preferential consideration to convicted persons who come from countries which share Canada's clemency policy over those who come from countries which do not. The standard for seriousness of the offence is Canadian law, not the foreign law. Under the *Immigration Act*, "convicted" means having been found guilty or having pleaded guilty. For immigration purposes, a person with a foreign pardon for an offence committed abroad still has a conviction, although a person with a Canadian pardon for an offence committed in Canada is deemed not to.

The Appeal Division erred in holding that because the respondent could live with his wife in England, as he had before, there were no extraordinary circumstances justifying relief on compassionate or humanitarian grounds. Paragraph 3(c) makes the reunion in Canada of Canadians with their close relatives an express objective of the Act. Compassionate or humanitarian considerations need not be extraordinary: they can be as ordinary as the love of husband and wife and their natural desire to live together.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 736(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 162; (4th Supp.), c. 1, s. 18 (Sch. I, item 24)).
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.
- Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13.
- Criminal Records Act*, S.C. 1969-70, c. 40, s. 5.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(e).

la question de savoir si l'admission devrait être accordée, il y a lieu de respecter les lois des pays dont les systèmes juridiques reposent sur les mêmes fondements et les mêmes valeurs que les nôtres, surtout lorsque leurs objets sont identiques. En l'espèce, comme il n'y a pas eu de «déclaration de culpabilité» selon la loi britannique, il n'y a pas eu de déclaration de culpabilité selon la loi canadienne.

La Section d'appel a eu raison de statuer que l'on n'avait pas réussi à démontrer que la toxicomanie signalée par le médecin agréé est une maladie permanente et que son avis que la requérante risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé pour des raisons d'ordre médical n'était pas fondé sur un diagnostic médical. Le fait qu'une personne a été toxicomane ne signifie pas qu'elle tombe automatiquement sous le coup du sous-alinéa 19(1)(a)(ii).

Le juge Mahoney, J.C.A. (motifs concordants quant au dispositif): L'avis que prévoit l'alinéa 19(1)(a) est l'avis d'un médecin, qui doit nécessairement être fondé sur une preuve médicale. L'aveu d'un profane qu'il a déjà souffert d'une affection ne constitue pas une preuve médicale et ne peut servir à frapper la requérante d'exclusion après que le médecin qui l'a examinée l'a déclarée «en bonne santé» et que le pronostic prévoit une vie et une santé normales.

La *Loi sur l'immigration* ne devrait pas être interprétée de manière à accorder un traitement préférentiel aux personnes qui ont été déclarées coupables et qui viennent de pays qui partagent la politique de clémence du Canada par rapport à ceux qui viennent de pays qui ne la partagent pas. La gravité de l'infraction se mesure en fonction de la norme du droit canadien, et non de celle du droit étranger. Aux termes de la *Loi sur l'immigration*, le mot anglais «convicted» (déclarées coupables) signifie «found guilty» (reconnues coupables) ou ayant plaidé coupable. En matière d'immigration, la personne qui a obtenu un pardon à l'étranger à l'égard d'une infraction commise à l'étranger continue d'avoir été déclarée coupable, alors que la personne qui a obtenu un pardon au Canada à l'égard d'une infraction commise au Canada est réputée ne pas avoir été déclarée coupable.

La Section d'appel a commis une erreur en statuant que parce que l'intimé pouvait vivre avec sa femme en Angleterre, comme il l'avait déjà fait, il n'existait pas de circonstances extraordinaires justifiant d'accorder pour des raisons d'ordre humanitaire la mesure sollicitée. L'alinéa 3(c) prévoit que la réunion au Canada des citoyens canadiens avec leurs proches parents de l'étranger est un des objectifs explicites de la Loi. Il n'est pas nécessaire que les raisons d'ordre humanitaires soient extraordinaires. Ces raisons peuvent être aussi ordinaires que l'amour d'un mari et de sa femme et leur désir naturel de vivre ensemble.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 736(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 162; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 1, art. 18 (annexe I, item 24)).
- Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.
- Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, chap. 13.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52c).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(c), 19(1)(a)(ii),(c), 77(3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 10, s. 6; (4th Suppl.), c. 28, s. 33); 84(1) (as am. *idem* (4th Suppl.), c. 28, s. 19).

*Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, s. 5(d).

*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(1)(c). **a**

*Powers of Criminal Courts Act*, 1973 (U.K.), 1973, c. 62, s. 13(1).

*Loi sur le casier judiciaire*, S.C. 1969-70, chap. 40, art. 5.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 3c), 19(1)a)(ii),c), 77(3)b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 10, art. 6; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 33); 84(1) (mod., *idem*, (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19).

*Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2, art. 5d).

*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 19(1)c).

*Powers of Criminal Courts Act*, 1973 (R.-U.), 1973, chap. 62, art. 13(1).

**b**

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### APPLIED:

*Seyoum v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-419-90, Mahoney J.A., judgment dated 15/11/90, F.C.A., not yet reported. **c**

### CONSIDERED:

*Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522. **d**

### REFERRED TO:

*R. v. McInnis* (1973), 1 O.R. (2d) 1; 13 C.C.C. (2d) 471; 23 C.R.N.S. 152 (C.A.); *Rex v. Vanek*, [1944] O.R. 428; [1944] 4 D.L.R. 59; (1944), 82 C.C.C. 53 (C.A.); *Reg. v. Blaby*, [1894] 2 Q.B. 170; *The King v. Sheridan (Frank)*, [1937] 1 K.B. 223 (C.A.); *R. v. Grant* (1936), 26 Cr App Rep 8; *Ex parte Johnston*, [1953] O.R. 207; (1953), 105 C.C.C. 161; 16 C.R. 93 (C.A.); *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193. **e**

**f**

## AUTHORS

Canada. *Report of the Canadian Committee on Corrections* (Ottawa: Queen's Printer, 1969) (Chairman: Roger Ouimet). **g**

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed., Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1989.

Wydrzynski, Christopher J. *Canadian Immigration Law and Procedure*, Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1983. **h**

## COUNSEL:

*Donald A. MacIntosh* for appellant.  
*Kenneth P. Swan* for respondent.

**i**

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant. **j**  
*Kenneth P. Swan*, Toronto, for respondent.

## JURISPRUDENCE

### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Seyoum c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-419-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 15-11-90, C.A.F., encore inédit.

### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.); *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522.

### DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. McInnis* (1973), 1 O.R. (2d) 1; 13 C.C.C. (2d) 471; 23 C.R.N.S. 152 (C.A.); *Rex v. Vanek*, [1944] O.R. 428; [1944] 4 D.L.R. 59; (1944), 82 C.C.C. 53 (C.A.); *Reg. v. Blaby*, [1894] 2 Q.B. 170; *The King v. Sheridan (Frank)*, [1937] 1 K.B. 223 (C.A.); *R. v. Grant* (1936), 26 Cr App Rep 8; *Ex parte Johnston*, [1953] O.R. 207; (1953), 105 C.C.C. 161; 16 C.R. 93 (C.A.); *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; (1989), Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193.

## DOCTRINE

Canada. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969) (président: Roger Ouimet).

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5<sup>e</sup> éd., Aurora (Ontario), Canada Law Book, 1989.

Wydrzynski, Christopher J. *Canadian Immigration Law and Procedure*, Aurora (Ontario): Canada Law Book, 1983.

## AVOCATS:

*Donald A. MacIntosh* pour l'appellant.  
*Kenneth P. Swan* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Kenneth P. Swan*, Toronto, pour l'intimé.

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

MAHONEY J.A.: I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment proposed by my brother Linden. While I am in agreement with him in the result and in substantial agreement with him on one of the issues: the medical exclusion, I am unable to agree on the other issue he has dealt with: the exclusion by reason of previous conviction. Consequently, I find it necessary to deal with a third issue: the refusal of the Board to grant relief on humanitarian and compassionate grounds. Mr. Justice Linden had dealt fully with the background facts and I shall not repeat them.

#### THE MEDICAL EXCLUSION

The applicable provision of the *Immigration Act*<sup>1</sup> is paragraph 19(1)(a):

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(i) they are or are likely to be a danger to public health or to public safety, or

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services; [My emphasis.]

The opinion called for by that provision is a medical opinion. A medical opinion as to whether a person is suffering at all from one of the prescribed conditions must necessarily be based on some medical evidence. The question is not whether the person may once have suffered from such a condition. The admission by a lay person that he or she has previously suffered from some condition, not necessarily of a permanent character, is not medical evidence upon which the required medical opinion can be founded. Neither, in the absence of medical evidence, can the fact of a past condition support a medical opinion that such a person might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, as amended.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire le projet de motifs de jugement proposé par mon collègue le juge Linden. Bien que je sois d'accord avec lui quant au dispositif et que je partage, en substance, son opinion sur l'une des questions en litige, celle de l'exclusion fondée sur des raisons d'ordre médical, je ne puis me rallier à son opinion sur l'autre point litigieux qu'il a examiné, en l'occurrence l'exclusion fondée sur la déclaration antérieure de culpabilité. En conséquence, j'estime nécessaire d'aborder une troisième question: le refus de la Commission d'octroyer une mesure spéciale pour des raisons d'ordre humanitaire. Le juge Linden a traité à fond des faits à l'origine du litige et je ne les répéterai pas.

#### L'EXCLUSION FONDÉE SUR LES RAISONS D'ORDRE MÉDICAL

La disposition applicable de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup> est l'alinéa 19(1)a):

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

(i) soit que ces personnes constituent ou constitueraient vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques,

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé; [Les soulignements sont de moi.]

L'avis que prévoit cette disposition est l'avis d'un médecin. L'avis d'un médecin quant à la question de savoir si une personne souffre de l'une des maladies ou invalidités visées doit nécessairement être fondé sur une preuve médicale quelconque. Il ne s'agit pas de savoir si la personne a déjà pu souffrir d'une telle maladie ou d'une telle invalidité. L'aveu d'un profane qu'il a déjà souffert d'une maladie ou d'une invalidité quelconque, qui n'a pas nécessairement un caractère permanent, ne constitue pas une preuve médicale sur laquelle l'avis médical exigé peut être fondé. La maladie ou l'invalidité dont a déjà souffert une personne ne saurait non plus, en l'absence de preuve médicale, appuyer l'avis d'un médecin suivant lequel cette

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. I-2, modifiée.

There was no medical evidence whatever to support the opinion in this case. I share with Mr. Justice Linden the view that there was no flaw in the Board's reasoning on this issue.

### THE U.K. "CONVICTION"

The pertinent provision of the Act is paragraph 19(1)(c):

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(c) persons who have been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes or, if committed outside Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of ten years or more may be imposed, except . . . .

The exception is not in play.

The only question is whether, in the circumstances, the respondent's wife was convicted; if she was, all of the other conditions for exclusion under the provision exist. The Board found that she had not been convicted as contemplated by paragraph 19(1)(c). In my opinion, it erred.

The provision of the British statute, which is recited in Mr. Justice Linden's reasons, does not say that a person for whom a probation or conditional discharge order is made has not been convicted; it says, rather, that for particular purposes, the conviction shall be deemed not to have been a conviction. It is trite to say that none of those purposes can be accepted by a Canadian court as being for purposes of the law of Canada.

With respect, I am not persuaded that Parliament intended to import the policy of any foreign criminal law, however compatible to our own, into our immigration law. Aliens have no right to enter or remain in Canada except such right as competent Canadian legislation has expressly given them. I have been shown no reason why Canada

personne risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. On n'a pas présenté la moindre preuve médicale justifiant l'avis formulé en l'espèce. Je partage l'opinion du juge Linden suivant laquelle le raisonnement suivi par la Commission sur cette question était irréprochable.

### LA «DÉCLARATION DE CULPABILITÉ» PRONONCÉE AU R.-U.

La disposition pertinente de la Loi est l'alinéa 19(1)c):

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

c) celles qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle a été commise au Canada, peut être, ou, si elle a été commise à l'étranger, pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal de dix ans et plus et qui ne . . .

L'exception prévue par le reste de cette disposition ne s'applique pas.

La seule question qui se pose est celle de savoir si, eu égard aux circonstances, l'épouse de l'intimé a été déclarée coupable; dans l'affirmative, toutes les autres conditions prévues par la disposition pour prononcer son exclusion sont réunies. La Commission a conclu qu'elle n'avait pas été déclarée coupable au sens de l'alinéa 19(1)c). À mon avis, elle a eu tort.

La disposition de la loi britannique, qui est reproduite dans les motifs du juge Linden, ne prévoit pas que la personne qui fait l'objet d'une ordonnance de probation ou d'une absolution sous condition n'a pas été déclarée coupable; elle prévoit plutôt qu'à certaines fins déterminées, le contrevenant est réputé ne pas avoir été déclaré coupable. Il va sans dire qu'un tribunal canadien ne saurait considérer l'une ou l'autre de ces fins comme étant l'une des fins poursuivies par le droit canadien.

En toute déférence, je ne suis pas persuadé que le législateur fédéral avait l'intention d'intégrer dans notre droit de l'immigration les principes du droit criminel d'un pays étranger, si compatibles qu'ils soient avec les nôtres. Les étrangers ne peuvent entrer ou demeurer au Canada que dans la mesure où la loi canadienne applicable leur



should afford a prospective immigrant who has committed an offence the benefit of a policy which reflects our current social attitudes for no reason other than that the country in which the offence was committed shares our enlightenment. Why, if in Canada conviction of the offence would likely result in a discharge or probation rather than a fine or imprisonment, notwithstanding a liability to ten or more years' incarceration, ought not prospective immigrants similarly benefit even though their countries of conviction do not accord their convicts similar probationary and conditional options? I am simply not persuaded of a Parliamentary intention to treat similarly situated applicants for admission differently for no reason other than a difference in the criminal law policy of their respective countries of origin.

On the other side of the coin, as we well know, some countries severely, even savagely, punish offences which we regard as relatively minor. Yet Parliament has made clear that it is the Canadian, not the foreign, standard of the seriousness of crimes, as measured in terms of potential length of sentence, that governs admissibility to Canada. The policy basis for exclusion under paragraph 19(1)(c) must surely be the perceived gravity, from a Canadian point of view, of the offence the person has been found to have committed and not the actual consequence of that finding as determined under foreign domestic law. If that is the policy basis, there seems to me no reason why the Canadian standard ought not to apply uniformly to all persons seeking admission regardless of where an offence was committed.

I am also unable to agree that the 1976 amendment [S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(1)(c)] which replaced the term "persons who have been convicted of or admit having committed any crime involv-

accorde expressément ce droit. On ne m'a démontré aucune raison pour laquelle le Canada devrait accorder à un immigrant éventuel qui a commis une infraction les avantages d'un principe général qui reflète les attitudes actuelles de notre société pour l'unique raison que le pays dans lequel l'infraction a été commise partage nos vues éclairées. Si, au Canada, le fait d'être déclaré coupable de l'infraction reprochée donnerait vraisemblablement lieu à une absolution ou à une probation plutôt qu'à une amende ou à une incarceration, malgré le fait que le contrevenant encourt un emprisonnement de dix ans ou plus, pourquoi les immigrants éventuels ne devraient-ils pas bénéficier des mêmes avantages, même si le pays dans lequel ils ont été déclarés coupables ne leur accorde pas des options analogues en matière de probation ou d'absolution sous condition? Je ne suis tout simplement pas convaincu que le législateur fédéral avait l'intention de traiter différemment les personnes qui sollicitent l'admission et qui se trouvent dans la même situation au simple motif que les principes généraux du droit criminel de leur pays d'origine respectif sont différents.

En revanche, comme nous le savons bien, certains pays punissent sévèrement, voire même sauvagement, des infractions que nous considérons relativement mineures. Pourtant, le législateur fédéral a bien précisé que c'est la norme canadienne, et non la norme étrangère, de la gravité des crimes, mesurée en fonction de la durée possible de la peine, qui régit l'admissibilité au Canada. Le fondement logique de l'exclusion prévue à l'alinéa 19(1)c) doit certainement être la gravité relative — envisagée d'un point de vue canadien — de l'infraction dont la personne en cause a été déclarée coupable et non les conséquences réelles de cette conclusion en droit interne étranger. Si c'est le fondement logique, il me semble qu'il n'existe aucune raison de ne pas appliquer uniformément la norme canadienne à toutes les personnes qui sollicitent l'admission indépendamment de l'endroit où l'infraction a été commise.

Je ne puis également partager l'opinion suivant laquelle la modification par laquelle on a remplacé en 1976 [S.C. 1976-77, chap. 52, art. 19(1)c)] l'expression «les personnes qui ont été déclarées

ing moral turpitude” [*Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, s. 5(d)] with the words of the present paragraph 19(1)(c), has the effect of eliminating a plea of guilty as the basis for a conviction within the meaning of the paragraph. I think the amendment to have been concerned with the legal imprecision of the term “moral turpitude” and an intention that guilt ought to be established by due process, not self-indictment.

Nor, with respect, do I see the exclusion from Canada of a person deemed by foreign law not to have been convicted of an offence as thwarting the goals of that foreign law. In the first place, absent a treaty or international convention, foreign legislatures simply have no right to expect our laws to accommodate the purposes of theirs. In any event, while it is doubtless a purpose of the British legislation to relieve offenders of domestic civil disabilities, it ought not, if it is, to be intended to facilitate emigration to Canada.

In my respectful opinion, “convicted”, as used in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, was intended by Parliament to mean “found guilty”, after a plea of guilty or otherwise.<sup>2</sup> It follows that, in my opinion, the Board erred in finding that the respondent’s wife had not been properly denied admission as an immigrant by reason of paragraph 19(1)(c).

<sup>2</sup> This is not, of course, to suggest that the appropriate provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] cannot be invoked to deem that there had been no conviction when s. 19(1)(c) provides the basis for deporting a person (1) legally in Canada and (2) convicted of an offence committed in Canada. That would be incorporation of Canadian, not foreign, criminal law policy into our immigration law.

coupables de quelque crime impliquant turpitude morale ou qui admettent avoir commis un tel crime» [*Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2, art. 5d)] par les mots de l’actuel alinéa 19(1)c) a pour conséquence de ne plus permettre d’invoquer un plaidoyer de culpabilité pour justifier une déclaration de culpabilité au sens de cet alinéa. J’estime qu’en apportant cette modification, le législateur voulait corriger l’imprécision juridique de l’expression «turpitude morale» et exprimer son intention que la culpabilité soit établie conformément à la loi et non par l’accusé lui-même.

c

En toute déférence, je ne considère pas non plus que l’exclusion du Canada d’une personne réputée aux termes d’une loi étrangère ne pas avoir été déclarée coupable d’une infraction contrecarre les objectifs de cette loi étrangère. Pour commencer, en l’absence de traité ou d’accord international, les législateurs étrangers n’ont tout simplement pas le droit de s’attendre à ce que nos lois s’ajustent aux objectifs visés par les leurs. De toute façon, bien qu’il ne fasse aucun doute qu’elle ait pour objectif de lever les incapacités civiles internes frappant les contrevenants, la loi britannique ne devrait pas — si c’est effectivement son but — viser à faciliter l’émigration au Canada.

À mon humble avis, en employant le mot anglais «convicted» (déclarées coupables) à l’alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l’immigration*, le législateur fédéral voulait dire «found guilty» (reconnues coupables) à la suite notamment d’un plaidoyer de culpabilité<sup>2</sup>. Il s’ensuit, selon moi, que la Commission a commis une erreur en concluant que c’était à tort que l’épouse de l’intimé s’était vue refuser l’admission à titre d’immigrante en raison de l’alinéa 19(1)c).

<sup>2</sup> Je ne voudrais pas laisser entendre que l’on ne peut invoquer les dispositions applicables du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] pour présumer qu’il n’y a pas eu déclaration de culpabilité lorsque l’art. 19(1)c) prévoit les motifs justifiant de prendre des mesures d’expulsion contre une personne (1) qui se trouve légalement au Canada et (2) qui a été déclarée coupable d’une infraction qui a été commise au Canada. Cela reviendrait à incorporer dans notre droit de l’immigration les principes du droit criminel canadien, et non ceux d’un pays étranger.

COMPASSIONATE AND HUMANITARIAN  
DISCRETION

Since the respondent succeeded before the Board on other grounds, he did not challenge the refusal of his wife's admission on compassionate or humanitarian grounds. The issue was not dealt with by the parties in their memoranda but it was raised by the Court during the course of argument and counsel were afforded the opportunity to address it. In view of the conclusion I have reached on the Board's decision that she should be admitted for other reasons, I must deal with that refusal.

The Act provides [paragraphs 3(c), 77(3)(b) (as am. by. R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 6; (4th Supp.), c. 28, s. 33)]:

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need:

(c) to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

77. ...

(3) A Canadian citizen or permanent resident who has sponsored an application for landing that is refused pursuant to subsection (1) may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds:

(b) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

Again, my emphasis.

In dismissing the respondent's appeal on that ground, the Board said:

... the Board is not persuaded that there exists extraordinary circumstances that warrant the Board granting special relief. The appellant has lived in England for some sixteen years. His twenty-year-old daughter and thirteen-year-old son from a previous marriage reside there. The hardship he might suffer should he return to England, is mainly of economic nature.

It went on to discount the fear and anxiety they claimed on account of Eddie Szuluk's threats of revenge, the background of which is discussed by my brother Linden and upon which I shall not elaborate.

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE FONDÉ  
SUR DES RAISONS D'ORDRE  
HUMANITAIRE

Étant donné qu'il a obtenu gain de cause devant la Commission sur d'autres moyens, l'intimé n'a pas contesté le refus de la Commission d'admettre son épouse pour des raisons d'ordre humanitaire. La question n'a pas été examinée par les parties dans leur mémoire, mais la Cour l'a soulevée au cours des débats et a donné aux avocats l'occasion de l'aborder. Comme j'ai conclu, en ce qui concerne la décision de la Commission, que l'épouse de l'intimé devait être admise pour d'autres raisons, il me faut examiner ce refus.

La Loi dispose [alinéas 3(c), 77(3)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 10, art. 6; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 33)]:

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

c) de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

77. ...

(3) S'il est citoyen canadien ou résident permanent, le répondant peut en appeler devant la Commission en invoquant les moyens suivants:

b) raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

À nouveau, les soulignements sont de moi.

Pour rejeter l'appel de l'intimé sur ce moyen, la Commission a déclaré:

[TRADUCTION] ... la Commission n'est pas persuadée qu'il existe des circonstances extraordinaires qui justifient l'octroi d'une mesure spéciale par la Commission. L'appelant a vécu en Angleterre pendant quelque seize années. Sa fille de vingt ans et son fils de treize ans issus d'un mariage antérieur y résident. Le préjudice qu'il pourrait subir s'il retournait en Angleterre est surtout de caractère économique.

Elle a poursuivi en ne tenant pas compte de la crainte et de l'angoisse qu'ils imputent aux menaces de revanche proférées par Eddie Szuluk. La situation est analysée par mon collègue le juge Linden et je ne veux pas entrer dans les détails de ce problème.

The circumstances in which the Board may exercise its discretion under paragraph 77(3)(b) need not be extraordinary. All that is needed are compassionate or humanitarian considerations. It seems to me that such considerations can be among the most ordinary in the world: the love of husband and wife and their natural desire to live together.

Furthermore, the basis upon which the relief was denied: the relative absence of hardship should the respondent have to return to England to be reunited with his wife, runs clearly contrary to an express objective of the *Immigration Act*: the reunion in Canada of Canadian citizens with their close relatives from abroad. I have no hesitation in saying that, had this been an appeal by the respondent against the refusal of relief on compassionate or humanitarian grounds, I should have allowed it.

### CONCLUSION

The relief available in this appeal is prescribed by paragraph 52(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]:

52. The Federal Court of Appeal may

(c) in the case of an appeal other than an appeal from the Trial Division,

- (i) dismiss the appeal or give the decision that should have been given, or
- (ii) in its discretion, refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate;

This Court has traditionally and properly accorded a high degree of deference to the Board in the exercise of its discretion under paragraph 77(3)(b). Where error has been found, we have almost always exercised the discretion of subparagraph 52(c)(ii) and remitted the matter for re-determination. That said, no provision of the *Immigration Act* detracts from our remedial discretion under subparagraph 52(c)(i). In my opinion, we would be remiss in our duty if we did not exercise our discretion to give the decision that should have been given where no question of fact remains to be resolved by the Board and its error in law is so

Il n'est pas nécessaire que les circonstances dans lesquelles la Commission peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 77(3)(b) soient extraordinaires. Il suffit qu'il existe des raisons d'ordre humanitaire. Il me semble que ces raisons peuvent être les plus ordinaires qui soient: l'amour d'un mari et de sa femme et leur désir naturel de vivre ensemble.

En outre, la raison invoquée pour refuser d'octroyer la mesure sollicitée, en l'occurrence l'absence relative de préjudice que subirait l'intimé s'il retournait en Angleterre pour y retrouver sa femme, va manifestement à l'encontre d'un objectif explicite de la *Loi sur l'immigration*: la réunion au Canada des citoyens canadiens avec leurs proches parents de l'étranger. Je n'ai aucune hésitation à affirmer que si l'intimé avait interjeté appel du refus d'octroyer une mesure spéciale pour des raisons d'ordre humanitaire, j'y aurais fait droit.

### CONCLUSION

La réparation qui peut être accordée dans le cadre du présent appel est prévue à l'alinéa 52(c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]:

52. La Cour d'appel peut:

c) dans les autres cas d'appel:

- (i) soit rejeter l'appel ou rendre la décision qui aurait dû être rendue,
- (ii) soit, à son appréciation, renvoyer l'affaire pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées;

Notre Cour a jusqu'à maintenant — et à juste titre — témoigné beaucoup de déférence envers la Commission en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 77(3)(b). Lorsqu'une erreur a été constatée, nous avons presque toujours exercé le pouvoir discrétionnaire prévu au sous-alinéa 52(c)(ii) et renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision. Ceci dit, aucune des dispositions de la *Loi sur l'immigration* ne nous enlève le pouvoir discrétionnaire de réparation que nous accordons le sous-alinéa 52(c)(i). À mon avis, nous manquerions à notre devoir si nous n'exercions pas notre pouvoir discrétionnaire en rendant la décision qui aurait dû être rendue alors qu'il ne reste plus de question de fait à trancher par la Commis-

plainly grounded in its failure to respect Parliament's express statement of the policy of the Act.

An appeal is from a decision, not the reasons for it. Since it is my opinion that the Board reached the right result, albeit on the wrong basis, I would dispose of the appeal as proposed by Mr. Justice Linden.

\* \* \*

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

LINDEN J.A.: Susan Mary Pearn Burgon's life in England was not a happy one. Born in 1949, the applicant was the eldest of eight children. Her father was a bank robber, who spent much of his life in prison. When she was 9 years of age, her mother disappeared for a time and, as a result, she and her siblings had to be looked after by child care authorities. At seventeen, she was living on her own, working as a waitress and studying nursing. In 1969, at age 20, she got pregnant, left her nursing course and gave birth to her elder son, Simon. Soon after that she met and, in 1971, married her first husband, Harry Pearn. A second son, Nicholas, was born to the Pearn. Harry Pearn was a violent, possessive person, who occasionally had trouble with the law. In 1981, Ms. Burgon left Pearn. When they were divorced in 1983, Pearn was given custody of the children.

Pearn, who had used cannabis regularly, led Ms. Burgon to smoke it for a time, but she eventually gave it up in 1974. Pearn began to use heroin in 1981 and introduced Ms. Burgon to that as well, during her visits to the children. She learned that he was dealing in heroin and, being concerned for her children's welfare, she moved back into his house to protect them. Unfortunately, she later became addicted to heroin herself.

In 1984, she again tried to break her addiction by moving to Cornwall, but she was not successful.

sion et que son erreur de droit repose si manifestement sur son défaut de respecter les principes généraux que le législateur fédéral a explicitement déclarés dans la Loi.

<sup>a</sup> Un appel porte sur une décision, et non sur les motifs invoqués à l'appui de celle-ci. Comme je suis d'avis que la Commission est parvenue au bon résultat, bien que pour la mauvaise raison, je trancherais l'appel de la manière proposée par le juge Linden.

\* \* \*

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Susan Mary Pearn Burgon n'a pas eu une vie heureuse en Angleterre. Née en 1949, la requérante était l'aînée de huit enfants. Son père dévalisait les banques et a passé une grande partie de sa vie en prison. Lorsque la requérante avait neuf ans, sa mère est disparue pendant un certain temps et les services de protection de l'enfance ont dû s'occuper d'elle et de ses frères et sœurs. À dix-sept ans, elle vivait seule. Elle travaillait comme serveuse et étudiait en vue de devenir infirmière. En 1969, à l'âge de 20 ans, elle est devenue enceinte, a abandonné ses études et a donné naissance à son fils aîné, Simon. Peu de temps après, elle a rencontré son premier mari, Harry Pearn, qu'elle a épousé en 1971. Les Pearn ont mis au monde un second fils, Nicholas. Harry Pearn était un homme violent et possessif qui avait à l'occasion des démêlés avec la justice. En 1981, M<sup>me</sup> Burgon a quitté Pearn. Lorsque leur divorce a été prononcé en 1983, la garde des enfants a été confiée à Pearn.

Pearn, qui avait consommé régulièrement du cannabis, a poussé M<sup>me</sup> Burgon à en fumer pendant un certain temps, mais celle-ci a fini par y renoncer en 1974. Pearn a commencé à consommer de l'héroïne en 1981 et il y a également initié M<sup>me</sup> Burgon au cours des visites qu'elle rendait aux enfants. Elle a appris qu'il faisait le commerce de l'héroïne et, préoccupée par le bien-être de ses enfants, elle est revenue vivre avec lui pour les protéger. Malheureusement, elle est elle-même devenue héroïnomane par la suite.

<sup>j</sup> En 1984, elle a tenté à nouveau sans succès de se désintoxiquer en allant s'installer en Cornouailles.

When Pearn was arrested and imprisoned for drug offences, her supply of heroin was cut off. Instead of quitting she then came under the influence of a local drug dealer called Eddie Szuluk, who gave her one gram of heroin, which was divided into 20 portions, 2 for her own use and 18 to be sold. Her older son, Simon, soon became a drug user. She tried to escape from Szuluk's influence but failed. She sought her father's help, but rather than helping her, he too became a dealer for Szuluk.

In 1985, Ms. Burgon was arrested on drug charges along with Szuluk and others. While awaiting trial in prison, where she remained for 10 months, she learned from her younger son, Nicholas, that her elder son, Simon, was now involved in drug deals for Szuluk. Despite having been warned by Szuluk to keep quiet, this caused her to give a statement to the police which led to the imprisonment of her son, Simon, her father, and Szuluk as well as others. She pleaded guilty to conspiracy to supply controlled drugs and was sentenced on June 18, 1986 to probation for two years. On sentencing her, the Judge, Sir Hugh Park, explained that he was being lenient with her because she had been addicted, because she had been influenced by Szuluk, because she had made a full confession and because she had been willing to testify for the prosecution. Szuluk received a sentence of 10 years and others in his ring were also sentenced to varying terms of imprisonment.

On June 26, 1986, Ms. Burgon married David Ross Burgon, the respondent, a Canadian citizen who was living in England. They had met in 1981 and had kept in touch during her involvement in the court proceedings. After the wedding, they lived in Barnstaple for a few months, where Ms. Burgon worked in the local pub.

In January, 1987, Mr. Burgon's mother fell ill and the couple travelled to Canada to see her. In March of 1987, sponsored by her husband, Ms. Burgon applied for permanent residence in Canada. On December 7, 1987, with the help of

Par suite de l'arrestation et de l'emprisonnement de Pearn pour des délits liés aux stupéfiants, son approvisionnement en héroïne a été coupé. Au lieu de cesser de consommer, elle est tombée sous l'influence d'un pourvoyeur local de drogues appelé Eddie Szuluk, qui lui a remis un gramme d'héroïne, qui a été divisé en 20 portions, 2 pour son propre usage et 18 pour la vente. Son fils aîné, Simon, est rapidement devenu un consommateur de drogues. Elle a tenté sans succès d'échapper à l'influence de Szuluk. Elle a demandé à son père de l'aider, mais au lieu de la secourir, il est devenu lui aussi un pourvoyeur pour Szuluk.

En 1985, M<sup>me</sup> Burgon a été appréhendée à la suite d'accusations ayant trait à des stupéfiants avec Szuluk et d'autres personnes. Pendant qu'elle attendait de subir son procès en prison, où elle a passé dix mois, son fils cadet, Nicholas, lui a appris que son fils aîné, Simon, faisait maintenant le commerce des stupéfiants pour Szuluk. Malgré le fait que Szuluk l'avait prévenue de garder le silence, cette nouvelle l'a incitée à faire à la police une déclaration qui a conduit à l'incarcération de son fils, Simon, de son père, de Szuluk, ainsi que d'autres personnes. Elle s'est reconnue coupable de complot visant à fournir des drogues contrôlées et elle a été condamnée le 18 juin 1986 à deux ans de probation. En prononçant la sentence, le juge, sir Hugh Park, a expliqué qu'il faisait preuve de clémence envers elle parce qu'elle avait été une toxicomane, qu'elle avait été influencée par Szuluk, qu'elle avait fait des aveux complets et qu'elle était prête à témoigner pour la poursuite. Szuluk a écopé d'une peine de dix ans d'emprisonnement et d'autres membres de sa bande ont également été condamnés à diverses peines d'emprisonnement.

Le 26 juin 1986, M<sup>me</sup> Burgon a épousé David Ross Burgon, l'intimé, un citoyen canadien qui vivait en Angleterre. Ils s'étaient rencontrés en 1981 et étaient restés en contact pendant qu'elle subissait son procès. Après leur mariage, ils ont vécu pendant quelques mois à Barnstaple, où M<sup>me</sup> Burgon a travaillé au pub local.

En janvier 1987, la mère de M. Burgon est tombée malade et les Burgon sont venus la voir au Canada. En mars 1987, parrainée par son mari, M<sup>me</sup> Burgon a présenté une demande de résidence permanente au Canada. Le 7 décembre 1987, avec

her probation officer, she received an English discharge order which had the effect of clearing her completely. Following that, she was admitted as a visitor to Canada and awaited word from Employment and Immigration Canada.

In February, 1988, Ms. Burgon's eldest son, Simon, died of an overdose of drugs. She returned to England to attend the funeral and, while there, she received a letter from the Canadian immigration authorities informing her that her application for permanent residence had been rejected. Her husband succeeded in getting Ms. Burgon permission to re-enter Canada temporarily, where they now live and wish to remain safely out of the reach of Eddie Szuluk.

Ms. Burgon's application for landing was initially refused on the ground that she was a member of two inadmissible classes. First, it was said that, because of her "conviction", she was caught by paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* which stipulates:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(c) persons who have been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes or, if committed outside Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of ten years or more may be imposed, except persons who have satisfied the Governor in Council that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed for the offence;

Second, it was stated that, because of her previous heroin addiction, she came under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* which reads:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

l'assistance de son agent de probation, elle a obtenu en Angleterre une absolution qui a eu pour effet de l'acquitter complètement. Par la suite, elle a été admise au Canada à titre de visiteur et a attendu qu'Emploi et Immigration Canada entre en communication avec elle.

En février 1988, le fils aîné de M<sup>me</sup> Burgon, Simon, est mort à la suite de l'absorption d'une dose massive de drogues. Elle est retournée en Angleterre pour assister aux funérailles, et, pendant qu'elle se trouvait là-bas, elle a reçu une lettre des autorités canadiennes de l'immigration l'informant que sa demande de résidence permanente avait été rejetée. Son mari a réussi à obtenir que M<sup>me</sup> Burgon soit autorisée à rentrer temporairement au Canada, où ils vivent maintenant et désirent demeurer en sécurité hors de l'atteinte de Eddie Szuluk.

La demande d'établissement de M<sup>me</sup> Burgon a initialement été rejetée au motif qu'elle appartenait à deux catégories de personnes non admissibles. On l'a premièrement informée qu'à cause de sa «déclaration de culpabilité», elle tombait sous le coup de l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*, qui dispose:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

c) celles qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle a été commise au Canada, peut être, ou, si elle a été commise à l'étranger, pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal de dix ans et plus et qui ne peuvent justifier auprès du gouverneur en conseil ni de leur réadaptation ni du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de leur peine;

En deuxième lieu, on lui a dit qu'à cause de son ancienne héroïnomanie, elle tombait sous le coup du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, dont voici le libellé:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

Mr. Burgon appealed to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, which in a decision dated August 21, 1989, reversed on both grounds, admitting the applicant to Canada. The Minister of Employment and Immigration now appeals to this Court.

The more complex issue is whether Ms. Burgon is excluded from Canada pursuant to paragraph 19(1)(c) because of having pleaded guilty to a charge of conspiring to supply controlled substances, for which she was sentenced to two years probation, or whether she is saved from the operation of paragraph 19(1)(c) by subsection 13(1) of the United Kingdom's *Powers of Criminal Courts Act, 1973* [(U.K.), 1973, c. 62] which stipulates:

13. (1) ... a conviction of an offence for which an order is made under this Part of this Act placing the offender on probation or discharging him absolutely or conditionally shall be deemed not to be a conviction for any purpose other than the purposes of the proceedings in which the order is made and of any subsequent proceedings which may be taken against the offender under the preceding provisions of this Act.

The appellant's counsel contended, *inter alia* that, by pleading guilty to the charge against her and by being found guilty and being sentenced, she was "convicted of an offence", as this phrase is used in paragraph 19(1)(c). It was urged that the United Kingdom legislation cannot determine the meaning of the word "convicted" in the *Immigration Act*, which has different objectives than the British criminal law.

The respondent's counsel contended, *inter alia*, that the Appeal Division properly found as a fact that she was not convicted in the U.K. and, further, that the law of England should be controlling on this issue. In other words, if she is convicted in England, she is "convicted" here; if she is not convicted there, she is not "convicted" here.

It is clear that the word "convicted" does not have a universal, immutable meaning; this word, like so many other words, may have "equivocal" and "different meanings depending upon the con-

M. Burgon en a appelé devant la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui, dans une décision datée du 21 août 1989, a infirmé la décision initiale sur les deux motifs et a admis la requérante au Canada. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration se pourvoit maintenant devant notre Cour.

La question litigieuse plus complexe est celle de savoir si M<sup>me</sup> Burgon est frappée d'exclusion du Canada en vertu de l'alinéa 19(1)c) parce qu'elle s'est reconnue coupable du complot en vue de fournir des substances contrôlées dont elle a été accusée et à l'égard duquel elle a été condamnée à une probation de deux ans, ou si elle échappe à l'application de l'alinéa 19(1)c) par application du paragraphe 13(1) de la *Powers of Criminal Courts Act, 1973* [(R.-U.), 1973, chap. 62] du Royaume-Uni, qui dispose:

13. (1) [TRADUCTION] ... le contrevenant qui a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il fait l'objet d'une ordonnance de probation ou d'une ordonnance d'absolution inconditionnelle ou sous condition prononcée en vertu de la présente partie de la présente loi est réputé n'avoir été déclaré coupable que dans le cadre de l'instance au cours de laquelle l'ordonnance a été prononcée et dans celui de toute poursuite ultérieure qui pourrait être intentée contre lui en vertu des dispositions précédentes de la présente loi.

L'avocat de l'appelant prétend notamment que, comme elle s'est reconnue coupable de l'infraction dont elle a été accusée et comme elle a été jugée coupable et a été condamnée, elle a été «déclarée coupable d'une infraction» au sens de l'alinéa 19(1)c). Il affirme que la loi du Royaume-Uni ne saurait déterminer le sens des mots «déclarées coupables» de la *Loi sur l'immigration*, qui a des objectifs différents de ceux du droit criminel britannique.

L'avocat de l'intimé prétend notamment que c'est à bon droit que la Section d'appel a conclu que M<sup>me</sup> Burgon n'avait pas été déclarée coupable au Royaume-Uni et, de surcroît, que le droit de l'Angleterre devait régir la question. En d'autres termes, si elle est déclarée coupable en Angleterre, elle est «déclarée coupable» ici; si elle n'est pas déclarée coupable là-bas, elle n'est pas «déclarée coupable» ici.

Il est évident que les mots «déclarées coupables» n'ont pas un sens universel immuable. Comme tant d'autres mots, ils peuvent avoir [TRADUCTION] «des sens équivoques et différents selon le contexte



text in which it is used". (See *R. v. McInnis* (1973), 1 O.R. (2d) 1 (C.A.), at page 10 *per* Martin J.A.; *Rex v. Vanek*, [1944] O.R. 428 (C.A.), at page 433, *per* Robertson C.J.O.) There are a series of reported cases that interpret the word "conviction" in various criminal procedure contexts, but these specialized decisions are not very helpful in discovering the meaning of the word in this particular context. (See *Reg. v. Blaby*, [1894] 2 Q.B. 170, sentencing matter; *The King v. Sheridan (Frank)*, [1937] 1 K.B. 223 (C.A.), *autrefois convict*; *R. v. Grant* (1936), 26 Cr App Rep 8, effect of guilty plea; *Ex parte Johnston*, [1953] O.R. 207 (C.A.), effect of guilty plea; *R. v. McInnis, supra*, appeal powers.)

What must be decided in this case is whether the policy of the *Immigration Act* predominates in arriving at the meaning of the word "convicted", whether the policy of the criminal law should be controlling, or whether the Court should seek to harmonize the legislation in these two areas. Also, there is a foreign element in this case, which requires this Court to consider what recognition, if any, should be given to the laws of a foreign country in this interpretation exercise.

The *Immigration Act* sets out certain inadmissible classes of persons who are "identified generally as threats to the public health, welfare, economy, safety and national security of Canada". (See Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), at page 160). In particular, paragraph 19(1)(c) is "designed to exclude individuals who have been convicted of serious offences." (*Ibid.*, at page 167) But all people who have committed crimes are not necessarily excluded forever. Immigration law, like society generally, may forgive those who commit crimes. Those who satisfy "the Governor in Council that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed" may be admitted. (See paragraph 19(1)(c)). This provision indicates that a person who commits a serious crime may be given

dans lequel ils sont employés» (voir *R. v. McInnis* (1973), 1 O.R. (2d) 1 (C.A.), à la page 10, le juge Martin, J.C.A.; *Rex v. Vanek*, [1944] O.R. 428 (C.A.), à la page 433, le juge en chef de l'Ontario Robertson). Il existe plusieurs décisions publiées dans lesquelles l'expression «déclaration de culpabilité» a été interprétée dans divers contextes de procédure criminelle, mais ces décisions d'espèce ne nous sont pas très utiles pour découvrir le sens de cette expression dans le présent contexte particulier (voir *Reg. v. Blaby*, [1894] 2 Q.B. 170 (affaire portant sur la détermination de la peine); *The King v. Sheridan (Frank)*, [1937] 1 K.B. 223 (C.A.); (*autrefois convict*) *R. v. Grant* (1936), 26 Cr App Rep 8 (conséquences du plaidoyer de culpabilité); *Ex parte Johnston*, [1953] O.R. 207 (C.A.) (conséquences du plaidoyer de culpabilité); *R. v. McInnis*, précité (pouvoirs en matière d'appel).

La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si, lorsqu'il s'agit de cerner le sens de l'expression «déclarées coupables», ce sont les principes généraux de la *Loi sur l'immigration* qui l'emportent ou si ce sont ceux du droit criminel, ou encore si la Cour devrait essayer de concilier les textes de loi dans ces deux domaines. En outre, il y a un élément étranger en l'espèce, ce qui oblige notre Cour à se demander quelle reconnaissance, s'il y a lieu, devrait être accordée aux lois d'un pays étranger pour interpréter cette expression.

La *Loi sur l'immigration* définit certaines catégories de personnes non admissibles qui [TRADUCTION] «sont caractérisées de façon générale comme une menace pour la santé publique, le bien-être, l'économie et la sécurité du Canada» (voir Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure* (1983), à la page 160). En particulier, l'alinéa 19(1)c) vise [TRADUCTION] «à exclure les personnes qui ont été déclarées coupables d'infractions graves» (*ibid.*, à la page 167). Mais les personnes qui ont commis des crimes ne sont pas toutes exclues à jamais. Le droit de l'immigration peut, à l'instar de la société en général, pardonner à ceux qui commettent des crimes. Peuvent être admises les personnes qui «peuvent justifier auprès du gouverneur en conseil . . . de leur réadaptation [et] du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de leur peine» (voir l'alinéa 19(1)c)). Il ressort de cette disposition qu'une personne qui commet un crime grave peut se voir accorder la

a chance to start a new life in Canada, at least on certain conditions.

The policy of the criminal law in relation to criminal records has changed in recent years, in order to reflect altering social attitudes toward those who have violated the criminal law. The *Report of the Canadian Committee on Corrections* (Ouimet Report) recommended in 1969 that there should be a way of avoiding the damaging consequences of the existence of a criminal record. (See Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989, at page 382). The first legislative response to this was the *Criminal Records Act*, S.C. 1969-70, c. 40, which permitted a pardon by the Governor in Council, after the lapse of a certain period of time, upon the recommendation of the National Parole Board. The effect of such a pardon is that it “vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of such conviction, subject by virtue of any Act of the Parliament . . .” (section 5). Hence, someone convicted of an offence, upon showing that he was of “good behaviour”, could be cleansed of any stain that the conviction caused. Not long after this, the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] of Canada was also amended ([*Criminal Law Amendment Act*, 1972] S.C. 1972, c. 13, assented to June 15, 1972) to allow judges to impose absolute and conditional discharges in appropriate cases. This would have the effect of the accused being “deemed not to have been convicted of the offence to which he pleaded guilty or of which he was found guilty” subject to certain exceptions. (See subsection 662.1(3), now subsection 736(3) [as am. by R.S.C. 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 162; (4th Suppl.), c. 1, s. 18 (Sch. 1, item 24)] of the *Criminal Code* of Canada).

Similar provisions aimed at helping those convicted of crimes to make a new beginning were enacted in the U.K. as well as other countries. The British went farther than Canada; in addition to allowing absolute and conditional discharges, it

chance de refaire sa vie au Canada, du moins à certaines conditions.

Les principes généraux du droit criminel en matière de casiers judiciaires ont changé au cours des dernières années pour refléter l'évolution des attitudes de la société envers ceux qui ont enfreint le droit criminel. Le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (le comité Ouimet) a recommandé en 1969 de trouver une façon d'éviter les conséquences préjudiciables qu'entraîne l'existence d'un casier judiciaire. (Voir Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, (5<sup>e</sup> éd., 1989, à la page 382). La première réaction législative à cette recommandation a été l'adoption de la *Loi sur le casier judiciaire*, S.C. 1969-70, chap. 40, qui permet au gouverneur en conseil d'accorder un pardon, après l'écoulement d'une certaine période de temps, sur la recommandation de la Commission nationale des libérations conditionnelles. L'octroi du pardon a pour effet d'annule[r] la condamnation pour laquelle il est accordé et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, [d']élimine[r] toute déchéance que cette condamnation entraîne, pour la personne ainsi déclarée coupable, en vertu de toute loi du Parlement du Canada . . . » (article 5). Ainsi donc, en faisant la preuve de sa «bonne conduite», la personne déclarée coupable d'une infraction pouvait être lavée de toute souillure causée par la déclaration de culpabilité. Peu de temps après, le *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] du Canada a également été modifié ([*Loi de 1972 modifiant le Code criminel*] S.C. 1972, chap. 13, sanctionnée le 15 juin 1972) pour permettre aux juges d'octroyer dans certaines circonstances une absolution inconditionnelle ou sous condition. Il en résulte que l'accusé «n'est pas censé avoir été déclaré coupable de l'infraction quant à laquelle il a plaidé coupable ou dont il a été déclaré coupable . . . » sous réserve de certaines exceptions. (Voir le paragraphe 662.1(3), maintenant le paragraphe 736(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 162; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 1, art. 18 (annexe I, item 24)] du *Code criminel* du Canada).

Des dispositions semblables visant à aider les personnes déclarées coupables de crimes à refaire leur vie ont été édictées au Royaume-Uni ainsi que dans d'autres pays. Les Britanniques sont allés plus loin que le Canada: en plus de permettre

enacted in subsection 13(1) *supra* that, when an offender was placed on probation, his conviction would be “deemed not to be a conviction”, except for certain technical purposes. It was this provision that enabled Ms. Burgon to have her conviction expunged in the U.K.

The expert, Mr. Manraj, explained the effect of this U.K. legislation:

Though a probation order can only be made following a conviction for an offence, that conviction is not to be deemed to be a conviction for any purpose other than for the purposes of the proceedings in which the order is made. Thus, the “conviction” will be a “conviction” for the purpose of allowing the accused to appeal against the “conviction”, but it will not be deemed to be a conviction e.g. for the purpose of subsequently empowering a Court to pass a heavier sentence, when this is possible, provided the accused has a previous sentence, when this is possible, provided the accused has a previous conviction. It will only be recognized as a previous “conviction”, if there is a subsequent conviction for the same type of offence.

Apart from these instances, once probation is ordered and entered upon, there is no longer a “conviction”. [Emphasis added.]

This evidence was accepted by the Appeal Division. This U.K. legislation, while not identical to that of Canada, is certainly similar in content and in effect.

In my view, when Parliament re-enacted the *Immigration Act* in 1976 [S.C. 1976-77, c. 52], it must be taken to have known about its own earlier penal legislation which allowed for the elimination of criminal convictions from the records of deserving individuals. In using the word “convicted” in paragraph 19(1)(c), therefore, Parliament meant a conviction that had not been expunged, pursuant to any other legislation it had enacted. If a “conviction” had been erased by the provisions of another law of Parliament, it was not meant to be treated in the same way as a conviction that had not been removed from a person’s record. If it had intended that the word “convicted” in the *Immigration Act* be interpreted otherwise, it could and should have demonstrated that. Interpreting paragraph 19(1)(c) in this way, the *Immigration Act* and the criminal legislation in Canada is rendered

l’absolution inconditionnelle et sous condition, on y a adopté le paragraphe 13(1) précité qui prévoit que le contrevenant qui a été déclaré coupable d’une infraction pour laquelle il fait l’objet d’une ordonnance de probation [TRADUCTION] «est réputé [ne pas] avoir été déclaré coupable», sauf à certaines fins techniques. C’est cette disposition qui a permis à M<sup>me</sup> Burgon de faire effacer sa déclaration de culpabilité au Royaume-Uni.

L’expert, M<sup>e</sup> Manraj, a expliqué les conséquences de ces dispositions législatives du Royaume-Uni:

[TRADUCTION] Bien qu’une ordonnance de probation ne puisse être prononcée qu’après que le contrevenant a été déclaré coupable d’une infraction, ce contrevenant est réputé n’avoir été déclaré coupable que dans le cadre de l’instance au cours de laquelle l’ordonnance a été prononcée. Ainsi donc, l’accusé est réputé avoir été «déclaré coupable» dans le but de lui permettre d’interjeter appel de la «déclaration de culpabilité», mais il est réputé ne pas avoir été déclaré coupable pour permettre, par exemple, par la suite à la Cour de prononcer une peine plus lourde, dans les cas où cela est possible, pourvu que l’accusé ait déjà fait l’objet d’une peine, qu’il ait déjà été condamné. Ce n’est que dans le cas où il est par la suite déclaré coupable du même type d’infraction que l’on considère que l’accusé a déjà été «déclaré coupable».

Hormis ces cas, une fois que le contrevenant a fait l’objet d’une ordonnance de probation qui a été inscrite, il n’est plus «déclaré coupable» [Soulignements ajoutés].

Ce témoignage a été accepté par la Section d’appel. Même s’il n’est pas identique à celui du Canada, ce texte de loi du Royaume-Uni y est certainement semblable de par son contenu et de par ses effets.

J’estime qu’il faut supposer que lorsqu’il a adopté de nouveau la *Loi sur l’immigration* en 1976 [S.C. 1976-77, chap. 52], le législateur fédéral connaissait ses propres textes de loi pénale antérieurs, qui permettaient d’effacer les déclarations de culpabilités criminelles du casier des personnes méritantes. En employant les termes «déclarées coupables» à l’alinéa 19(1)c), le législateur visait donc une déclaration de culpabilité qui n’avait pas été effacée en vertu de toute autre loi édictée par lui. Si une «déclaration de culpabilité» était effacée par application des dispositions d’une autre loi du législateur fédéral, ce dernier ne voulait pas qu’elle soit traitée de la même manière qu’une déclaration de culpabilité qui n’avait pas été supprimée du casier judiciaire d’une personne. S’il avait voulu que les termes «déclarées coupables» que l’on trouve dans la *Loi sur l’immigration*

consistent, not in conflict. The policy of the criminal law is incorporated within the *Immigration Act*.

I am fortified in this view by an examination of the legislative history of paragraph 19(1)(c), which was significantly different in its earlier form. The *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, paragraph 5(d), prohibited certain classes of “persons who have been convicted of or admit having committed any crime involving moral turpitude...” [underlining added] from entering Canada. If this wording had continued in the legislation of 1976, Ms. Burgon would probably have fallen within it and been properly excluded, because she had “admit[ted] having committed a crime” [underlining added]. However, the new immigration legislation of 1976 dropped the underlined words, leaving only the key word “convicted”. This provision now had a different meaning; a mere plea of guilty would not now be sufficient to come within the section. This legislative reform came after the *Criminal Code* amendments which received royal assent on June 15, 1972, permitting absolute and conditional discharges as a method of disposition in Canada. Thus when the underlined words were omitted from the *Immigration Act* in 1976, leaving only the word “convicted”, Parliament must be taken to have been aware of the device of deeming an offender not to have been convicted and, therefore, must be taken to have meant to exclude such persons from the ambit of paragraph 19(1)(c) and to render the *Immigration Act* consistent with the *Criminal Code* of Canada.

The further question to consider is whether the U.K. legislation, which is similar in purpose, but not identical to the Canadian law, should be treated in the same way. In both countries, certain offenders are granted the advantage of avoiding the stigma of a criminal record so as to facilitate their rehabilitation. There is no good reason for

soient interprétés autrement, il aurait pu et aurait dû l'exprimer. Lorsqu'on interprète de cette manière l'alinéa 19(1)c), on réussit à concilier — et non à mettre en conflit — la *Loi sur l'immigration* et la législation criminelle canadienne. Les principes généraux du droit criminel sont intégrés dans la *Loi sur l'immigration*.

Je suis conforté dans cette opinion par l'examen de l'historique législatif de l'alinéa 19(1)c), qui était très différent dans sa rédaction antérieure. L'alinéa 5d) de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2, interdisait à certaines catégories de «personnes qui ont été déclarées coupables de quelque crime impliquant turpitude morale, ou qui admettent avoir commis un tel crime...» [soulignement ajouté] d'entrer au Canada. S'il avait été repris dans la loi de 1976, ce libellé aurait probablement visé M<sup>me</sup> Burgon, qui aurait été légitimement frappée d'exclusion, parce qu'elle avait «admis avoir commis un crime» [soulignement ajouté]. Cependant, dans la nouvelle loi de 1976 sur l'immigration, on a laissé tomber les mots soulignés et on a laissé seulement les mots clés «déclarées coupables». Cette disposition a maintenant un sens différent: il ne suffirait plus de plaider coupable pour tomber sous le coup de cet article. La réforme législative est intervenue après l'adoption des modifications qui ont été apportées au *Code criminel* et qui ont reçues la sanction royale le 15 juin 1972, prévoyant notamment l'absolution inconditionnelle ou sous condition à titre de mesure permise au Canada. Ainsi donc, on doit supposer que lorsqu'il a omis en 1976 les mots soulignés dans la *Loi sur l'immigration* et qu'il a laissé seulement les mots «déclarées coupables», le législateur fédéral connaissait la fiction juridique par laquelle on présume qu'un contrevenant n'a pas été déclaré coupable et, par conséquent, on doit supposer que le législateur fédéral voulait soustraire ces personnes à l'application de l'alinéa 19(1)c) et rendre la *Loi sur l'immigration* compatible avec le *Code criminel* du Canada.

L'autre question à examiner est celle de savoir si le texte de loi du Royaume-Uni, dont l'objet est semblable, mais non identique à celui de la loi canadienne, devrait être traité de la même façon. Dans les deux pays, certains contrevenants se voient accorder l'avantage d'éviter l'infamie causée par l'existence d'un casier judiciaire pour faciliter

Canadian immigration law to thwart the goal of this British legislation, which is consistent with the Canadian law. Our two legal systems are based on similar foundations and share similar values. In another context, which is not unrelated to this, Mr. Justice MacGuigan of this Court has written [*Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.), at page 176]:

In the absence of exceptional circumstances ... Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. In the case of a non-democratic State, contrary evidence might be readily forthcoming, but in relation to a democracy like the United States contrary evidence might have to go to the extent of substantially impeaching, for example, the jury selection process in the relevant part of the country, or the independence or fair-mindedness of the judiciary itself. [See also *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469].

The same might be said of the United Kingdom as of the United States.

Unless there is some valid basis for deciding otherwise, therefore, the legislation of countries similar to ours, especially when their aims are identical, ought to be accorded respect. While I certainly agree with Justice Bora Laskin that the law of another country cannot be “controlling in relation to an inquiry about criminal convictions to determine whether immigration to Canada should be permitted”, (see *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850, at page 863) we should recognize the laws of other countries which are based on similar foundations to ours, unless there is a solid rationale for departing therefrom. In the words of the Appeal Division:

It would constitute a grave assault on the Canadian sense of justice if either the Canadian immigration department or the Canadian justice system would empower itself to deem a person convicted of an offence when the person is deemed not to be convicted of the same offence in the jurisdiction where the offence was allegedly committed.

While this Court is not required to go so far as to “attorn” to the law of all foreign jurisdictions, as argued by the respondent’s counsel, it is appropriate to do so in this case, because the laws and the

leur réadaptation. Il n’existe aucune raison valable pour que le droit canadien de l’immigration contrecarre l’objectif de ce texte de loi britannique, qui est compatible avec le droit canadien. Nos deux systèmes juridiques reposent sur des fondements analogues et partagent des valeurs semblables. Dans un autre contexte, qui n’est pas étranger à celui-ci, le juge MacGuigan de notre Cour a écrit [*Ministre de l’Emploi et de l’Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.), à la page 176]:

En l’absence d’une preuve de circonstances exceptionnelles ... les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu’il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. Dans le cas d’un État non démocratique, il peut être facile de faire la preuve contraire, mais en ce qui a trait à un État démocratique comme les États-Unis, il se peut qu’il faille aller jusqu’à démontrer, par exemple, que le processus de sélection du jury est gravement atteint dans la région en question ou que l’indépendance ou le sens de l’équité des juges est en cause. [Voir également l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d’Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469].

Ce qui a été dit au sujet des États-Unis vaut également pour le Royaume-Uni.

À moins qu’il existe un motif valable de rendre une autre décision, j’estime donc qu’il y a lieu de respecter les lois des pays qui sont semblables aux nôtres, surtout lorsque leurs buts sont identiques. Bien que je sois certainement d’accord avec le juge Bora Laskin pour dire que le droit d’un autre pays «n’est pas déterminant en ce qui concerne une question relative aux condamnations criminelles posée aux fins de déterminer si l’immigration au Canada devrait être permise» (voir *Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850, à la page 863), nous devons reconnaître les lois d’autres pays qui reposent sur les mêmes fondements que les nôtres, à moins qu’il existe une raison solide de s’en écarter. Pour reprendre les mots de la Section d’appel:

[TRADUCTION] On porterait gravement atteinte au sens canadien de la justice si le ministère canadien de l’Immigration ou le système judiciaire canadien s’autorisait lui-même à présumer qu’une personne est déclarée coupable d’une infraction alors que cette personne est réputée ne pas avoir été déclarée coupable de la même infraction dans le territoire où l’infraction aurait été commise.

Bien que notre Cour ne soit pas, comme le fait valoir l’avocat de l’intimé, tenue d’aller jusqu’à «reconnaître» les lois de tous les ressorts étrangers, il convient de le faire en l’espèce, parce que les lois

legal system of the other country are similar to ours.

There being no “conviction” in the U.K., therefore, and there being no reason to refuse to grant recognition to the law of the U.K. which is similar to ours, Ms. Burgon was not “convicted” as that term is used in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* and she is not excluded.

The less complex issue is the medical one. The Appeal Division reversed the initial decision which denied Ms. Burgon entry on the basis that she was covered by subparagraph 19(1)(a)(ii). In doing so it reasoned as follows:

The [medical] report indicates that the applicant suffers no abnormality; the diagnosis reads “a fit lady” and the prognosis reads “normal life-health expectancy”. According to the applicant she was not questioned by the medical examiner about her drug addiction, yet, the medical officer’s narrative reads:

This lady has suffered from heroin addiction. She has been convicted of a conspiracy to supply controlled drugs and is at present on a two year probation period authorized by the Courts which will not be completed until June 1988. Inadmissible under section 19(1)(a)(ii) of the Act (Drug Addiction).

It would appear that the physician who conducted the physical examinations of the applicant made neither findings nor references to the applicant’s past drug habit. The medical officer who wrote the narrative seemed to have based his opinion on the information provided by the applicant who admitted to the charge of conspiracy to supply controlled drugs during her interview with the visa officer. The Board concurs with counsel for the appellant that the medical refusal is flawed in two respects. Firstly, it is flawed in the matter of fact that the condition “drug addiction”, named by the medical officer is not shown to be an ongoing disease, disorder, disability or other health impairment to which subparagraph 19(1)(a)(ii) can be applied. Secondly, it is also flawed in the opinion expressed in the medical narrative which concludes that the applicant “would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health and social services” based on a diagnosis totally void of medical evidence. Neither the convictions nor the probations mentioned in the narrative is relevant to paragraph 19(1)(a)(ii).

The Board finds that the medical refusal is without a premise and, therefore, is not valid in law.

I have not been persuaded that there is any flaw in this reasoning.

et le système juridique de l’autre pays sont similaires aux nôtres.

Comme il n’y a pas de «déclaration de culpabilité» au Royaume-Uni et qu’il n’y a pas de raison de refuser de reconnaître la loi du Royaume-Uni qui est semblable à la nôtre, M<sup>me</sup> Burgon n’a pas été «déclarée coupable» au sens de l’alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l’immigration* et elle n’est pas frappée d’exclusion.

La question moins complexe est la question d’ordre médical. La Section d’appel a infirmé la décision initiale par laquelle on a refusé l’entrée à M<sup>me</sup> Burgon au motif qu’elle était visée par le sous-alinéa 19(1)a)(ii). Pour ce faire, la Section d’appel a suivi le raisonnement suivant:

[TRADUCTION] Le rapport [médical] indique que la requérante ne souffre d’aucune anomalie; le diagnostic indique que c’est [TRADUCTION] «une femme en bonne santé» et le pronostic prévoit [TRADUCTION] «une vie et une santé normales». Suivant la requérante, le médecin traitant ne l’a pas interrogée au sujet de sa toxicomanie. Pourtant, le médecin agréé explique, dans son exposé:

[TRADUCTION] Cette femme a été victime d’héroïnomanie. Elle a été déclarée coupable de complot en vue de fournir des drogues contrôlées et fait présentement l’objet d’une probation de deux ans autorisée par les tribunaux qui ne prendra fin qu’en juin 1988. Elle est non admissible aux termes du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi (toxicomanie).

Il semblerait que le médecin qui a procédé à l’examen des facultés physiques de la requérante n’a pas tiré de conclusion au sujet de l’ancienne toxicomanie de la requérante et qu’il n’y a pas fait allusion. Le médecin qui a rédigé l’exposé semble avoir fondé son avis sur les renseignements fournis par la requérante, qui a reconnu, au cours de son entrevue avec l’agent des visas, avoir été accusée de complot en vue de fournir des drogues contrôlées. La Commission est d’accord avec l’avocat de l’appelant pour dire que le refus fondé sur des raisons d’ordre médical est entaché de deux erreurs. Premièrement, il est entaché d’une erreur de fait en ce sens qu’il n’est pas démontré que la «toxicomanie» signalée par le médecin agréé est une maladie ou une invalidité permanente auquel le sous-alinéa 19(1)a)(ii) peut s’appliquer. En deuxième lieu, il est également entaché d’une erreur en raison de l’avis exprimé dans l’exposé dans lequel le médecin agréé conclut que la requérante «entraînerait ou risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé» sur le fondement d’un diagnostic qui n’est appuyé par aucune preuve médicale. Les déclarations de culpabilité et les probations mentionnées dans l’exposé sont dénuées de toute pertinence en ce qui concerne le sous-alinéa 19(1)a)(ii).

La Commission conclut que le refus pour des raisons d’ordre médical n’est nullement fondé et, par conséquent, qu’il n’est pas valable en droit.

On ne m’a pas convaincu que ce raisonnement était erroné.

What was done by the medical officers here was similar to what was done in *Seyoum v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (A-419-90, Mahoney J.A., judgment dated 15/11/90, not yet reported), where the applicant was said to be covered by subparagraph 19(1)(a)(ii) because he had been found unfit to stand trial for murder by reason of insanity. Mr. Justice Mahoney of this Court said that this could not “automatically support the conclusion that he might reasonably be expected to cause excessive demands on health and social services”. So too, the fact that someone had been addicted to drugs did not mean that automatically she would fall within subparagraph 19(1)(a)(ii), as was assumed by the medical officers.

Ms. Burgon, therefore, is not inadmissible because of subparagraph 19(1)(a)(ii).

For these reasons, this appeal is dismissed and Ms. Burgon is granted a fresh start in Canada. Costs will be to the respondent on a solicitor-client basis in accordance with subsection 84(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] of the *Immigration Act*.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

Ce que les médecins ont fait en l'espèce ressemble à ce qui a été fait dans l'arrêt *Seyoum c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (A-419-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 15-11-90, encore inédit), dans lequel la Cour a jugé que le requérant était visé par le sous-alinéa 19(1)a(ii) parce qu'il avait été jugé incapable de subir son procès pour cause d'aliénation mentale. Le juge Mahoney de notre Cour a déclaré que cela ne pouvait pas «appuyer automatiquement la conclusion qu'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il entraîne un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé». De même, le fait qu'une personne a été toxicomane ne signifie pas qu'elle tombe automatiquement sous le coup du sous-alinéa 19(1)a(ii), comme l'ont assumé les médecins agréés.

M<sup>me</sup> Burgon n'est donc pas non admissible à cause du sous-alinéa 19(1)a(ii).

Par ces motifs, le présent appel est rejeté et M<sup>me</sup> Burgon se voit accorder la possibilité de refaire sa vie au Canada. Les frais extra-judiciaires seront accordés à l'intimé conformément au paragraphe 84(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je suis du même avis.

A-533-90

A-533-90

**Canada Employment and Immigration Commission (Applicant)**

v.

**Ina Lang and the Canadian Human Rights Commission (Respondents)**

INDEXED AS: CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) v. LANG (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Stone and Linden JJ.A.—Winnipeg, April 9 and 12, 1991.

*Human rights — Application for “Challenge 1986” grant to hire daughter as summer student — Canada Employment and Immigration Commission refusing application under policy of denying grant to hire member of employer’s immediate family — Blanket policy prima facie discriminatory — CHRC award of damages for hurt feelings set aside as founded in neither law nor fact.*

The respondent, Lang, applied to the Canada Employment and Immigration Commission for a grant, under the “Challenge 1986” program, to hire her daughter as a summer student to run her day care centre. The program provided subsidies of \$1,000 for each summer job to employers who would then pay the balance of the student’s salary for a 10-week period.

The official who dealt with the application noted on the file that the applicant would not consider employing anyone other than her daughter. The application was refused under a policy which provides that no contribution would be paid in respect of an employee who was a member of the employer’s immediate family.

A complaint was made to the Canadian Human Rights Commission. The Commission ruled that there had been discrimination on the ground of family status, contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*, and made an award of \$1,000 for hurt feelings, plus interest, for a total of \$1,566.24. This was an application under section 28 of the *Federal Court Act* against that decision.

*Held*, the application should be allowed as to the award of damages.

All that is required for a finding of discrimination on a prohibited ground is that discrimination be one reason for the decision; it need not be the only reason: *Holden v. Canadian National Railway*. Here, there was evidence upon which the Tribunal could base a finding of discrimination on the ground of family status.

Blanket provisions such as those in the applicant’s anti-nepotism policy are *prima facie* discriminatory.

**Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada (requérante)**

a c.

**Ina Lang et la Commission canadienne des droits de la personne (intimées)**

b RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DE L’EMPLOI ET DE L’IMMIGRATION) c. LANG (C.A.)

Cour d’appel, juges Pratte, Stone et Linden, J.C.A.—Winnipeg, 9 et 12 avril 1991.

c *Droits de la personne — Demande de subvention dans le cadre du programme «Défi 1986» pour engager sa fille comme étudiante d’été — La Commission de l’emploi et de l’immigration a rejeté la demande en vertu de la politique qui consiste à refuser d’accorder une subvention demandée pour engager un membre de la famille immédiate de l’employeur — Une telle politique générale est à première vue discriminatoire — La décision par laquelle la CCDP a accordé des dommages-intérêts pour souffrance est annulée, parce qu’elle n’est fondée ni sur la loi ni sur les faits.*

e L’intimée Lang s’est adressée à la Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada pour obtenir une subvention, dans le cadre du programme «Défi 1986», afin d’engager sa fille comme étudiante d’été pour qu’elle dirige sa garderie. Le programme prévoyait une subvention de 1 000 \$ pour chaque emploi d’été qui serait accordée aux employeurs qui payaient le solde du salaire de l’étudiant pour une période de dix semaines.

f Le fonctionnaire qui a examiné la demande a noté sur le dossier que la requérante n’envisagerait d’engager personne d’autre que sa fille. La demande a été rejetée en vertu de la politique qui prévoit qu’aucune contribution ne peut être payée à l’égard d’un employé qui était membre de la famille immédiate de l’employeur.

g Une plainte a été déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission a statué qu’il y avait eu discrimination fondée sur la situation de famille, en violation de l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et elle a accordé une indemnité de 1 000 \$ pour souffrance, plus l’intérêt, pour un total de 1 566,24 \$. Il s’agit d’une requête fondée sur l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et qui attaque cette décision.

*Arrêt*: la requête devrait être accueillie quant à l’octroi de dommages-intérêts.

i Pour qu’il y ait discrimination fondée sur un motif de distinction illicite, il suffit de conclure que la discrimination constitue un motif de la décision; il n’est pas nécessaire que ce soit là le seul motif: *Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*. En l’espèce, il existait des éléments de preuve permettant au Tribunal de conclure à la discrimination fondée sur la situation de famille.

j Les dispositions générales comme celles figurant dans la politique sur l’anti-népotisme de la requérante sont à première vue discriminatoires.



The award of damages was without legal or factual foundation. The amount awarded was not lost "wages", nor was it proved to be "expenses incurred by the victim", within paragraph 53(2)(c) of the Act.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 53(2)(c).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Holden v. Canadian National Railway* (1990), 112 N.R. 395 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Sheehan v. Upper Lakes Shipping Ltd.*, [1978] 1 F.C. 836; (1977), 81 D.L.R. (3d) 208; 77 CLLC 14,111; 19 N.R. 456 (C.A.); rev'd [1979] 1 S.C.R. 902; (1979), 95 D.L.R. (3d) 25; 79 CLLC 14,192; 25 N.R. 149; *Scott v. Foster Wheeler Ltd.* (1987), 16 C.C.E.L. 251; 8 C.H.R.R. D/4179 (Ont. Div. Ct.); *R. v. Bushnell Communications Ltd. et al.* (1973), 1 O.R. (2d) 442; 45 D.L.R. (3d) 218; 14 C.C.C. (2d) 426 (H.C.); aff'd (1974), 4 O.R. (2d) 288; 47 D.L.R. (3d) 668; 18 C.C.C. (2d) 317 (C.A.); *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.); *Fitzherbert and the Canadian Human Rights Commission v. Underhill*, T.D. 11/90 (C.H.R.T.), dated 24/9/90, not yet reported.

##### COUNSEL:

*Harry Gliner* for the applicant.  
*Margaret Rose Jamieson* for the respondent  
Canadian Human Rights Commission.

##### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for the applicant.  
*Canadian Human Rights Commission* for the respondent  
Canadian Human Rights Commission.

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

LINDEN J.A.: This section 28 application challenges a decision of a Human Rights Tribunal deciding that there had been discrimination on the basis of family status. According to the Tribunal, when Ina Lang was denied a Challenge 1986 grant

L'octroi de dommages-intérêts n'était fondé ni sur le plan juridique, ni sur le plan factuel. Le montant adjugé ne constituait pas un «salaire» perdu; il n'a pas été prouvé non plus constituer des «dépenses entraînées par l'acte», au sens de l'alinéa 53(2)c) de la Loi.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 5, 53(2)c).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1990), 112 N.R. 395 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Sheehan c. Upper Lakes Shipping Ltd.*, [1978] 1 C.F. 836; (1977), 81 D.L.R. (3d) 208; 77 CLLC 14,111; 19 N.R. 456 (C.A.); infirmé par [1979] 1 R.C.S. 902; (1979), 95 D.L.R. (3d) 25; 79 CLLC 14,192; 25 N.R. 149; *Scott v. Foster Wheeler Ltd.* (1987), 16 C.C.E.L. 251; 8 C.H.R.R. D/4179 (C. Div. Ont.); *R. v. Bushnell Communications Ltd. et al.* (1973), 1 O.R. (2d) 442; 45 D.L.R. (3d) 218; 14 C.C.C. (2d) 426 (H.C.); conf. par (1974), 4 O.R. (2d) 288; 47 D.L.R. (3d) 668; 18 C.C.C. (2d) 317 (C.A.); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.); *Fitzherbert et la Commission canadienne des droits de la personne c. Underhill*, 1<sup>re</sup> inst. 11/90 (T.D.P.), en date du 24-9-90, encore inédit.

##### AVOCATS:

*Harry Gliner* pour la requérante.  
*Margaret Rose Jamieson* pour l'intimée  
Commission canadienne des droits de la personne.

##### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.  
*Commission canadienne des droits de la personne* pour l'intimée  
Commission canadienne des droits de la personne.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La présente demande, fondée sur l'article 28, conteste la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne a statué qu'il y avait eu discrimination fondée sur la situation de famille. Selon le Tribunal, lorsqu'Ina

of \$1,000 to hire her daughter as a summer student to run her day care centre, the Canada Employment and Immigration Commission (CEIC) violated section 5 of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], forbidding discrimination on family status grounds. Counsel for the applicant, Mr. Gliner, argued that the reason for denying Mrs. Lang's application was not discrimination on the basis of family status, but rather it was her refusal to consider other applicants for the proposed job who might be referred to her by CEIC, something that was required by the rules of the program. The Challenge 1986 initiative was aimed at providing summer jobs for students who would be able to learn skills that they might later utilize in obtaining permanent employment. The mechanism used was a \$1,000 subsidy for each approved job that would be granted to employers who hired a summer student and paid the balance of the salary for a 10-week period.

In order for there to be discrimination, all that is required is a finding that discriminatory conduct is one reason for the decision; it need not be the only reason. As Mr. Justice MacGuigan has stated in *Holden v. Canadian National Railway* (1990), 112 N.R. 395 (F.C.A.), at page 397:

... it is sufficient that the discrimination be a basis for the employer's decision . . . .

(See also *Sheehan v. Upper Lakes Shipping Ltd.*, [1978] 1 F.C. 836 (C.A.), at page 844 (reversed on other grounds [1979] 1 S.C.R. 902; *Scott v. Foster Wheeler Ltd.* (1987), 16 C.C.E.L. 251 (Ont. Div. Ct.); *R. v. Bushnell Communications Ltd. et al.* (1973), 1 O.R. (2d) 442 (H.C.), at pages 446-447 (*per* Hughes J.) affirmed (1974), 4 O.R. (2d) 288 (C.A.), at page 290 (*per* Evans J.A.) in the labour relations context).

While there was evidence upon which the Tribunal may have decided that the reason (or that one reason) for the CEIC's decision was the refusal of Mrs. Lang to be willing to consider applicants other than her daughter for the job, there was also evidence upon which the Tribunal could base a

Lang s'est vue refuser une subvention de 1 000 \$ du programme Défi 86 pour engager sa fille comme étudiante d'été pour diriger sa garderie, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (CEIC) a violé l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), chap. H-6], qui interdit la discrimination fondée sur la situation de famille. L'avocat de la requérante, M<sup>e</sup> Gliner, soutient que la raison pour laquelle la demande de M<sup>me</sup> Lang a été rejetée ne tenait pas à la discrimination fondée sur la situation de famille, mais plutôt à son refus d'examiner la candidature d'autres postulants pour l'emploi projeté que la CEIC pourrait lui renvoyer, ce qui était requis par les règles du programme. Le programme Défi 86 visait à fournir des emplois d'été aux étudiants pour leur permettre d'apprendre des techniques qu'ils pourraient utiliser plus tard dans l'obtention d'un emploi permanent. Le mécanisme utilisé consistait dans une subvention de 1 000 \$ pour chaque emploi approuvé, laquelle subvention serait accordée aux employeurs qui ont engagé un étudiant d'été et payé le solde du salaire pour une période de dix semaines.

Pour qu'il y ait discrimination, il suffit de conclure que la conduite discriminatoire constitue un motif de la décision; il n'est pas nécessaire que ce soit là le seul motif. Comme le juge MacGuigan l'a dit dans l'arrêt *Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1990), 112 N.R. 395 (C.A.F.), à la page 397:

... il suffit que la discrimination constitue un fondement de la décision de l'employeur . . . .

(Voir également *Sheehan c. Upper Lakes Shipping Ltd.*, [1978] 1 C.F. 836 (C.A.), à la page 844 (infirmée pour d'autres motifs par [1979] 1 R.C.S. 902; *Scott v. Foster Wheeler Ltd.* (1987), 16 C.C.E.L. 251 (C. Div. Ont.); *R. v. Bushnell Communications Ltd. et al.* (1973), 1 O.R. (2d) 442 (H.C.), aux pages 446 et 447 (le juge Hughes), confirmée par (1974), 4 O.R. (2d) 288 (C.A.), à la page 290 (le juge Evans, J.C.A.) dans le contexte des relations de travail).

S'il existe des éléments de preuve permettant au Tribunal de décider que le motif (ou qu'un motif) de la décision de la CEIC est le refus de M<sup>me</sup> Lang de bien vouloir examiner d'autres candidatures que celle de sa fille, il existe également d'autres éléments de preuve permettant au Tribunal de con-

finding of discrimination on the basis of family status.

The relevant words of the provision dealing with nepotism read as follows:

... no contribution may be paid by the Commission in respect of wages ... of an employee who: ... is a member of the immediate family of the employer ....

It has been clearly held that blanket provisions such as these are *prima facie* discriminatory. (See *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279). It is, of course, open to employers to demonstrate a *bona fide* occupational requirement for the limitation, but this was not attempted here. (See generally *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.)).

There was evidence that one of the CEIC employees told Mrs. Lang that her application could not be approved because the community might disapprove of her hiring her daughter. In addition, Mrs. Sangster, one of the responsible officials of the CEIC, noted on Mrs. Lang's application file as the basis for rejection:

"Wants to hire her daughter and will not consider anyone else."

Wanting to hire her daughter, thus, was one reason, that led to her application being shelved, without the CEIC even considering an exemption, something which was possible under the scheme.

It was argued most creatively by Mr. Gliner for the CEIC that it was Mrs. Lang who was the one who was discriminating here in seeking to hire her daughter, not the CEIC. Relying on *Fitzherbert and the Canadian Human Rights Commission v. Underhill* (T.D. 11/90 - Sept. 24/90) he suggested that, by refusing to hire any one but her daughter, she would be in violation of the *Canadian Human Rights Act*. This might very well be the case, if that eventuality came to pass, at least if there was no *bona fide* occupational requirement proven. However, Mrs. Lang never got approval, she had no opportunity to discriminate and her conduct is, therefore, not being challenged here. All that is being attacked here is the decision of the CEIC, denying the Challenge 1986 grant to Mrs. Lang.

clure à la discrimination fondée sur la situation de famille.

La partie pertinente de la disposition portant sur le népotisme est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] ... aucune contribution ne peut être payée par la Commission à l'égard du salaire ... d'un employé qui ... est membre de la famille immédiate de l'employeur ...

Il a clairement été jugé que les dispositions générales de ce genre sont à première vue discriminatoires. (Voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279). Il est bien entendu loisible aux employeurs de prouver une exigence professionnelle réelle pour la restriction, mais on n'a pas tenté de le faire en l'espèce. (Voir généralement *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.)).

Il y a preuve que l'un des employés de la CEIC a dit à M<sup>me</sup> Lang qu'on ne pouvait faire droit à sa demande parce que la collectivité pourrait désapprouver le fait pour elle d'engager sa fille. En outre, M<sup>me</sup> Sangster, un des fonctionnaires responsables de la CEIC, a noté sur le dossier relatif à la demande de M<sup>me</sup> Lang ce qui suit comme motif de rejet:

[TRADUCTION] «Désire engager sa fille et n'examinera pas la candidature d'autres personnes.»

Son intention d'engager sa fille était donc un motif pour lequel sa demande a été classée, sans que la CEIC examine la possibilité d'une exemption, mesure disponible dans le cadre du programme.

M<sup>e</sup> Gliner, au nom de la CEIC, soutient de façon très originale que c'est M<sup>me</sup> Lang, et non la CEIC, qui faisait de la discrimination en l'espèce en cherchant à engager sa fille. S'appuyant sur la décision *Fitzherbert et la Commission canadienne des droits de la personne c. Underhill* (1<sup>re</sup> inst., 11/90 - 24 sept. 90), il laisse entendre que, en refusant d'engager quiconque sauf sa fille, elle violerait la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ce pourrait très bien être le cas, si cette éventualité venait à se présenter, tout au moins s'il n'existait aucune exigence professionnelle réelle prouvée. Toutefois, comme la demande de M<sup>me</sup> Lang n'a jamais été approuvée, elle n'a eu aucune possibilité de faire de la discrimination et son comportement n'est donc pas contesté en l'espèce. Tout ce qui est attaqué en l'espèce est la décision par la CEIC de refuser d'accorder une subvention

Consequently, I can see no error of law or fact that would support interference by this Court.

On the matter of remedies, the Tribunal awarded compensation in the amount of \$1,566.24, \$1,000 for hurt feelings plus interest, and made certain suggestions to the CEIC to establish fair criteria upon which it could decide when to exempt applicants from the anti-nepotism clause in the future.

I am of the view that the award of \$1,566.24 is not legally or factually founded. The amount is not "wages" that were lost by the applicant nor can it be said to have been properly proven as "expenses incurred by the victim" as required by paragraph 53(2)(c). Counsel had difficulty explaining or justifying this figure to us on the basis of the evidence adduced. There was no factual basis to support this award.

In the result, the section 28 application is allowed only in relation to the damage award of \$1,566.24, which will be set aside.

PRATTE J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

à M<sup>me</sup> Lang, dans le cadre du programme Défi 86. En conséquence, je ne vois aucune erreur de droit ou de fait qui justifierait que cette Cour intervienne.

<sup>a</sup> Au sujet des réparations, le Tribunal a accordé une indemnité de 1 566,24 \$, c'est-à-dire 1 000 \$ pour souffrance plus intérêt, et il a laissé entendre que la CEIC devrait établir des critères équitables lui permettant de décider quand il y a lieu <sup>b</sup> d'exempter les postulants de la clause anti-népotisme dans l'avenir.

Je suis d'avis que le montant adjugé de 1 566,24 \$ n'est fondé ni sur le plan juridique, ni <sup>c</sup> sur le plan factuel. Ce montant ne constitue pas un «salaire» que l'intimée a perdu; on ne peut pas dire non plus qu'il a été, de façon appropriée, prouvé comme des «dépenses entraînées par l'acte» comme l'exige l'alinéa 53(2)c). L'avocate a eu du mal à <sup>d</sup> expliquer et à justifier ce chiffre devant la Cour compte tenu de la preuve produite. Ce montant adjugé ne reposait sur aucun fondement factuel.

En conséquence, la demande fondée sur <sup>e</sup> l'article 28 est accueillie mais seulement en ce qui concerne l'octroi de l'indemnité de 1 566,24 \$, qui sera rejeté.

<sup>f</sup> LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-560-84

T-560-84

**George Gordon Rollinson (Plaintiff)****George Gordon Rollinson (demandeur)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (Defendant)****Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défenderesse)**

T-245-87

T-245-87

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (Plaintiff)****Sa Majesté la Reine du chef du Canada (demanderesse)**

v.

c.

**George Gordon Rollinson (Defendant)****George Gordon Rollinson (défendeur)***INDEXED AS: ROLLINSON v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: ROLLINSON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, November 29 and 30, December 1, 2 and 3, 1988; Ottawa, January 17, 1991.

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 29 et 30 novembre, 1, 2 et 3 décembre 1988; Ottawa, 17 janvier 1991.

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — S. 8 right to be secure against unreasonable search and seizure — Customs inspectors boarding yacht without warrant to search for contraband alcohol — Finding no contraband — Seizing documents to examine for evidence of administrative offences — Seizure without warrant of papers from vessel used as dwelling unconstitutional — Border search exception to warrant requirement applying only to contraband, not personal papers.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Droit, prévu à l'art. 8, à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Des inspecteurs des douanes sont montés à bord d'un yacht sans mandat pour chercher des boissons alcooliques de contrebande — Aucun article de contrebande n'a été trouvé — Saisie de documents effectuée pour y chercher des preuves d'infractions administratives — La saisie sans mandat des documents se trouvant à bord d'un bateau utilisé comme habitation est inconstitutionnelle — La dérogation à l'exigence du mandat relativement à la fouille effectuée à la frontière s'applique seulement aux articles de contrebande et non aux papiers personnels.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Illegal interference with property under cover of misstatement of law, other bizarre, malicious and dishonest dealings by customs officers, constituting cruel and unusual treatment within s. 12.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Une atteinte illégale au droit de propriété sous l'apparence d'un exposé erroné de la loi et d'autres comportements bizarres, délictueux et malhonnêtes de la part d'agents constituent un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Customs Act s. 11(1) requiring master of inbound vessel to report in person to custom house — Plaintiff, other regular pleasure and commercial traffic, reporting by telephone only pursuant to arrangement improvised by customs — Telephone reports accepted from others as sufficient — Customs officers seizing plaintiff's vessel for non-compliance with letter of statute — Enforcement action unconstitutional — Denial of s. 15 right to equality before law where state allows some class members to depart from general statutory requirement and singles one out for strict enforcement.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Loi sur les douanes, art. 11(1) exige du capitaine d'un navire qui entre au Canada de se présenter en personne à la douane — Le demandeur et d'autres bateaux de plaisance et commerciaux ont fait des déclarations par téléphone seulement en vertu d'un système improvisé par la douane — Les déclarations par téléphone reçues d'autres personnes sont considérées comme suffisantes — Les douaniers ont saisi le bateau du demandeur en raison du non-respect de la lettre de la loi — L'acte d'exécution est inconstitutionnel — Il y a déni du droit à l'égalité devant la loi prévu par l'art. 15 lorsque l'État permet à des membres d'une catégorie de déroger à une exigence légale générale et soumet un autre membre à une application stricte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Customs officers seizing, without warrant, vessel on which citizen lived for failure on unspecified occasions to report inward — No reasonable and probable grounds —*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Des douaniers ont saisi, sans mandat, un bateau à bord duquel vivait un citoyen pour le motif que celui-ci aurait omis, à des occasions non spécifiées, de faire des déclarations*

*Property of nature to support life or security of person (such as home) not to be seized except in accordance with fundamental justice.*

*Customs and excise — Customs Act — Obligation of master to attend in person at custom house — Customs authorities erecting sign on pier instructing vessels to report by telephone — Compliance with sign good defence to charge of failing to report — Rule ignorantia juris non excusat limited to crimes, not applying to regulatory infractions.*

*Practice — Evidence — Court has discretion, at common law, to exclude evidence obtained by trick; or if prejudicial, of tenuous admissibility, and probative force trifling.*

The plaintiff brought an action for a declaration that the seizures of his papers, boat, and automobiles were illegal, and for damages. The Crown's action was to confirm the seizures.

*Held*, the plaintiff's action should be allowed, and the Crown's dismissed.

The seizure of the personal papers was a breach of section 8 of the Charter. Since the seizure of the boat was judged "premature" by the manager nominally responsible for the inspectors, the seizure of the papers was so *a fortiori*; that seizure cannot, therefore, be reasonable.

The exceptional power to detain persons to effect a "border search", recognized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Simmons* and *R. v. Jacoy*, applies to contraband goods, and does not confer the power to search, or to seize, personal papers. Here, the "border search" ended when the inspectors failed to turn up any liquor.

At common law, the Crown is required to obtain a judicial warrant before proceeding to seize private papers: *Entick v. Carrington*. Although the Supreme Court left open the possibility for exceptions where it is not feasible to obtain prior authorization, the general requirement that a valid warrant is a precondition to a valid search or seizure is entrenched by section 8 of the Charter: *Hunter et al. v. Southam Inc.*

It can be inferred from the demeanour on the stand of the inspectors that the seizure of the papers was not truly made in the belief, held in good faith, that they had a legal duty to carry out the seizure. The illegal seizure was attended with intimidation of an older couple, as well as with misstatements to them about the law. It would therefore bring the administration of justice into disrepute to admit the diaries as evidence.

The Court has the discretion, at common law and apart from subsection 24(2) of the Charter, to rule out relevant evidence obtained from the defendant by a trick: *Karuma v. The Queen*. Evidence may also be excluded if its admission would be unfair, in that it is gravely prejudicial, its admissibility is on other

*d'entrée — Inexistence de motifs raisonnables et probables — Les biens visant la vie ou la sécurité de la personne (une maison, par exemple) ne doivent être saisis qu'en conformité avec la justice fondamentale.*

*Douanes et accise — Loi sur les douanes — Obligation du capitaine de se rendre en personne à la douane — Les autorités douanières ont érigé un écriteau sur le quai donnant aux navires l'instruction de faire des déclarations par téléphone — Le respect des instructions sur l'écriteau constitue une défense valable à l'égard de l'accusation de non-déclaration — L'application de la règle l'ignorance de la loi n'excuse personne se limite aux actes criminels et ne s'applique pas aux infractions réglementaires.*

*Pratique — Preuve — La Cour a, en common law, le pouvoir discrétionnaire d'écarter les éléments de preuve obtenus par subterfuge; ou si l'objectif poursuivi dans leur utilisation est préjudiciable, leur recevabilité tient à une subtilité et leur valeur probante est insignifiante.*

Le demandeur a intenté une action tendant à l'obtention de dommages-intérêts et d'un jugement déclarant illégaux les saisies de ses papiers, de son bateau et de ses automobiles. L'action intentée par la Couronne visait à faire confirmer les saisies.

*Jugement*: l'action du demandeur devrait être accueillie et celle de la Couronne rejetée.

La saisie des papiers personnels constituait une violation de l'article 8 de la Charte. Puisque la saisie du bateau a été jugée "prématurée" par le directeur qui était responsable de façon nominale des inspecteurs, la même remarque s'applique à la saisie des papiers; cette saisie ne saurait être raisonnable.

Le pouvoir exceptionnel de détenir des personnes pour faire une «fouille effectuée à la frontière», reconnu par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Simmons* et *R. c. Jacoy*, s'applique aux articles de contrebande, et ne confère pas le pouvoir de chercher, ou de saisir, les papiers personnels. En l'espèce, la «fouille effectuée à la frontière» a pris fin lorsque les inspecteurs n'ont pas trouvé de boissons alcooliques.

En common law, la Couronne est tenue d'obtenir un mandat judiciaire avant de procéder à la saisie des papiers privés: *Entick v. Carrington*. Bien que la Cour suprême ait laissé la porte ouverte à la possibilité d'exceptions lorsque l'obtention d'une autorisation préalable n'est pas possible, l'exigence générale selon laquelle un mandat valide est une condition préalable à une fouille, à une perquisition et à une saisie valides est consacrée par l'article 8 de la Charte: *Hunter et autres c. Southam Inc.*

On peut conclure du comportement des inspecteurs à la barre des témoins que la saisie des papiers n'a pas vraiment été effectuée dans la croyance, de bonne foi, qu'ils étaient légalement tenus d'effectuer la saisie. La saisie illégale a été effectuée par voie de l'intimidation d'un couple âgé et d'exposés éronés de la loi faits à leur intention. En conséquence, ce serait déconsidérer la justice que d'admettre en preuve les journaux.

La Cour a le pouvoir discrétionnaire, en common law et indépendamment du paragraphe 24(2) de la Charte, d'écarter les éléments de preuve pertinents obtenus d'un défendeur par subterfuge: *Karuma v. The Queen*. La preuve peut également être écartée si son admission est injuste en ce sens qu'elle est

grounds tenuous, and its probative force is trifling in relation to the main issue before the Court: *R. v. Wray*.

Although there is no entrenched right to property in the Charter, section 7 protects the individual's interest in certain transcendent kinds of property, such as essential medicines or the shelter of home, which support life and security of the person. It is a breach of section 7 to lure, entrap or trick a person into a situation, contrived by the State, in which the draconian application of statutory provisions permits the State to seize that person's dwelling without compensation.

The defendant's employees subjected the plaintiff and Mrs. Rollinson to cruel and unusual treatment, within the meaning of section 12 of the Charter, in: the bizarre manner of boarding their boat and the warrantless seizure of private papers carried out with a misrepresentation as to the legal requirement; the interrogation of the plaintiff and the demand that he prove that which he had no legal duty to prove; the mockery by the customs staff at Douglas station when he was sent to ask them to confirm his reports; seizing the *Rogue* a third time, just after he had paid for its release; the several threats to the safety and integrity of the vessel herself; losing some of his private papers; and entrapping him into a situation of non-compliance.

The seizure of the *Rogue* for failure to report inward according to the letter of the *Customs Act* was a violation of the plaintiff's constitutional right to equality before the law, when Customs had placed a sign on the pier requiring boaters to use the extra-statutory telephone reporting procedure which it had improvised. It is contrary to subsection 15(1) of the Charter to take enforcement action against one member of a class, for alleged non-compliance with a statutory provision, when the state accepts the same behaviour on the part of other members of the class subject to the statutory regime.

The Crown's argument that, in spite of the sign, ignorance of the law does not justify the plaintiff in departing from the requirements of the statute, had to be rejected. The maxim *ignorantia juris non excusat* applies only to crimes in the true sense. It has no application to an infraction of the essentially civil revenue provisions of the *Customs Act*.

The Crown is liable when its servants fail to exercise due care, as well as for intentional abuses of power on their part. The sign on the pier was either a deliberate trap or a negligent misstatement as to arriving sailors' reporting obligations; either way it is actionable in tort.

The cost of repairs to the vessel to make it as good as before the seizure, and other provable damage to property, sound in special damages. General damages lie for the offence given by the Crown's servants' importunity, their harassment of the plaintiff, and actual malice on the part of one of them.

gravement préjudiciable, si sa recevabilité tient, pour d'autres motifs, à une subtilité, et si sa valeur probante est insignifiante à l'égard de la question fondamentale: *R. c. Wray*.

Bien que la Charte ne garantisse pas des droits sur les biens, l'article 7 protège le droit des particuliers sur certains types de biens transcendants tels que les médicaments nécessaires ou l'abri que fournit une maison, qui visent la vie et la sécurité de la personne. C'est une violation de l'article 7 que de leurrer, de prendre au piège et de duper une personne de façon à la placer dans une situation qui est le fait de l'État, dans laquelle l'application draconienne des dispositions législatives permet à l'État de saisir la résidence de cette personne sans indemnisation.

Les employés de la défenderesse ont soumis le demandeur et M<sup>me</sup> Rollinson à un traitement cruel et inusité, au sens de l'article 12 de la Charte, qui s'est exprimé par ce qui suit: la manière bizarre d'arraisonner le bateau et la saisie sans mandat des papiers personnels effectuée avec une présentation inexacte des obligations légales, l'interrogatoire du demandeur et l'ordre qui lui a été fait de prouver ce qu'il n'était légalement pas tenu de prouver, les sarcasmes du personnel douanier du poste de Douglas lorsqu'on lui a dit d'aller demander à ces employés de confirmer ses déclarations, la troisième saisie du *Rogue*, tout juste après le paiement de la mainlevée de celui-ci, les nombreuses menaces à l'égard de la sécurité et de l'intégrité du bateau lui-même; la perte des papiers personnels du demandeur et le fait de leurrer de façon à le placer dans une situation de non-observance de la loi.

La saisie du *Rogue* pour défaut de faire des déclarations d'entrée selon la lettre de la *Loi sur les douanes* constituait une violation du droit constitutionnel du demandeur à l'égalité devant la loi, lorsque la douane avait mis un écriteau indicateur sur le quai exigeant des marins qu'ils suivent la procédure extra légale de déclaration par téléphone qu'elle avait conçue. C'est une violation du paragraphe 15(1) de la Charte que de prendre une mesure d'exécution contre un membre d'une catégorie, pour la non-observance alléguée d'une disposition législative, lorsque l'État accepte le même comportement de la part d'autres membres de la catégorie soumise au régime légal.

L'argument de la Couronne selon lequel, en dépit de l'écriteau, l'ignorance de la loi ne justifie pas que le demandeur déroge aux exigences de la loi, doit être rejeté. La maxime «l'ignorance de la loi n'excuse personne» s'applique aux actes criminels entendus dans le vrai sens. Elle ne s'applique pas à une violation des dispositions fiscales essentiellement civiles de la *Loi sur les douanes*.

La Couronne est responsable lorsque ses préposés n'exercent pas une diligence raisonnable, et elle est également responsable des abus de pouvoir intentionnels de leur part. L'écriteau sur le quai était ou bien un piège délibéré ou bien un exposé erroné fait avec négligence quant à l'obligation des marins arrivants de faire des déclarations; dans les deux cas, il y a responsabilité délictuelle.

Il y a lieu à des dommages spéciaux pour le coût de la remise du bateau dans son état antérieur à la saisie et tout autre dommage infligé à la propriété. Il y a ouverture à des dommages-intérêts généraux pour l'offense découlant des tracasseries des préposés de la Couronne, de leur harcèlement du demandeur et de la malveillance de la part de l'un d'entre eux.

## 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. 6(1), 7, 8, 12, 15, 24.

*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. 92(14), 101.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19.

*Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 11, 18, 231(1).

*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.

*Customs Act*, S.C. 1986, c. 1, s. 212(3).

*National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 128.

## 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6(1), 7, 8, 12, 15, 24.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19.

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92(14), 101.

*Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 128.

*Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 11, 18, 231(1).

*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 1.

*Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1, art. 212(3).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 D.T.C. 6467; 55 N.R. 241; *Entick v. Carrington* (1765), 95 E.R. 807 (K.B.); *Paragon Properties Ltd. v. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; [1972] 3 W.W.R. 106 (Alta. C.A.).

## DISTINGUISHED:

*R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; [1989] 1 W.W.R. 354; (1988), 18 C.E.R. 258; 38 C.R.R. 290; 2 T.C.T. 4120; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 88; 9 D.L.R. (4th) 542; 12 C.C.C. (3d) 97; 40 C.R. (3d) 1; 10 C.R.R. 275; 4 O.A.C. 162 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; (1970), 11 D.L.R. (3d) 673; [1970] 4 C.C.C. 1; 11 C.R.N.S. 235.

## REFERRED TO:

*R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.); *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q.B. 495; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau v. Matsqui Institution*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 D.T.C. 6467; 55 N.R. 241; *Entick v. Carrington* (1765), 95 E.R. 807 (K.B.); *Paragon Properties Ltd. v. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; [1972] 3 W.W.R. 106 (C.A. Alb.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; [1989] 1 W.W.R. 354; (1988), 18 C.E.R. 258; 38 C.R.R. 290; 2 T.C.T. 4120; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 88; 9 D.L.R. (4th) 542; 12 C.C.C. (3d) 97; 40 C.R. (3d) 1; 10 C.R.R. 275; 4 O.A.C. 162 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.); *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; (1970), 11 D.L.R. (3d) 673; [1970] 4 C.C.C. 1; 11 C.R.N.S. 235.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.); *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q.B. 495; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau c. Comité de discipline*



*Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119.

*de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119.

## AUTHORS CITED

Linden, Allen M., *Canadian Tort Law*, 4th ed., Toronto: Butterworths, 1988.  
 Linden, Allen M., "Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: Richard De Boo, 1979.  
 Sopinka, John and Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.  
 Williams, Glanville, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1983.

## DOCTRINE

Linden, Allen M., *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais Inc., 1988.  
 Linden, Allen M., «Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: Richard De Boo, 1979.  
 Sopinka, John et Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.  
 Williams, Glanville, *Textbook of Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., London: Stevens & Sons, 1983.

## COUNSEL:

*J. C. Blewett* for plaintiff.  
*Gunnar O. Eggertson* for defendant.

## AVOCATS:

*J. C. Blewett* pour le demandeur.  
*Gunnar O. Eggertson* pour la défenderesse.

## SOLICITORS:

*J. C. Blewett*, White Rock, British Columbia for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

## PROCUREURS:

*J. C. Blewett*, White Rock (Colombie-Britannique), pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

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

MULDOON J.:

LE JUGE MULDOON:

## EDITOR'S NOTE

*The Executive Editor has decided, pursuant to the Federal Court Act, subsection 58(2), that parts of His Lordship's 103-page reasons for judgment herein are of sufficient importance to warrant publication in the official reports.*

*This judgment is of significance by reason of the Charter issues raised in two actions for damages arising out of a series of seizures of the plaintiff's motor vehicles and residence, the motor yacht Rogue. In seizing the vessel, the customs officers confiscated plaintiff's personal papers, which took the form of diaries or "logs", and the Court had to consider whether these were seized in a "border search" and whether this was a necessary act of law enforcement. Since this was a warrantless search, Muldoon J. reviewed the landmark judgments — from the 1765 case of*

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

*Le directeur général s'est fondé sur le paragraphe 58(2) de la Loi sur la Cour fédérale pour décider que certaines parties des motifs de jugement de 103 pages prononcés par Sa Seigneurie en l'espèce présentent suffisamment d'importance pour justifier leur publication dans les recueils officiels.*

*L'importance de ce jugement est due aux questions relatives à la Charte soulevées dans deux actions en dommages-intérêts découlant d'une série de saisies des automobiles et de la résidence du demandeur, c'est-à-dire le yacht à moteur Rogue. En saisissant le bateau, les douaniers ont confisqué les papiers personnels du demandeur, qui revêtaient la forme de journaux ou «journaux de bord», et il y avait lieu pour la Cour d'examiner la question de savoir si ceux-ci avaient été saisis dans une «fouille effectuée à la frontière» et s'il s'agissait là d'un acte d'exécution*

Entick v. Carrington to Hunter et al. v. Southam Inc. — on the common law requirement of a warrant as authorization for the seizure of private papers. His Lordship then discussed the statutory exigencies of the Customs Act in relation to the constitutional imperatives of the Charter. Another issue was whether the seized papers were admissible in light of common law principles governing the exclusion of evidence and subsection 24(2) of the Charter. Also included in the published report are the Trial Judge's remarks on the question of the Crown's liability for general and special damages and as to the fact that enactment of the Charter and Canadian Bill of Rights had been necessitated by decades of "deplorable state misconduct". Brief summaries have been prepared indicating the nature of the omitted portions of the reasons for judgment.

The plaintiff and his wife were an older couple who maintained a postal address at White Rock, British Columbia but resided on their forty-five foot yacht Rogue. The couple frequently had occasion to travel in the Rogue south of the American border to visit friends and to take advantage of the services offered at marinas in the State of Washington which were both better and cheaper than those available at their home port. The suspicion of customs officials was aroused by reports from informers to the effect that plaintiff was smuggling alcohol. At the same time, the customs operation was under an internal investigation as to whether the local officials were properly carrying out their duties. Plaintiff himself was formerly a customs officer but had not been well liked by his colleagues. The Rogue was seized on some three occasions by customs officers while plaintiff's two automobiles were seized by the RCMP.

The initial seizure of the Rogue took place on February 1, 1984. Plaintiff docked at the government pier, had nothing to declare and was cleared by the uniformed customs inspector.

de la loi nécessaire. Puisqu'il s'agissait d'une perquisition sans mandat, le juge Muldoon a examiné la jurisprudence qui avait fait date — de l'arrêt de 1765 Entick v. Carrington à l'arrêt Hunter et autres c. Southam Inc. — et qui portait sur l'exigence en common law d'un mandat à titre d'autorisation de la saisie des papiers personnels. Sa Seigneurie a alors discuté des exigences légales de la Loi sur les douanes relativement aux impératifs constitutionnels de la Charte. Il s'est posé une autre question, celle de savoir si les papiers saisis étaient recevables compte tenu des principes de common law régissant l'exclusion d'éléments de preuve et du paragraphe 24(2) de la Charte. Sont également publiées dans le recueil les remarques faites par le juge sur la question de la responsabilité de la Couronne à l'égard des dommages-intérêts généraux et spéciaux et quant au fait que l'adoption de la Charte et de la Déclaration canadienne des droits avait été rendue nécessaire par des décennies d'«agissements déplorables de la part de l'État». De brefs résumés ont également été faits pour indiquer la nature des parties omises des motifs de jugement.

Le demandeur et son épouse formaient un couple âgé qui maintenait une adresse postale à White Rock (Colombie-Britannique), mais qui résidait à bord de leur yacht de quarante-cinq pieds, le Rogue. Le couple avait fréquemment l'occasion de voyager à bord du Rogue au sud de la frontière américaine pour rendre visite à des amis et pour profiter des services offerts par des marinas de l'État de Washington qui étaient meilleurs et moins chers que ceux disponibles dans leur port d'attache. Des rapports d'informateurs selon lesquels le demandeur faisait le trafic d'alcool ont suscité les soupçons des douaniers. En même temps, les activités douanières faisaient l'objet d'une enquête interne tenue pour savoir si les agents locaux s'acquittaient de façon appropriée de leurs fonctions. Le demandeur lui-même avait été auparavant un douanier mais ses collègues ne l'aimaient pas beaucoup. C'est à trois reprises que les douaniers ont saisi le Rogue, et la GRC a saisi les deux automobiles du demandeur.

La première saisie du Rogue a eu lieu le 1<sup>er</sup> février 1984. Le demandeur a amarré son bateau au quai du gouvernement, il n'avait rien à déclarer et a obtenu un congé de la part de

Minutes later, however, four plain clothes officers raided the vessel in "gang-busters" fashion — plaintiff's evidence, that they acted in a rough and ignorant manner in regard to the vessel's integrity, was believed. No contraband was found. Nevertheless, the leader of the raiding party decided to seize the Rogue. He completed a seizure receipt, stating that the vessel's forfeiture under the Customs Act was for failing to report inward to Canadian Customs upon her return to Canada. The vessel was ordered to be held at the government dock pending terms of release. The Court found that there had been no reasonable and probable grounds for this search and seizure and that the officials had no idea of any but a vague generic alleged breach. The search and seizure were disproportionate and oppressive in every way. While there may be nothing amiss in intimidating terrorists and narcotics dealers, decent citizens, even if suspected of an offence against the Customs Act, should be treated with sensitivity and respect by servants of the State.

The statement of claim contained an allegation that, at the conclusion of the search, defendant's servants seized plaintiff's diaries and records, contrary to Charter sections 8 and 24. His Lordship's conclusion was that the official in charge of the raiding party "thought he had struck gold (in the sense of law enforcement) in the citizen's so-called 'ship's logs' which, he believed as and when he got his hands on them, would prove the variable numbers of instances of non-reporting which have been alleged herein. Having received, through modest, but real, intimidation during his raid that which turned out to be dross, or even that which raises inferences of laxity on the part of the customs agents at Douglas Station and the Pacific Highway station, Borisenko would not — could not — relent, but had to press on against Rollinson and the other Crown witnesses went willy-nilly along with Borisenko, to a greater or lesser degree, either for 'the good of the service'

l'inspecteur des douanes en uniforme. Toutefois, quelques minutes plus tard, quatre agents en civil ont arraisonné le bateau de la manière des «policiers en lutte contre des gangs de criminels» — le témoignage du demandeur selon lequel ils ont eu un comportement violent et qui traduisait de l'ignorance à l'égard de l'intégrité du bateau a été cru. Aucun article de contrebande n'a été trouvé. Néanmoins, le chef du groupe qui a arraisonné le bateau a décidé de saisir le Rogue. Il a rempli un reçu pour saisie, disant que la saisie du bateau en vertu de la Loi sur les douanes était due à l'omission de déclarations d'entrée à Douanes Canada lors de son retour au Canada. Il a été ordonné que le bateau fût détenu au quai du gouvernement en attendant les conditions de la mainlevée. La Cour a conclu qu'il n'existait aucun motif raisonnable et probable justifiant cette fouille, cette perquisition et cette saisie et que les agents n'avaient qu'une vague idée générale de la violation alléguée. La fouille, la perquisition et la saisie effectuées étaient en tous points disproportionnées et abusives. Bien qu'il n'y ait rien de mal à ce qu'on use d'intimidation à l'égard de terroristes et de trafiquants de drogues, les citoyens décents, même si on les soupçonne d'avoir commis une infraction à la Loi sur les douanes, devraient être traités avec délicatesse et respect par les préposés de l'État.

La déclaration contenait une allégation selon laquelle, à la conclusion de la fouille, les préposés de la défenderesse ont saisi les journaux et les documents du demandeur, contrairement aux articles 8 et 24 de la Charte. Sa Seigneurie a conclu que l'agent chargé du groupe qui avait fait l'arraisonnement «pensait avoir tenu le filon (dans le sens de l'exécution de la loi) en prenant possession des soi-disant "journaux de bord" qui, selon lui, prouveraient les diverses déclarations omises alléguées en l'espèce. Ayant, par une intimidation légère mais réelle exercée durant son arraisonnement, obtenu ce qui était en fin de compte sans valeur, ou voire ce qui fait conclure à la négligence de la part des douaniers du poste de Douglas et du poste de Pacific Highway, Borisenko ne se laisserait pas fléchir — ne pourrait se laisser toucher, mais allait continuer de s'acharner contre Rollinson, et les autres témoins de la Couronne ont bon gré mal gré et plus ou

or to save their own jobs, pensions or service records”.

*moins participaient avec Borisenko, soit pour le “bien du service” soit pour sauver leur poste, leur pension ou leurs états de service».*

Is the seizure of personal papers subsumed in the vessel’s seizure?

a La saisie des papiers personnels est-elle comprise dans la saisie du bateau?

Despite all the foregoing, can the Crown validly claim that the seizing of the citizen’s private papers was a necessary act of law enforcement? It does not appear to have been such, even upon the evidence thus far reviewed: but there is more. Although the Crown has engaged counsel, resisted Mr. Rollinson’s claims and sued him to confirm seizure of the *Rogue* (plus two automobiles serially owned by and seized from him), the seizure of which vessel is founded on the acts, words and testimony of former agent Borisenko, yet the Crown’s agents were not so single-minded as would appear in the pleadings. “Premature” is how Terry Arthur Langley described the seizure of the citizen’s vessel on February 1, 1984. On examination in chief by the Crown’s counsel, Langley testified [transcript, at page 487]:

b En dépit de tout ce qui précède, la Couronne peut-elle valablement prétendre que la saisie des papiers personnels du particulier constituait une mesure nécessaire d’application de la loi? Elle ne semble pas avoir été telle, même selon la preuve examinée jusqu’à maintenant: mais il y a plus. Bien que la Couronne ait retenu les services d’un avocat, qu’elle ait repoussé les prétentions de M. Rollinson et l’ait poursuivi pour confirmer la saisie du *Rogue* (plus celle de deux automobiles immatriculées à son nom et saisies entre ses mains), la saisie du bateau se fondant sur les actions, les paroles et le témoignage de l’ancien agent Borisenko, les préposés de la Couronne n’étaient cependant pas tous aussi uniformément du même avis qu’il peut le sembler dans les actes de procédure. En effet, Terry Arthur Langley a qualifié de «prématurée» la saisie du bateau du particulier le 1<sup>er</sup> février 1984. Dans son interrogatoire principal par l’avocat de la Couronne, Langley a dit ce qui suit [transcription, à la page 487]:

A. Okay. The document of February the 1st [Ex. 2(79)], in my opinion was premature, in that Mr. Rollinson had not been given the opportunity to respond to the allegations, and hence the meeting of February the 7th.

f [TRADUCTION] R. O.K. Le document du 1<sup>er</sup> février [pièce 2(79)] était, à mon avis, prématuré, en ce sens que M. Rollinson n’avait pas eu la possibilité de répondre aux allégations, d’où la réunion du 7 février.

On cross-examination, Langley testified [transcript, at pages 509-510]:

Q. All right now, the seizure of February 1st, that’s the one that is shown at Document 2, \*79 [Ex. 2(79)], if I could take you to that. I think this is the one that you’ve testified that you thought was premature?

g [TRADUCTION] Q. Bon, la saisie du 1<sup>er</sup> février, c’est celle dont il est question au Document 2, \*79 [pièce 2(79)], si je puis vous y reporter. Je crois que c’est celle dont vous avez témoigné qu’elle était prématurée?

A. Yes, processing this document definitely was premature.

h R. Oui, il était assurément prématuré de donner suite à ce document.

Q. And how did that come about?

h Q. Et comment cela est-il arrivé?

A. Well the preparation of this document is the result of the Mobile Unit’s attention relative to comparison of the vessel reports inward into the United States and inward into Canada.

h R. Bien, la préparation de ce document est le résultat de l’attention apportée par l’unité mobile à la comparaison des déclarations d’entrée du bateau d’une part aux États-Unis, et d’autre part au Canada.

Q. Yes, now this is signed by Mr. Borisenko. When you say that it was premature, was Mr. Borisenko a little impulsive in charging ahead with this at that time?

i Q. Oui, cela porte la signature de M. Borisenko. Lorsque vous dites que cette mesure était prématurée, voulez-vous dire que M. Borisenko a agi de façon un peu précipitée en s’empressant d’agir à ce moment-là?

A. Well, certainly from my perspective. I had been a Customs investigator for a number of years and was involved in seizure actions on a regular basis. Now, as I understand it, Mr. Rollinson provided certain explanations at the time of the initial boarding of his vessel and it was

j R. Bien, assurément à mon avis. J’ai été enquêteur des douanes pendant plusieurs années et j’ai régulièrement participé à des saisies. Si je comprends bien, M. Rollinson a fourni certaines explications au moment où son bateau a été arraisonné la première fois; or, j’avais pour

commonly my practice to sit down with the individual alleged to be committing the Customs offenses and discuss the offenses with them to give them an opportunity to respond.

pratique courante de m'asseoir avec la personne censée avoir commis les infractions à la douane pour en discuter avec elle et lui donner la possibilité d'y répondre.

So also this witness testified again and again, as recorded in the transcript at pages 511-512 and 531.

<sup>a</sup> Le témoin a déposé en ce sens à plusieurs reprises, comme en témoigne la transcription aux pages 511, 512 et 531.

Who is Terry Arthur Langley? As of January 1, 1984, he was the Acting Manager of the International Marine and Rail Unit of Canada Customs in metropolitan Vancouver. The Mobile Inspection Unit was a subordinate organization within the International Marine and Rail Unit. Below Langley in the hierarchy was Charles Szalai and below him were Borisenko, Savaia and Tufts (Transcript, at pages 477, 480, 688 and 710). So, while the Crown now seeks energetically to characterize the February 1 seizure of the citizen's vessel as lawful, normal and unexceptionable, that was not always the view of the Crown's high official who was nominally, but not truly, responsible for that seizure. If the seizure of the vessel on February 1, 1984, were "premature" and therefore unnecessary, even from the viewpoint of a responsible officer of the Crown, then *a fortiori* so, and even more so, was the seizure of the citizen's private papers. It was unreasonable. Section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] was breached.

<sup>b</sup> Qui est Terry Arthur Langley? Le 1<sup>er</sup> janvier 1984, il était le gérant intérimaire de l'Unité des transports maritimes et ferroviaires internationaux des Douanes canadiennes dans la région métropolitaine de Vancouver. L'Unité mobile d'inspection était un organisme secondaire au sein de l'Unité des transports maritimes et ferroviaires internationaux. Dans l'échelle hiérarchique, Langley avait pour subordonné Charles Szalai, qui avait lui-même pour subordonnés Borisenko, Savaia et Tufts (transcription, aux pages 477, 480, 688 et 710). Ainsi donc, alors que la Couronne tente énergiquement de qualifier de légale, normale et non répréhensible la saisie du bateau du particulier le 1<sup>er</sup> février, cela n'a pas toujours été l'avis du fonctionnaire supérieur de la Couronne qui était responsable de façon nominale mais non réelle de cette saisie. Si la saisie du navire le 1<sup>er</sup> février 1984 était «prématurée» et donc inutile, même aux yeux d'un fonctionnaire sérieux de la Couronne, à plus forte raison la même remarque s'applique-t-elle, avec encore plus de vigueur, à la saisie des papiers personnels du particulier. Elle était abusive. Il y a eu violation de 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

### The manner of infringing section 8

Section 8 of the Charter runs thus:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

An unlawful seizure is *ipso facto* unreasonable. Borisenko's warrantless seizure of the citizen's private papers, in circumstances of intimidation, in which he wrongly purported to be required by law to seize them, constituted an infringement of Rollinson's right guaranteed by section 8 of the Charter. Borisenko's seizure of those papers on behalf of the Crown was unlawful. It therefore was unreasonable. That constitutes infringement of section 8

### La façon dont l'article 8 a été violé

<sup>h</sup> L'article 8 de la Charte est libellé comme suit:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Une saisie illégale est par le fait même abusive. La saisie sans mandat des papiers personnels du particulier effectuée par Borisenko, en usant de l'intimidation, alors qu'il a faussement prétendu être tenu de les saisir par la loi, constituait une violation du droit de Rollinson garanti à l'article 8 de la Charte. La saisie de ces papiers par Borisenko au nom de la Couronne était illégale. Elle était par conséquent abusive. Il y a violation de l'article 8

by means of overriding the citizen's will through intimidating force of numbers intruding into the home after dark and falsely stating a requirement which was illegal.

Were the papers seized in a "border search"?

In this regard the Crown's counsel makes much of the notion of "border searches" in order to save his client's agent's misconduct from curial denunciation as being unconstitutional. It has been asserted that the four strong men, without a search warrant among them, boarded the *Rogue* after dark on February 1, 1984, in order to search for contraband liquor. In any event, they found none. Even if that action can be legitimately likened to a search at the secondary customs line in order to verify the declaration of "no goods to declare" asserted by the incomer at the first line, what is being sought is undeclared goods, or contraband, not the individual's private papers. When the premature seizure of the vessel is instead said to be based on the citizen's previous failure (or was it previous failures?) to report to customs, the ordinary statute law, much less the supreme law of the realm, does not accord the Crown's agents any warrantless authority to seize the citizen's private papers. Such papers are not contraband.

It would be absurd for first-line agents to refer the citizen to the second line on suspicion of having private papers and it would be, and is, illegal for second-line agents to seize, without a warrant, the citizen's private papers — as distinct from undeclared goods bought or acquired abroad — for neither the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1], then and now, nor any other revenue statute includes such papers in the notion of contraband, or dutiable goods. They are akin to one's driver's licence, the deed or title to one's home, one's diary or correspondence, one's lawyer's written opinion or one's physician's written diagnosis or prescription. Any agent of the State who wishes to seize that sort of document, from the citizen's abode, believing it will furnish evidence of the citizen's having committed an offence, must first, on oath, persuade a justice of the peace or other

du fait qu'un nombre intimidant de personnes a passé outre à la volonté du particulier en faisant irruption chez lui la nuit tombée en invoquant faussement une exigence de la loi qui était illégale.

" Les papiers ont-ils été saisis dans le cadre d'une «fouille effectuée à la frontière»?"

À cet égard, l'avocat de la Couronne attache beaucoup d'importance à la notion des «fouilles effectuées à la frontière» afin d'éviter que la Cour ne déclare inconstitutionnelle la conduite répréhensible du préposé de sa cliente. On a soutenu que les quatre costauds, tous démunis de mandat, ont arraisonné le *Rogue* la nuit tombée le 1<sup>er</sup> février 1984, afin d'y chercher des boissons alcooliques de contrebande. Quoiqu'il en soit, ils n'en ont pas trouvé. Même si cette mesure peut légitimement se comparer à une seconde visite dans le but de vérifier la déclaration «rien à déclarer» faite en premier lieu par la personne entrant au pays, ce que l'on cherche alors, ce sont des marchandises non déclarées, ou des articles de contrebande, et non les papiers personnels de la personne en cause. Lorsque l'on dit plutôt que la saisie prématurée du bateau est fondée sur l'omission passée (ou est-ce les omissions passées) du particulier de faire des déclarations à la douane, le droit écrit ordinaire, et encore moins la loi fondamentale du pays, n'accorde pas aux préposés de la Couronne l'autorité de saisir sans mandat les papiers personnels du particulier. Ces documents ne sont pas des articles de contrebande.

Il serait absurde des agents du niveau primaire de renvoyer le particulier au niveau secondaire parce qu'ils le soupçonnent d'avoir des papiers personnels et il serait, et il est, illégal pour les agents au niveau secondaire de saisir, sans mandat, les papiers personnels du particulier — considérés de façon distincte des marchandises non déclarées achetées ou acquises à l'étranger — car ni la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 1], à l'époque ou aujourd'hui, ni aucune autre loi fiscale n'associent les papiers personnels à la notion d'articles de contrebande ou assujettis à la douane. Ils s'assimilent au permis de conduire, au titre de propriété d'une maison, à un journal ou à de la correspondance, à l'avis juridique écrit de l'avocat d'un particulier ou au diagnostic écrit ou à l'ordonnance de son médecin. Tout fonctionnaire de l'État désireux de saisir ce genre de papiers à la

appropriate judicial officer of the reasonableness of such a belief, and may not act upon it until furnished with a properly issued warrant.

The Crown's counsel, however, argues that the seizure of the citizen's private papers constituted what has been called a "border search" (*fouilles effectuées à la frontière*) and that the said seizure did not violate the citizen's right to be secure from an unreasonable seizure, as prescribed in section 8 of the Charter. In principal support of that contention, counsel cited two recent majority judgments of the Supreme Court of Canada, both delivered on December 8, 1988: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; and *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548.

Mrs. Simmons arrived in Canada by aeroplane from Jamaica, and Mr. Jacoy arrived in Canada — at Douglas Station — by automobile from Seattle, U.S.A., so, the question arose as to whether each had been detained within the meaning ascribed in *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613, so as to invoke paragraph 10(b) of the Charter, which guarantees the right to retain and to instruct counsel without delay and to be so informed. It may be left to some other case, perhaps, to determine whether, when one's private papers are seized from and in one's dwelling in one's very presence, one is necessarily "detained". On the facts of the case at bar, it must be held that the Rollinson's were not detained, for the search for contraband yielded nothing. So, while the Crown succeeds in fending off any finding that the Customs inspectors violated paragraph 10(b) in the circumstances, the circumstances do reveal a warrantless search of the citizens' dwelling after dark and the seizure of private papers.

It is the last element which distinguishes the case at bar from those Supreme Court judgments relied on by the Crown here. They were concerned with the bringing into Canada of "goods subject to entry at the customs, or prohibited goods, secreted [sic] about [the] person" in the words of the

résidence du particulier, en croyant qu'ils fourniront la preuve que ce dernier a commis une infraction, doit au préalable, sous serment, persuader un juge de paix ou un autre officier de justice compétent du caractère raisonnable de cette opinion, et il ne peut y donner suite avant d'être muni d'un mandat en bonne et due forme.

L'avocat de la Couronne soutient cependant que la saisie des papiers personnels du particulier constitue ce qui a été appelé une «border search» (fouille effectuée à la frontière), et que cette saisie ne viole pas le droit du particulier d'être protégé contre les saisies abusives prévu à l'article 8 de la Charte. À l'appui de cette prétention, l'avocat de la Couronne a principalement cité deux récents arrêts majoritaires de la Cour Suprême du Canada, tous deux rendus le 8 décembre 1988: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548.

Mme Simmons est entrée au Canada par avion en provenance de la Jamaïque, et M. Jacoy est entré au Canada — au poste Douglas — en automobile en provenance de Seattle, États-Unis d'Amérique, et la question s'est posée de savoir si l'un et l'autre avaient été détenus au sens accordé à ce mot dans l'arrêt *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613, de sorte qu'il soit possible d'invoquer l'alinéa 10b) de la Charte, qui garantit le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. C'est peut-être dans le cadre d'une autre affaire qu'il y aura lieu de décider si la personne dont les papiers personnels sont saisis à son domicile en sa présence est nécessairement «détenue». Selon les faits de l'espèce, on doit conclure que les Rollinson n'ont pas été détenus, car la recherche d'articles de contrebande n'a rien donné. Ainsi donc, bien que la Couronne ait réussi à échapper à la conclusion que les inspecteurs des douanes ont violé l'alinéa 10b) dans les circonstances en cause, celles-ci témoignent de la perquisition sans mandat de la résidence du particulier la nuit tombée et de la saisie de ses papiers personnels.

C'est ce dernier élément qui distingue l'espèce des arrêts de la Cour suprême invoqués par la Couronne. Ils avaient trait à des personnes qui importent au Canada «cachés sur elles, des effets sujets à déclaration en douane, ou des articles prohibés» selon les termes de l'article 143 de l'an-

previous statute's [R.S.C. 1970, c. C-40] section 143. A citizen's private papers are simply not such goods. They never become such goods, even if, as here, the citizens' dwelling is a vessel capable of crossing the border. So, the Court concludes that the jurisprudence which enhances the authority of customs agents have to detain border-crossers and to search for and seize goods including contraband, does not carry such authority in regard to seizing personal papers.

The common law has required the Crown's agents to procure a valid warrant for the seizure of private papers

In that landmark judgment of the Supreme Court of Canada, *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the unanimous reasons of the Court were written by Mr. Justice Dickson, later Chief Justice of Canada. He cited and quoted from "the great case" of *Entick v. Carrington* (1765), 95 E.R. 807 (K.B.), as expressing the authentic statement of the common law in regard to the seizure of personal property. Apart from the passages of *Entick v. Carrington* quoted by Dickson J., there are also published therein the following highly pertinent passages [at pages 807 and 814]:

In trespass; the plaintiff declares that the defendants on the 11th day of November . . . 1762, at Westminster . . . with force and arms broke and entered the dwelling-house of the plaintiff . . . and continued there four hours without his consent and against his will . . . and read over, pryed into, and examined all the private papers, books, &c. of the plaintiff there found, whereby the secret affairs, &c. of the plaintiff became wrongfully discovered and made public; and took and carried away . . .

Lord Chief Justice. — I shall not give any opinion at present . . . ; I shall only just mention a matter which has slipped the sagacity of the counsel on both sides, that it may be taken notice of upon the next argument. . . . suppose a justice of peace issues a warrant to search a house for stolen goods, and directs it to four of his servants, who search and find no stolen goods, but seize all the books and papers of the owners of the house, whether in such a case would the justice of peace, his officers or servants, be within the Stat. 24 Geo. 2? [Emphasis not in original text.]

In *Entick v. Carrington*, "the Earl of Halifax was . . . one of the lords of the King's Privy Council, and one of his principal Secretaries of

cienne Loi [S.R.C. 1970, chap. C-40]. Les papiers personnels d'un particulier ne sont tout simplement pas de tels articles; ils ne le sont jamais devenus, même si, comme c'est le cas en l'espèce, la résidence du particulier est un bateau capable de traverser la frontière. Ainsi donc, la Cour conclut que la jurisprudence à l'appui du pouvoir des douaniers de détenir ceux qui passent la frontière et de chercher et saisir des effets, y compris des articles de contrebande, n'a pas la même autorité à l'égard de la saisie des papiers personnels.

La common law exige que les préposés de la Couronne obtiennent un mandat valide avant de saisir des papiers personnels

Dans le jugement de la Cour suprême qui a fait autorité, *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, c'est le juge Dickson, plus tard juge en chef du Canada, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour. Il a mentionné et cité «l'arrêt célèbre» *Entick v. Carrington* (1765), 95 E.R. 807 (K.B.), considérant qu'il exposait correctement la common law applicable à la saisie des biens personnels. En plus des passages de l'arrêt *Entick v. Carrington* cités par le juge Dickson, on trouve aussi dans cet arrêt les passages très pertinents qui suivent [aux pages 807 et 814]:

[TRADUCTION] Transgression intentionnelle: le demandeur déclare que les défendeurs, le 11 novembre . . . 1762, à Westminster . . . par la force et par les armes ont fait irruption à son domicile . . . et qu'ils y sont restés quatre heures sans son consentement et contre sa volonté . . . et qu'ils ont lu, fouillé et examiné tous ses papiers personnels, livres, etc. qu'ils ont trouvés, de sorte que les affaires secrètes, etc. du demandeur ont été illégalement mises à jour et rendues publiques; et les défendeurs ont pris et emporté lesdits papiers, etc. . . .

Le juge en chef. — Je ne donnerai aucune opinion pour l'instant . . . ; je me contenterai de mentionner un point qui a échappé à la sagacité des avocats des deux parties, de sorte que l'on puisse en tenir compte au cours de la prochaine plaidoirie. . . . supposons qu'un juge de paix décerne un mandat pour perquisitionner une maison en vue d'y trouver des objets volés, et qu'il l'adresse à quatre de ses préposés, qui perquisitionnent sans trouver d'objets volés, mais qui saisissent tous les livres et les papiers des propriétaires de la maison, dans de telles circonstances, le juge de paix, ses préposés ou mandataires, sont-ils visés par la loi 24, Geo 2? [Non souligné dans le texte original.]

Dans l'arrêt *Entick v. Carrington*, [TRADUCTION] «le comte de Halifax était . . . l'un des lords du Conseil privé du Roi, et l'un de ses principaux



State, and” [at page 809] he had “made his warrant under his hand and seal directed to the defendants, . . . in the King’s name . . . taking a constable to your assistance, to make strict and diligent search” for “several weekly very seditious papers . . . contain[ing] gross and scandalous reflections and invectives upon His Majesty’s Government, and upon both Houses of Parliament . . . to seize and apprehend, and to bring [the plaintiff], together with his books and papers, in safe custody before me [the Earl of Halifax] to be examined concerning the premises” [at pages 808 and 810]. Upon the very issues which concern the parties in the cases at bar, “the whole Court gave judgment this term for the plaintiff” [at page 815] as demonstrated in the following pertinent passages [at pages 817-818]:

The warrant in our case [found to be issued by the Secretary of State without jurisdiction to do so] was an execution in the first instance, without any previous summons . . . or proof that he [the plaintiff] was the author of the supposed libels; a power claimed by no other magistrate whatever . . . ; it was left to the discretion of these defendants to execute the warrant . . . when he might have no witness present to see what they did; for they were to seize all papers, bank bills, or any other valuable papers they might take away if they were so disposed; there might be nobody to detect them. . . . [W]e were told by one of these messengers that he was obliged by his oath to sweep away all papers whatsoever; if this is law it would be found in our books, but no such law ever existed in this country; . . . [W]e can safely say there is no law in this country to justify the defendants in what they have done; if there was, it would destroy all the comforts of society; for papers are often the dearest property a man can have. . . . [B]ut if the goods are not found there, he [the one who searches and seizes] is a trespasser; the officer in that case is a witness; there are none in this case, no inventory taken; if it had been legal many guards of property would have attended it. . . . The law never forces evidence from the party in whose power it is; when an adversary has got your deeds, there is no lawful way of getting them again but by an action. [Emphasis not in original text.]

Now that expression of the common law rights of the citizen from some 225 years ago, stated in *Entick v. Carrington*, may be contrasted with the actions of the four modern “messengers” under Borisenko’s leadership, when they seized the citizen’s papers telling him that it was “required”, without even holding so much as a spurious warrant, “no inventory taken” either. Since Rollinson

secrétaires d’État, et» [à la page 809] il avait «décerné un mandat sous son seing et sceau aux défendeurs, . . . au nom du Roi, . . . s’étant fait accompagner d’un constable afin de procéder à une perquisition soigneuse et rigoureuse» à la recherche de «plusieurs hebdomadaires très séditieux . . . contenant des réflexions et des injures grossières et scandaleuses à l’endroit du gouvernement de Sa Majesté et des deux Chambres du Parlement . . . pour appréhender, saisir et amener [le demandeur] ainsi que ses livres et papiers sous bonne garde devant le comte de Halifax, pour être interrogé sur les accusations portées contre lui» [aux pages 808 et 810] «La Cour, à l’unanimité, s’est prononcée en faveur du demandeur» [à la page 815] sur précisément les questions qui concernent les parties en l’espèce, comme le montrent les passages pertinents qui suivent [aux pages 817 et 818]:

[TRADUCTION] Le mandat en l’espèce [dont les juges ont dit qu’il avait été décerné par le secrétaire d’État sans qu’il ait compétence pour le faire] était en bref d’exécution sans assignation préalable . . . ni la preuve qu’il [le demandeur] était l’auteur des soi-disant pamphlets; c’est là un pouvoir qu’aucun autre magistrat ait jamais revendiqué . . . ; l’exécution du mandat était laissée à la discrétion de ces défendeurs . . . lorsque le demandeur n’aurait aucun témoin pour voir ce qu’ils faisaient; car ils devaient saisir tous les documents, billets de banque ou tous autres papiers de valeur qu’ils pourraient tenir à emporter; personne ne les verrait . . . L’un de ces messengers nous a dit qu’il devait selon son serment rafler absolument tous les papiers; si c’était là la loi, elle serait consignée dans nos livres, mais aucune loi de ce genre n’a jamais existé dans notre pays; . . . [N]ous pouvons dire sans crainte d’erreur qu’aucune loi de notre pays ne justifie les actes des défendeurs; s’il s’en trouvait une, elle irait contre tous les agréments de la vie en société; car les papiers sont souvent les biens les plus chers qu’un homme puisse avoir . . . [M]ais si les effets recherchés échappent à la perquisition, il [celui qui effectue la perquisition et la saisie] est un intrus; l’officier de justice est alors un témoin; il n’y en a aucun dans cette affaire, aucun inventaire n’est dressé; si la perquisition avait été légale, elle aurait été assortie de plusieurs garanties de la propriété . . . La loi ne contraint jamais la partie qui possède des éléments de preuve à s’en défaire; si un adversaire est en possession de vos actes, une action est le seul moyen légal de les récupérer. [Non souligné dans le texte original.]

Cette formulation vieille de quelque 225 ans des droits d’un particulier prévus par la common law, que l’on trouve dans l’arrêt *Entick v. Carrington*, peut être mise en contraste avec les actes des quatre «messengers» contemporains sous les ordres de Borisenko, lorsqu’ils ont saisi les papiers du particulier en lui disant que cela était «exigé», sans être munis même d’un faux mandat, «aucun inven-

did not willingly part with his papers, the Crown's servants were purporting to force evidence from the party (Rollinson) in whose power (custody) it was.

The Charter requires the Crown's agents to procure a valid warrant for the seizure of private papers

It must not be thought that in this era of the Charter a citizen's rights are less than those of 225 years ago. Here is what Dickson J. wrote on that score for the unanimous Supreme Court in the *Hunter et al. v. Southam Inc.* case, above cited [at page 158]:

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

Dickson J. then made a comparison with the provisions of the U.S. Constitution which are pertinent here [at pages 158-159]:

The Fourth Amendment of the United States Constitution, also guarantees a broad right. It provides:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Construing this provision in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Stewart J. delivering the majority opinion of the United States Supreme Court declared at p. 351 that "the Fourth Amendment protects people, not places". Justice Stewart rejected any necessary connection between that Amendment and the notion of trespass. With respect, I believe this approach is equally appropriate in construing the protections in s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*. [Emphasis not in original text.]

Having performed the second stage of a border search, and having turned up no contraband, the Borisenko boarding party was without lawful authority to seize the citizen's private, personal papers. Borisenko testified that as far as he knew a search warrant was not necessary under the *Customs Act* and Regulations on February 1, 1984,

taire n'ayant été dressé» ici non plus. Puisque Rollinson ne s'est pas séparé de bon gré de ses papiers, les préposés de la Couronne prétendaient contraindre la partie (Rollinson) qui avait les éléments de preuve en sa possession (sous sa garde) à les remettre.

La Charte exige que les préposés de la Couronne soient munis d'un mandat valide lorsqu'ils saisissent des papiers personnels

Il ne faut pas croire qu'à l'époque de la Charte, les particuliers jouissent de moins de droits qu'il y a 225 ans. Voici ce qu'a dit le juge Dickson à ce sujet dans la décision unanime de la Cour suprême dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précitée [à la page 158]:

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enclavée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le juge Dickson a alors fait une comparaison avec les dispositions de la Constitution des États-Unis qui sont pertinentes en l'espèce [aux pages 158 et 159]:

Le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis garantit également un droit général. Il prévoit:

[TRADUCTION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.

Interprétant cette disposition dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), le juge Stewart qui a prononcé le jugement de la Cour suprême des États-Unis à la majorité déclare, à la p. 351, que [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Il a rejeté tout lien nécessaire entre cet amendement et le concept d'intrusion. Avec égards, j'estime que ce point de vue est également applicable à l'interprétation de la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte des droits et libertés*. [Non souligné dans le texte original.]

Après avoir procédé à la seconde phase d'une fouille effectuée à la frontière sans avoir trouvé aucun article de contrebande, l'équipe de Borisenko qui a arraisonné le navire n'était pas habilitée à saisir les papiers personnels du particulier. Borisenko a déposé que pour autant qu'il le sache, un mandat de perquisition n'était pas requis par la

less than a year after the proclamation in vigour of the Charter. For that state of knowledge he may be forgiven, for *Hunter et al. v. Southam Inc.* was not published by the Supreme Court until September 17, 1984. But that forgiveness does not dilute the citizen's undoubted right even in February, 1984, to be secure against unreasonable seizure of his papers, nor does it dilute the intimidating number of agents who jumped aboard the *Rogue* as daylight disappeared and "required" the citizen to surrender his papers, without providing any inventory of them and in the absence of an objective witness or a valid warrant.

The right which the citizen must have enjoyed after the coming into force of the Charter, and which exists to the present, in regard at least to personal papers, can be appreciated in the following definitive passage in the *Hunter et al. v. Southam Inc.* case [at pages 160-161]:

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

It matters nothing that the personal papers, the so-called logs shown in Exhibit 1, prattle on about pleasant domestic and social matters such as the quality of a meal, "Doady made Roast Beef dinner for us all. (Great)" at page 23, or visits, "Visited by Pam & Baby Courtney & a friend Sue Johnston" at page 3, among many other such entries. Nor does it matter that the recorded weather and barometric reports were taken from *The Province* newspaper, instead of readings at the place where the *Rogue* was. Papers, as was stated in 1765, are a person's dearest property and section 8 of the Charter is aimed at preventing their unreasonable seizure in the first place, not just the obtaining of a

*Loi sur les douanes* et ses règlements d'application le 1<sup>er</sup> février 1984, moins d'un an après l'entrée en vigueur de la Charte. On peut lui pardonner d'avoir pensé ainsi, car l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* n'a pas été publié par la Cour suprême avant le 17 septembre 1984. Mais ce pardon n'atténue pas pour autant le droit indiscutable du particulier, même en février 1984, d'être protégé contre la saisie abusive de ses papiers, pas plus qu'il ne diminue le nombre impressionnant de douaniers qui sont montés à bord du *Rogue* à la tombée du jour et qui ont «exigé» que le particulier leur remette ses papiers, sans en fournir d'inventaire et en l'absence de tout témoin indépendant et d'un mandat valide.

Le droit que doit avoir eu le particulier après l'entrée en vigueur de la Charte, et qui existe toujours, à l'égard tout au moins de ses papiers personnels, peut s'apprécier à la lecture du passage décisif suivant de l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* [aux pages 160 et 161]:

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux expectatives des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

Il importe peu que les papiers personnels, le soi-disant journal de bord porté à la pièce 1, traitent de l'agréable côté popote et mondain de la vie, comme la qualité d'un repas, [TRADUCTION] «Doady nous a fait du rôti de bœuf pour le souper. (Formidable)» à la page 23, ou les visites, «Visite de Pam et bébé Courtney et d'une amie Sue Johnston» à la page 3, parmi plusieurs autres mentions. Il n'importe pas d'avantage que la température et la pression atmosphérique aient été tirées du journal *The Province*, plutôt que des indications fournies là où mouillait le *Rogue*. Les papiers, comme on l'a dit en 1765, sont les biens les plus chers d'un individu et l'article 8 de la

judicial enquiry after their seizure as is occurring here. Even if the citizen enjoyed playing the role of ship's master on a 45-foot wooden cruiser with his various "logs" of variably trivial and serious contents, he remains constitutionally entitled to the protection of section 8. If the Crown's agents here fondly believed, as Borisenko said he at least did, that the citizen's personal papers would provide evidence of offenses allegedly committed by the citizen, all the more obligation for obtaining the prior judicial or other objective permission needed to obtain a valid warrant or other lawful authorization. The Charter plainly requires that.

#### Statutory exigency v. Constitutional imperative

Borisenko testified (transcript, at pages 694-695), that he as a customs agent needed no warrant, but was invested with the statutory authority to do what he did, for which he took full responsibility (transcript, at page 632), by virtue of the now repealed *Customs Act's* sections 11 and 231, as they were in 1984, thus:

11. (1) The master of every vessel coming from any port or place out of Canada, or coastwise, and entering any port in Canada, whether laden or in ballast, shall go without delay, when such vessel is anchored or moored, to the custom-house for the port or place of entry where he arrives, and there make a report in writing to the collector or other proper officer, of the arrival and voyage of such vessel.

231. (1) All goods shipped or unshipped, imported or exported, carried or conveyed, contrary to this Act or to any regulation, and all goods or vehicles, and all vessels, with regard to which the requirements of this Act or any regulation have not been complied with, or with respect to which any attempt has been made to violate the provisions of this Act or any regulation, are liable to forfeiture.

Although the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, was repealed by subsection 212(3) of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1, the former Act furnishes the statute law in effect at all material times. The former *Customs Act* was pre-Charter legislation. The Crown's written argument, filed March 9, 1989, under tab 8, page 133, asserts the following:

Charte vise essentiellement à prévenir leur saisie abusive, et non simplement à prévoir une enquête judiciaire après leur saisie, comme c'est le cas en l'espèce. Même si le particulier aimait jouer le rôle de capitaine d'un croiseur de bois de 45 pieds avec ses divers « journaux » remplis de mentions tantôt triviales et tantôt sérieuses, il conserve son droit constitutionnel à la protection de l'article 8. Si les préposés de la Couronne croyaient sincèrement, comme c'était tout au moins le cas de Borisenko selon lui, que les papiers personnels du particulier allaient fournir la preuve d'infractions qu'aurait commises le particulier, encore plus grande était l'obligation d'obtenir l'autorisation judiciaire préalable ou une autre permission régulière nécessaire pour obtenir un mandat valide ou une autre autorisation légale. La Charte en exige clairement autant.

#### Exigence statuaire c. Impératif constitutionnel

Borisenko a déposé (transcription aux pages 694 et 695) qu'en sa qualité d'agent des douanes, il n'avait pas besoin de mandat, la loi l'autorisant à faire ce qu'il a fait et qu'il prend entièrement sous sa responsabilité (transcription, à la page 632), en vertu des articles 11 et 231, aujourd'hui abrogés, de la *Loi sur les douanes*, tels qu'ils étaient libellés en 1984:

11. (1) Le capitaine d'un navire qui vient d'un port ou d'un lieu situé en dehors du Canada, ou fait le cabotage, et entre dans quelque port du Canada, que ce navire soit chargé ou sur lest, doit se rendre sans délai, après que ce navire est mouillé ou amarré, à la douane du port ou du lieu d'entrée où il arrive, et y faire une déclaration, par écrit, au receveur ou autre préposé compétent de l'arrivée et du voyage du navire.

231. (1) Tous effets embarqués ou débarqués, importés ou exportés, portés ou transportés, contrairement à la présente loi ou à un règlement, et tous effets ou véhicules, et tous navires à l'égard desquels les prescriptions de la présente loi ou d'un règlement n'ont pas été observées, ou au sujet desquels il y a eu tentative de violer les dispositions de la présente loi ou d'un règlement, peuvent être confisqués.

Bien que la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, ait été abrogée par le paragraphe 212(3) de la *Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1, l'ancienne Loi représente le droit écrit en vigueur à l'époque concernée. L'ancienne *Loi sur les douanes* était une loi antérieure à la Charte. Dans les observations écrites de la Couronne, déposées le 9 mars 1989, à l'onglet 8, page 133, on trouve notamment ce qui suit:

[A]ny question as to the constitutionality of the *Customs Act* as it existed at the time of the incidents, the subject matter of the two actions, is now academic in that a new *Customs Act* has been brought into force. It is submitted that none of the three Acts referred to are in breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either as alleged or at all.

This argument is untenable and would really request the Court to proceed on the basis either that there was no applicable statute law at the material times, or that the Charter although then fully in force, is ineffectual.

Many draconian provisions of the former Act have been cited by the Crown. They do not need to be recited here. After careful perusal the Court concludes that none of them overrides the constitutional imperative expressed in section 8 of the Charter so as to authorize the warrantless seizure of the citizen's personal papers. To the extent that any such provisions of that former statute purported to authorize such an unreasonable seizure, they are of no force and effect.

The actual seizure by Borisenko and/or his cohort on February 1, 1984, of the citizen's personal or private papers, called "ship's logs" infringed the citizen's right guaranteed by section 8 of the Charter. The citizen never waived his right.

The seizure of those papers constituted no "border search" as referred to in *R. v. Simmons* (above) and in *R. v. Jacoy*. The "border search" was effected when the Borisenko boarding party sought, but could find no contraband in the citizen's possession. The Charter imperatively governed the situation which former agent Borisenko and his boarding party created on February 1, 1984, in regard to the seizure of the papers.

#### Section 24 of the Charter

Section 24 of the Charter contemplates the situation found here. It runs:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that

[TRADUCTION] [T]oute question sur la constitutionnalité de la *Loi sur les douanes* telle qu'elle existait au moment des incidents en cause, qui font l'objet des deux actions, est désormais dépourvue d'intérêt pratique puisqu'une nouvelle *Loi sur les douanes* est entrée en vigueur. On avance qu'aucune des trois lois mentionnées ne viole la *Charte canadienne des droits et libertés*, que ce soit comme on le prétend ou d'une façon quelconque.

Cet argument est insoutenable et il forcerait réellement la Cour à tenir pour acquis soit qu'à l'époque concernée il n'y avait aucune loi applicable, soit que la Charte, bien que pleinement en vigueur, était inopérante.

La Couronne a cité plusieurs dispositions draconiennes de l'ancienne Loi. Elles n'ont pas à être reproduites ici. Après les avoir lues attentivement, la Cour conclut qu'aucune d'elles ne l'emporte sur l'impératif constitutionnel de l'article 8 de la Charte de façon à autoriser la saisie sans mandat des papiers personnels du particulier. Les dispositions de l'ancienne Loi sont inopérantes dans la mesure où elles prétendent autoriser une saisie aussi abusive.

La saisie par Borisenko et/ou sa bande des papiers personnels du particulier, appelés «journal de bord» le 1<sup>er</sup> février 1984, a violé le droit garanti au particulier par l'article 8 de la Charte, droit auquel il n'a jamais renoncé.

La saisie de ces papiers ne constituait pas une «fouille effectuée à la frontière» dont il est question dans les arrêts *R. c. Simmons* (précité) et *R. c. Jacoy*. La «fouille effectuée à la frontière» a eu lieu lorsque le groupe de Borisenko, après être monté à bord du bateau, y a cherché en vain des articles de contrebande. La Charte régissait obligatoirement la situation créée par l'ancien agent Borisenko et son équipe, le 1<sup>er</sup> février 1984, en ce qui concerne la saisie des papiers.

#### L'article 24 de la Charte

L'article 24 de la Charte prévoit la situation en l'espèce. En voici le libellé:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus

infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The Court has found that Rollinson's right to be secure against unreasonable seizure has been infringed. That citizen has applied to this Court in these two properly constituted actions to obtain the remedies of damages and exclusion of the evidence, such as it is, provided by his said unreasonably seized personal papers, pursuant to subsection 24(2).

The next question to be answered is whether, according to subsection 24(2) of the Charter, "the admission of [the wrongfully seized papers] in the[se] proceedings would bring the administration of justice into disrepute."

The term "administration of justice" does not restrict itself to criminal law proceedings, for according to section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and amendments thereto, these civil proceedings are based on Parliament's view of "the better administration of the laws of Canada", "notwithstanding anything in this [*Constitution Act, 1867*]" [emphasis added]. These words in the first adopted part of the Constitution are capable of receiving and subsuming, and do receive and subsume, the later expression "the administration of justice" as naturally as do the words of section 92 head 14 of the same constitutional documents even if the last mentioned expression is confined to operation "within the province" whereas the similar expression in section 101 may operate notwithstanding anything in the Constitution.

#### The repute of the administration of justice

The Crown's counsel argues that even if, as the Court finds, the manner of the seizure infringed the citizen's rights guaranteed by the Charter, the admission of the personal papers into evidence would not bring the administration of justice into disrepute. In so arguing, counsel reverts again, at page 141 of written argument, to the *Jacoy* judg-

dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

<sup>a</sup> La Cour a conclu que le droit de Rollinson d'être protégé contre les saisies abusives avait été violé. Ce particulier s'est adressé à la Cour, au moyen de ces deux actions régulièrement formées, pour obtenir réparation, c'est-à-dire des dommages-intérêts et l'exclusion des éléments de preuve, quels qu'ils soient, fournis par la saisie abusive de ses papiers personnels, en application du paragraphe 24(2).

<sup>c</sup> La prochaine question à laquelle il faut répondre tient à savoir si, selon le paragraphe 24(2) de la Charte, l'«utilisation dans ces procédures des papiers illégalement saisis est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

<sup>d</sup> L'expression «administration de la justice» ne se restreint pas aux procédures criminelles, car selon l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et ses modifications, ces procédures civiles sont fondées sur l'idée que se fait le législateur de «la meilleure administration des lois du Canada», «nonobstant toute disposition contraire énoncée dans [la *Loi constitutionnelle de 1867*]» [soulignement ajouté]. Ces mots dans la partie de la Constitution adoptée en premier lieu sont capables d'accepter et d'embrasser, ce qu'ils font d'ailleurs, l'expression postérieure d'«administration de la justice» aussi naturellement que le fait le libellé de la rubrique 14 de l'article 92 des mêmes documents constitutionnels, même si la dernière expression se confine à l'administration «dans la province» alors que la même expression à l'article 101 peut s'appliquer nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la Constitution.

#### Déconsidération de l'administration de la justice

<sup>i</sup> L'avocat de la Couronne soutient que même si, comme a conclu la Cour, la façon dont la saisie a été effectuée a violé les droits garantis au particulier par la Charte, l'utilisation en preuve des papiers personnels de ce dernier ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. En avançant cet argument, l'avocat de la Couronne renvoie encore,

ment of the Supreme Court of Canada, and the concept of "border searches". In that regard Crown counsel wrote:

The [Supreme] Court held that the evidence (the cocaine) should not have been excluded under s.24(2) of the *Charter*. The evidence of the narcotics was real evidence which existed independently of the *Charter* violation and its admission would not detract from a fair trial. The Customs officers were acting in good faith. There was a serious social evil with which the accused was charged. Administration [*sic*] of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

It is submitted that similar criteria apply here. Ex. 1 is real evidence. A sovereign nation must be able to control access to its borders. The evidence existed independently of the *Charter* violation.

This argument entirely misses the point of the citizen's complaint. In the first place private papers are vastly different from cocaine, and indeed cannot be classified as any kind of contraband. They are not generally, and despite the citizen's playing at being a ship's master, were not in the instant case, anything akin to "business records", a claim not heard here on the Crown's behalf. The Court so characterizes the citizen, because that which he said was the genuine "ship's log" was not produced, it having been lost, or least never returned to him, by Borisenko. What appears as Exhibit 1 is not business-like in the manner of a real "ship's log". Moreover, there is assuredly no "social evil" whatever in the citizen keeping and having private papers, whose privacy the common law itself has protected for centuries from the prying eyes of minions of the State. Far from any social evil, the privacy is in sweet accord with what the law calls public policy.

The Crown's counsel argues that the "customs officers were acting in good faith". Such might be conceded in so far as they conceived that they had the overriding right to effect a secondary border search for contraband, but there having been none for them to find, the concession of good faith diminishes abruptly at that point. In resolving the witnesses' credibility in their conflict of "hard swearing" the Court has hereinbefore preferred the citizen's testimony. The Court finds that,

à la page 141 de ses observations écrites, à l'arrêt *Jacoy* de la Cour suprême du Canada, et à la notion des «fouilles effectuées à la frontière». À cet égard, l'avocat de la Couronne a écrit ce qui suit:

a [TRADUCTION] La Cour [suprême] a statué que la preuve (la cocaïne) n'aurait pas dû être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. La preuve que constituaient les stupéfiants était une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation en preuve ne serait pas susceptible de porter atteinte à l'équité du procès. Les agents des douanes avaient agi de bonne foi. L'infraction dont était accusé l'inculpé était la source de nombreux maux pour la société. L'administration [*sic*] de la preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

b On soutient que des critères semblables s'appliquent en l'espèce. La pièce 1 est une preuve matérielle. Une nation souveraine doit être capable de contrôler l'accès à ses frontières. La preuve existait indépendamment de la violation de la *Charte*.

c Cet argument passe complètement à côté du grief du particulier. Tout d'abord, des papiers personnels sont tout à fait différents de la cocaïne, et ne peuvent d'aucune façon être considérés comme des articles de contrebande. Ils ne sont généralement pas, et bien que le particulier ait joué au capitaine de navire, ils n'étaient pas en l'espèce, quoi que ce soit qui ressemblât à des «papiers d'affaires», prétention que la Couronne n'a pas fait valoir en l'espèce. La Cour qualifie de la sorte le particulier parce que ce qu'il a dit être le véritable «journal de bord» n'a pas été produit, ayant été perdu, ou tout au moins jamais rendu, par Borisenko. Ce qui fait figure de pièce n° 1 n'a pas le caractère professionnel d'un véritable «journal de bord». De plus, il n'y a sûrement aucun «mal pour la société» dans la tenue et la possession par le particulier de papiers personnels, dont la common law elle-même protège le caractère confidentiel depuis des siècles des regards indiscrets des sous-fifres de l'État. Loin d'être un «mal pour la société», le caractère confidentiel des papiers est parfaitement en harmonie avec ce que le droit appelle l'ordre public.

d L'avocat de la Couronne soutient que [TRADUCTION] «des agents des douanes agissaient de bonne foi». On peut le concéder dans la mesure où ils concevaient avoir le droit primordial d'effectuer une fouille secondaire à la frontière à la recherche d'articles de contrebande, mais comme il n'y en avait pas, la bonne foi qu'on peut leur prêter diminue abruptement à ce point. Dans son appréciation de la crédibilité des témoins, compte tenu de leurs dépositions assermentées contradictoires,

although Borisenko in his first written account of the seizure of the papers did indicate, in Exhibit 2(77), that he told Rollinson that the customs agents were “required” to take away the papers — an erroneous, or deliberate, misstatement of the law — which the citizen well remembered in testimony, Borisenko purported to dress up that wrongful seizure with accounts of Rollinson’s cooperation and willingness to press those papers on Borisenko. Neither of the two of three customs agents present aboard the *Rogue* who testified, could remember that anything of that nature was said between Rollinson and Borisenko. Rollinson denies it and his testimony is preferred. The misstatement was continued into Borisenko’s testimony. Borisenko’s fulsome and repetitious embroidering of tales of Rollinson’s utter willingness to part with his papers is an egregious misstatement of fact from which the Court draws the natural inference of Borisenko’s consciousness of wrongdoing. Despite the former inspector’s asserted belief that he was empowered to seize the vessel and everything aboard it, he was aware that the *Rogue* was the Rollinson’s abode or dwelling, and the Court, by inference, holds that he was conscious of doing wrong in asserting that he was “required” to take away those papers and, then, in taking them away without so much as giving the citizen an inventory-receipt for them. The Court, therefore, rejects the Crown’s argument about the “good faith” of its customs agents.

There is no doubt that a sovereign nation must be able to control access to its borders, but that lofty principle looks gratuitous when applied to the citizen’s personal papers. That is because, by subsection 6(1) of the Charter, this sovereign nation guarantees the citizen “the right to enter, remain in and leave Canada”, personal papers and all.

In the Attorney General’s written reply to Rollinson’s counsel’s written argument, filed April 4, 1989, the Crown’s counsel virtually makes the citizen’s argument for him. Citing *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 88, a judgment of the Ontario Court of Appeal in which, in regard to warrantless searches, it is said that different standards applied to vehicles, vessels and aircraft because of their mobility, counsel wrote at page 48 therein at page 121 [of *Rao*]:

la Cour a préféré le témoignage du particulier. La Cour conclut que même si Borisenko, dans son premier exposé écrit de la saisie des papiers, a indiqué, à la pièce 2(77), qu’il avait dit à Rollinson que les agents des douanes étaient «tenus» d’emporter ses papiers — un exposé erroné de la loi, fait par erreur ou de façon délibérée — dont le particulier s’est bien souvenu dans sa déposition, Borisenko a tenté de camoufler cette saisie abusive en parlant du concours de Rollinson et de son empressement à lui remettre ces papiers. Aucun des deux ou trois douaniers présents à bord du *Rogue* qui ont témoigné ne se souvenait qu’aucun propos du genre ait été échangé entre Borisenko et Rollinson. Celui-ci le nie et son témoignage est préféré. La déclaration trompeuse de la loi est reprise dans la déposition de Borisenko. Ses belles histoires fastidieuses et répétitives sur l’empressement de Rollinson à remettre ses papiers est un exposé parfaitement erroné des faits, dont la Cour tire la conclusion naturelle que Borisenko était conscient d’avoir mal agi. Bien que l’ancien inspecteur ait affirmé qu’il se croyait habilité à saisir le bateau et tout ce qui s’y trouvait, il savait que le *Rogue* était la résidence ou le domicile de Rollinson, et la Cour, par inférence, conclut qu’il savait mal agir en affirmant qu’il était «tenu» d’emporter les papiers en cause, puis en les emportant sans même donner au particulier un récépissé détaillé à leur égard. La Cour rejette par conséquent l’argument qui fait état de la «bonne foi» des douaniers.

Il ne fait aucun doute qu’une nation souveraine doit contrôler l’accès à sa frontière, mais ce noble principe semble superflu quand on l’applique aux papiers personnels du particulier. En effet, au paragraphe 6(1) de la Charte, notre nation souveraine garantit à tout citoyen canadien «le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir», avec ses papiers personnels et tout le reste.

Dans la réponse écrite du procureur général aux observations écrites de l’avocat de Rollinson, déposée le 4 avril 1989, l’avocat de la Couronne plaide pratiquement la cause du particulier. Citant l’arrêt *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 88, un jugement de la Cour d’appel de l’Ontario dans lequel il est dit qu’en matière de perquisitions sans mandat, des critères différents s’appliquent aux véhicules, aux navires et aux aéronefs en raison de leur mobilité, l’avocat de la Couronne a dit ce qui suit à la page 48:



The legitimate expectation of privacy in one's home or office is one of the most valued rights of the individual afforded protection by a democratic society. As Mr. Justice Lamer, speaking for the Supreme Court of Canada, said in *Descoteaux et al. v. Mierzwinski et al.*, [1982] 1 S.C.R. 860 at p. 889, 70 C.C.C. (2d) 385 at p. 410, 141 D.L.R. (3d) 590 at p. 615: "Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled."

To that, this Court responds "amen". The Borisenko boarding party knew that the vessel *Rogue* was that nearly elderly couple's home. They also knew, or ought to have known, from their documentary research and all the informers who, they said, alleged anonymously the Rollinsons' trading in contraband U.S. liquor, that White Rock was their home port.

Since the common law for at least 225 years (and longer) has enshrined the individual's expectation of privacy as a right, one would think that those who administer the law, including the *Customs Act*, would be aware of that right. Indeed the Court infers that Borisenko was not so ignorant of it as he later asserted, and was, on February 1, 1984, conscious of his wrongdoing in "requiring" the citizen to hand over the latter's private papers.

Having acknowledged the distinction between a dwelling and a mere means of transportation, the Crown's counsel, still at page 48 of the said reply, pointed out the very difference between seizure of contraband and private papers, even in a dwelling-vessel by citing this passage from *Rao* at page 125:

Further, a warrantless search of vehicles, vessels or aircraft, which may move quickly away, may be reasonable where there are reasonable grounds for believing that such contains a narcotic. [Emphasis not in original text.]

Before he seized the citizen's private papers, Borisenko knew to a first-hand certainty that the vessel contained no narcotic, or any other kind of contraband. He, nevertheless, went on to exceed his authority and to infringe the citizen's rights, conscious of his wrongdoing.

[TRADUCTION] À la page 121 [de l'arrêt *Rao*]: Le droit légitime d'un individu de s'attendre au respect de sa vie privée chez lui et à son bureau est l'un des droits les plus précieux que protège une société démocratique. Comme l'a dit le juge Lamer, qui s'exprimait pour la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Descoteaux et autre c. Mierzwinski et autre*, [1982] 1 R.S.C. 860 à la page 889, 70 C.C.C. (2d) 385 à la page 410, 141 D.L.R. (3d) 590 à la page 615: «La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement.»

À cela, la Cour répond «amen». L'équipe de Borisenko qui a arraisonné le *Rogue* savait que le navire était la résidence de ce couple presque âgé. Les membres de l'équipe savaient également, ou auraient dû savoir, à la suite de leur recherche documentaire et des confidences anonymes des informateurs qui, disent-ils, ont prétendu que les Rollinson faisaient la contrebande de boissons alcooliques des États-Unis, que White Rock était le port d'attache du couple.

Puisque la common law, depuis au moins 225 ans (et plus), a consacré le droit de l'individu de s'attendre au respect de sa vie privée, on pourrait croire que ceux qui appliquent la loi, y compris la *Loi sur les douanes*, connaissent ce droit. En effet, la Cour conclut que Borisenko ne l'ignorait pas autant qu'il l'a plus tard affirmé, et que le 1<sup>er</sup> février 1984, il savait mal agir en «exigeant» que le particulier lui remette ses papiers personnels.

Après avoir reconnu la distinction entre une résidence et un simple moyen de transport, l'avocat de la Couronne, toujours à la page 48 de ladite réponse, a souligné précisément la différence entre la saisie d'articles de contrebande et celle de papiers personnels, même sur un navire faisant office de résidence, en citant ce passage de l'arrêt *Rao* à la page 125:

[TRADUCTION] En outre, la perquisition sans mandat des véhicules, des navires et des aéronefs, qui peuvent partir rapidement, peut être raisonnable lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il s'y trouve des stupéfiants. [Non souligné dans le texte original.]

Avant de saisir les papiers du particulier, Borisenko savait de première main que le navire ne contenait aucun stupéfiant, ni aucune autre sorte d'articles de contrebande. Cela ne l'a quand même pas empêché d'excéder ses pouvoirs et de violer les droits du particulier, sachant qu'il agissait mal.

The administration of justice would be brought into disrepute, whereupon the evidence shall be excluded

The manner of the infringement of the citizen's right guaranteed by section 8 of the Charter — the intimidation effected by four able-bodied men boarding and searching their dwelling-vessel after dark, the misstatement of the law's requirement, the agent's consciousness of infringing the citizen's right by dissembling and further misstatement and all the other recited circumstances — is such that to permit the Crown to bring about those papers' admission in these proceedings would bring the administration of justice into disrepute. The Court is concerned with only these proceedings, the two actions numbers T-560-84 and T-245-87. However, in further terms of the intimidation inflicted on that nearly elderly couple, the Rollinsons, it may be assumed that Borisenko's boarding party's aggressiveness could have signalled his willingness to prosecute them for alleged offenses in and under the *Customs Act*. This all happened to them in the context of a seizure which Superintendent Langley described as premature. Borisenko could not have reasonably believed that the Rollinsons would escape out to sea and never again be seen at White Rock or any other Canadian port. The foregoing circumstances establish that the seized papers must be excluded, pursuant to subsection 24(2) of the Charter.

Alternatively, excluded on common law principles

In the event that it should be held that the remedy provided in subsection 24(2) of the Charter be not applicable in these circumstances, nevertheless and in the alternative, the papers ought to be, and will be excluded from the evidence in these cases on common law principles. In effect such a decision is taken according to principles which themselves are exceptions to the principal principle.

The principal principle is well known in Canada. It states that material which constitutes evidence

L'administration de la justice serait déconsidérée, par conséquent la preuve doit être écartée

La façon dont s'est effectuée la violation du droit garanti au particulier par l'article 8 de la Charte — l'intimidation exercée par quatre robustes gaillards qui sont montés à bord de son bateau et résidence la nuit tombée pour y perquisitionner, l'exposé erroné de l'exigence de la loi, la conscience qu'avait l'agent des douanes de violer le droit du particulier reflétée par la dissimulation et par d'autres exposés erronés auxquels il a recouru, et toutes les autres circonstances déjà énumérées — tout cela est tel que permettre à la Couronne de faire utiliser ces papiers en preuve dans les présentes procédures aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour n'est saisie que de ces procédures, les deux actions portant les numéros de greffe T-560-84 et T-245-87. Cependant, pour en revenir à l'intimidation infligée à ce couple presque âgé, les Rollinson, on peut présumer que l'agressivité de l'équipe de Borisenko qui a arraisonné leur bateau a pu leur indiquer que Borisenko était prêt à les poursuivre pour les infractions alléguées aux dispositions de la *Loi sur les douanes*. Tout cela leur est arrivé dans le cadre d'une saisie que le surintendant Langley a qualifiée de prématurée. Borisenko ne peut avoir raisonnablement cru que les Rollinson allaient prendre fuite en mer et ne plus jamais réapparaître à White Rock ni dans aucun autre port canadien. Les faits susmentionnés établissent que les papiers saisis doivent être écartés en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte.

Subsidiairement, les éléments de preuve doivent être écartés en application des règles de la common law

Dans l'éventualité où il serait statué que la réparation prévue au paragraphe 24(2) de la Charte ne s'applique pas dans les circonstances, néanmoins et subsidiairement, les papiers devraient être et seront écartés dans les actions en cause en vertu des règles de la common law. De fait, une telle décision est prise en application de règles qui sont elles-mêmes des exceptions à la règle générale.

Cette règle générale est bien connue au Canada. Elle veut que les éléments qui constituent des

relevant and probative to the matters in issue is admissible and its having been obtained by improper means does not affect either the relevance or the trustworthiness of the evidence. The judge has negligible discretion to exclude such evidence. The learned authors of *The Law of Evidence in Civil Cases*, Butterworths, Toronto, 1974, deal with this principle in chapter 3 of their work under the heading of "Illegally Obtained Evidence" at pages 335 and following. The authors treat this subject with considerable irony and distaste for it evinces neither justice nor logic. First, however, the authors, Sopinka and Lederman, note at page 335:

Any examination of the present law must, of necessity, deal with criminal [law] decisions, for they are the leading ones, and they have had considerable impact on the admissibility of such evidence in civil cases.

#### The first exception: document obtained by trickery

First, regarding the exceptions, the learned authors cite the ill-regarded and melancholy decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197. It can be asserted with justification that the *Kuruma* judgment was the modern unintended progenitor of section 24 of the Charter which, as analyzed above, is the antithesis of the principal principle which latter was enunciated with deplorable rigidity in the *Kuruma* judgment. The judge's negligible discretion to exclude illegally obtained evidence was however illustrated by Lord Goddard C.J. (at page 204) thus:

If, for instance, some admission of some piece of evidence, e.g., a document, had been obtained from a defendant by a trick, one might doubt the judge might properly rule it out.

This Court considers that in the above expression of an exception to the principle of the unconcerned admission of relevant, but illegally obtained, evidence, the common law is to be discovered. Sopinka and Lederman suggest at page 347 of their opus that the discretion's existence in Canada is in considerable doubt, as of 1974. Here the doubt cannot continue but must be resolved. The Court asserts the discretion.

preuves pertinentes et probantes relativement aux questions en litige soient recevables et que leur obtention par des moyens irréguliers n'affecte ni l'applicabilité ni la crédibilité de la preuve. Le pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure une telle preuve est négligeable. Les savants auteurs du livre *The Law of Evidence in Civil Cases*, Butterworths, Toronto, 1974, traitent de cette règle au chapitre 3 de leur œuvre sous la rubrique de [TRADUCTION] «la preuve obtenue illégalement» aux pages 335 et suivantes. Les auteurs traitent de ce sujet avec une ironie et une répugnance considérables car il n'évoque ni la justice ni la logique. Tout d'abord, cependant, les auteurs, Sopinka et Lederman, remarquent à la page 335:

[TRADUCTION] Tout examen du droit actuel doit nécessairement traiter des décisions en matière criminelle, car ce sont les arrêts de principe et leur impact sur l'admissibilité de cette preuve en matière civile a été considérable.

#### La première exception: le document obtenu par duperie

Premièrement, en ce qui concerne les exceptions, les savants auteurs citent la décision mal considérée et attristante de la section judiciaire du Conseil Privé dans l'affaire *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197. On peut affirmer à bon droit que l'arrêt *Kuruma* a donné naissance sans le vouloir à l'article 24 de la Charte qui, comme on l'a analysé plus haut, est l'antithèse de la règle générale qui a été énoncée avec une déplorable rigidité dans l'arrêt *Kuruma*. Le pouvoir discrétionnaire négligeable qu'a le juge d'écarter les éléments de preuve obtenus illégalement a toutefois été illustré par le juge en chef, lord Goddard (à la page 204) de la façon suivante:

[TRADUCTION] Si, par exemple, l'utilisation en preuve d'un élément de preuve, c'est-à-dire d'un document, avait été obtenue d'un défendeur par subterfuge, sans doute le juge pourrait-il à bon droit l'écarter.

Cette Cour estime que dans l'exemple ci-dessus d'une exception à la règle de l'utilisation insouciante des éléments de preuve pertinents mais obtenus illégalement, il faut voir la common law. Sopinka et Lederman laissent entendre à la page 347 de leur œuvre que le pouvoir discrétionnaire du juge au Canada était largement douteux, en 1974. En l'espèce, le doute ne saurait subsister mais doit être dissipé. La Cour revendique ce pouvoir.

The above expressed common law exception to the principal rule is the basis for the Court's decision to "rule out" the contents of Exhibit 1, the personal papers, the so-called "logs" which were seized from the citizen by former inspector Borisenko on the basis of the latter's misstatement of law to the effect that he was "required" to take them. The Court has already found that Borisenko was fixed with a consciousness of wrongdoing when he misstated the law to the citizen as a compelling reason for seizing the papers. The quintessence of a trick, in so far as it relies on oral or written communication, is conscious misstatement, or deception. On the basis, then, of the exceptional but negligible judicial discretion enunciated by Lord Goddard C.J. for the unanimous tribunal in the *Kuruma* case, the Court now "rules out", or excludes from evidence the contents of Exhibit 1, being the seized "logs" or diaries, wherever and whenever they are additionally tendered in the two cases at bar.

The second exception: evidence gravely prejudicial, of tenuous admissibility and of trifling probative force

This matter was much considered by a profoundly riven Supreme Court of Canada in the case of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, in which the *Kuruma* case and that of *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.), as well as *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q.B. 495, at page 501, were carefully weighed and considered. Writing for what appears to be the majority in the *Wray* case, Mr. Justice Martland (at page 293) expressed these thoughts:

This development of the idea of a general discretion to exclude admissible evidence is not warranted by the authority on which it purports to be based. The dictum of Lord Goddard, in the *Kuruma* case, appears to be founded on *Noor Mohamed*, and it has, I think, been unduly extended in some of the subsequent cases. It recognized a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused. Even if this statement be accepted, in the way in which it is phrased, the exercise of a discretion by the trial judge arises only if the admission of the evidence would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling, which can be said to operate unfairly.

L'exception prévue par la common law à la règle générale, et exposée plus haut, est le fondement de la décision de la Cour d'«écarter» le contenu de la pièce 1, les papiers personnels, les soi-disant «journaux de bord», qui ont été enlevés au citoyen par l'ancien inspecteur Borisenko en se fondant sur son exposé erroné de la loi selon lequel il était «tenu» de le prendre. La Cour a déjà conclu que Borisenko savait mal agir lorsqu'il a fait au particulier un exposé erroné de la loi, qui l'aurait obligé à saisir les papiers. La quintessence d'une supercherie, dans la mesure où elle dépend d'une communication orale ou écrite, réside dans un exposé erroné délibéré, ou dans la déception. Donc, en raison du pouvoir discrétionnaire exceptionnel mais négligeable des juges énoncé par le juge en chef, lord Goddard pour une cour unanime dans l'arrêt *Kuruma*, la Cour «écarter» ou exclut en l'espèce le contenu de la pièce 1, soit les «journaux de bord» ou les journaux saisis, chaque fois qu'il est présenté de façon supplémentaire dans les deux actions en l'espèce.

La seconde exception: la preuve fortement préjudiciable, dont la recevabilité tient à une subtilité, et la force probante est insignifiante

Cette question a été fort étudiée par une Cour suprême du Canada profondément partagée dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, dans lequel les arrêts *Kuruma* et *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.), aussi bien que l'arrêt *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q.B. 495, à la page 501, ont été soigneusement étudiés et soupesés. Rédigeant les motifs pour ce qui semble être la majorité dans l'arrêt *Wray*, le juge Martland (à la page 293) a exprimé les pensées suivantes:

Cette évolution de la notion d'un pouvoir discrétionnaire illimité d'écarter une preuve recevable n'est pas justifiée par la jurisprudence sur laquelle elle prétend s'appuyer. L'aphorisme de Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma* paraît fondé sur l'affaire *Noor Mohamed* et on l'a, à mon avis, beaucoup trop élargi dans certaines affaires subséquentes. Il reconnaît un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Même si l'on accepte cet énoncé, de la façon dont il est formulé, il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

In the cases at bar the admission of the so-called logs — the citizen's personal papers — would without doubt operate unfairly. The purpose for which former agent Borisenko sought, and the Crown's counsel seeks, to utilize the papers in Exhibit 1 would be gravely prejudicial for in reality their probative force in relation to the issue of the citizen's inbound customs reports is trifling because together and separately those papers are quite unreliable for that purpose, rendering their admissibility tenuous. From the Crown's point of view, the evidential weight of the content of Exhibit 1 is not only zero, it is negative, for it tends to corroborate the Rollinsons' testimony (although the papers were written more or less sporadically, but sometimes regularly over the course of some fourteen months prior to seizure by Borisenko), and it tends to corroborate certain of the government's agents' recorded observations, which are adverse to the Crown's posture herein.

*His Lordship explained that the customs agent in charge of the investigation believed that by comparing the log notations for entering the U.S.A. with those for returning to Canada, the allegation of non-reporting would be substantiated. But this proposition depended upon certain assumptions, all of which were false.*

*There was much discussion of form E-99 — a document to be prepared by the customs official and issued to those reporting inbound. Plaintiff's testimony was that the officials sometimes did not attend at the dock and that on such occasions a form E-99 was not received. The position taken by counsel for the Crown was that the onus was on plaintiff to disprove the allegations of non-reporting by production of an E-99 for each occasion. The Crown did not, however, indicate any statutory obligation for the retention of E-99 forms. There was no analogy between form E-99 and the restricted weapon certificate considered in R. v. Schwartz, [1988] 2 S.C.R. 443. That which was certified under the Criminal Code — the possession of a restricted weapon — could be for a lengthy duration while that which was per-*

Dans les actions en cause, l'utilisation en preuve du soi-disant journal de bord — les papiers personnels du particulier — aurait sans aucun doute un effet inéquitable pour l'accusé. L'objectif poursuivi par l'ancien agent Borisenko, et maintenant par l'avocat de la Couronne, en tentant d'utiliser en preuve les papiers constituant la pièce 1 serait fortement préjudiciable, car en réalité leur valeur probante à l'égard de la question des déclarations d'entrée du particulier est insignifiante, parce qu'ensemble et séparément, ces papiers sont peu utiles à cette fin, ce qui fait tenir leur recevabilité à une subtilité. Du point de vue de la Couronne, la valeur probante du contenu de la pièce 1 n'est pas seulement nulle, elle est même défavorable, car elle tend à corroborer la déposition de Rollinson (bien que les papiers aient été rédigés plus ou moins de façon irrégulière, mais aussi parfois régulièrement au cours des quelque quatorze mois qui ont précédé leur saisie par Borisenko), et elle tend aussi à corroborer certaines des observations consignées des préposés du gouvernement, qui sont défavorables à la position de la Couronne en l'espèce.

*Sa Seigneurie a expliqué que les douaniers chargés de l'enquête croyaient que, en comparant les notations du journal de bord concernant les entrées aux É.-U. avec celles concernant les retours au Canada, l'allégation de non-déclaration se trouverait justifiée. Mais cette idée dépendait de certaines présomptions, et toutes ces présomptions étaient fausses.*

*On a beaucoup discuté de la formule E-99 — document qui devait être établi par l'agent des douanes et délivré à ceux qui faisaient des déclarations d'entrée. Le demandeur a déposé que, parfois, les agents ne s'étaient pas présentés au quai et que, à ces occasions, une formule E-99 n'avait pas été reçue. L'avocat de la Couronne a prétendu qu'il appartenait au demandeur de réfuter les allégations de non-déclaration en produisant une formule E-99 à chaque occasion. La Couronne n'a toutefois indiqué aucune obligation légale de retenir les formules E-99. Il n'existe aucune analogie entre la formule E-99 et le certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte examiné dans l'arrêt La Reine c. Schwartz, [1988] 2 R.C.S. 443. Ce qui était certifié en vertu du Code criminel — la possession*

mitted by form E-99 was the transitory action of entering Canada. There was no legal or logical requirement that a citizen retain all the E-99s issued to him.

Upon the evidence, Muldoon J. concluded that plaintiff had been a victim of the customs inspectors' overwork or laxity coupled with zeal on the part of management. The agents were either lax or overwhelmed, middle managers were asserting that duties were properly performed and when the internal investigation was launched no one would admit that there were problems. Those involved with the West Coast customs service thought it would be better "if the axe were to fall only on Rollinson's neck". The Court accepted as credible plaintiff's evidence in every instance where it was in conflict with that of the Crown's witnesses. This preference was based on the demeanour of the various witnesses, the objective evidence and the reasonable inferences drawn therefrom. The Court found as a fact that plaintiff had reported each entry to Customs but on many occasions the officials had failed to discharge their duty of coming down to the dock and preparing a form E-99.

On February 21, 1984 the *Rogue* was seized for a second time. This was for repairs made to her in the U.S.A. and not reported to Canadian Customs. Plaintiff's lawyer paid the amount demanded "pending resolution of the matter".

On March 13, 1984 plaintiff's vessel was again seized by officials who ordered that she not be moved from the White Rock pier without prior authorization. While the *Rogue* was thus tied up under seizure, a severe storm occurred in which plaintiff's wife was swept into the sea but he was able to rescue her. The *Rogue* suffered damage in this storm. Furthermore, officials threatened plaintiff with having the *Rogue* towed by an unseaworthy vessel.

d'une arme à autorisation restreinte — pourrait être pour une longue durée alors que ce qui était permis par la formule E-99 était l'acte transitoire d'entrer au Canada. On ne saurait, légalement ou logiquement, exiger qu'un citoyen retienne toutes les formules E-99 qui lui sont délivrées.

Le juge Muldoon a conclu selon la preuve que le demandeur avait été victime de la trop grande charge de travail ou du laxisme des inspecteurs des douanes, qui s'ajoutait au zèle de la part de la direction. Les agents étaient ou bien négligents ou bien débordés, les cadres moyens ont affirmé que les fonctions étaient exercées de façon appropriée, et lorsque l'enquête a été tenue, personne n'a admis l'existence de difficultés. Ceux qui étaient dans le service douanier de la côte ouest pensaient qu'il serait préférable «si la hache devait tomber seulement sur le cou de Rollinson». La Cour a considéré le témoignage du demandeur comme crédible toutes les fois qu'il était en conflit avec celui des témoins de la Couronne. Cette préférence reposait sur le comportement des divers témoins, sur la preuve objective et sur les conclusions raisonnables tirées de celle-ci. La Cour a conclu qu'il était de fait que le demandeur avait déclaré chaque entrée aux douanes mais que, à un grand nombre d'occasions, les agents ne s'étaient pas acquittés de leur obligation de se présenter au quai pour préparer une formule E-99.

Le 21 février 1984, le *Rogue* a été saisi pour une deuxième fois. La raison en était que des réparations avaient été effectuées sur le bateau aux É.-U. et n'avaient pas été déclarées à Douanes Canada. L'avocat du demandeur a payé la somme demandée «en attendant le règlement de la question».

Le 13 mars 1984, le bateau du particulier a de nouveau été saisi par des agents qui ont ordonné qu'il ne fût pas déplacé du quai de White Rock sans y être autorisé. Pendant que le *Rogue* était ainsi amarré par suite de la saisie, un violent orage a eu lieu et a emporté l'épouse du demandeur à la mer, mais ce dernier a pu la sauver. Le *Rogue* a été endommagé dans cet orage. De plus, des agents ont menacé le demandeur de faire remorquer le *Rogue* par un navire qui n'était pas en état de tenir la mer.

### Special and general damages

This third seizure of the *Rogue*, based on unconstitutionally obtained, inadmissible and thoroughly unreliable documents for the purpose, the citizen's private papers, that is: based upon uncertain evidence of breaches of the Act, which the citizen credibly repudiates, is an unlawful seizure *ab initio* and cannot be sustained in law nor approved by the Court. It was tortiously effected by the Crown's servants, for which the Crown is liable to the citizen for general and special damages, together with interest thereon if the same be lawfully available to any other successful, *sui generis* litigant of full age. Special damages, requiring further evidence no doubt will relate to the cost of "good-as-before-the-seizure" repairs to the vessel and any other loss or damage of and to the citizen's property, but including any provable although unlikely economic loss. General damages will be awarded as compensation for the Crown's servants' importunity, not to forget harassment, wrongful seizure with consciousness of wrongdoing, malice on the part of Borisenko, who in addition to all else went to some length to prejudice the adjudicator Marilyn Maskell and poison her mind against the citizen in Exhibit 2(108) where his report, covered by a "Dear Marilyn" letter, states: "All are VERY serious charges, demanding the utmost attention of the person charged. All are as a result of blatant refusal by ROLLINSON to comply with the laws of Canada!" Borisenko is both investigator and prosecutor here, and he takes on the role also of instructing the one person, Maskell, who is both judge and jury. General damages will also lie for the cavalier treatment of the citizen and Canada Customs' abuse of process by seizing the vessel first on February 1, 1984, upon a singular unspecified allegation of non-reporting which the Crown's servants conveniently just forgot and elided it into the repairs allegation which, when settled, was followed by a third seizure based on the allegation of some 22 non-reports for following their own invented non-statutory procedure for reporting, when it was in their hands that their invented procedure so often turned to ashes. So, wounded feelings created by oppressive and malicious conduct by Borisenko and his crew, amply established, and general harassment, the terror of the storm, and the general violation of rights will all generate general

### Dommages-intérêts spéciaux et généraux

Cette troisième saisie du *Rogue*, fondée sur des documents obtenus de façon inconstitutionnelle et qui sont irrecevables et entièrement inadapés aux fins poursuivies, savoir les papiers personnels du particulier, c'est-à-dire la saisie fondée sur des preuves incertaines d'infractions à la Loi, que le particulier nie de façon crédible, est dès le départ une saisie illégale et elle ne saurait être fondée en droit ni être approuvée par la Cour. Elle a été effectuée de façon délictueuse par les préposés de la Couronne, qui est tenue envers le particulier à des dommages-intérêts spéciaux et généraux à cet égard, avec intérêts s'ils sont légalement payables à tout autre plaideur *sui generis* majeur qui obtient gain de cause. Les dommages-intérêts spéciaux, exigeant d'autres preuves, viseront sans doute le coût de la remise du bateau dans son «état antérieur à la saisie» et tout autre préjudice ou dommage infligés à la propriété du particulier, y compris toute perte économique prouvable mais peu probable. Des dommages-intérêts généraux seront accordés en guise d'indemnisation à l'égard des tracasseries des préposés de la Couronne, sans oublier le harcèlement, la saisie sciemment abusive, l'intention de nuire de la part de Borisenko, qui en sus de tout le reste a déployé des efforts pour susciter les préventions de l'arbitre Marilyn Maskell et empoisonner son esprit contre le particulier dans son rapport (pièce 2(108)) accompagné d'une lettre débutant par les mots «Chère Marilyn», rapport qui énonce ce qui suit: [TRADUCTION]: «Il s'agit-là d'accusations TRÈS sérieuses, et il incombe à celui qui en fait l'objet d'y accorder une grande attention. Elles résultent toutes du refus flagrant de ROLLINSON de respecter les lois du Canada!» Borisenko est ici à la fois enquêteur et juge, et il se mêle en plus de donner des directives à une personne, Maskell, qui est juge et jury. Il y aura aussi lieu à des dommages-intérêts généraux pour le traitement désinvolte du particulier et le recours abusif des douanes canadiennes lorsqu'elles ont saisi le bateau tout d'abord le 1<sup>er</sup> février 1984, sur la foi d'une unique allégation imprécise de non-déclaration que les préposés de la Couronne ont trouvé commode d'oublier pour l'occulter dans l'allégation visant les réparations qui, une fois réglée, a été suivie d'une troisième saisie fondée sur l'allégation relative à quelque 22 déclarations omises lorsque le particulier a suivi la

damages, which after being assessed by the Court, will be payable to the citizen by the Crown.

propre méthode de déclaration des douaniers, inventé par eux et non prévue par la loi, alors qu'il dépendait d'eux que cette méthode ait si souvent échoué. Ainsi donc, les susceptibilités froissées par  
 a les agissements tyranniques et malveillants de Borisenko et de son équipe, largement établis, le harcèlement général, la crainte de la tempête, et la violation générale des droits du particulier donneront tous lieu à des dommages-intérêts généraux,  
 b qui une fois évalués par la Cour, seront payables au particulier par la Couronne.

### The Crown's posture

The Crown's witness Deszcz was examined in chief by the Crown's counsel as to the inbound reporting procedure in relation to which the vessel was seized and the sum of \$1,100 levied for its release. (Exhibit 2(129)A; transcript, at page 95.) Here is the passage in volume 1 in which Deszcz is reported to have explained [transcript, at pages 96-97]:

Q. And turning now to ... Exhibit 2, document 130, which purports to be a deputy ministerial recommendation ... by Ms. Maskell under the provisions of Section 162 of the *Customs Act* dealing with the March 13, 1984 seizure, is that correct? e

A. That's correct.

Q. And do you know if any other inquiries were made other than that which is contained in the material that was presented by either Customs or on behalf of Mr. Rollinson? f

A. Ms. Maskell did make inquiries by phone before she made this recommendation as to the procedure for reporting inward of vessels, that report in question. It was determined from that phone discussion that the procedure was that inner reports could not be made by telephone. That is the report could be notified by phone, but the procedure was that an officer would go to the dock in question on every occasion and make a report. g

THE COURT: Do you know anything about that procedure in your official capacity, Mr. Deszcz? h

A. No, I do not, sir.

THE COURT: So you don't know what the person reporting his presence would or could do if the customs officer did not go to the dock? He could hardly bring the boat to the Douglas station? i

A. That's correct. I don't, I can't give you a definite answer on that, My Lord. I'm only going by what the information we received by making the phone inquiry at the time. And I was satisfied that that was sufficient confirmation as to the procedure. j

### La position de la Couronne

L'avocat de la Couronne a procédé à l'interrogatoire principal du témoin de la Couronne Deszcz relativement à la méthode de déclaration d'entrée à l'égard de laquelle le bateau a été saisi et la somme de \$1,100 imposée pour sa mainlevée. (Pièce 2(129)A; transcription, à la page 95.) Voici le passage au volume 1 dans lequel Deszcz a expliqué ce qui suit [transcription, aux pages 96 et 97]:

Q. J'en viens maintenant à ... la pièce 2, document 130, censé être une recommandation du sous-ministre ... par Mme Maskell en vertu des dispositions de l'article 162 de la *Loi sur les douanes*, visant la saisie du 13 mars 1984, est-ce exact? e

R. C'est exact.

Q. Et savez-vous si d'autres enquêtes ont eu lieu, outre celle dont il est question dans la documentation présentée soit par les douanes, soit pour le compte de M. Rollinson? f

R. Mme Maskell s'est renseignée au téléphone avant de faire cette recommandation sur la méthode de déclaration d'entrée des bateaux, la déclaration en question. Il est ressorti de cette conversation téléphonique que les déclarations d'entrée ne pouvaient se faire par téléphone, c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient s'effectuer par téléphone mais qu'un agent se rendait au quai en cause à chaque occasion et faisait un rapport. g

LA COUR: Savez-vous quelque chose sur cette méthode en votre qualité officielle, M. Deszcz? h

R. Non, monsieur, je n'en sais rien.

LA COUR: Alors, vous ne savez pas ce que ferait ou pourrait faire la personne qui déclare sa présence si l'agent des douanes ne se rendait pas au quai? Elle pourrait difficilement amener son bateau au poste Douglas? i

R. C'est exact. Je ne puis vous donner une réponse précise à ce sujet, Votre Seigneurie. Je ne me fie qu'aux renseignements fournis lorsque nous nous sommes informés par téléphone à l'époque. Et j'étais persuadé que c'était une confirmation suffisante de la méthode applicable. j



Now, the Court hardly needs to recite any further evidence about the customs-invented non-statutory, ostensibly authoritative procedure for the inbound reporting of vessels, which was in place at all material times at White Rock pier. What must now be recited to be appreciated is Crown's counsel's statement in written argument of the Crown's astounding posture in this regard.

In the initial argument of Her Majesty the Queen, at pages 95-96, counsel wrote:

The *Customs Act*, R.S.C. 1970, Chap. 40, provides by sections 11 and 18 that a person in charge of a vessel or vehicles entering Canada must go to the Customs-House at the port or place of entry and report.

Customs has set up a system at the White Rock pier to accommodate incoming vessels. The policy followed by Customs of dispatching Customs officers to the pier to inspect and clear the vessel does not remove the obligation to report. To control entries, a system was in operation whereby a Customs form, an E99, was filled out upon entry of a vessel, one copy handed to the Master of the vessel and the other copy retained by Customs. At the same time, an entry would be made in another Customs form, an E63. If the Customs officer did not attend on the vessel, an E99 would be made out anyway and the number of the E99 supplied to the Master to provide him with a means of reference to allow Customs, or the R.C.M.P., to verify that the vessel had legally entered Canada.

Rollinson argues that the Master, in this case Rollinson, has fulfilled his duty under the *Customs Act* to report inward by simply making the phone call.

He knew, or should have known, the correct procedure and the requirements of the *Customs Act*.

"None are [*sic*] so blind as those who will not see."

The argument runs obliviously to the inherent contradiction between asserting the vessel's master "must go to the Customs-House", and acquiescing in the supposition that, "If the Customs officer did not attend on the vessel".

After considering the citizen's counsel's written argument, counsel for the Crown riposted by re-stating the Crown's position, starting at page 22 of the reply, thus:

Section 11(1) makes it clear that the duty of a Master such as Rollinson coming into White Rock harbour was as follows:

Il est peu nécessaire que la Cour cite d'autres témoignages sur la méthode non prévue par la loi, inventée par les douanes et soi-disant officielle, applicable aux déclarations d'entrée des bateaux qui était en vigueur pendant toute la période concernée au quai de White Rock. Ce qu'il faut maintenant citer pour l'apprécier est l'exposé que l'avocat de la Couronne a fait dans ses observations écrites de la stupéfiante position de la Couronne à cet égard.

Dans la plaidoirie initiale de Sa Majesté la Reine, aux pages 95 et 96, son avocat a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] La *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. 40, prévoit aux articles 11 et 18 que le responsable d'un navire ou d'un véhicule entrant au Canada doit se rendre à la douane du port ou du lieu d'entrée et y faire une déclaration.

La douane a mis en place une méthode au quai de White Rock pour faciliter les choses aux bateaux entrants. La politique des douanes d'envoyer des douaniers au quai pour examiner les bateaux et leur donner leur congé n'enlève pas l'obligation de faire une déclaration. Pour contrôler les arrivées, on a mis sur pied un système selon lequel la formule E99 était remplie à l'arrivée d'un bateau, une copie étant remise au capitaine du bateau et l'autre conservée par la douane. En même temps, une inscription était faite sur une autre formule des douanes, soit la formule E63. Si l'agent des douanes ne se rendait pas sur le bateau, la formule E99 était tout de même remplie et le numéro de cette formule était donné au capitaine pour lui fournir un point de référence pour permettre à la douane, ou à la G.R.C. de vérifier que le bateau était entré légalement au Canada.

Rollinson soutient que le capitaine, lui-même en l'occurrence, avait rempli l'obligation que lui impose la *Loi sur les douanes* de faire une déclaration d'entrée en faisant un simple appel téléphonique.

Il connaissait, ou aurait dû connaître, la bonne façon de procéder et les exigences de la *Loi sur les douanes*.

«Il n'est pire aveugle que celui qui ne veut pas voir.»

L'important de la plaidoirie tient évidemment à la contradiction inhérente entre l'assertion d'une part, que le capitaine du bateau «doit se rendre à la douane» et d'autre part, l'acceptation de la supposition suivante: «Si l'agent des douanes ne se rendait pas sur le bateau.»

Après avoir étudié les observations écrites de l'avocat du particulier, l'avocat de la Couronne a riposté en exposant de nouveau la position de la Couronne, à partir de la page 22 de la réponse, de la façon suivante:

[TRADUCTION] L'article 11(1) dit clairement que l'obligation du capitaine tel que Rollinson qui entrerait au port de White Rock était la suivante:

1. To go without delay to the customs-house for the port where he entered and anchored or moored.
2. At such customs-house make a report in writing.

Clearly, Rollinson has not complied with section 11 on any of the occasions of the alleged non-reports.

- He did not go to the Douglas Port of entry customs-house.
- He did not there make a report in writing as required.

On the question of whether Customs officials can waive the provisions of the *Customs Act*, and other matters the case of *R. v. Sun Parlor* (F.C.T.D.) 1973 F.C.R. [sic] 1055 is relevant.

The provisions appear harsh but they are, in my opinion, clear and unambiguous and while I have some sympathy for the defendants it is clear that their failure to declare and enter the imported goods as required by sections 18, 20, 21 and 22 . . . has caused their misfortune.

It is submitted that the reasoning in *Sun Parlor* supra applies to the M.V. "Rogue" which the Crown alleges has been forfeited for failure to report inward as required under s. 11 of the *Customs Act* 1970 and by reason of s. 231 of the *Customs Act* set out below:

- (1) All goods shipped or unshipped, imported or exported, carried or conveyed, contrary to this Act or to any regulation, and all goods or vehicles, and all vessels, with regard to which the requirements of this Act or any regulations have not been complied with, or with respect to which any attempt has been made to violate the provisions of this Act or any regulations, are liable to forfeiture. [Underlining added.]

*Kong et al. v. The Queen* (1984), 10 D.L.R. (4th) 226 (F.C.T.D.) Collier J. is relevant.

At pages 235-238:

Put simply: all goods, of any kind, no matter where, when, or how acquired, no matter whether reported in writing a hundred times before, must be reported in writing each time any person arrives in Canada from elsewhere.

Further, the duty to report is not dependent on any questioning, or prompting by a customs officer, as to whether any goods are being brought in. The section requires everyone to seek out a customs officer and to "report".

In *Glisic v. The Queen* (1988) [sic] 8 [sic] D.L.R. (4th) 90 [(1984), 3 D.L.R., and [1984] 1 F.C. 797] . . . My colleague, Strayer J., at pp. 92-4 said:

Thus it is the position of the Crown that, even accepting the evidence of the plaintiff that he owned this jewellery since at least 1967, he should have declared it when he first arrived in Canada and on every subsequent occasion when he returned to Canada with it in his possession

1. Se rendre sans délai à la douane du port d'entrée où le bateau mouillait ou était amarré.
2. Faire une déclaration écrite à la douane.

Il est clair que Rollinson n'a pas respecté l'article 11 chaque fois qu'il n'aurait pas fait de déclaration.

- Il ne s'est pas rendu à la douane du port d'entrée Douglas.
- Il n'y a pas fait la déclaration écrite exigée.

Pour ce qui est de savoir si les douaniers peuvent dispenser des dispositions de la *Loi sur les douanes*, et d'autres points, l'arrêt *R. c. Sun Parlor* (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) 1973 R.C.F. (sic) 1055 est pertinent.

Les dispositions semblent dures mais elles sont, à mon avis, claires et sans ambiguïté, et bien que j'éprouve quelque sympathie à l'égard des défendeurs, il est clair que leur défaut de déclarer à l'entrée les articles importés comme l'exigent les articles 18, 20, 21 et 22 . . . est la cause de leurs ennuis.

On avance que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Sun Parlor*, précité, s'applique au M.V. «Rogue» dont la Couronne affirme qu'il a été confisqué faute de la déclaration d'entrée exigée à l'article 11 de la *Loi sur les douanes* de 1970, et en application de l'article 231 de la *Loi sur les douanes* reproduit ci-dessous:

- (1) Tous effets embarqués ou débarqués, importés ou exportés, portés ou transportés, contrairement à la présente loi ou à un règlement, et tous effets ou véhicules, et tous navires à l'égard desquels les prescriptions de la présente loi ou d'un règlement n'ont pas été observées, ou au sujet desquels il y a eu tentative de violer les dispositions de la présente loi ou d'un règlement, peuvent être confisqués. [Soulignements ajoutés.]

Voir l'arrêt *Kong et autre c. La Reine* (1984), 10 D.L.R. (4th) 226 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), motifs du juge Collier, aux pages 235 à 238:

En termes simples: tous les effets, de quelque nature que ce soit, sans égard à l'endroit, à la date ou à la manière dont ils ont été achetés, qu'ils aient été déclarés par écrit cent fois auparavant, doivent être déclarés par écrit chaque fois qu'une personne arrive au Canada de l'étranger.

De plus, l'obligation de déclarer ces effets n'est pas soumise à un interrogatoire ou à une incitation du préposé des douanes au sujet des marchandises apportées. L'article exige que toute personne trouve un agent des douanes et lui fasse «connaître par écrit».

Dans l'affaire *Glisic c. La Reine* (1988), [sic] 8 [sic] D.L.R. (4th) 90 [(1984), 3 D.L.R., et [1984] 1 C.F. 797] . . . [m]on confrère, le juge Strayer, a dit aux pages 92-94

Ainsi, le ministère public fait valoir que, même si l'on accepte le témoignage du demandeur qu'il était propriétaire de ces bijoux depuis au moins 1967, il aurait dû les déclarer lorsqu'il est arrivé la première fois au Canada et à chaque occasion subséquente, y compris le 7 avril 1980, lorsqu'il revenait au Canada en les ayant en sa possession. L'omission de le faire a pour effet que ces bijoux sont

including April 7, 1980. A failure to do so makes his goods subject to forfeiture by virtue of ss. 180(1) . . .

Section 18 of the *Customs Act* requires a voluntary, unsolicited written report ("declaration" in modern language).

I turn now to Grace Kong.

It was contended she had complied with the statutory requirements when she returned to Canada in 1975. She candidly said she could not recall whether she made a written declaration. Unfortunately, the onus is on her to establish she did.

In the absence of that proof, her contentions must suffer the same fate as those of her mother. [Underlining added.]

It is submitted that section 11 is to be construed the same way as section 18.

The administration of the Douglas port tried to accommodate the difficulties of complying with s.11 at the Douglas port of entry where the customs-house was several miles from the White Rock pier.

The administration at the Douglas port arranged for a system of reporting which would satisfy the administration. This involved the use of Customs forms E99 as a method of verifying reporting into Canada as required by s.11. A Customs Inspector would attend on the vessel at the White Rock pier, make an oral report and issue an E99, a copy of which was given to the Master or person in charge of the vessel. On occasion, a Customs Inspector could not attend and in such cases, an E99 would be issued and the identifying number of such E99 would be supplied to such person seeking to report. The system afforded verification to the person seeking to land and to Customs of a report accepted by Customs.

If this Honourable Court does not agree that Rollinson on a number of occasions failed to comply with s. 11(1), it is submitted in the alternative, that Rollinson did not comply with the administrative policy above outlined which would have allowed Customs to verify that he reported the vessel to Customs.

Under the administrative system in force at the relevant times, the person seeking to report would have either the E99 or the number of the E99 which would allow Customs to verify that the vessel had been cleared by Customs.

It is submitted that s. 11 of the *Customs Act* was not complied with by Rollinson. Compliance by Rollinson with the policy outlined in Ex. 12 and in the *viva voce* evidence mentioned in the preceding paragraph would have meant that seizure action would no doubt not have been taken against the vessel. Since that policy was not complied with, proceedings were taken. It is submitted that there is a clear breach of s.11 by Rollinson in the case of each of the alleged non-reports.

The Crown's argument would make duplicitous deceivers and callous oppressors out of the customs

susceptibles d'être confisqués en vertu du paragraphe 180(1) . . .

L'article 18 de la *Loi sur les douanes* exige un rapport écrit volontaire et non sollicité (une «déclaration» en termes contemporains).

J'examinerai maintenant le cas de Grace Kong.

On a prétendu qu'elle s'était conformée aux exigences de la Loi lorsqu'elle était retournée au Canada en 1975. Elle a franchement dit qu'elle ne pouvait pas se rappeler si elle avait fait une déclaration écrite. Malheureusement, il lui incombe d'établir qu'elle l'a fait.

En l'absence de preuve, ses prétentions doivent subir le même sort que celles de sa mère. [Soulignements ajoutés.]

On soutient que l'article 11 doit être interprété de la même façon que l'article 18.

Les responsables au port Douglas ont tenté de trouver une solution à la difficulté que présentait le respect des dispositions de l'article 11 au port d'entrée Douglas, la douane se trouvant à plusieurs milles du quai de White Rock.

Les responsables au port Douglas ont mis en place une méthode de déclaration susceptible de satisfaire l'administration. Cela impliquait l'utilisation de la formule E99 des douanes comme méthode de vérification des déclarations d'entrée au Canada requises à l'article 11. Un inspecteur des douanes se rendait sur le bateau au quai de White Rock, faisait un rapport oral et délivrait la formule E99, dont copie était remise au capitaine ou au responsable du bateau. Il arrivait parfois qu'un inspecteur des douanes ne puisse être présent et alors, la formule E99 était délivrée et son numéro d'ordre était fourni à la personne désireuse de faire sa déclaration. Cette méthode permettait à la personne désireuse d'entrer au pays de faire sa déclaration, et à la douane de recevoir une déclaration jugée acceptable.

Si cette Cour ne convient pas que Rollinson a, à certaines reprises, omis de se conformer au paragraphe 11(1), on soutient subsidiairement que Rollinson n'a pas respecté la politique administrative exposée plus haut qui aurait permis à la douane de constater qu'il avait déclaré l'arrivée de son bateau.

En vertu de la méthode administrative en vigueur à l'époque concernée, la personne désireuse de faire une déclaration disposait soit de la formule E99 ou du numéro de cette formule qui permettait à la douane de vérifier que le bateau avait accompli les formalités douanières.

On fait valoir que Rollinson n'a pas respecté les dispositions de l'article 11 de la *Loi sur les douanes*. Si Rollinson s'était conformé à la politique exposée à la pièce 12 et dans les dépositions de vive voix mentionnées au paragraphe précédent, sans doute la saisie du bateau n'aurait-elle pas eu lieu. Cette politique n'ayant pas été observée, des mesures ont été prises. On soutient que Rollinson a clairement enfreint l'article 11 chaque fois qu'il est allégué qu'il n'a pas fait de déclaration.

Les moyens de la Couronne feraient des fourbes et des oppresseurs endurcis des préposés de la

personnel employed at Douglas station and their superiors right up to, if not past, middle management. They do not deserve such harsh contumely, for they invented their non-statutory procedure, requiring inbound mariners to telephone to Douglas station, out of sheer necessity. In trying to make it operate, they failed from time to time, because of pressure of work at the highway station and the distance to go in order to meet an inbound vessel, described by Toomey. They failed, from time to time, because of the negligence, laxity, impatience or fatigue of some of them. Threatened as they may well have been by their superiors with prosecution under the Act, a matter mentioned in Crown counsel's argument, or with jeopardy to their employment or other disciplinary measures conjured up by the investigations by Langley and of the internal affairs investigator, Wincherook, it is no wonder that none of the customs inspectors has volunteered any information or testimony about the system's 22 alleged failures to attend in the Rollinsons' reporting, and the couple of failures to attend in Clarke's reporting.

Here, it is not clear whether the Crown is accusing the citizen of not complying with the signboard or with the statute. However, for the Crown to place an official, although non-statutory sign indicating the necessity, and indeed, the command to the citizen and all others to telephone and then to repudiate that system devised by its servants, and to seize the citizen's vessel for not complying with the Act when he tried to comply with the sign, is an abuse of power by the Crown. In its counsel's argument, the Crown claims that it can, with impunity, lead the citizen and other boaters astray from the statute by means of its servants' official sign, and then seize the citizen's vessel because he complied with the Crown's sign and not with the strict provisions of the Act!

Seen clearly in the transcript, volume 2, pages 273-274, is the passage in which counsel flaunted that abuse of power, cross-examining the citizen:

douane au poste Douglas et de leurs supérieurs jusqu'aux cadres moyens, sinon au-delà. Ils ne méritent pas de telles épithètes, car ils ont élaboré par pure nécessité cette méthode que la loi ne prévoit pas, c'est-à-dire celle d'exiger des marins entrants de téléphoner au poste Douglas. En tentant de l'appliquer, ils ont failli de temps à autre, en raison de la pression du travail au poste routier et de la distance à parcourir pour recevoir les navires entrants, comme l'a décrit Toomey. Ils ont failli à l'occasion, en raison de la négligence, du laxisme, de l'impatience ou de la fatigue de certains d'entre eux. Menacés comme ils ont bien pu l'être par leurs supérieurs de poursuites en vertu de la Loi, point soulevé par l'avocat de la Couronne dans ses moyens, ou encore menacés de voir leur carrière compromise ou de s'exposer à d'autres mesures disciplinaires évoquées par les enquêtes de Langley et de l'enquêteur des affaires internes, Wincherook, il n'est pas étonnant qu'aucun des inspecteurs des douanes ait fourni spontanément des renseignements ou des dépositions au sujet des 22 occasions où personne ne se serait présenté pour recevoir la déclaration de Rollinson, et la couple d'occasions où la même chose se serait produite à l'égard de Clarke.

Il n'est pas clair ici si la Couronne accuse le particulier de ne s'être pas conformé aux prescriptions de l'écríteau indicateur ou à celles de la loi. Toutefois, c'est un abus de pouvoir de la part de la Couronne que de placer un écríteau officiel quoique non prévu par la loi indiquant la nécessité et même intimant l'ordre au particulier et à tous les autres de téléphoner, pour ensuite répudier cette méthode élaborée par ses préposés, et saisir le bateau du particulier pour violation de la Loi alors qu'il s'est efforcé d'obéir aux prescriptions de l'écríteau. Dans les moyens de son avocat, la Couronne prétend pouvoir, impunément, faire oublier la loi au particulier et aux autres marins avec l'écríteau officiel de ses préposés, et ensuite saisir le bateau du particulier parce qu'il s'est conformé aux prescriptions de l'écríteau et non aux strictes dispositions de la Loi!

On trouve dans les notes sténographiques, volume 2, pages 273 et 274, le passage dans lequel l'avocat de Sa Majesté la Reine a affiché cet abus de pouvoir en procédant au contre-interrogatoire du particulier:

Q. Well, I'm asking whether you were familiar with the *Customs Act*?

A. No, sir.

Q. You were familiar with the powers of a Customs officer given by the *Customs Act*?

A. In general, yes.

Q. You were familiar with the duty to report to a Customs house upon entry into Canada with a vessel?

A. With a vessel, I was familiar that was required to telephone in and report your vessel and any passengers, and any articles that you were returning to Canada.

Q. Now, I have a copy of the *Customs Act* here, Mr. Rollinson. I am certainly unfamiliar with that provision that says you can telephone in. If you want to glance through it you're welcome.

A. Thank you, sir, but the only instructions regarding it that I have any knowledge of are nailed to a sign at the end of the pier, which directs incoming vessels to telephone Customs at that particular telephone number ascribed [*sic*] there. [Emphasis not in transcript.]

Q. Bien, je vous demande si vous connaissiez bien la *Loi sur les douanes*?

R. Non, monsieur.

Q. Vous connaissiez les pouvoirs que la *Loi sur les douanes* donne à un agent des douanes?

R. En général, oui.

Q. Vous connaissiez l'obligation de se rendre à la douane en arrivant au Canada avec un bateau?

R. Pour ce qui est d'un bateau, je savais que l'on devait téléphoner et déclarer le bateau et ses passagers, et tous articles introduits au Canada.

Q. Bon, j'ai ici un exemplaire de la *Loi sur les douanes*, M. Rollinson. Je ne connais certainement pas cette disposition disant que vous pouvez téléphoner votre déclaration. Si vous voulez le feuilleter, allez-y.

R. Merci monsieur, mais tout ce que j'en sais est affiché sur un écriteau au bout du quai, qui avise les navires entrants d'appeler la douane en composant le numéro de téléphone donné. [Les soulignements ne figurent pas dans la transcription.]

The Court finds that the citizen did "invariably and without exception" (transcript, at page 277) report to customs in compliance with customs' official sign requiring him to do so.

Now, the Crown purports to spring the trap. Now, it is said that it is not good enough to comply with the Crown's official sign, when the citizen should have gone up along the pier and up along the road in order to make an official, spontaneous, written report at Douglas station, in accordance with the provisions of the previous *Customs Act*. If this were not the Crown's assertion and the Crown's sign, but those of a private person, firm or corporation, one would quickly characterize this behaviour as fraud and misrepresentation. It is beyond doubt a misrepresentation amounting to wrongful entrapment. After all, the Crown's servants in the instant matters were not, and do not purport to have been, engaged in matters of counterintelligence or any kind of activity of the nature of national emergency or State security. No interdicted drug dealings are alleged, either. In that regard, and by contrast with all the foregoing absent considerations, the Crown's posture in these cases is all the more strange and startling. The Crown's arguments proclaim that it is willing, with apparent equanimity, to engage in abuse of power.

<sup>d</sup> La Cour conclut que le particulier a [TRADUCTION] «invariablement et sans exception» (transcription, à la page 277) fait une déclaration à la douane en application de l'écriteau officiel de la douane qui lui commandait de le faire.

<sup>e</sup> Voilà que la Couronne prétend faire jouer le piège. Elle dit maintenant qu'il ne suffit pas d'obéir à son écriteau officiel, mais que le particulier aurait dû traverser le quai et remonter la route afin de faire une déclaration écrite officielle et spontanée au poste Douglas, en application des dispositions de l'ancienne *Loi sur les douanes*. S'il s'agissait là des prétentions et de l'écriteau d'un particulier ou d'une firme ou société et non de ceux de la Couronne, on ne serait pas long à qualifier de tels agissements de fraude et de fausses déclarations. Il s'agit sans l'ombre d'un doute de fausses déclarations assimilables à la provocation illégale. Après tout, les préposés de la Couronne, en l'espèce, n'étaient pas et ne prétendent pas avoir été engagés dans des affaires de contre-espionnage ou des activités relatives à un état d'urgence ou à la sécurité de l'État. On n'allègue pas non plus l'existence de trafic illégal de la drogue. À cet égard, et étant donné l'absence des considérations susmentionnées, la position de la Couronne dans ces affaires est d'autant plus étrange et stupéfiante. Dans ses moyens, la Couronne se déclare disposée, apparemment en toute tranquillité d'esprit, à commettre des abus de pouvoir.

Had such deplorable State misconduct not been all too well known in this country over the decades since Confederation, one would be hard pressed to account for the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, now R.S.C., 1985, Appendix III, or the entrenchment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, enacted by the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.). What else but abuse of State power induced judgments based on common law principles alone from *Entick v. Carrington* (earlier cited) to *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; and *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602?

The *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* in 1979, considered the topic of abuse of power. Mr. Justice Linden contributed a paper titled "Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power", beginning at page 67 of the De Boo Limited publication. Here, written some three years before the entrenchment of the Charter, are passages from chapter 3, "Control of Governmental Officials" (at pages, 73-82):

Although once immune from liability, governments have gradually allowed themselves to be held civilly responsible for their wrongful acts, despite some lingering procedural problems. . . . Since the usual systems of control over these employees (training, discipline, firing, etc.) has proved somewhat imperfect, tort law has been used as *one* method of combating some of the misconduct of certain public officials. Tort law has recognized that ordinary citizens rely for protection and advice on government employees, and that they are entitled to competent service.

With the advent and expansion of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, governmental officials have also been held liable for giving negligent advice, leading to economic loss. . . . A similar case is *Windsor Motors Ltd. v. Corporation of Powell River* (1969), 68 W.W.R. 173 (B.C.C.A.), where liability was found when a municipal licence inspector negligently informed the plaintiff that a certain location was suitable for an automobile dealership, when in fact the zoning regulations prohibited such a use. . . . Another surprisingly alike case is *Gadutsis v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503 (see also *H.L. & M. Shoppers Ltd. v. Town of Berwick* (1977), 82 D.L.R. (3d) 23), where liability was imposed against a

Si des agissements aussi déplorables de la part de l'État n'étaient pas notoires dans notre pays depuis la Confédération, il serait difficile d'expliquer l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44, aujourd'hui L.R.C. (1985), appendice III, ou la consécration de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, édictée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.). Quoi d'autre que les abus de pouvoirs de la part de l'État ont donné lieu aux décisions fondées uniquement sur des règles de common law, depuis l'arrêt *Entick v. Carrington* (précité) jusqu'aux arrêts *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; et *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602?

Les *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, en 1979, ont traité de la question de l'abus de pouvoirs. Le juge Linden a rédigé un exposé intitulé «Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power», publié à partir de la page 67 de la publication de De Boo Limited. Nous citons ici des extraits tirés du chapitre 3, rédigés quelque trois ans avant que la Charte ne fasse partie de notre Constitution. «Control of Governmental Officials» (aux pages 73 à 82):

[TRANSDUCTION] Bien qu'ils aient déjà échappé à toute responsabilité, les gouvernements en sont graduellement venus à être tenus civilement responsables de leurs actes illégitimes en dépit de quelques problèmes de procédure qui subsistent. . . . Puisque les méthodes habituelles de contrôle de ces employés (la formation, les mesures disciplinaires, les congédiements, etc.) se sont révélées plutôt imparfaites, on a eu recours au droit des délits comme l'une des méthodes de combattre la prévarication de certains fonctionnaires publics. Le droit des torts a reconnu que le public compte sur la protection et se fie aux avis des employés du gouvernement, et qu'il a droit de recevoir un service compétent.

Depuis qu'a été rendu l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et qu'il a pris de l'extension, les fonctionnaires publics ont aussi été tenus responsables de leurs avis négligents, causes de pertes économiques. . . . Autre arrêt semblable est l'arrêt *Windsor Motors Ltd. v. Corporation of Powell River* (1969), 68 W.W.R. 173 (C.A.C.-B.), qui a conclu à la responsabilité d'un inspecteur de permis municipaux qui avait avisé négligemment le demandeur qu'un certain endroit convenait à un commerce d'automobiles alors que les règlements de zonage interdisaient un tel commerce. . . . Un autre arrêt étonnamment semblable est l'arrêt *Gadutsis v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503 (voir *H.L. & M.*

municipality when it negligently issued a building permit, which was later revoked, to someone who began to build in reliance upon it. Mr. Justice Parker explained (at page 507):

“... the employees in the zoning department of the municipality were there to give out information as to zoning. [They] must have known that persons inquiring would place reliance upon what they said. [The employee] gave out incorrect information in the course of employment directly to the person seeking information. Under these circumstances, I find that the municipality owed a duty of care . . . , that it failed to discharge such duty and that as a consequence, the plaintiffs suffered loss.”

Similarly, in *Couture v. The Queen* (1972), 28 D.L.R. (3d) 301 (Fed. Ct.), it was decided that, if a C.R.T.C. officer's negligence leads a person to believe that he has a licence when in fact he does not, and he relies on this to his detriment, liability may be found (see [1972] F.C. 1137).

The function of negligence law is, thus, to be limited primarily to the review of lesser officials and the way in which they conduct ordinary business. It will have little impact upon the discretionary or quasi-judicial functions of the more senior civil servants, who will remain subject to other remedies. In support of this view, Mr. Justice Laskin suggested that “the risk of loss from the exercise of legislative and adjudicative authority is a general public risk and not one for which compensation can be supported on the basis of a private duty of care. The situation is different where a claim for damages for negligence is based on acts done in pursuance or in implementation of legislation or of adjudicative decrees” [*Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corp'n of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; (1972), 22 D.L.R. (3d) 470 (S.C.C.)].

If senior officials, including even Ministers of the Crown, deliberately abuse their power, and thereby cause loss to citizens, they may be answerable in damages.

Perhaps the most celebrated case, in this area is *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. . . The Court indicated that a public officer “is responsible for acts done by him without legal justification”. Although there was some reliance on Article 1053 of the *Civil Code*, the judges treated the principle as though it was also part of the common law.

Another well-known case is *Farrington v. Thompson*, [1959] V.R. 286, where some police officers, purporting to exercise their power under the *Licensing Act* which provided that conviction of a third offence would render a licence forfeited, required the plaintiff to close down his hotel. There was no third conviction, according to the judge, and the jury found that the defendants failed to exercise due care in ascertaining whether a third conviction had been obtained. The Court found, nevertheless, that the defendants were liable for “mis-

*Shoppers Ltd. v. Town of Berwick* (1977), 82 D.L.R. (3d) 23), qui a conclu à la responsabilité d'une municipalité qui avait négligemment délivré un permis de construire, révoqué par la suite, à une personne qui avait commencé à construire sur la foi de ce permis. Le juge Parker a dit ce qui suit (à la page 507):

a «... les employés du département de zonage de la municipalité avaient pour fonction de donner des renseignements sur le zonage. [Ils] devaient savoir que ceux qui s'adressaient à eux allaient se fier à leurs renseignements. [L'employé concerné] a donné de mauvais renseignements dans l'exercice de ses fonctions à la personne qui s'est adressée à lui. Dans ces circonstances, je statue que la municipalité avait une obligation de vigilance . . . , qu'elle a failli à cette obligation et qu'en conséquence, les demandeurs ont subi un préjudice.»

b De la même façon, dans l'arrêt *Couture v. The Queen* (1972), 28 D.L.R. (3d) 301 (Cour fédérale), il a été décidé que si la négligence d'un fonctionnaire du C.R.T.C. amène une personne à croire qu'elle a un permis alors qu'elle n'en a pas un, et qu'elle se fie à cela à son détriment, on pourra conclure à la négligence (voir [1972] C.F. 1137).

c d Le rôle du droit de la négligence doit donc se limiter principalement à l'examen des actes des fonctionnaires subalternes et de la façon dont ils vaquent aux affaires ordinaires. Il aura peu d'incidence sur les fonctions discrétionnaires ou quasi-judiciaires des fonctionnaires publics supérieurs, qui resteront susceptibles de faire l'objet d'autres recours. À l'appui de cette opinion, le juge Laskin a laissé entendre que «le risque de perte par suite de l'exercice d'un pouvoir législatif ou déclaratoire est un risque couru par le public en général et non un risque à l'égard duquel on peut réclamer une indemnité en se fondant sur l'existence d'une obligation particulière de diligence. La situation n'est pas la même lorsqu'une action en dommages-intérêts pour négligence est fondée sur des actes accomplis en conformité d'une loi ou d'un acte déclaratoire ou pour y donner suite.» [*Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corp'n of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; (1972), 22 D.L.R. (3d) 470 (C.S.C.)].

e f Si des hauts fonctionnaires, y compris même des ministres de la Couronne, abusent délibérément de leurs pouvoirs, et ce faisant, lésent les citoyens, ils peuvent avoir à répondre du tort qu'ils ont causé.

L'arrêt le plus célèbre en la matière est peut-être l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. . . La Cour a dit qu'un fonctionnaire public «est responsable des actes qu'il a faits sans justification légale». Bien que l'on se soit quelque peu référé à l'article 1053 du *Code civil*, les juges ont considéré le principe comme s'il faisait aussi partie de la common law.

i Une autre affaire bien connue est l'affaire *Farrington v. Thompson*, [1959] V.R. 286, dans laquelle des policiers, prétendant exercer les pouvoirs que leur conférait la *Licensing Act*, qui prévoyait qu'une troisième violation entraînerait la révocation du permis, ont ordonné au demandeur de fermer son hôtel. Selon le juge, le demandeur n'a pas été reconnu coupable d'une troisième violation, et le jury a conclu que les défendeurs n'avaient pas fait preuve de suffisamment de diligence en cherchant à savoir s'il y avait eu une troisième condamnation.

feasance in a public office". Mr. Justice Smith said that "if some other public officer does an act, which, to his knowledge, amounts to an abuse of his office, and thereby causes damage to another person, then an action in tort for misfeasance in a public office will lie" (ibid.; see also Molot, "Tort Remedies Against Administrative Tribunals for Economic Loss", *Law Society of Upper Canada Special Lectures on New Developments in the Law of Torts* (1973), at page 425). There was apparently sufficient knowledge of lack of jurisdiction to satisfy the court that liability was called for.

These cases are just a few of many that require governmental officials to exercise their power, at the least honestly and in good faith, and at the most legally and carefully. Wide latitude should be permitted to governmental officials in the legitimate conduct of their activity, but the courts seem to be moving toward holding them liable in much the same way as other professionals.

To seize a person's vessel, especially if it be also that person's dwelling, and to seize the same person's automobiles, and to hold those goods against the exacted payment of a penalty, or outright forfeiture, is certainly not to confer a benefit, but rather to inflict a detriment, harm, loss or *injuriam*, even if permitted by statute or judgment. Such are acts which impoverish and thereby do injury to a person's estate and security. One requires lawful authority to do this to anyone.

The same author quoted earlier herein, Mr. Justice Linden, about a decade later, in 1988, opens the second chapter of his fourth edition of *Canadian Tort Law* with these words (at pages 31-32):

The first basis of tort liability is the intentional infliction of harm. Where one person deliberately causes damage to another, tort law generally requires that person to make good the loss so inflicted. In rendering civilly responsible all intentional wrong-doers, tort law seeks to advance its various aims. Individuals whose interests are deliberately interfered with must be compensated for their losses.

[H]olding intentional wrong-doers liable focusses attention on their acts and enables citizens and government officials to react to them, if they choose to do so.

Conduct is intentional if the actor desires to produce the consequences that follow from his act. . . . Intention, therefore, is a concept which connects conduct with its results.

La Cour a conclu, néanmoins, que les défendeurs devaient répondre à l'accusation d'«abus de pouvoir dans l'exercice d'une charge publique.» Le juge Smith a dit que «si un fonctionnaire public fait un acte qui, à sa connaissance, constitue un abus de pouvoir, et cause de la sorte un préjudice à une autre personne, il y aura alors lieu à une action délictuelle pour abus de pouvoir dans l'exercice d'une charge publique (ibid.; voir aussi l'ouvrage de Molot, «Tort Remedies Against Administrative Tribunals for Economic Loss», *Law Society of Upper Canada Special Lectures on New Developments in the Law of Torts* (1973), à la page 425). Il semble que les défendeurs aient été suffisamment conscients d'agir sans compétence pour convaincre la Cour que leur responsabilité était engagée.

Ce ne sont là que quelques arrêts qui obligent les fonctionnaires publics à exercer leurs pouvoirs à tout le moins honnêtement et de bonne foi, et au mieux légalement et avec soin. Une grande latitude devrait être accordée aux fonctionnaires gouvernementaux dans l'exercice de leurs fonctions, mais les tribunaux semblent de plus en plus enclins à les tenir responsables sensiblement de la même façon que les autres professionnels.

Saisir le bateau d'une personne, particulièrement s'il s'agit de sa résidence, et saisir aussi ses automobiles, et les retenir contre le versement imposé d'une amende ou les confisquer purement et simplement, ce n'est sûrement pas là lui conférer un avantage, mais plutôt lui infliger un préjudice ou un tort, même si cela est permis par une loi ou un jugement. Ce sont des actions qui appauvrissent celui qu'elles visent et partant, qui font tort à ses biens et à sa sécurité. Pour agir ainsi à l'égard de quelqu'un, il faut y être légalement autorisé.

Le même auteur cité plus haut, le juge Linden, environ dix ans plus tard, soit en 1988, ouvre le second chapitre de la quatrième édition de son ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* avec les propos suivants (aux pages 39 à 41):

La responsabilité délictuelle a son premier fondement dans le préjudice causé intentionnellement. Le droit de la responsabilité délictuelle exige généralement que celui qui cause délibérément un préjudice à une autre personne répare le préjudice. En imposant une responsabilité civile à tous les auteurs de délits intentionnels, le droit de la responsabilité délictuelle cherche à promouvoir ses différents objets. Ceux qui sont lésés dans leurs droits par des actes intentionnels doivent être dédommés de leurs pertes.

Enfin, en tenant les auteurs des délits intentionnels responsables de leurs actions, on attire l'attention de la société sur ces actions et, par le fait même, on permet aux citoyens et aux autorités d'y réagir, le cas échéant.

Un acte est intentionnel si son auteur désire produire les conséquences qui en découlent . . . L'intention est donc un concept qui relie un acte à son effet.



Conduct may be treated as intentional even though its results are not actually desired, if the consequences are known to be substantially certain to follow. . . . In these circumstances it is sometimes said that the intention is "constructive", or that it has been "imputed" to the defendant. In other words, the conduct is treated as though it were intentional, while strictly it is not, because the law will not tolerate anyone being dealt with less leniently on such facts. This is not unlike the criminal law principle which holds that individuals are deemed to intend the natural and probable consequences of their acts.

Given the Crown's argument to the effect that the citizen ought to have known and complied with the literal provisions of the previous *Customs Act*, what can one make of the Crown's own sign placed visibly on the White Rock pier, requiring inbound mariners to telephone to the customs-house at Douglas or at Vancouver? Does it evince the Crown's servants' intention to entrap such persons so that their property may be seized? Is that what the Crown's posture in these cases amounts to? Or does that behaviour evince a constructive intention, whose consequences are sure to follow because inbound mariners would naturally telephone rather than set out personally to go the significant distance (assuming they could find the correct direction) to the customs-house? Then, the Crown could say, when its servants did not attend upon the vessel, that the master did wrong by not attending at the customs-house. In insisting upon this line of argument, is the Crown not promoting and admitting its servants' tortious misconduct against the citizen? These are adversarial proceedings. The Crown may abandon this line of argument if it so choose, prior to the next stage of this litigation, upon which it has agreed with the citizen: the assessment of damages. One can comprehend readily that the measure of special damages alone on this argument, which evinces tortious misconduct, would be the value of everything which the Crown has seized from the citizen in wielding its statutory powers, because it has misled him, or entrapped him, into not complying with the strict requirements of the statute. That, by the Crown's own view of these cases, is the Crown's own responsibility, acting through its officials and servants.

Un acte peut être considéré comme intentionnel s'il est virtuellement certain que les conséquences de l'acte se produiront, malgré qu'elles n'aient pas en fait été voulue . . . Dans ces cas, on dit parfois que l'intention résulte de l'interprétation ou que l'intention a été «imputée» au défendeur. En d'autres termes, ces actes sont considérés comme intentionnels même s'ils ne sont pas en fait, parce que le droit n'accepte pas que l'on traite avec plus d'indulgence l'auteur de pareils actes. Ce principe est semblable à celui du droit pénal suivant lequel une personne est réputée avoir voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes.

Étant donné l'argument de la Couronne selon lequel le particulier aurait dû connaître les dispositions littérales de l'ancienne *Loi sur les douanes* et s'y conformer, que faut-il penser de l'écriteau de la Couronne placé à un endroit visible sur le quai de White Rock, qui ordonnait aux marins de téléphoner à la douane à Douglas ou à Vancouver? Cela démontre-t-il l'intention des préposés de la Couronne de prendre au piège ces marins de sorte que leurs biens puissent être saisis? Est-ce là à quoi se résume la position de la Couronne dans les présentes? Ou ce comportement manifeste-t-il une intention présumée, dont les conséquences devaient suivre inévitablement parce qu'il était naturel que les marins entrants téléphonent plutôt que de parcourir la distance considérable (à supposer qu'ils trouvent le bon chemin) qui les séparait de la douane? La Couronne pourrait alors dire, lorsque ses préposés ne se sont pas présentés à l'arrivée d'un bateau, que le capitaine a commis une faute en ne se rendant pas à la douane. En insistant sur cette position, la Couronne n'encourage et n'admet-elle pas les actes délictuels de ses préposés à l'égard du particulier? Les procédures en l'espèce sont de type accusatoire. La Couronne peut renoncer à cette position si elle le veut, avant la prochaine étape de ce litige, dont elle a convenu avec le particulier: l'évaluation des dommages-intérêts. On comprendra aisément que le montant des dommages-intérêts spéciaux relatifs à ce seul moyen, qui démontre une conduite délictuelle, serait la valeur de tout ce que la Couronne a enlevé au particulier en exerçant ses pouvoirs légaux, parce qu'elle l'a induit en erreur, ou elle l'a pris au piège, en l'amenant à ne pas se conformer aux strictes dispositions de la loi. Cette façon d'agir, selon l'opinion même de la Couronne sur ces affaires, engage la responsabilité de la Couronne, par l'intermédiaire de ses fonctionnaires et préposés.

The rule of criminal law, *ignorantia juris non excusat*, is not applicable against the citizen in the cases at bar. As Glanville Williams has stated in his *Textbook of Criminal Law*, (Stevens & Sons, London, 1983) at page 456, the most important limitation of the rule is that it applies only to criminal law. Moreover, it should be noted that Parliament did not append to sections 11 or 18 of the previous *Customs Act* any provision akin to section 19 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] then in force or akin to section 128 of the *National Defence Act* [R.S.C. 1970, c. N-4], also at all material times, then too in force. Therefore the Crown's sign on the White Rock pier which led the citizen and, as the evidence amply discloses, all other inbound mariners, astray provides a good answer and excuse against the Crown's later astonishing repudiation of its own published, misleading sign with its contrastingly harsh invocation of the literal provisions of sections 11 and 18 of the old *Customs Act*.

### Denial of Charter rights

This betrayal of the citizen, this tortious misconduct on the part of the Crown's servants, in light of the Crown's argued position herein, could arguably not have been permitted to succeed even before the constitutional entrenchment of the Charter, and it certainly cannot be permitted to succeed as of 1984, well into the era of the Charter. The provisions of the Charter which, being "the supreme law of Canada", operate to relieve the citizen in this case, both directly, and alternatively to his common law rights against abuse of State power, are these:

7. Everyone has the right to . . . security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[Admittedly, the application of section 7 may be seen to be tenuous, but also the seizure of the citizen's dwelling surely strikes at his "security of the person".]

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment . . .

La règle de droit criminel, *ignorantia juris non excusat*, ne peut être invoquée contre le particulier en l'espèce. Comme l'a dit Glanville Williams dans son ouvrage *Textbook of Criminal Law*, (Stevens & Sons, Londres, 1983) à la page 456, la limite la plus importante attachée à cette règle, c'est qu'elle ne s'applique qu'en matière de droit criminel. Il y a lieu en outre de noter que le législateur n'a attaché aux articles 11 et 18 de l'ancienne *Loi sur les douanes* aucune disposition semblable à l'article 19 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] en vigueur à l'époque ou semblable à l'article 128 de la *Loi sur la défense nationale* [S.R.C. 1970, chap. N-4], aussi en vigueur à l'époque concernée. Par conséquent, l'écriteau de la Couronne sur le quai de White Rock qui a induit en erreur le particulier et aussi, comme la preuve le démontre largement, tous les autres marins entrants, fournit une bonne riposte aussi bien qu'une excellente excuse à l'égard de l'étonnante répudiation subséquente par la Couronne de l'écriteau trompeur, qu'elle avait elle-même affiché, lorsqu'elle a dûment invoqué l'application littérale des dispositions des articles 11 et 18 de la *Loi sur les douanes*.

### Déni des droits garantis par la Charte

Cette duperie du particulier, cette conduite délictueuse de la part des préposés de la Couronne, compte tenu des moyens que celle-ci a invoqués en l'espèce, pourraient peut-être ne pas avoir été tolérées même avant que la Charte ne fasse partie de notre constitution, et à plus forte raison ne pouvaient-elles assurément l'être à compter de 1984, en pleine ère de la Charte. Les dispositions de la Charte qui, en leur qualité de «loi suprême du Canada» ont pour effet d'innocenter le particulier en l'espèce, à la fois directement, et subsidiairement en ce qui concerne les droits contre les abus des pouvoirs de l'État qu'il tient de la common law, sont les suivantes:

7. Chacun a droit à . . . la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[Il est vrai que l'application de l'article 7 peut sembler faible, mais la saisie du domicile du particulier porte assurément atteinte à la «sécurité de sa personne».]

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements . . . cruels et inusités.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination . . . .

In regard to section 7, it is true that it does not accord entrenched rights in and to property. There are, however, certain kinds of property which are of a nature to transcend that salutary general principle and relate directly to the security of the person: necessary drugs and medicines; a coronary pacemaker with the power source and other necessary parts of the apparatus; a respirator device; and of course, that physical property which affords warmth and shelter and requires the State to respect it and to enter only upon proper previous judicial authorization, a person's dwelling; and necessary personal clothing appropriate to the season. Some of the above comprehend both "life" and "security of the person". In any event, no one is to be deprived of those transcendent kinds of property when, at the same time they support "life" and "security of the person", except in accordance with the principles of fundamental justice. It is manifestly contrary to all principles of fundamental justice to lure, entrap or trick a person into a situation contrived, not by him or her, but by the State, in which the draconian application of statutory or regulatory provisions permits the State to seize that person's dwelling not only without compensation, but upon a demand to pay a monetary penalty to the State. This application of section 7 appears to be novel, but not groundless.

The breaches of the citizen's right under section 8 of the Charter have been canvassed earlier herein. They reside in: the warrantless, unlawful seizure of his personal papers; the harassing, groundless, on-again, off-again first and third seizures of his vessel for non-reporting when, upon the witnesses' testimony and all of the evidence, and the reasonable inferences drawn by the Court therefrom, the citizen has established not merely on a balance of probabilities, but in displacement of every civil onus of proof, that he scrupulously and invariably followed the procedure described on the Crown's public sign erected on the White Rock pier; and the possibility, upon which more argu-

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, . . . .

Pour ce qui est de l'article 7, il est vrai qu'il ne garantit pas des droits sur les biens et à leur égard. Il existe cependant certains types de biens qui, de par leur nature, transcendent ce principe général salutaire et se rapportent directement à la sécurité de la personne: les drogues et les médicaments nécessaires; les régulateurs cardiaques avec leurs pièces et les autres pièces essentielles de l'appareil; les respirateurs; et, naturellement, la propriété matérielle qui fournit chaleur et abri et que l'État est tenu de respecter et de n'y pénétrer qu'avec une autorisation judiciaire préalable, c'est-à-dire le domicile d'une personne; et enfin, les vêtements personnels nécessaires appropriés à la saison. Certains de ces biens visent à la fois la «vie» et la «sécurité de la personne». En tout état de cause, il ne peut être porté atteinte à ces types transcendants de biens lorsqu'ils assurent aussi bien la «vie» que la «sécurité de la personne», si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Or, il est manifestement contraire à tous les principes de justice fondamentale de leurrer, prendre au piège et duper une personne de façon à la placer dans une situation qui n'est pas de son fait mais de celui de l'État, et dans laquelle l'application draconienne des dispositions législatives ou réglementaires permet à l'État de saisir la résidence de cette personne non seulement sans indemnisation, mais en lui imposant une amende. Cette application de l'article 7 semble nouvelle, mais non sans fondement.

On a examiné plus haut les violations des droits garantis au particulier par l'article 8 de la Charte, à savoir: la saisie illégale et sans mandat de ses papiers personnels; les première et troisième saisies tracassières, injustifiées et sporadiques de son bateau pour défaut de déclaration alors que selon les dépositions des témoins et toute la preuve, et les inférences raisonnables qu'en a tirées la Cour, le particulier avait établi, non seulement selon la prépondérance des probabilités mais aussi en s'acquittant de tout fardeau de la preuve en matière civile, qu'il avait scrupuleusement et invariablement suivi les prescriptions de l'écriteau affiché par la Couronne au quai de White Rock; et la

ment, if not evidence, will be heard that the Crown owes him the refund, at interest, of his \$312.58 upon the second, "amended seizure" for that possibly unreasonable seizure of the *Rogue*.

The breaches of section 12 of the Charter reside in: the bizarre boarding by Borisenko's boarding party and warrantless seizure of the citizen's personal papers; the interrogation after which the citizen was accorded two weeks to prove that which he was under no legal obligation to record or prove and absent belief in his word, was unprovable — a negative pregnant — for the proof of which he was directed to the Douglas customs-house where other Crown servants mocked him for his effort; the third seizure of his vessel after having been told by Crown servants that it was released; the threats to have the *Rogue* towed by the inadequate and unseaworthy *Deep Six* operated by its unsavoury master; the insensitive threats to have the vessel hoisted ashore by inappropriate and damaging means; the malicious threats to have the vessel stored in an inaccessible place ashore; the multiple seizures of the vessel; the loss of some of the citizen's private papers, including probably, some E-99 forms which could have proved an inbound report or several, actually responded to by the Crown's servants, according to the Crown's non-statutory procedure according to its public sign for reporting inbound at White Rock pier; the Crown's importunity upon the citizen for its servants' failures to comply with its own non-statutory system; and the Crown's servants' tortious trickery, entrapment and misrepresentation, whether intentional or negligent retrospectively rendered such by the Crown's repudiating that procedure in the citizen's cases and insisting upon invocation of the very statute of which the Crown's procedure incited non-compliance.

The breach of subsection 15(1) resides in the Crown's infliction of a different (if not double) standard upon the citizen from that which pertained over the years to all other inbound mariners

possibilité au sujet de laquelle on entendra d'autres moyens sinon d'autres dépositions, que la Couronne lui doive le remboursement, avec intérêt, de ses \$312.58 afférents à la seconde «saisie modifiée» a et peut-être abusive du *Rogue*.

Les violations de l'article 12 de la Charte sont les suivantes: le bizarre arraisonnement effectué par Borisenko et son équipe et la saisie sans mandat des papiers personnels du particulier; l'interrogatoire à la suite duquel le particulier s'est vu accorder deux semaines pour prouver ce qu'il n'était pas tenu légalement de prouver ni de déclarer et qui, faute de lui faire crédit, ne pouvait se démontrer — une négation impliquant une affirmation — dont on lui a conseillé de rechercher la preuve au poste douanier Douglas où les autres préposés de la Couronne se sont moqués de ses efforts; la troisième saisie de son bateau après que les préposés de la Couronne lui eussent dit qu'il y avait eu mainlevée; les menaces de faire remorquer le *Rogue* par le *Deep Six*, inadéquat et innavigable piloté par son répugnant capitaine; les froides menaces de faire hisser le bateau à terre par des moyens inappropriés et susceptibles de causer des dommages; les menaces abusives de faire entreposer le bateau à terre dans un endroit inaccessible; les multiples saisies du bateau; la perte de certains papiers du particulier, y compris, probablement, quelques formules E-99 qui auraient pu prouver l'existence d'une ou de plusieurs déclarations d'entrée reconnues par les préposés de la Couronne, conformément aux directives non légales de l'écrêteau public de la Couronne à l'intention des bateaux qui entraient au quai de White Rock; les tracasseries de la Couronne infligées au particulier en raison du défaut des préposés de la Couronne de se conformer à son propre système non prévu par la Loi; et la duperie délictueuse, la provocation et les fausses déclarations des préposés de la Couronne, qu'elles aient été délibérées ou dues à la négligence, et qui se sont révélées telles après coup lorsque la Couronne a refusé de reconnaître la façon dont a procédé le particulier, en invoquant précisément la Loi à laquelle les directives de la Couronne incitaient à désobéir.

La violation du paragraphe 15(1) tient au fait que la Couronne a imposé au particulier un étalon différent (sinon double) de celui qui s'est appliqué au fil des ans à tous les autres marins entrants qui,

who, like the citizen, telephoned to the Douglas station in order to report to Customs. When the Crown's servants, in whose hands the administration of the previous *Customs Act* was, always considered that compliance with their non-statutory directions written on their ostensibly official public sign constituted compliance with that statute and acted upon that consideration, they denied the citizen equal protection and equal benefit of the law by changing the rules in his case. The Crown is not entitled in these circumstances to create an extra-legal system with which it directs compliance, and then, when it was discovered that the system was inadequate due to the laxity or overwork and fatigue of its servants, to enforce the law not against all inbound mariners, but only selectively against Rollinson. It is not entitled to vent its frustration or fury upon the citizen when its non-statutory procedure failed in his case on some 22 occasions, but to continue to operate that extra-legal system for the benefit (a dubious, dangerous "benefit" to be sure) of all others in the same class of mariners as the citizen. To make a scapegoat of that individual (even when his personality was not liked by the law enforcers) constituted a breach of his right under subsection 15(1) of the Charter in the circumstances here revealed by the evidence and the inferences drawn therefrom. Rollinson was singled out for denial of his "right to the equal protection and equal benefit of the law, without discrimination".

The Court finds that the citizen's above specified rights, guaranteed constitutionally by the Charter have been infringed or denied. Being a superior Court of competent jurisdiction established pursuant to section 101 of the *Constitution Act, 1867*, this Court is bound to accord such remedy to the citizen as the Court considers appropriate and just in the circumstances.

Remedies accorded pursuant to section 24 of the Charter

In regard to the seizures of the vessel, the *Rogue*, the citizen's dwelling place, the Court accords the following remedies which the Court considers are appropriate and just in these circumstances:

comme le particulier, ont téléphoné au poste Douglas pour y faire leur déclaration d'entrée. Alors que les préposés de la Couronne, chargés de l'application de l'ancienne *Loi sur les douanes*, ont toujours considéré que le respect des directives non légales de leur écriteau public ostensiblement officiel constituait le respect de la Loi en question et qu'ils ont agi en ce sens, ils ont refusé au particulier la même protection et le même bénéfice de la loi en changeant les règles dans son cas. La Couronne n'a pas le droit dans ces circonstances de créer un système extra-légal et de l'imposer pour ensuite, lorsqu'il se révèle insatisfaisant en raison du laxisme ou de la fatigue et de la trop lourde charge de travail de ses préposés, appliquer la loi non pas à tous les marins entrants, mais seulement de façon sélective à Rollinson. Elle n'avait pas le droit de donner libre cours à sa frustration et à sa rage aux dépens du particulier lorsque dans son cas sa méthode non prévue par la loi a failli à 22 occasions, et de continuer à l'appliquer au bénéfice (assurément un «bénéfice» douteux et dangereux) de tous les autres dans la même catégorie de marins que le particulier. Prendre ce dernier pour bouc émissaire (même si le personnage déplaisait aux douaniers), c'était violer le droit que lui garantit le paragraphe 15(1) de la Charte dans les circonstances que révèlent en l'espèce la preuve et les conclusions qu'on peut en tirer. Rollinson a fait l'objet d'un traitement particulier lorsqu'on l'a privé de son «droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination».

La Cour conclut qu'il y a eu viol ou déni des droits précités du particulier, constitutionnellement reconnus par la Charte. Comme elle est un tribunal supérieur compétent établi conformément à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette Cour est tenu d'accorder au particulier la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Réparations accordées en application de l'article 24 de la Charte

À l'égard des saisies du navire, le *Rogue*, résidence du particulier, la Cour accorde les réparations suivantes qu'elle estime convenables et justes eu égard aux circonstances:

(1) A finding and declaration that the citizen's private papers (the so-called "ship's logs" of every kind and nature) which were seized from him on February 1, 1984, were seized tortiously, illegally and unconstitutionally, in denial of his rights under section 8 of the Charter; and they are inadmissible in these proceedings;

(2) A finding and declaration that Borisenko and his mobile investigation unit on February 1, 1984 and by various subsequent actions and threats, and Toomey by his mockery of the citizen, and the Crown, by entrapping and misrepresenting, both negligently, on the part of the customs inspectors, and intentionally, on the part of its middle-management and its law officers, tortiously crossed-up and tricked the citizen into failing to comply with the inbound reporting provisions of the previous *Customs Act* to his loss, injury and detriment when the Crown on two distinct occasions, February 1, 1984, and March 13, 1984, purported to seize his vessel; and that all the foregoing *inter alia* constituted cruel and unusual treatment;

(3) A finding and declaration that the above recited first and third seizures of the vessel were unlawful and will be quashed so that the vessel shall be released, free and clear, to the citizen or his direction; and that all provisions of the previous *Customs Act* upon which the Crown based its seizures of that vessel are and were, in the circumstances of this case, inoperative and of no effect as against the citizen; or in the alternative, at the Crown's option, that the Act prevails and that the Crown is liable upon its servants' tortious misconduct to compensate the citizen fully for replacement value of the seized and forfeited vessel, his dwelling, as at and from the time it was taken from the citizen's possession, and control;

(4) A finding and declaration that in regard to its seizures of the *Rogue*, the Crown is liable to compensate the citizen fully in special and general damages, and any exemplary damages which the Court may assess for:

1) La conclusion et la déclaration portant que les papiers personnels du particulier (les soi-disant «journaux de bord» de toutes sortes et de tous genres) qui ont été saisis le 1<sup>er</sup> février 1984, l'ont été de façon délictueuse, illégale et inconstitutionnelle, en violation des droits que lui confère l'article 8 de la Charte, et qu'ils sont irrecevables dans les présentes procédures;

2) La conclusion et la déclaration portant que Borisenko et son unité mobile d'enquête, à l'occasion de la saisie du 1<sup>er</sup> février 1984 et par diverses autres actions et menaces postérieures à cette date, ainsi que Toomey par ses railleries à l'endroit du particulier, et la Couronne, par la provocation et ses fausses déclarations, imputables aussi bien à la négligence de ses inspecteurs des douanes, qu'aux actes délibérés de ses cadres moyens et de ses avocats, ont amené délictueusement le particulier, par fraude et supercherie, à ne pas se conformer aux dispositions de l'ancienne *Loi sur les douanes* en matière de déclaration d'entrée à son détriment et préjudice lorsque la Couronne a, à deux occasions distinctes, le 1<sup>er</sup> février 1984 et le 13 mars 1984, prétendu saisir son bateau; et que tout ce qui précède constitue notamment un traitement cruel et inusité;

3) La conclusion et la déclaration portant que les première et troisième saisies susmentionnées du bateau étaient illégales et qu'elles seront annulées de sorte qu'il y ait mainlevée du bateau en cause et qu'il soit rendu, libre et quitte, au particulier ou selon ses ordres; et que toutes les dispositions de l'ancienne *Loi sur les douanes* sur lesquelles la Couronne a fondé ses saisies du bateau sont et étaient, dans les circonstances en cause, inopérantes et sans effet à l'égard du particulier; ou subsidiairement, au choix de la Couronne, portant que la Loi s'applique et que la Couronne est tenue en raison de la conduite délictuelle de ses préposés de dédommager pleinement le particulier pour la valeur de remplacement de son bateau saisi et confisqué, soit sa résidence, à compter du moment où il en a perdu possession et contrôle;

4) La conclusion et la déclaration portant que relativement aux saisies du *Rogue*, la Couronne est tenue d'indemniser pleinement le particulier au moyen de dommages-intérêts spéciaux et généraux, et des dommages-intérêts exemplaires que la Cour pourra évaluer à l'égard de ce qui suit:

- (a) breach and denial of the citizen's rights guaranteed by sections 7, 8, 12 and 15 of the Charter;
- (b) harassment, mental anguish, humiliation and inconvenience tortiously inflicted by Crown servants upon the citizen as indicated in the evidence before the Court, and inferences therefrom, in the two cases herein, tried jointly; and
- (c) interest upon such damages as are exigible from any ordinary private tortfeasor of full age and capacity in British Columbia, as of and from February 1, 1984 or from such later date as the appropriate law makes such interest so exigible.

Two further points relative to the assessment of damages herein ought to be expressed. Firstly, if the Borisenko boarding party on February 1, 1984, were conducting a border search, upon which the Court would hear more argument, if not also evidence, upon assessment of damages, the Court nevertheless holds that their presence was not an ordinary secondary inspection which would not necessarily attract damages. Inspector Shukin clearly swore (transcript, at page 821) that the one officer who inspects a vessel for clearance inbound performs both primary and secondary functions. The intimidating intrusion of the boarding party alone is, in the circumstances, capable of generating damages. The second point to be noted is that punitive or exemplary damages may be awarded, if not asked for in the plaintiff's prayer for relief. The authority is the Alberta Court of Appeal in *Paragon Properties Ltd. v. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156.

*His Lordship next took the opportunity to review the evidence presented on the adjudications process in the Department of National Revenue "in the interests of the parties and incidentally of the public, too." The Court found that several factors marred the adjudications process and badly compromised its fairness. The adjudicator, in dealing*

- a) la violation et le déni des droits du particulier garantis par les articles 7, 8, 12 et 15 de la Charte;
- b) le harcèlement, l'angoisse mentale, l'humiliation et les tracasseries délictueusement infligés au particulier par les préposés de la Couronne comme l'indiquent les éléments de preuve dont dispose la Cour, et les inférences qui en découlent, dans les deux actions en l'espèce, jugées ensemble; et
- c) les intérêts sur ces dommages-intérêts qui sont exigibles de tout auteur ordinaire d'un délit, majeur et compétent en Colombie-Britannique, à compter du 1<sup>er</sup> février 1984 ou de la date postérieure à laquelle la loi applicable rend ces intérêts exigibles.

Il y a lieu de mentionner deux autres points relatifs à l'évaluation des dommages-intérêts en l'espèce. Premièrement, dans l'éventualité où l'équipe de Borisenko qui a arraisonné le navire le 1<sup>er</sup> février 1984 effectuait une fouille à la frontière, point sur lequel la Cour entendrait d'autres plaidoiries, sinon aussi d'autres dépositions, à l'occasion de l'évaluation des dommages-intérêts, la Cour statue néanmoins que cette équipe ne procédait pas à une deuxième inspection ordinaire, laquelle ne donnerait pas nécessairement lieu à des dommages-intérêts. L'inspecteur Shukin a nettement juré (transcription, à la page 821) que le douanier qui visite un navire en vue de sa déclaration d'entrée effectue aussi bien la première et la seconde inspections. La seule intrusion intimidante de l'équipe qui a arraisonné le navire suffit, dans les circonstances, à donner lieu à des dommages-intérêts. Le second point à souligner est que des dommages-intérêts exemplaires peuvent être accordés, si le demandeur n'en réclame pas dans ses conclusions. La décision faisant autorité à cet égard est l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, *Paragon Properties Ltd. v. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156.

*Sa Seigneurie a par la suite saisi l'occasion pour examiner la preuve produite lors du processus d'arbitrage au ministère du Revenu national «dans l'intérêt des parties et, incidemment, dans celui du public également». La Cour a conclu que plusieurs facteurs avaient gâché le processus d'arbitrage et avaient sérieusement compromis*

with the third seizure of the Rogue, relied on an aide memoire, prepared by a government official, which contained flagrant errors and misleading information.

The Crown's seizure of plaintiff's Pontiac Parisienne automobile should be set aside. Plaintiff had driven to the primary line at Douglas station. The Customs Inspector says she told him to open his trunk but plaintiff drove off. The siren was sounded but plaintiff kept going. Plaintiff's story was that he heard neither her request nor the siren. After travelling a short distance, plaintiff received a CB radio message that he was wanted back at Customs. He returned but was handed a detention receipt and a penalty of \$800 was imposed. At trial, the Inspector testified in such a low voice that she could hardly be heard. This tended to corroborate plaintiff's evidence that he had not heard her request when he was going through Customs.

Plaintiff's claim with regard to the seizure of his Chrysler New Yorker should be dismissed. In this case, plaintiff did not give evidence to contradict that of the Customs Inspector who was subjected to but a desultory cross-examination which served only to confirm her testimony in chief. Her testimony, that plaintiff disobeyed her order to report to secondary, was corroborated by other witnesses.

Plaintiff was awarded costs on a solicitor-and-client basis with an abatement of 6% of counsel fees since he did not succeed as to the Chrysler seizure.

Application may be made to the Associate Chief Justice regarding the assessment of damages unless the parties can reach agreement between themselves in which event that would be ratified by the Court.

son équité. L'arbitre, en statuant sur la troisième saisie du Rogue, s'appuyait sur un aide-mémoire, rédigé par un agent gouvernemental, qui contenait des erreurs flagrantes et des renseignements a qui étaient de nature à induire en erreur.

La saisie par la Couronne de l'automobile Pontiac Parisienne du demandeur devrait être annulée. Le demandeur avait conduit jusqu'à la première inspection du poste de Douglas. Selon b l'inspectrice des douanes, elle lui a dit d'ouvrir son coffre, mais il a démarré. La sirène a été déclenchée, mais le demandeur a continué son chemin. D'après la version du demandeur, il n'a c entendu ni la demande de l'inspectrice des douanes, ni la sirène. Après avoir parcouru une brève distance, le demandeur a reçu un message de radio PB selon lequel on voulait qu'il retourne au poste douanier. Il y est retourné, mais on lui a d donné un reçu de détention et on lui a imposé une pénalité de \$800. À l'instruction, l'inspectrice a déposé d'une voix si basse qu'on l'entendait à peine, ce qui tendait à corroborer la déposition du demandeur selon laquelle il n'avait pas entendu e sa demande lorsqu'il remplissait les formalités douanières.

L'action du demandeur relative à la saisie de son automobile New Yorker Chrysler devrait être rejetée. En l'espèce, le demandeur n'a pas f déposé pour contredire le témoignage de l'inspectrice des douanes qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire tenu de façon décousue et qui n'a fait que confirmer son témoignage principal. Son témoignage, selon lequel le demandeur a g désobéi à son ordre de se présenter à la deuxième inspection, a été corroboré par d'autres témoins.

Le demandeur s'est vu adjuger les frais sur la base procureur et client avec une réduction de h 6 % des honoraires d'avocat puisqu'il n'a pas eu gain de cause quant à la saisie de son automobile Chrysler.

Une demande peut être présentée devant le juge en chef adjoint pour ce qui est de l'évaluation des dommages-intérêts, à moins que les parties ne puissent s'entendre à ce sujet, auquel cas la Cour donnerait sa ratification.



T-3307-90

T-3307-90

**Her Majesty the Queen in Right of Alberta  
(Applicant)**

v.

**Minister of the Environment, Honourable Robert De Cotret and Environmental Assessment Panel Appointed by the Minister of the Environment to Review the Oldman River Dam Project Composed of William A. Ross, Helen Tremaine, James Gladstone, Michael Healey, Rolf Kellerhaus and Tracy Anderson (Respondents)**

INDEXED AS: ALBERTA v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Edmonton, April 25; Ottawa, May 21, 1991.

*Constitutional law — Distribution of powers — Environmental Assessment Panel established under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order to review Oldman River dam project — Alberta seeking certiorari, prohibition and/or injunction to prevent Panel from proceeding with public review of project on grounds Panel's terms of reference unconstitutional application of Minister's power or discretion under Guidelines Order — Province's application adjourned sine die pending S.C.C. decision in Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) as to whether EARPGO so broad as to offend, ss. 92, 92A of Constitution Act, 1867.*

*Environment — Oldman River dam project — Environmental review — Environmental Assessment Panel established under EARPGO — Application to halt review process on ground Panel's terms of reference unconstitutional application of Minister's power under EARPGO — Application adjourned sine die pending S.C.C. decision on whether EARPGO unconstitutional as encroaching on provincial jurisdiction.*

*Practice — Stay of proceedings — Province seeking certiorari, prohibition and/or injunction to prevent Environmental Assessment Panel from proceeding with public review of dam construction project on ground Panel's terms of reference unconstitutional — Minister seeking stay of proceedings on ground issue before S.C.C. — Test in Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. v. York et al. applied: applicant for stay must establish interest of justice supports stay and outweighs respondent's right to proceed with cause of action — Stay exceptionally granted though effec-*

**Sa Majesté la Reine du Chef de l'Alberta  
(requérante)**

a c.

**Ministre de l'Environnement, l'honorable Robert De Cotret, et la Commission d'évaluation environnementale, constituée par le ministre de l'Environnement pour étudier le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman et composée de William A. Ross, Helen Tremaine, James Gladstone, Michael Healey, Rolf Kellerhaus et Tracy Anderson (intimés)**

c RÉPERTORIÉ: ALBERTA c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Edmonton, 25 avril; Ottawa, 21 mai 1991.

d *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Commission d'évaluation environnementale établie sous le régime du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement dans le but d'examiner le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman — L'Alberta cherchait à obtenir une ordonnance de certiorari, une ordonnance de prohibition et/ou une injonction pour empêcher la Commission de procéder à un examen public du projet pour le motif que les attributions de la Commission constituaient une application inconstitutionnelle du pouvoir ou de la discrétion du ministre en vertu du Décret sur les lignes directrices — La demande de la province a été ajournée sine die en attendant que la C.S.C. détermine, dans le cadre de l'affaire Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministres des Transports), si le Décret sur les lignes directrices est général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la Loi constitutionnelle de 1867.*

g *Environnement — Projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman — Examen environnemental — Commission d'évaluation environnementale établie sous le régime du Décret sur les lignes directrices — Demande visant à faire interrompre le processus d'examen pour le motif que les attributions de la Commission constituaient une application inconstitutionnelle du pouvoir conféré au ministre en vertu du Décret sur les lignes directrices — Demande ajournée sine die en attendant que la C.S.C. détermine si le Décret sur les lignes directrices est inconstitutionnel parce qu'il empiète sur la compétence des provinces.*

i *Pratique — Suspension d'instance — La province cherchait à obtenir une ordonnance de certiorari, une ordonnance de prohibition et/ou une injonction empêchant la Commission d'évaluation environnementale de procéder à l'examen public d'un projet de construction de barrage pour le motif que les attributions de la Commission étaient inconstitutionnelles — Le ministre cherchait à obtenir une suspension d'instance pour le motif que la question avait été soumise à la C.S.C. — Le critère invoqué dans l'affaire Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. c. York et autres a*

tively postponing access to relief which party otherwise having right to pursue — Although serious issue to be tried, postponement in public interest — Balance of convenience in Minister's favour — Just and appropriate to adjourn matter sine die pending S.C.C. decision — Interests of justice and efficacy of judicial system best served by adjourning consideration of Province's application.

This case dealt with the environmental review of the Oldman River dam project. The federal Minister of the Environment appointed an Environmental Assessment Panel to review the project. The Province of Alberta sought to halt the review by means of *certiorari*, prohibition or injunction on the grounds that the terms of reference issued by the Minister were an unconstitutional application of his power or discretion under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*. In response thereto, the Minister moved to have the Province's application adjourned *sine die* pending the decision of the Supreme Court of Canada on an appeal, heard in February 1991, from the judgment of the Federal Court of Appeal in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* where the constitutional issue would be dealt with. By late April 1991, the dam was about 98% complete and the whole project, 94% complete.

Basically, the Province questioned whether the federal government could provide for such a broadly based review of environmental, socio-economic and safety concerns as to encompass matters ordinarily within provincial legislative jurisdiction under sections 92, 92A, 95 and 109 of the *Constitution Act, 1867*.

*Held*, the Province's application should be adjourned *sine die*.

Since the Supreme Court has declined to add the question of the validity of the terms of reference to the matters for consideration on appeal, this application, based on the argument that the terms of reference are an unconstitutional application of the Guidelines Order, was not "a claim . . . being proceeded with in another court" within the meaning of paragraph 50(1)(a) of the *Federal Court Act*. There is a serious issue to be tried: the validity of the Panel's terms of reference. The question is whether a stay or an adjournment should be granted, the effect of which would be to postpone resolution of the issue.

Whatever the outcome, either of the parties was likely to suffer some harm but none that would be irreparable. However, the public interest would be best served, pending the decision of the Supreme Court of Canada, by assuming the validity of the terms of reference of the Panel. The appropriate test herein was that applied in *Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. v. York et al.*: the applicant for

été appliqué: la partie qui demande une suspension doit établir que l'intérêt de la justice justifie une telle mesure et l'emporte sur le droit qu'a l'intimé de poursuivre une action — La suspension a été accordée, mais cette mesure exceptionnelle a pour effet de différer l'accès à un redressement qu'une partie aurait autrement le droit de poursuivre — Même si le point en litige était sérieux, l'affaire a été différée dans l'intérêt du public — La prépondérance des inconvénients faisait pencher la balance en faveur du ministre — Il était juste et convenable d'ajourner l'affaire sine die en attendant la décision de la C.S.C. — Il était préférable pour l'intérêt de la justice et b l'efficacité du système judiciaire d'ajourner l'examen de la demande de la province.

La présente affaire a trait à l'examen environnemental du projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman. Le ministre fédéral de l'Environnement a constitué une Commission d'évaluation environnementale pour examiner le projet. La province de l'Alberta a tenté de faire suspendre cet examen au moyen d'une ordonnance de *certiorari*, d'une ordonnance de prohibition ou d'une injonction pour le motif que les attributions fixées par le ministre constituaient une application inconstitutionnelle du pouvoir ou de la discrétion que lui confère le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement. En réponse à cette démarche, le ministre a tenté d'obtenir que la requête de la province soit ajournée *sine die* en attendant que la Cour suprême du Canada rende sa décision sur un appel, entendu en février 1991, du jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, où la question constitutionnelle serait analysée. À la fin du mois d'avril 1991, la construction du barrage était terminée à 98 % environ et tout le projet était terminé à 94 %.

Essentiellement, la province contestait le fait que l'administration fédérale puisse prévoir un examen de questions liées à l'environnement, à la situation socio-économique et à la sécurité qui soit général au point d'englober des «matières» qui, habituellement, ressortissent à la compétence législative des provinces en vertu des articles 92, 92A, 95 et 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

*Jugement*: la requête de la province devrait être ajournée *sine die*.

La Cour suprême ayant refusé d'ajouter la question de la validité des attributions aux points à examiner en appel, la présente demande, qui repose sur l'argument que les attributions constituent une application inconstitutionnelle du Décret sur les lignes directrices, n'est pas une «demande . . . en instance devant un autre tribunal», au sens de l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il existe un point sérieux à juger: la validité des attributions de la Commission. La question est celle de savoir s'il faut accorder ou non une suspension ou un ajournement, ce qui aurait pour effet de différer le règlement du litige.

Quelle que soit l'issue de l'affaire, l'une ou l'autre des parties subirait vraisemblablement un préjudice quelconque, mais celui-ci ne serait pas irréparable. Cependant, la meilleure façon de servir l'intérêt public, en attendant la décision de la Cour suprême du Canada, serait de supposer que les attributions de la Commission sont valides. Le critère qui convient en l'espèce est celui qui a été appliqué dans l'affaire *Association of Parents*

a stay must establish that the interest of justice clearly supports a stay and outweighs the respondent's right to proceed with the cause of action.

The interests of justice, and the efficacy of the judicial system, would be best served by adjourning consideration of the Province's application because (1) the validity of the Guidelines Order will likely be commented upon in the near future by the Supreme Court; (2) even if the Supreme Court does not deal directly with the issue raised here, that issue could be more readily resolved and perhaps more definitely argued in light of the Supreme Court decision. Accordingly, it would be unreasonable for a motions judge to decide an issue closely related to questions under consideration by the Supreme Court of Canada.

This case warranted the unusual step of adjourning a matter in circumstances which effectively postponed access to relief which a party otherwise had a right to pursue. Although there was a serious issue to be tried, postponing consideration of that issue at this stage was in the public interest. Interrupting the review process at this stage would be more disruptive and create greater harm to the process of public environmental review than continuing that process pending the decision of the Supreme Court.

#### 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 (as enacted by the *Constitution Act, 1982*), 95, 109.
- Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 50(1).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 323.
- Government Organization Act, 1979*, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. v. York et al.* (1987), 14 C.P.R. (3d) 263 (F.C.T.D.); *Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 143; 75 Alta. L.R. (2d) 1; 34 F.T.R. 137 (F.C.T.D.); *Little Red River Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, see *Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification)*.

*Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. c. York et autres*: la partie qui demande une suspension doit faire la preuve que l'intérêt de la justice justifie clairement une telle mesure et l'emporte sur le droit qu'a l'intimé de poursuivre son action.

a Il est préférable, pour l'intérêt de la justice et l'efficacité du système judiciaire, d'ajourner l'examen de la demande de la province parce que: 1) la Cour suprême se prononcera vraisemblablement bientôt sur la validité du Décret sur les lignes directrices; 2) même si la Cour suprême ne traite pas directement du point soulevé en l'espèce, celui-ci pourrait être réglé plus facilement et, peut-être, mieux examiné à la lumière de la décision de la Cour suprême. Il serait donc déraisonnable qu'un juge des requêtes se prononce sur un point étroitement lié à des questions sur lesquelles la Cour suprême du Canada se penche déjà.

b Le fait d'ajourner une affaire dans des circonstances qui ont pour résultat effectif de différer l'accès à un redressement qu'une partie aurait, autrement, le droit de poursuivre est une mesure inhabituelle mais, dans ce cas-ci, justifiée. Même s'il existait un point sérieux à juger, il était dans l'intérêt du public d'en différer l'examen à ce stade-ci. Le fait d'interrompre maintenant le processus d'examen perturberait davantage les choses et serait plus préjudiciable au processus d'examen environnemental public que le fait de poursuivre ce processus en attendant que la Cour suprême rende sa décision.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C., 1985, appendice II, n° 5], art. 91, 92, 92A (édicte par la *Loi constitutionnelle de 1982*), 95, 109.
- Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 50(1).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 323.
- Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1978-79, chap. 13, art. 14.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. c. York et autres* (1987), 14 C.P.R. (3d) 263 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'Économie de l'Ouest)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 143; 75 Alta. L.R. (2d) 1; 34 F.T.R. 137 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Little Red River Band of Indians c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, voir *Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'Économie de l'Ouest)*.

## DISTINGUISHED:

*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man.R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341. **a**

## CONSIDERED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 1 F.C. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 289; 4 C.E.L.R. (N.S.) 137; 30 F.T.R. 108 (T.D.), revd by [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.). **b**

## REFERRED TO:

*Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; (1988), 48 D.L.R. (4th) 161; [1988] 3 W.W.R. 385; 25 B.C.L.R. (2d) 145; 40 C.C.C. (3d) 289; 84 N.R. 1; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292; (1980), 113 D.L.R. (3d) 1; [1981] 1 W.W.R. 681; 53 C.C.C. (2d) 353; 9 C.E.L.R. 145; 2 F.P.R. 296; 32 N.R. 541; *Canadian National Railway v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; (1988), 15 Q.A.C. 181; 85 N.R. 260; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; (1989), 56 D.L.R. (4th) 309; 33 C.P.C. (2d) 163; 68 C.R. (3d) 97; 37 C.R.R. 235; [1989] 1 C.T.C. 255; 91 N.R. 18; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, No. 21598 (S.C.C.), judgment dated 28/3/91, Stevenson J. not yet reported. **c**

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985. **d**

## COUNSEL:

*B. Zalmonawitz* and *G. D. Chipeur* for applicant.

*J. C. DePencier* for respondent Minister of the Environment. **e**

*W. A. Tilleman* and *S. J. Hammel* for respondent Environmental Assessment Panel.

*M. W. Mason* for intervenor Friends of the Oldman River Society. **f**

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man.R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 1 C.F. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 289; 4 C.E.L.R. (N.S.) 137; 30 F.T.R. 108 (1<sup>re</sup> inst.), inf. par [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; (1988), 48 D.L.R. (4th) 161; [1988] 3 W.W.R. 385; 25 B.C.L.R. (2d) 145; 40 C.C.C. (3d) 289; 84 N.R. 1; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230; *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292; (1980), 113 D.L.R. (3d) 1; [1981] 1 W.W.R. 681; 53 C.C.C. (2d) 353; 9 C.E.L.R. 145; 2 F.P.R. 296; 32 N.R. 541; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; (1988), 15 Q.A.C. 181; 85 N.R. 260; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; (1989), 56 D.L.R. (4th) 309; 33 C.P.C. (2d) 163; 68 C.R. (3d) 97; 37 C.R.R. 235; [1989] 1 C.T.C. 255; 91 N.R. 18; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, n° 21598 (C.S.C.), jugement en date du 28-3-91, juge Stevenson, encore inédit. **g**

## DOCTRINE

Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985. **h**

## AVOCATS:

*B. Zalmonawitz* et *G. D. Chipeur* pour la requérante.

*J. C. DePencier* pour le ministre de l'Environnement (intimé).

*W. A. Tilleman* et *S. J. Hammel* pour la Commission d'évaluation environnementale (intimée).

*M. W. Mason* pour la Friends of the Oldman River Society (intervenante).

## SOLICITORS:

*Milner & Steer*, Edmonton, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondent Minister of the Environment. <sup>a</sup>

*Cook, Duke, Cox*, Edmonton, for respondent  
Environmental Assessment Panel.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for  
intervenor Friends of the Oldman River  
Society. <sup>b</sup>

*The following are the reasons for orders ren-  
dered in English by* <sup>c</sup>

MACKAY J.: The applicant, Her Majesty The Queen in Right of Alberta, ("the Province") by return of motion dated January 21, 1991, seeks relief originally applied for by motion dated December 17, 1990. The original motion sought both interlocutory relief by way of injunction and permanent relief in the nature of orders noted below in relation to the terms of reference issued by the respondent Minister of the Environment ("the Minister") for the respondent Environmental Assessment Panel ("the Panel") appointed by that Minister to review the Oldman River dam project.

On December 20, 1990, my colleague Mr. Justice Rouleau considered, and dismissed, the original motion in so far as it related to interlocutory relief, an application for an injunction to preclude the Panel from conducting a public review of the project until the determination by the Supreme Court of Canada of the appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal dated March 13, 1990, in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*.<sup>1</sup> This application seeks an order in the nature of *certiorari* quashing the terms of reference issued by the Minister setting out the mandate and scope of the Panel's review, and an order in the nature of prohibition, <sup>j</sup>

<sup>1</sup> [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

## PROCUREURS:

*Milner & Steer*, Edmonton, pour la requé-  
rante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
ministre de l'Environnement (intimé).

*Cook, Duke, Cox*, Edmonton, pour la Com-  
mission d'évaluation environnementale (inti-  
mée).

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour  
la Friends of the Oldman River Society  
(intervenante).

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

LE JUGE MACKAY: La requérante, Sa Majesté la Reine du Chef de l'Alberta (ci-après appelée «la province»), par la voie d'une nouvelle requête datée du 21 janvier 1991, cherche à obtenir un redressement initialement demandé par voie de requête en date du 17 décembre 1990. Par cette première requête, la requérante cherchait à obtenir à la fois un redressement interlocutoire sous la forme d'une injonction et un redressement permanent sous la forme d'ordonnances mentionnées ci-après en rapport avec les attributions que le ministre de l'Environnement (ci-après appelé le «ministre»), partie intimée en l'espèce, avait établies pour la Commission d'évaluation environnementale (ci-après appelée la «Commission»), elle aussi partie intimée en l'espèce, que le ministre avait constituée pour étudier le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman.

Le 20 décembre 1990, mon collègue, le juge Rouleau, a étudié et rejeté la requête initiale dans la mesure où celle-ci se rapportait à un redressement interlocutoire, soit une demande d'injonction pour empêcher la Commission d'effectuer une étude publique du projet tant que la Cour suprême du Canada n'aurait pas statué sur l'appel interjeté contre le jugement de la Cour d'appel fédérale, en date du 13 mars 1990, dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*<sup>1</sup>. La demande dont il est question en l'espèce a pour but d'obtenir une ordonnance de *certiorari* annulant les attributions établies par le ministre qui fixent le mandat de la Commission et

<sup>1</sup> [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

or in the alternative, an injunction, preventing the Panel from proceeding with a public review of the project. The grounds of the motion for this relief sought under section 18 of the *Federal Court Act*<sup>2</sup> are that the terms of reference issued by the Minister are said to be an unconstitutional application of his power or discretion under the Guidelines Order, i.e., the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*.<sup>3</sup>

When this application was heard in Edmonton on April 25, 1991, there was heard at the same time a motion of the Minister, dated January 29, 1991, that the Province's application for permanent relief be stayed or adjourned *sine die*, pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Court Act*, or Rule 323 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], pending the decision now anticipated following argument in February, 1991, before the Supreme Court of Canada.

When this matter was heard counsel appeared for the Province, for the Minister, for the Panel and for the Friends of the Oldman River Society ("FORS"). Counsel present at the hearing concerning interlocutory relief in December, 1990, were agreed that the motion then made by counsel on behalf of FORS, for standing in this matter had been orally granted, and the Society was considered to have status as a party respondent by my colleague Mr. Justice Rouleau. The Court file contained no written record of this. With consent of counsel for the applicant and the Minister, I granted an order that FORS be added as a party respondent in this application from December 20, 1990.

Counsel for the Panel submitted in advance of the hearing a memorandum and authorities concerning the merits of certain aspects of the application by the Province, apparently relying for

le cadre de son étude, de même qu'une ordonnance de prohibition ou, subsidiairement, une injonction empêchant la Commission d'entreprendre un examen public du projet. Les motifs sur lesquels repose la requête relative à ce redressement, lequel est sollicité en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>2</sup>, sont que les attributions que le ministre a établies sont réputées constituer une application inconstitutionnelle du pouvoir ou de la discrétion que lui confère le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (ci-après appelé le «Décret sur les lignes directrices»)<sup>3</sup>.

À l'instruction de cette demande à Edmonton, le 25 avril 1991, il a été entendu en même temps une requête du ministre, datée du 29 janvier 1991, pour que la demande de redressement permanent de la province soit suspendue ou ajournée *sine die*, en application du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ou de la Règle 323 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada rende sa décision, maintenant attendue, après avoir entendu le plaidoyer des parties en février 1991.

Ont comparu à l'audition de cette affaire des avocats représentant la province, le ministre, la Commission et la Friends of the Oldman River Society («ci-après appelée la «FORS»»). Les avocats qui étaient présents à l'audience relative à l'obtention d'un redressement interlocutoire en décembre 1990 ont reconnu que la requête qu'avait présentée à ce moment l'avocat de la FORS pour participer à cette affaire avait été accueillie verbalement, et que mon collègue, le juge Rouleau, avait considéré que la Société avait qualité pour agir comme partie intimée. Il n'en était fait aucune mention dans le dossier de la Cour. Avec le consentement des avocats de la requérante et du ministre, j'ai ordonné que la FORS soit inscrite comme partie intimée dans cette demande à partir du 20 décembre 1990.

L'avocat de la Commission a présenté avant l'audience un mémoire et de la jurisprudence concernant le bien-fondé de certains aspects de la demande de la province, fondant apparemment sa

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 as amended.

<sup>3</sup> SOR/84-467 made pursuant to subsection 6(2) of the *Government Organization Act*, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. F-7, dans sa forme modifiée.

<sup>3</sup> DORS/84-467 établi aux termes du paragraphe 6(2) de la *Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1978-79, chap. 13, art. 14.

the basis of his participation upon *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*.<sup>4</sup> It was indicated that he did not propose to speak to the motion of the Minister that the proceedings be adjourned *sine die*. I indicated that if the motion to adjourn was dismissed and argument was directed to the merits of the application by the Province, I would first resolve whether counsel for the Panel should be heard at all on one side or other of the main issue here involved in view of the Panel's creation by the Minister, its lack of expertise in relation to the issue of the constitutional validity of its terms of reference and in view of the comments of Mr. Justice Mahoney of the Court of Appeal in *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*.<sup>5</sup> Since, after hearing argument on behalf of the applicant, the Minister, and FORS, I determined that the motion by the Minister should be allowed and the application by the Province should be adjourned *sine die*, it was unnecessary on this occasion to resolve the status of the Panel as a participant in submissions and argument before the Court, and written submissions on behalf of the Panel have not been considered for the order issued or for these reasons.

It was agreed that the Province would proceed and present its application, to be followed by presentation of the Minister's application for a stay or adjournment and of FORS in support of the motion of the Minister, and then the Province would have an opportunity to respond to the argument advanced for a stay or adjournment. After argument on that motion, the Court would determine that issue, and if that application were dismissed, counsel for the respondents would then respond to the merits of the Province's application, with opportunity thereafter for reply by counsel for the Province.

After argument on the preliminary procedural application to stay or adjourn this proceeding, I ordered that the application of the Minister be allowed and the application of the Province be adjourned *sine die*, without full argument on the merits of the Province's application. At that time

participation sur l'affaire *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*.<sup>4</sup> Il a été indiqué qu'il ne se proposait pas de soutenir la requête du ministre pour que les procédures soient ajournées *sine die*. J'ai indiqué que si la requête en ajournement était rejetée et si les plaidoyers portaient sur le bien-fondé de la demande de la province, je réglerais d'abord la question de savoir s'il était nécessaire d'entendre l'avocat de la Commission sur un aspect quelconque du principal point en litige, compte tenu du fait que la Commission a été créée par le ministre, de son manque de connaissances techniques au sujet de la question de la validité constitutionnelle de ses attributions, ainsi que des observations du juge Mahoney, de la Cour d'appel, dans l'affaire *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*.<sup>5</sup> Comme j'ai décidé, après avoir entendu les arguments présentés pour le compte de la requérante, du ministre et de la FORS, qu'il faudrait faire droit à la requête du ministre et ajourner *sine die* la demande de la province, il était inutile à ce moment de régler la question de la participation de la Commission aux plaidoyers présentés à la Cour, et je n'ai pas tenu compte de l'argumentation écrite présentée au nom de la Commission pour l'ordonnance rendue ou pour les présents motifs.

Il a été convenu que la province exposerait d'abord sa demande; cela serait suivi de la présentation de la demande de suspension ou d'ajournement de la part du ministre ainsi que de celle de la FORS à l'appui de la demande de ce dernier; ensuite, la province aurait l'occasion de répondre aux arguments avancés en faveur d'une suspension ou d'un ajournement. Après argumentation de cette demande, la Cour trancherait la question et, si la demande était rejetée, les avocats des intimés feraient ensuite connaître leur point de vue sur le bien-fondé de la demande de la province, après quoi l'avocat de cette dernière aurait l'occasion de présenter sa réplique.

Après avoir entendu les arguments relatifs à la demande procédurale préliminaire pour que la présente procédure soit suspendue ou ajournée, j'ai ordonné que la demande du ministre soit accueillie et celle de la province ajournée *sine die*, sans entendre tous les arguments sur le bien-fondé de la

<sup>4</sup> [1979] 1 S.C.R. 684.

<sup>5</sup> [1990] 2 F.C. 586, at p. 591.

<sup>4</sup> [1979] 1 R.C.S. 684.

<sup>5</sup> [1990] 2 C.F. 586, à la p. 591.

my reasons for doing so were outlined orally but I indicated that I would provide written reasons to follow. These are those written reasons.

### Background

The applications considered herein arise following considerable litigation concerning the application of the Guidelines Order to the Oldman River dam project. A summary overview of that litigation and of the steps leading to creation of the respondent Panel and initiation of its work provide the context in which these applications are made.

The final stage in earlier proceedings, an appeal to the Supreme Court of Canada, was heard on an expedited basis in February, 1991, and a decision of the Court is awaited. That process began with an application to this Court for judicial review of the decision of the Minister of Transport, under the *Navigable Waters Protection Act*,<sup>6</sup> approving the project for construction of a dam on the Oldman River by the Province. That application, which sought an order that federal Ministers comply with the Guidelines Order, was dismissed by Associate Chief Justice Jerome in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*.<sup>7</sup> That decision was reversed by the Court of Appeal which quashed the approval for the project issued by the Minister of Transport and ordered that Minister and the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order.<sup>8</sup>

The Province sought, and on September 13, 1990, the Supreme Court of Canada granted, leave to appeal the decision of the Federal Court of Appeal. In its application for leave the Province raised, for the first time, constitutional issues concerning the Guidelines Order and its application to the project. On October 30, 1990, the Chief Justice of the Supreme Court of Canada stated a

demande de la province. À ce moment, j'ai exposé verbalement mes motifs, en indiquant toutefois que je fournirais plus tard des motifs écrits. Ces motifs sont ceux que j'expose ici.

### <sup>a</sup> Rappel des faits

<sup>b</sup> Les demandes dont il est question en l'espèce découlent d'un important différend au sujet de l'application du Décret sur les lignes directrices sur le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman. Un aperçu sommaire de ce différend, ainsi que des étapes qui ont mené à la constitution de la Commission, partie intimée en l'espèce, et à la mise en marche de ses travaux, expose le contexte dans lequel les présentes demandes sont présentées.<sup>c</sup>

<sup>d</sup> La dernière étape de procédures antérieures, soit l'audition d'un appel interjeté devant la Cour suprême du Canada, s'est déroulée rapidement en février 1991, et l'on attend maintenant une décision de la Cour. Ce processus a commencé par la présentation d'une demande à la Cour d'appel pour que soit soumise à un examen judiciaire la décision par laquelle le ministre des Transports, en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*<sup>6</sup>, a approuvé le projet de construction, par la province, d'un barrage sur la rivière Oldman. Cette demande, par laquelle on cherchait à obtenir une ordonnance enjoignant à des ministres fédéraux de se conformer au Décret sur les lignes directrices, fut rejetée par le juge en chef adjoint Jerome dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*.<sup>7</sup> La Cour d'appel infirma cette décision, annulant l'autorisation que le ministre des Transports avait donnée au projet et ordonnant que ce dernier et le ministre des Pêches et Océans se conforment au Décret sur les lignes directrices.<sup>8</sup><sup>h</sup>

<sup>i</sup> La province demanda l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel fédérale, demande à laquelle la Cour suprême du Canada fit droit le 13 septembre 1990. Dans cette demande, la province souleva, pour la première fois, des questions d'ordre constitutionnel au sujet du Décret sur les lignes directrices et de l'application de ce dernier au projet. Le 30 octobre 1990, le juge

<sup>6</sup> R.S.C. 1985, c. N-22.

<sup>7</sup> [1990] 1 F.C. 248 (T.D.).

<sup>8</sup> *Supra*, note 1.

<sup>6</sup> S.R.C. 1985, chap. N-22.

<sup>7</sup> [1990] 1 C.F. 248 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>8</sup> Précité, note 1.



constitutional question to be considered in the appeal by the Province:

Is the Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467 so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867* and therefore constitutionally inapplicable to the Oldman River Dam owned by the appellant, Her Majesty the Queen in right of Alberta?<sup>9</sup>

On October 25, 1990, FORS initiated application for an order of *mandamus* requiring the Minister of the Environment to appoint a panel to conduct a public review pursuant to the Guidelines Order. That application was set down for hearing on November 20 but was adjourned *sine die* when the Panel was appointed by the Minister on November 16.

Subsequently, after announcement by the Minister of the terms of reference and constitution of the Panel for a public assessment of the Oldman River dam project pursuant to the Guidelines Order, the Province applied to the Supreme Court of Canada to have the constitutional question amended by adding a second question concerning the terms of reference of the panel, as follows:

Are the terms of reference for the Oldman River Dam Environmental Assessment Panel issued by the Minister of the Environment under the Environmental Assessment and Review Guidelines Order [*sic*], SOR/84-867 so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act* and therefore constitutionally invalid?

The Supreme Court of Canada, on December 14, denied this application to amend the constitutional question already stated for the appeal but granted the Province's application, made at the same time, to introduce the Panel's terms of reference as new evidence before the Supreme Court.

The Ministers of Transport and of Fisheries and Oceans were added as appellants to the appeal in which the FORS was the respondent. The Attorneys General of six other provinces, the government of the Northwest Territories, four organizations of native peoples and six organizations of

<sup>9</sup> Supreme Court of Canada, Bulletin of Proceedings, November 2, 1990, at p. 2262.

en chef de la Cour suprême du Canada énonça une question constitutionnelle à examiner dans l'appel que la province interjetait:

Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, est-il général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et d'être, par conséquent, constitutionnellement inapplicable à l'Oldman River Dam appartenant à l'appelante Sa Majesté La Reine du Chef de l'Alberta?<sup>9</sup>

Le 25 octobre 1990, la FORS formula une demande en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* exigeant du ministre de l'Environnement qu'il constitue une commission pour effectuer un examen public en accord avec le Décret sur les lignes directrices. On inscrivit cette demande pour audition le 20 novembre, mais elle fut ajournée *sine die* lorsque le ministre constitua la Commission le 16 novembre.

Par la suite, après que le ministre eut annoncé les attributions et la constitution de la Commission en vue de la tenue d'une évaluation publique du projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman en accord avec le Décret sur les lignes directrices, la province s'adressa à la Cour suprême du Canada pour qu'elle modifie la question constitutionnelle posée en ajoutant une seconde question portant sur les attributions de la Commission; cette dernière question est la suivante:

[TRADUCTION] Les attributions de la Commission d'évaluation environnementale de l'Oldman River Dam que le ministre de l'Environnement a établies en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-867, sont-elles générales au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle* et d'être, par conséquent, inconstitutionnelles?

Le 14 décembre, la Cour suprême du Canada rejeta cette demande mais fit droit à celle que la province avait soumise en même temps pour que les attributions de la Commission soient présentées comme nouvelle preuve devant la Cour suprême.

Le ministre des Transports et celui des Pêches et Océans furent ajoutés comme appelants à l'appel, où la FORS était l'intimée. Les procureurs généraux de six autres provinces, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, quatre organismes d'autochtones et six organismes de particuliers

<sup>9</sup> Cour suprême du Canada, Bulletin des procédures, 2 novembre 1990, à la p. 2262.

persons concerned with environmental or public interest issues were intervenors before the Supreme Court of Canada. On an expedited basis, settled upon the application by FORS, that Court heard the appeal on February 19 and 20, 1991, when decision was reserved.

After the Supreme Court had declined to amend the constitutional question before it, in December 1990 the Province initiated this application, considered by Mr. Justice Rouleau on December 20 in relation to interlocutory relief sought, and now brought before this Court in relation to the permanent relief sought, concerning the terms of reference of the Panel. The order of my colleague Mr. Justice Rouleau, of December 20, was appealed by notice filed December 28, 1990, though counsel for the Province advised at the hearing of this application for permanent relief that notice of appeal had now been withdrawn.

Through the same period as these legal proceedings were initiated and under way, following the decision of the Federal Court of Appeal and in accord with that Court's order, the Ministers of Transport and of Fisheries and Oceans in April 1990 referred the matter of the Oldman River dam project to the Minister of Environment for public review pursuant to the Guidelines Order. On November 16, 1990 the Minister of the Environment announced the appointment of the Panel to conduct a public review under the Order, and issued its terms of reference. Those terms are referred to as "wide-sweeping" and objected to by the Province. The terms include, in part, the mandate:

to undertake a review of the potential environmental and socio-economic effects of the Oldman River Dam project. The Panel has the mandate to evaluate and make recommendations on the design and safety of the proposed dam, the significance of potential environmental and socio-economic effects of the proposed dam and its operation, and options for mitigating these effects. The Panel will submit its recommendations to the

s'intéressant à des questions d'environnement et d'intérêt public agirent comme intervenants devant la Cour suprême du Canada. Celle-ci entendit rapidement l'appel les 19 et 20 février 1991 et réserva le prononcé du jugement.

Après s'être heurtée au refus de la Cour suprême pour que soit modifiée la question constitutionnelle, la province, au mois de décembre 1990, formula la demande dont il est question en l'espèce, que le juge Rouleau examina le 20 décembre relativement au redressement interlocutoire demandé, et dont la présente Cour est maintenant saisie relativement au redressement permanent demandé, concernant les attributions de la Commission. L'ordonnance de mon collègue, le juge Rouleau, en date du 20 décembre, fut portée en appel par la voie d'un avis déposé le 28 décembre 1990; toutefois, l'avocat de la province a fait savoir à l'audition de la présente demande de redressement permanent que ledit avis d'appel avait été retiré.

En même temps que se déroulait cette action en justice, le ministre des Transports et celui des Pêches et Océans, à la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale et en accord avec l'ordonnance rendue par cette dernière, soumièrent la question du projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman au ministre de l'Environnement pour qu'un examen public soit effectué en accord avec le Décret sur les lignes directrices. Le 16 novembre 1990, le ministre de l'Environnement annonça la constitution de la Commission qui effectuerait un examen public en vertu du Décret, et il en fixa les attributions. Lesdites attributions sont, dit-on, d'une «large portée», et la province s'y oppose. Elles comprennent, notamment, le mandat suivant:

[TRADUCTION] examiner les effets environnementaux et socio-économiques éventuels du projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman. La Commission est chargée d'entreprendre une évaluation et de formuler des recommandations appropriées au sujet de la conception et de la sécurité du barrage proposé, de l'importance des répercussions possibles du projet de barrage et de son exploitation sur le plan environnemental et socio-économique, ainsi que des possibilités d'atténuer ces répercussions. La Commission présentera ses recommandations

Ministers of Environment, Transport, and Fisheries and Oceans in the form of a report.<sup>10</sup>

The Panel commenced public information meetings in Alberta in mid-December, after beginning review of available information and background information on the project. At the end of December a public letter was released by the Panel describing its work to that date and its plans. In January it released to the public a statement of its operational procedures. In mid-March it issued "Newsletter No. 1", a "Compendium of Submissions Received" as of February 11, and a statement of "Additional Information Requirements" including perceived deficiencies in socio-economic information which the Panel seeks to remedy. The Panel has hired technical experts in a variety of fields, some of which are said by the Province to concern matters primarily within provincial competence, and for certain information deficiencies identified the Panel has indicated that a prime source to be looked to for further information will be the Province, as proponent of the project.

At the time this matter was heard in April, the Panel reportedly was planning public meetings on safety aspects of the dam in June 1991, but it did not anticipate completion of its work in relation to socio-economic aspects of the project or the commencement of public meetings about those aspects before November 1991. Meanwhile, by late April, construction of the project was reported to be nearing completion, with the dam about 98% complete, and the entire project some 94% complete. Diversion tunnels were closed in early April so that the reservoir behind the dam is filling and may be completely filled by the end of June with what is now anticipated as a greater than normal spring run-off from heavier than usual snow melt.

<sup>10</sup> Terms of Reference for the Oldman River Dam Environmental Assessment Panel, Canada, Federal Environmental Assessment Review Office, Vancouver.

sous forme de rapport aux ministres de l'Environnement, des Transports et des Pêches et Océans<sup>10</sup>.

La Commission entreprit de tenir des réunions d'information publique en Alberta à la mi-décembre, après avoir commencé à examiner les renseignements disponibles et des informations de base sur le projet. À la fin du même mois, la Commission diffusa une lettre publique décrivant les travaux qu'elle avait accomplis à ce jour, de même que ses plans. Au mois de janvier, elle diffusa au public un énoncé de ses procédures opérationnelles. À la mi-mars, elle publia un [TRADUCTION] «Bulletin n° 1», un [TRADUCTION] «Résumé des mémoires reçus» en date du 11 février et un énoncé de [TRADUCTION] «Autres renseignements requis», comprenant les lacunes perçues, sur le plan des renseignements d'ordre socio-économique, que la Commission tente de combler. La Commission a retenu les services d'experts techniques dans une variété de domaines, dont certains, selon la province, concernent des questions qui relèvent principalement de la compétence des provinces, et, en ce qui concerne certaines lacunes relevées sur le plan de l'information, la Commission a indiqué que la province, en tant que tenante du projet, sera une source importante vers laquelle se tourner afin d'obtenir de plus amples renseignements.

f

Au moment où cette affaire fut entendue en avril, la Commission prévoyait, paraît-il, de tenir en juin 1991 des réunions publiques sur la sécurité du barrage, mais elle ne s'attendait pas à voir prendre fin ses travaux sur les aspects socio-économiques du projet ou commencer les réunions publiques sur ces aspects avant le mois de novembre 1991. Dans l'intervalle, à la fin du mois d'avril, il fut signalé que les travaux de construction achevaient: le barrage était terminé à 98 % environ et l'ensemble du projet à 94 % environ. Des tunnels de dérivation furent fermés au début d'avril, de sorte que le réservoir qui se trouve derrière le barrage se remplit; il y a de plus des chances qu'il soit complètement rempli d'ici à la fin du mois de juin, car l'on anticipe maintenant que la fonte des neiges sera plus abondante qu'à l'accoutumée.

<sup>10</sup> Attributions de la Commission d'évaluation environnementale du barrage sur la rivière Oldman, Canada, Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales, Vancouver.

### Concerns of the Province

The motion for a stay or an adjournment by the Minister is here considered in the context of the concerns expressed on behalf of the Province as the basis of its application for judicial review.

The Province urges that legislation in relation to the environment is not a distinct class of subject, or a "matter", under the enumerated powers of Parliament or within its general power under section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. Rather, regulation of the environment concerns a collection of matters, some within the legislative competence of Parliament and some within the legislative competence of the provincial legislatures.<sup>11</sup> Further, the ancillary doctrine, so-called, which limits the reach and effects of federal legislative action upon areas of provincial responsibility to those matters necessarily incidental to the federal power, is of limited application in extending federal authority in relation to the environment.<sup>12</sup>

It is conceded that a federal review in this case might extend to matters within the legislative competence of Parliament, e.g., navigable waters, fisheries, Indians and lands reserved for them. The Province does not concede, indeed it disputes, the competence of the federal government acting under the Guidelines Order to provide for a broadly based review of environmental, socio-economic and safety concerns that encompass matters ordinarily within provincial legislative competence under sections 92, 92A, 95 and 109 of the *Constitution Act, 1867*.

<sup>11</sup> Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (2nd ed. 1985), at p. 598; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, at pp. 423, 431 and 444, 445.

<sup>12</sup> *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, at p. 226; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292.

### Les préoccupations de la province

La requête du ministre en vue de la suspension ou de l'ajournement des procédures est analysée ici à la lumière des préoccupations qui ont été exprimées pour la province comme fondement de sa demande d'examen judiciaire.

La province fait valoir que la législation relative à l'environnement ne constitue pas une catégorie de sujet distincte, ou une «matière» en vertu des pouvoirs énumérés du Parlement ou du pouvoir général qui lui est conféré en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. La réglementation de l'environnement a trait à toute une série de questions, dont certaines relèvent de la compétence législative du Parlement et d'autres de la compétence législative des assemblées législatives provinciales<sup>11</sup>. En outre, la prétendue théorie du pouvoir accessoire, qui circonscrit la portée et les effets des mesures législatives fédérales sur les secteurs dont les provinces sont responsables aux questions qui relèvent nécessairement de la compétence fédérale, est d'une application restreinte pour ce qui est d'étendre le pouvoir de l'administration fédérale relativement à l'environnement<sup>12</sup>.

Il est concédé que dans ce cas-ci un examen fédéral pourrait porter sur des questions qui relèvent de la compétence législative du Parlement, comme les eaux navigables, les pêches, les Indiens et les terres qui leur sont réservées. La province ne reconnaît pas, et conteste en fait, la compétence qu'a l'administration fédérale, agissant en vertu du Décret sur les lignes directrices, de prévoir un examen général de questions liées à l'environnement, à la situation socio-économique et à la sécurité dans lequel entrent des «matières» ressortissant habituellement à la compétence législative des provinces en vertu des articles 92, 92A, 95 et 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

<sup>11</sup> Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 598; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, à la p. 423, 431, 444, 445.

<sup>12</sup> *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, à la p. 226; *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292.

In this case it is urged that the terms of reference of the Panel and the activities initiated by the Panel are not limited to matters within federal legislative competence. It is said various elements evident in the Panel's activities demonstrate the scope of its mandate, its failure to restrict its review to matters properly of federal concern, and its plans make apparent that it will consider a variety of matters ordinarily within provincial legislative competence. Thus, for example, it has already reviewed a variety of studies undertaken by the Province and provided to the Panel, which deal with many matters of concern exclusively to the Province; it has identified areas of concern as expressed at public hearings many of which areas are within provincial authority; it has developed operational procedures which provide for review of those areas of concern, for the appointment of experts many of whose areas of special interest concern matters that in this case fall within provincial responsibility, for the identification of further information requirements sought to be fulfilled by the Panel without regard to the fact that many of these concern matters within provincial, not federal, legislative competence. The proposed review and public hearings concerning safety aspects of the dam project, it is urged, would deal with matters clearly within provincial authority, and similar review and hearings on broadly based socio-economic aspects of the project would inevitably deal with provincial matters.

The additional information requirements identified by the Panel and its expectation that many of these would have to be met by the Province as proponent of the project are said to indicate that the Province is expected to be involved in further studies and support for the work of the Panel, at significant costs to the Province.

Finally, it is submitted that the authority of the Panel, limited to a review and to making recommendations to Ministers, who may then exercise decision-making powers, is no answer to the challenge to the constitutional validity of the Panel's

Il est allégué en l'espèce que les attributions de la Commission et les activités que cette dernière a mises en branle débordent le cadre de la compétence législative de l'administration fédérale. Il est dit que divers éléments évidents des activités de la Commission montrent l'étendue de son mandat, le fait que celle-ci ne se borne pas à examiner des questions qui ne relèvent que de la compétence de l'administration fédérale, et ses plans indiquent qu'elle prendra en considération diverses questions qui, habituellement, ressortissent à la compétence législative des provinces. Ainsi, la Commission a déjà examiné une variété d'études entreprises par la province et fournies à la Commission qui portent sur un grand nombre de sujets intéressant exclusivement la province; elle a relevé des sujets de préoccupation exprimés lors d'audiences publiques, sujets dont un grand nombre relèvent de la compétence des provinces; elle a établi des procédures opérationnelles qui prévoient un examen de ses sujets de préoccupation, la nomination d'experts qui, pour un grand nombre d'entre eux, s'intéressent spécialement à des questions qui, dans ce cas-ci, sont du ressort des provinces, de même que la détermination d'autres renseignements dont la Commission a besoin et qu'elle cherche à obtenir sans tenir compte du fait qu'un grand nombre de ces questions relèvent de la compétence législative des provinces et non pas de celle de l'administration fédérale. L'étude et les audiences publiques qu'il est proposé de tenir sur la sécurité du projet de construction d'un barrage porteraient sur des questions qui relèvent manifestement de la compétence des provinces, et il en serait inévitablement de même d'une étude et d'audiences similaires sur les aspects socio-économiques généraux du projet.

Les renseignements supplémentaires dont la Commission a besoin, et le fait que celle-ci s'attende à ce que la province, en tant que tenante du projet, en fournisse une grande quantité, dénotent que l'on compte sur elle pour participer à d'autres études et appuyer davantage les travaux de la Commission, ce qui occasionnera à la province des dépenses considérables.

Enfin, il est allégué que le pouvoir de la Commission, qui se limite à un examen et à la formulation de recommandations aux ministres, lesquels peuvent ensuite exercer leurs pouvoirs décisionnels, n'est pas une réponse à la contestation de la vali-

terms of reference. It is said that an investigation by a level of government must relate to a matter within the constitutional authority of that government, an investigation cannot be undertaken separately from the remedial action which may follow.<sup>13</sup> Thus the authority of the Minister does not extend to issuing terms of reference authorizing a panel to investigate matters beyond federal competence. Moreover, a review under the Guidelines Order has serious implications for the Province; as proponent of the project section 34 of the Order imposes upon it onerous responsibilities, including the provision of information as requested by the Panel, in copies and languages the Panel decides may be needed for public discussion, and the provision of staff for explanatory purposes at public hearings. Where the matters of interest to the Panel are considered to fall within provincial legislative competence, the Province objects to the assumption that it should do as directed by the Panel. A concern also alluded to is that failure to meet the expectations of the Panel may result in recommendations to Ministers that could lead to possible imposition of difficult conditions for the Province even under valid federal regulatory powers.

As earlier noted, the concerns of the Province underlying its application for judicial review were not subjected at this hearing to counter argument, and ultimately were not considered because this Court determined on the application of the Minister that the Province's application be adjourned *sine die*.

#### The Application for a Stay or Adjournment

The Minister urges that proceedings in relation to the Province's application be stayed, pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Court Act*, or alternatively that they be adjourned, pursuant to

<sup>13</sup> *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, at pp. 892-894.

dité constitutionnelle des attributions de la Commission. Il est dit qu'une enquête que mène un niveau d'administration publique doit porter sur une question qui relève de la compétence constitutionnelle de cette administration, qu'on ne peut entreprendre une enquête séparément des mesures réparatrices qui peuvent s'ensuivre<sup>13</sup>. Le ministre n'est donc pas habilité à établir des attributions qui autorisent une commission à faire enquête sur des questions qui vont au-delà de la compétence de l'administration fédérale. Par ailleurs, la tenue d'un examen en vertu du Décret sur les lignes directrices comporte de sérieuses répercussions pour la province; l'article 34 du Décret impose à cette dernière, en tant que tenante du projet, de lourdes responsabilités, dont la fourniture des renseignements que demande la Commission, dans le nombre d'exemplaires et dans les langues qui, selon ce que décide la Commission, peuvent être nécessaires à un débat public, ainsi que l'affectation de personnel pour fournir des explications lors d'audiences publiques. Lorsque les questions auxquelles la Commission s'intéresse sont réputées relever de la compétence législative provinciale, la province s'objecte à ce que l'on suppose qu'elle doit se conformer aux instructions de la Commission. Un sujet de préoccupation auquel il a aussi été fait allusion est qu'en ne répondant pas aux attentes de la Commission, la province s'expose à ce que l'on présente aux ministres des recommandations qui pourraient mener à l'imposition de conditions qu'elles trouveraient difficiles, même si cela était fait en vertu de pouvoirs de réglementation fédéraux valides.

Ainsi qu'il a été noté plus tôt, les préoccupations qui sous-tendaient la demande d'examen judiciaire de la province n'ont pas été l'objet à l'audience d'une contre-argumentation, et, en fin de compte, n'ont pas été prises en considération parce que la Cour a décidé que la demande de la province serait ajournée *sine die*.

#### La demande de suspension ou d'ajournement

Le ministre demande avec insistance que les procédures relatives à la demande de la province soient suspendues, en application du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ou subsidia-

<sup>13</sup> *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, aux p. 892 à 894.

Court Rule 323, pending decision by the Supreme Court of Canada on the appeal heard in February.

Subsection 50(1) of the Act provides:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

Rule 323 of the *Federal Court Rules* is:

*Rule 323.* The hearing of any motion may from time to time be adjourned upon such terms, if any, as seem just.

It is submitted that paragraph 50(1)(a) of the *Federal Court Act* is applicable in this situation because the constitutional validity of the Panel's terms of reference has already been put to the Supreme Court in argument by the Province and this issue was also presented in argument by at least two of the other provinces who intervened through their Attorneys General in the Supreme Court hearing. Even though that Court declined to amend the constitutional question stated for the appeal to address explicitly the terms of reference of the Panel, those terms were admitted as evidence before that Court, their validity was argued and it is conceded that they are "at the heart of application of the Guidelines Order to the project and in the circumstances of the case" before that Court. Moreover, the challenge to the validity of the Guidelines Order itself inevitably challenges the terms of reference here assigned to the Panel. In sum, it is submitted that the very issue raised by the application of the Province is already before the Supreme Court of Canada and in these circumstances paragraph 50(1)(a) is apt and this Court in its discretion should grant a stay of proceedings in relation to the Province's application.

Counsel for the Province concedes that in argument before the Supreme Court the issue of the validity of the terms of reference was raised, in part, but only in part, as an illustration of per-

rement, que lesdites procédures soient ajournées, en application de la Règle 323 des *Règles de la Cour fédérale*, en attendant que la Cour suprême du Canada se prononce sur l'appel entendu au mois de février.

Le paragraphe 50(1) de la Loi est libellé comme suit:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

Voici ce que dit la Règle 323 des *Règles de la Cour fédérale*:

*Règle 323.* L'audition d'une requête peut être ajournée d'une date à une autre aux conditions qui, le cas échéant, semblent justes.

Il est allégué que l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* s'applique en l'espèce parce que la province a déjà soumis la question de la validité constitutionnelle des attributions de la Commission à la Cour suprême dans son argumentation et qu'au moins deux des autres provinces l'ont aussi présentée, par l'intermédiaire de leur procureur général, dans leur argumentation à l'audience devant la Cour suprême. Même si cette dernière a refusé de modifier la question constitutionnelle posée pour qu'elle porte explicitement sur les attributions de la Commission, lesdites attributions ont été admises en preuve devant cette Cour, on a débattu de leur validité et il a été reconnu qu'elles constituent [TRADUCTION] «élément essentiel de l'application du Décret sur les lignes directrices au projet et dans les circonstances de l'affaire» devant cette Cour. En outre, la contestation de la validité du Décret lui-même s'étend forcément aux attributions assignées à la Commission. En somme, il est allégué que la Cour suprême du Canada est déjà saisie de la question même que soulève la demande de la province et que, de ce fait, l'alinéa 50(1)a) s'applique et la présente Cour, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, devrait autoriser la suspension des procédures relativement à la demande de la province.

L'avocat de la province reconnaît que, dans l'argumentation présentée à la Cour suprême, la question de la validité des attributions a été soulevée, en partie, mais en partie seulement, à titre

ceived unconstitutional application of the Guidelines Order. Counsel frankly concedes that it is hoped the Supreme Court's decision may deal directly with the validity of the terms of reference, but he points out that this issue was expressly rejected for consideration by the Court prior to the hearing.

In my view, whatever the parties may have argued, in written submissions or orally, before the Supreme Court, that Court declined to add the question of the validity of the terms of reference to the matters for consideration on appeal. Thus, whatever that Court may decide, directly or indirectly bearing upon this question, I conclude that the application here, which presupposes validity of the Guidelines Order but is based on argument that the terms of reference are an unconstitutional application of that Order, is not "a claim . . . being proceeded with in another court" within the terms of paragraph 50(1)(a) of the *Federal Court Act*.

For the Minister, it is also urged that the granting of a stay in these proceedings would be in the interest of justice within paragraph 50(1)(b) of the Act. It is urged, on the basis of the decision by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>14</sup> that here there is a serious question — the impact of the Supreme Court of Canada decision on the issue raised in this application. While that is a serious question indeed, I do not believe this aptly applies the *Metropolitan Stores* test for a stay of proceedings. In this case the serious issue is surely the question raised by the Province concerning the validity of the Panel's terms of reference. I agree that question is a serious issue and the question before this Court is whether a stay or adjournment should be granted, the effect of which would be to postpone resolution of the issue.

It is submitted that the Minister, and the Panel, would suffer irreparable harm if the application by the Province be granted, for if the work of the

d'exemple de l'application inconstitutionnelle perçue du Décret sur les lignes directrices. L'avocat reconnaît en toute franchise qu'il est à espérer que la décision de la Cour suprême traitera directement de la validité desdites attributions, mais il fait remarquer qu'avant l'audience, la Cour a expressément refusé d'étudier la question.

À mon avis, quels que soient les arguments que les parties ont pu faire valoir, par écrit ou verbalement, devant la Cour suprême, cette dernière a refusé d'ajouter la question de la validité des attributions aux points à examiner en appel. Par conséquent, quelle que soit la décision de la Cour suprême, et que cette décision se rapporte directement ou indirectement à la question posée, je conclus que la demande dont il est question en l'espèce, qui présuppose que le Décret sur les lignes directrices est valide mais repose sur l'argument que les attributions constituent une application inconstitutionnelle dudit Décret, n'est pas une «demande . . . en instance devant un autre tribunal» au sens de l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'avocat du ministre fait aussi valoir qu'il serait dans l'intérêt de la justice, comme le dit l'alinéa 50(1)b) de la Loi, d'accorder une suspension des procédures. Il fait valoir, en s'appuyant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>14</sup> que l'on a affaire ici à une question sérieuse—l'effet de la décision de la Cour suprême du Canada sur la question soulevée dans la présente demande. La question est effectivement sérieuse, mais je ne crois pas que cela permette d'appliquer le critère énoncé dans l'affaire *Metropolitan Stores* pour une suspension de procédures. Dans l'affaire qui nous occupe ici, la question sérieuse est certainement celle qu'a soulevée la province au sujet de la validité des attributions de la Commission. Je conviens qu'il s'agit d'une question sérieuse, et que la question dont la présente Cour est saisie est celle de savoir s'il faut accorder une suspension ou un ajournement, mesure qui aurait pour effet de différer le règlement du litige.

Il est allégué que le ministre, et la Commission, subiraient un préjudice irréparable s'il était fait droit à la demande de la province, car si les

<sup>14</sup> [1987] 1 S.C.R. 110.

<sup>14</sup> [1987] 1 R.C.S. 110.



Panel is suspended the opportunity to recommend meaningful mitigation measures may be lost. That of course assumes that the Panel will determine there are potentially adverse environmental effects of the project, within its mandate, upon which mitigation measures should be recommended, an assumption which at this stage anticipates a particular outcome for which there is no evidence before me. Moreover, the submission also assumes that measures to mitigate adverse environmental effects, if any, can only be applied before the project to be reviewed has been constructed, an assumption for which there is no evidentiary base and which I do not share.

The Province asserts that its interests may suffer irreparable harm if the Panel's review continues, without resolution of its questioned constitutional basis, by its being required, as the proponent of the project, to participate at what may be substantial expense, a cost which the Minister disputes in the absence of evidence.

In my view, either of the parties here is likely to suffer some harm whatever the outcome, the Minister and the Panel if the Province's application proceeds and the remedies sought were granted, or the Province, if the Minister's motion for a stay or adjournment be granted. But I am not persuaded that in either case the harm that is feared would be irreparable. I am, however, persuaded that the public interest is here served best, pending the decision of the Supreme Court of Canada, by assuming the validity of the terms of reference of the Panel.

Counsel for the Province urged that the *Metropolitan Stores* test was not applicable in this case. In oral reasons for my order at the time of the hearing I indicated I would further consider that submission. Having done so I am persuaded that that test is more apt in circumstances where the court is asked to stay or enjoin the proceedings of another body, for example, of the Panel as was sought by the Province in applying for interlocutory relief including an injunction restraining the

travaux de la Commission étaient suspendus, celle-ci ne serait peut-être plus en mesure de recommander des mesures d'atténuation significatives. Cela suppose bien sûr que la Commission déterminera, dans le cadre de son mandat, que le projet comporte des effets potentiellement néfastes pour l'environnement, à la suite de quoi il faudrait recommander des mesures d'atténuation, supposition qui, à ce stade-ci, prévoit une issue particulière au sujet de laquelle aucune preuve ne m'a été fournie. De plus, l'argument suppose aussi que les mesures visant à atténuer les effets néfastes pour l'environnement, si effets il y a, ne peuvent être prises qu'avant que le projet de barrage à étudier ait été construit, et il s'agit-là d'une supposition qui ne repose sur aucune preuve et que je ne partage pas.

La province prétend qu'en l'absence de règlement de la question du fondement constitutionnel de l'examen de la Commission, cet examen pourrait occasionner un préjudice irréparable à ses intérêts, car elle serait tenue, en tant que tenante du projet, de participer à ce qui pourrait s'avérer des dépenses considérables, un coût que le ministre conteste en l'absence de preuves.

Selon moi, n'importe laquelle des parties en l'espèce subira vraisemblablement un préjudice quelconque, quelle que soit l'issue de l'affaire: le ministre et la Commission, si la demande de la province est retenue et que les redressements souhaités sont accordés, ou la province, s'il est fait droit à la requête du ministre en vue de l'obtention d'une suspension ou d'un ajournement. Mais je ne suis pas convaincu que dans l'un ou l'autre cas le préjudice appréhendé serait irréparable. Je suis cependant persuadé qu'en attendant que la Cour suprême du Canada rende sa décision, la meilleure façon de servir l'intérêt public est de supposer que les attributions de la Commission sont valides.

L'avocat de la province a fait valoir que le critère énoncé dans l'affaire *Metropolitan Stores* ne s'appliquait pas en l'espèce. Dans les motifs de mon ordonnance que j'ai exposés verbalement à l'audience, j'ai déclaré que j'examinerais de façon plus approfondie cette prétention. Cela étant fait, j'ai la conviction que ce critère s'applique davantage aux cas où il est demandé au tribunal de suspendre ou d'ajourner les procédures d'un autre organisme, la Commission par exemple, comme

work of the Panel, an application dismissed by Mr. Justice Rouleau. The same test, of *Metropolitan Stores*, is not so apt in considering a motion to stay or adjourn proceedings which has the effect of postponing access to the relief ordinarily available in this Court. In these latter circumstances the more appropriate test is that applied by the Associate Chief Justice in *Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. v. York et al.*,<sup>15</sup> that the applicant for a stay establish that the interest of justice clearly supports a stay and outweighs the respondent's right to proceed with its cause of action. The Court is reluctant to interfere with any litigant's right of access.<sup>16</sup>

It is urged on behalf of the Minister that the interest of justice is here served by granting the stay sought or adjourning proceedings in relation to the Province's motion, pending decision of the Supreme Court of Canada, and that the Province is not substantially prejudiced by a stay which will be temporary. At this stage that process protects the public interest in maintaining the law until determination by the Supreme Court of the constitutional scope of the Guidelines Order. That determination will inevitably permit or prohibit the Panel's work in whole or in part. It seems likely that Court will deal with the constitutional issues before it, though as the Province notes there can be no assurance that those issues will be dealt with, particularly in view of other issues in appeal before that Court and the expressed position of the Supreme Court that it would prefer to avoid constitutional issues which have not been dealt with by courts below, at trial and at appeal.<sup>17</sup> Moreover, the Province urges that a decision by this Court in relation to its application may be looked on with favour by the Supreme Court, and, more

désirait l'obtenir la province en demandant un redressement interlocutoire, y compris une injonction suspendant les travaux de la Commission, demande que le juge Rouleau a rejetée. Le critère énoncé dans l'affaire *Metropolitan Stores* ne convient pas autant lorsque l'on examine une requête de suspension ou d'ajournement de procédures qui a pour effet de différer l'accès aux mesures de redressement qui sont habituellement disponibles auprès de la présente Cour. Dans les cas de ce genre, le critère qui convient mieux est celui qu'a appliqué le juge en chef adjoint dans l'affaire *Association of Parents Support Groups In Ontario (Using Toughlove) Inc. c. York et autres*<sup>15</sup>, à savoir que la partie qui demande une suspension doit faire la preuve que l'intérêt de la justice clairement une telle mesure et l'emporte sur le droit qu'a l'intimé de poursuivre son action. La Cour hésite à contrecarrer le droit de recours dont jouit une partie quelconque<sup>16</sup>.

Il est allégué au nom du ministre que l'on servirait ici l'intérêt de la justice en accordant la suspension demandée ou en ajournant les procédures relatives à la requête de la province, en attendant que la Cour suprême du Canada rende sa décision, et qu'une suspension de procédures, de nature temporaire, n'occasionnerait pas de graves préjudices à la province. À ce stade-ci, cette mesure protégerait l'intérêt public en maintenant la loi jusqu'à ce que la Cour suprême se prononce sur la portée constitutionnelle du Décret sur les lignes directrices. La décision prononcée autorisera ou interdira forcément les travaux de la Commission, en tout ou en partie. Il semble vraisemblable que la Cour connaîtra des questions constitutionnelles dont elle est saisie, encore que, comme le note la province, rien ne garantit que la Cour le fera, compte tenu particulièrement d'autres questions en appel devant la Cour et de la position que cette dernière a exprimée, à savoir qu'elle préférerait éviter les questions constitutionnelles dont n'ont pas traité des tribunaux de première instance et d'appel<sup>17</sup>. De plus, la province fait valoir que la

<sup>15</sup> (1987), 14 C.P.R. (3d) 263 (F.C.T.D.).

<sup>16</sup> *Idem*, at p. 264.

<sup>17</sup> See, e.g., *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, per Sopinka J., at p. 42; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, not yet reported, No. 21598, (S.C.C.) 28 March 1991, per Stevenson J. (at pp. 5-6).

<sup>15</sup> (1987), 14 C.P.R. (3d) 263 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>16</sup> *Idem*, à la p. 264.

<sup>17</sup> Voir, par ex., l'affaire *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, le juge Sopinka, à la p. 42; ainsi que l'affaire *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, décision encore inédite, n° 21598, (C.S.C.) 28 mars 1991, le juge Stevenson (aux p. 5 et 6).

important, that the Province has a right to seek relief and having been denied interlocutory relief this Court should now proceed to consider the application for final relief. Otherwise, the Province is effectively precluded from seeking relief, of the nature here sought, in the only court where that can be pursued.

On behalf of FORS, and in support of the Minister's application, it is urged that this proceeding is but one more step by the Province to preclude public review of the project and that this proceeding relates to essentially the same question as was involved in litigation now in its final stages awaiting determination by the Supreme Court of Canada, that is, whether the Oldman River dam project is subject to public review. Further, it is urged that the balance of convenience here favours the grant of an order staying proceedings on the Province's applications.

Finally, both for the Minister and FORS it is submitted that various factors, outlined by Associate Chief Justice Jerome in the transcript of his reasons orally delivered from the bench granting an adjournment of two other recent applications concerning the Daishowa project in Northern Alberta,<sup>18</sup> all support the adjournment of proceedings here, in the interests of justice. There the learned justice was dealing with applications, like that originally initiated by FORS in relation to the Oldman River dam project, to require Ministers to comply with the Guidelines Order.

<sup>18</sup> *Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification)* (Court File No. T-440-90), and *Little Red River Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, (Court File No. T-441-90) unreported, transcript of proceedings, Nov. 30, 1990.

Cour suprême pourrait considérer d'un œil favorable la décision que rendra la présente Cour au sujet de sa demande et—et ceci est un point plus important—que la province a le droit de chercher à obtenir un redressement; comme on a rejeté la demande de redressement interlocutoire de la province, la Cour d'appel devrait maintenant examiner la demande de redressement définitif. Sans cela, la province se trouve effectivement dans l'impossibilité de demander un redressement, comme celui qu'elle cherche à obtenir en l'espèce, devant l'unique tribunal auquel on peut s'adresser à cette fin.

Il est allégué, pour le compte de la FORS, et à l'appui de la demande du ministre, que la présente action n'est qu'une mesure de plus de la part de la province pour empêcher la tenue d'un examen public sur le projet, et qu'elle a trait essentiellement à la même question que celle pour laquelle on attend maintenant que la Cour suprême du Canada rende une décision, soit la question de savoir si le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman peut faire l'objet d'un examen public. Par ailleurs, il est allégué qu'en l'espèce la prépondérance des inconvénients fait qu'il serait préférable d'ordonner la suspension des procédures relatives aux demandes de la province.

Enfin, il est allégué, tant pour le ministre que pour la FORS, que divers facteurs, exposés par le juge en chef adjoint Jerome dans la transcription des motifs qu'il avait prononcés verbalement à l'audience en accordant l'ajournement de deux autres demandes récentes concernant le projet Daishowa au nord de l'Alberta<sup>18</sup>, étayent tous l'ajournement des procédures dont il est question en l'espèce, dans l'intérêt de la justice. Le juge en chef adjoint Jerome avait à statuer sur des demandes visant à exiger que des ministres se conforment au Décret sur les lignes directrices, des demandes semblables à celles qu'avait initialement formulées la FORS au sujet du projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman.

<sup>18</sup> *Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'Économie de l'Ouest)* (N° du greffe: T-440-90), et *Bande indienne de Little Red River c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, (N° du greffe: T-441-90), décision non publiée, transcription des notes sténographiques, 30 novembre 1990.

While it is unusual to stay or adjourn a matter in circumstances which effectively postpone access to relief which a party otherwise has a right to pursue, I am persuaded that this is a case that warrants that unusual step. The application by the Minister to adjourn further consideration of the Province's application pending the decision anticipated from the Supreme Court of Canada, should here be granted, for the following reasons.

1) In so far as the *Metropolitan Stores* test may provide standards in this matter, I agree that there is a serious issue to be tried, that issue being the one raised by the Province concerning constitutional validity of the terms of reference of the Panel, but postponing consideration of that issue at this stage is in the public interest. In my view, on the balance of convenience, there is a likelihood of greater inconvenience to the respondents in proceeding to consider the Province's motion while closely related issues are under consideration in the Supreme Court of Canada than there is to the Province from adjourning that consideration. Proceedings at this stage which question the Panel's process, and any order from this Court which might suspend or interrupt the review process of the Panel would be more disruptive and create greater harm to the process of public environmental review than continuing that process pending the decision of the Supreme Court. I take judicial notice that continuing with the review will involve the Province in further work and the costs will be at the public expense of the Province the longer the review continues. Yet the decision of the Supreme Court is likely to be released within a few months. We can all hope that the decision will be rendered, as the hearing was conducted, on an expedited basis, probably well before November 1991 when the majority of matters under consideration by the Panel may be ripe for public discussion and final consideration by the Panel.

2) For the general considerations outlined by the Associate Chief Justice in the transcript of

S'il est peu courant de suspendre ou d'ajourner une affaire dans des circonstances qui font effectivement différer l'accès à un redressement qu'une partie a, autrement, le droit de poursuivre, je suis convaincu que l'affaire dont il est question en l'espèce justifie la prise de cette mesure inhabituelle. La demande qu'a présentée le ministre pour que soit ajourné tout autre examen de la demande de la province, en attendant que la Cour suprême du Canada rende sa décision, devrait être accordée pour les motifs exposés ci-dessous.

1) Dans la mesure où le critère exposé dans l'affaire *Metropolitan Stores* peut servir de norme en l'espèce, je reconnais qu'il existe une question sérieuse à juger, soit celle qu'a soulevée la province au sujet de la validité constitutionnelle des attributions de la Commission, mais il est dans l'intérêt du public d'en différer l'examen à ce stade-ci. D'après moi, selon la prépondérance des inconvénients, il est vraisemblable que le fait d'examiner la requête de la province pendant que la Cour suprême du Canada étudie des questions qui y sont étroitement liées occasionnera plus d'inconvénients aux intimés que ceux que subirait la province si l'on ajournait cet examen. À ce stade-ci, des procédures qui mettent en doute la façon d'agir de la Commission, de même que toute ordonnance de la part de la présente Cour qui pourrait suspendre ou interrompre le processus d'examen environnemental public que le fait de poursuivre ce processus en attendant la décision de la Cour suprême. Je prends judiciairement connaissance du fait que la poursuite de l'examen obligera la province à prendre part à d'autres travaux et que, plus cet examen se poursuivra, plus la province aura à en supporter les coûts. Il y a toutefois des chances que la Cour suprême rende sa décision d'ici à quelques mois. L'audience ayant été tenue rapidement, nous pouvons tous espérer que la décision sera prononcée probablement bien avant le mois de novembre 1991, date à laquelle la majorité des questions sur lesquelles se penche la Commission seront peut-être mûres pour être débattues en public et soumises à un examen définitif de la part de la Commission.

2) En raison des questions générales que le juge en chef adjoint Jerome a exposées dans la trans-

proceedings concerning the applications referring to the Daishowa project,<sup>19</sup> it seems to me just and appropriate to adjourn consideration of the Province's application pending the decision of the Supreme Court. Those considerations are more particularly applicable in this case than in the Daishowa applications for the matters now under consideration in the Supreme Court, although different from the issue here raised, are closely related to that issue and they arise from earlier proceedings concerning the project of interest in this matter, the Oldman River dam project. These considerations include the factors outlined below which tip the balance in favour of the general interests of justice when weighed against the Province's right to proceed.

3) In my view the interests of justice, and the efficacy of the judicial system, are best served by adjourning consideration of the Province's application because:

a) the constitutional validity of the Guidelines Order upon which the processes of the Panel depend, may be expected to be commented upon in the near future by the Supreme Court. Virtually any decision on the merits of the application for final relief now before this Court is likely to be affected by the Supreme Court decision, which can be expected to influence the determination here sought by the Province.

b) Even if the Supreme Court's decision does not deal directly with the issue raised here, I have no doubt that issue may be more readily resolved, and perhaps more definitively argued, in light of the decision of the Supreme Court, now awaited. In these circumstances any motions judge would be reluctant to render a decision on the Province's application in advance of the Supreme Court's ruling, for such a decision might be significantly affected by the ruling and this would create additional problems for the parties. If decision of a motions judge were reserved until after it is clear

cription des procédures relatives aux demandes concernant le projet Daishowa<sup>19</sup>, il me semble juste et convenable d'ajourner l'examen de la demande de la province en attendant la décision de la Cour suprême. Lesdites questions s'appliquent davantage aux demandes examinées en l'espèce qu'aux demandes relatives au projet Daishowa car les points qu'étudie actuellement la Cour suprême, même s'ils diffèrent de la question soulevée ici, sont étroitement liés à cette dernière et découlent de procédures antérieures relatives au projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman. Ces questions comprennent les facteurs exposés ci-dessous, lorsqu'on les évalue par rapport au droit qu'a la province d'entamer des procédures, font pencher la balance en faveur de l'intérêt de la justice.

3) Selon moi, il est préférable, pour l'intérêt de la justice et l'efficacité du système judiciaire, d'ajourner l'examen de la demande de la province, parce que:

a) on peut s'attendre à ce que la Cour suprême se prononce bientôt sur la validité constitutionnelle du Décret sur les lignes directrices auquel sont subordonnés les processus de la Commission. Presque n'importe quelle décision sur le bien-fondé de la demande de redressement définitif dont la présente Cour est saisie sera vraisemblablement touchée par la décision de la Cour suprême, qui, on peut s'y attendre, influencera la décision que cherche ici à obtenir la province.

b) Même si la décision de la Cour suprême ne porte pas directement sur la question soulevée en l'espèce, il ne fait aucun doute dans mon esprit qu'il peut être plus facile de la régler, et aussi de la soutenir de façon plus définitive, à la lumière de la décision, maintenant attendue, de la Cour suprême. Dans ces circonstances, n'importe quel juge des requêtes hésiterait à rendre une décision sur la demande de la province avant que la Cour suprême rende son jugement, car celui-ci pourrait avoir une grande incidence sur cette décision et occasionner d'autres difficultés aux parties. Si un juge des requêtes

<sup>19</sup> See note 18.

<sup>19</sup> Voir la note 18.

what effect the Supreme Court's decision may have, then the Province would be in the same position as if an adjournment were granted, no better but clearly no worse. As Associate Chief Justice Jerome indicated in the case of applications relating to the Daishowa project, it would be unreasonable to expect a motions judge to render decision on an issue closely related to questions already under consideration in the Supreme Court.

c) Counsel for the Province frankly acknowledged that, even though the Supreme Court of Canada declined to add a specific constitutional question concerning the terms of reference of the Panel, argument before the Court in February urged that the terms of reference were unconstitutional, that they encompass matters falling within provincial legislative jurisdiction. He expressed the hope that the constitutional validity of the terms of reference of the Panel would be dealt with by the Supreme Court, the very issue raised in this application. In my view, to proceed to consider the application at this stage in these circumstances would be an inappropriate process with closely related questions before courts at different levels in the judicial system. Moreover, it would be presumptuous of this motions judge at this stage to consider and determine an issue which the applicant has urged, and hopes, to have resolved by the Supreme Court.

Thus, I conclude that the application by the Minister should be allowed and the proceedings to consider the application by the Province should be adjourned.

Counsel were invited to consider whether terms might be included in any order of adjournment. After their consideration, I was advised that no terms were agreed on. Counsel for the Province suggested consideration of an order, in addition to adjournment, that would preclude the Panel from conducting its proposed public hearings or discussions in two stages, in June and November, thus

tes remettait le prononcé de son jugement jusqu'au moment où l'on saurait clairement quel effet la décision de la Cour suprême pourrait avoir, la province se trouverait alors dans la même position que si un ajournement était accordé, ce qui n'est pas mieux mais certainement pas pire. Comme l'a dit le juge en chef adjoint Jerome au sujet des demandes relatives au projet Daishowa, il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'un juge des requêtes se prononce sur un point étroitement lié à des questions qu'étudie déjà la Cour suprême.

c) L'avocat de la province a reconnu avec franchise que même si la Cour suprême du Canada a refusé d'ajouter une question constitutionnelle précise sur les attributions de la Commission, l'argumentation présentée à la Cour au mois de février faisant valoir que lesdites attributions sont inconstitutionnelles, qu'elles englobent des questions qui relèvent de la compétence législative des provinces. L'avocat a exprimé l'espoir que la Cour suprême traite de la validité constitutionnelle des attributions de la Commission, soit le sujet même de la demande dont il est question en l'espèce. Selon moi, il serait malvenu d'examiner la demande à ce stade-ci et dans ces circonstances, étant donné que des tribunaux de niveaux différents au sein du système judiciaire sont saisis de questions étroitement liées à la demande. Par ailleurs, à ce stade-ci, il serait présomptueux de ma part d'examiner et de trancher une question que la requérante espère voir tranchée par la Cour suprême.

Je conclus donc qu'il faudrait faire droit à la demande du ministre et à journer les procédures concernant l'examen de la demande de la province.

Les avocats ont été invités à déterminer s'il y avait des conditions qui pouvaient être incluses dans toute ordonnance d'ajournement. Ils m'ont ensuite indiqué qu'ils ne s'étaient entendus sur aucune condition. L'avocat de la province a proposé qu'on examine une ordonnance, s'ajoutant à l'ajournement, qui empêcherait la Commission de mener les audiences publiques ou les discussions

effectively limiting public discussions to the time foreseen for conclusion of its studies in November 1991. The involvement in proposed hearings that might well deal with matters within provincial legislative competence presented the greatest difficulties for the Province, and the likelihood of a decision by the Supreme Court before November was greater than before June of 1991. I declined to add such terms, which were opposed by the Minister and by FORS. Thus, the matter is adjourned *sine die*, without prejudice to the right of the Province, or any other party, to return on the usual two days notice if circumstances should change.

The matter of costs was raised by counsel for FORS which was described as a public interest group but privately supported. The Society perceived its active role in this case, in promoting review through litigation, as an important one but one which had proven to be expensive. Counsel suggested that at an earlier stage it had been proposed to the other parties that the two applications before the Court be determined separately with the motion for adjournment considered first, in which event FORS would not have appeared at the hearing of that matter. This was not agreed on. In the circumstances counsel proposed that costs be awarded to FORS on a solicitor and client basis. After consideration of this submission, and of the opposition expressed by the Province to an order for costs at this stage, I conclude, and the orders herein so provide, that costs at this stage will be costs in the cause.

qu'elle se propose de tenir en deux volets, soit en juin et en novembre, limitant ainsi d'une manière effective les discussions publiques au temps prévu pour la conclusion de ses études en novembre 1991. La question de la participation à des audiences proposées susceptibles de porter sur des questions relevant de la compétence législative des provinces était celle qui présentait le plus de difficultés à la province, et il y avait plus de chances qu'avant le mois de juin 1991 que la Cour suprême rende sa décision avant le mois de novembre. J'ai refusé d'ajouter ces conditions, auxquelles s'opposaient le ministre et la FORS. La question est donc ajournée *sine die*, sans que cela porte préjudice au droit qu'a la province, ou toute autre partie, de présenter sa requête dans le délai habituel de deux jours si les circonstances viennent à changer.

L'avocat de la FORS, qui a été décrite comme un groupe d'intérêt public mais financée par des sources privées, a soulevé la question des dépens. La Société a considéré que le rôle actif qu'elle avait joué dans cette affaire, en soutenant la tenue d'un examen au moyen d'un action en justice, était important, mais qu'il s'était avéré coûteux. L'avocat a indiqué qu'il avait été proposé plus tôt aux autres parties que les deux demandes soumises à la Cour soient réglées séparément, la requête en ajournement étant étudiée la première, auquel cas la FORS n'aurait pas comparu à l'audience sur la question. Cela n'a pas été accepté. Dans les circonstances, l'avocat a proposé que l'on adjuge les dépens à la FORS sur une base de frais entre avocat et client. Après avoir examiné cette demande, ainsi que l'opposition de la province à l'égard d'une ordonnance de dépens à ce stade-ci, je conclus, et les ordonnances rendues en l'espèce l'indiquent, que les dépens engagés à ce stade-ci suivront l'issue de la cause.

T-2986-89

T-2986-89

**Placer Dome Inc. (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**INDEXED AS: *PLACER DOME INC. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Denault J.—Vancouver, November 13, 1990; Ottawa, April 12, 1991.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Income Tax Act, s. 7(1)(a) deeming amount by which fair market value of shares on date acquired exceeds amount paid to corporation to be employment benefit — Under taxpayer's stock purchase plan, employees contributing portion of salary and company making monthly cash payout equal to one half of employee's contribution — Upon determining aggregate in members' cash accounts each month, trustee purchasing shares at price listed on T.S.E. — Minister disallowing deduction of contribution as additional wages or salary under s. 5(1) — Plan not within s. 7(1)(a) as employees paying fair market value — Under s. 7(1)(a) value of shares when acquired must exceed amount paid — Plan not merely scheme to issue shares at discount — Employer may offer benefit packages not dependent upon promotion or increased duties to attract employees to organization — Deduction allowed as payout remuneration taxable under s. 5.*

This was an appeal from a reassessment of the plaintiff's 1985 income tax return. Under plaintiff's stock purchase plan, employees over nineteen may contribute up to six per cent of their salary after one year of service. A trustee administers the Plan for the members' benefit. A cash account and a share account are maintained for each member. The company makes a cash payout each month equal to one half of the employee's contribution to the employee's cash account. The trustee credits the employee's account with employee and employer contributions and any dividends or other income received on the shares. He debits the member's account for shares purchased and any cash distributed to him. The company's cash contributions are stated to be an absolute benefit for the member. They are regarded as additional compensation and taxes are withheld at source. Upon determining the aggregate sum carried in the members' cash accounts each month, the trustee purchases common shares first from members who are withdrawing or terminating and then from the company treasury. The price paid is that listed on the Toronto Stock Exchange. The company deducted its contribution as additional wages or salaries paid to employees under the *Income Tax Act*, subsection 5(1). The deduction was disallowed. Paragraph 7(1)(a) deems the amount by which the value of the shares acquired under such an agreement at the time they were acquired exceeds the amount paid to the corporation to be a benefit of employment. The issue was whether the employer contribution to the pur-

**Placer Dome Inc. (demanderesse)**

c.

a

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**RÉPERTORIÉ: *PLACER DOME INC. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

b Section de première instance, juge Denault—Vancouver, 13 novembre 1990; Ottawa, 12 avril 1991.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — L'art. 7(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que la fraction de la juste valeur marchande des actions qui, au moment de leur achat, dépasse le montant payé à la société constitue un avantage lié à l'emploi — Selon le régime d'achat d'actions de la contribuable, les employés versent une partie de leur salaire et la société fait chaque mois un décaissement en espèces correspondant à la moitié de la contribution de l'employé — Après avoir déterminé la somme totale portée aux comptes en espèces des membres chaque mois, le fiduciaire achète des actions au prix mentionné à la Bourse de Toronto — Le ministre a rejeté la déduction de la contribution à titre de salaire ou traitement supplémentaire en vertu de l'art. 5 (1) — Le régime ne relève pas de l'art. 7(1)a, car les employés paient la juste valeur marchande — Selon l'art. 7(1)a, la valeur des actions au moment de leur achat doit dépasser le montant payé — Le régime ne constituait pas simplement un régime visant à émettre des actions à rabais — L'employeur peut offrir des avantages sans être obligé d'accorder une promotion ou d'accroître les tâches, afin d'attirer des employés au sein de la société — La déduction est accueillie à titre de rémunération en espèces imposable en vertu de l'art. 5.*

Il s'agissait d'un appel formé contre une nouvelle cotisation établie relativement à la déclaration d'impôt sur le revenu de la demanderesse pour l'année 1985. En vertu du régime de souscription d'actions de la demanderesse, les employés âgés de plus de dix-neuf ans peuvent contribuer jusqu'à six pour cent de leur salaire après un an de service. Un fiduciaire gère le régime dans l'intérêt des membres. Il maintient un compte de caisse et un compte d'actions pour chaque membre. La société participante fait chaque mois un décaissement correspondant à la moitié de la contribution de l'employé à son compte de caisse. Le fiduciaire porte au crédit du compte de l'employé la contribution faite par ce dernier et celle de son employeur, ainsi que tous les dividendes ou tout autre revenu provenant des actions. Il débite le compte du membre à l'égard des actions achetées et de toute somme d'argent en espèces qu'on lui verse. Il est déclaré que les apports en espèces faits par la société participante constituent un avantage absolu pour le membre. Ils sont considérés comme une indemnité additionnelle, et les impôts sont déduits à la source. Pour déterminer la somme totale portée aux comptes de caisse des membres chaque mois, le fiduciaire achète des actions ordinaires tout d'abord aux membres qui se retirent du régime ou qui cessent d'y participer et ensuite au trésor de la société. Le prix payé est le prix mentionné à la Bourse de Toronto. La société a déduit sa contribution à titre de salaire ou traitement supplémentaire de ses employés en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La déduction a



chase of treasury shares was a benefit to employees under paragraph 7(1)(a) or remuneration under subsection 5(1).

*Held*, the appeal should be allowed.

The Plan did not fall within paragraph 7(1)(a). In order to do so, the value of the shares at the time the employee acquires them must exceed the amount paid. Under the Plan, the employee pays for the shares at the fair market value and not at a discounted price. The employer's contributions were ordinary remuneration to those who qualified and who agreed to participate in the program. They were deductible under subsection 5(1).

The provisions in the Plan concerning price fluctuations between the time when the contributions were made and when the shares were purchased demonstrated that the company made a cash payout and that it had no control over the number of shares that would be purchased. It also emphasized the fact that members were paying full price for the shares. Furthermore, a member may withdraw or sell his shares. That the total amount in trust to purchase shares in a month could be used to buy shares from withdrawing or terminating employees negated the argument that the Plan was merely a scheme to issue shares at a discount. In a particular month there might be no turn-around of the employer/employee contribution, but merely a cash payout to withdrawing or terminating members, with no issuance of company shares. Both the employer and the employees intended that the contribution be ordinary contribution and not merely a discount.

The argument, that the employer's contribution to the purchase of shares could not be considered remuneration since the employees had not performed any additional service in return for the benefit of this program, was without merit. An employer may offer additional remuneration or benefit packages to employees after a certain period of service, independent of promotion or assignment of increased duties, as a means of attracting employees to the organization.

The Minister of National Revenue wrongly assumed that in 1985 all shares had been purchased from the company treasury and that the employee never had a right to the employer contribution. The shares of withdrawing members were purchased on a priority basis.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44.

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 5(1), 7(1)(a) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3; 1985, c. 45, s. 3; 1986, c. 6, s. 2; 1987, c. 46, s. 2), (3)(b), 12(1)(n) (as

été rejetée. Il ressort de l'alinéa 7(1)a) que la fraction de la valeur des actions achetées en vertu d'une telle convention qui, au moment où elles ont été acquises, dépasse le montant payé à la société constitue un avantage lié à l'emploi. La question est de savoir si la contribution de l'employeur à l'achat des actions de la trésorerie constituait un avantage pour les employés en vertu de l'alinéa 7(1)a) ou une rémunération en vertu du paragraphe 5(1).

*Jugement*: l'appel devrait être accueilli.

Le régime ne relevait pas de l'alinéa 7(1)a). Pour ce faire, la valeur des actions au moment où l'employé les acquiert doit dépasser le montant payé. Selon le régime, l'employé paie les actions à la juste valeur marchande et non à un prix réduit. Les contributions de l'employeur constituaient une rémunération ordinaire pour ceux qui étaient admissibles et qui acceptaient de participer au programme. Elles étaient déductibles en vertu du paragraphe 5(1).

Les dispositions du régime relatives aux fluctuations des prix entre le moment où les contributions ont été faites et celui où les actions ont été achetées indiquaient que la société a fait un décaissement en espèces et qu'elle n'avait aucun contrôle sur le nombre d'actions qui seraient achetées. Cette procédure soulignait également le fait que les membres payaient le plein montant des actions. En outre, un membre peut retirer ou vendre ses actions. Le fait que le montant total détenu en fiducie pour acheter des actions durant un mois pouvait être utilisé pour acheter des actions aux employés qui se retiraient du régime ou cessaient d'y participer repoussait l'argument selon lequel le régime visait simplement à une émission d'actions au-dessous du pair. Dans un tel mois, il pourrait n'y avoir aucune reprise de la contribution de l'employeur/employé, mais simplement un décaissement fait au profit des membres qui se retirent du régime ou qui cessent d'y participer, sans qu'il y ait émission d'actions de la société. Tant l'employeur que les employés voulaient que la contribution soit une contribution ordinaire et non simplement un rabais.

N'était pas fondé l'argument selon lequel la contribution de l'employeur à l'achat d'actions ne saurait être considérée comme une rémunération, puisque les employés n'avaient rendu aucun service supplémentaire dans l'intérêt de ce programme. Un employeur peut offrir une rémunération additionnelle ou un régime d'avantages sociaux aux employés après une certaine période de service, dans le but d'attirer des employés au sein de la société, sans que cette pratique signifie qu'un employé doit recevoir un avancement ou rendre des services supplémentaires.

C'est à tort que le ministre du Revenu national a présumé que, en 1985, toutes les actions avaient été achetées au trésor de la société et que l'employé n'avait jamais eu droit à la contribution de l'employeur. On achète prioritairement les actions des membres qui se retirent du régime.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 5(1), 7(1)a) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 3; 1985, chap. 45, art. 3; idem, art. 126, item 18; 1986, chap. 6, art. 2; 1987, chap. 46, art. 2), (3)(b),

am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 4), (*n.l*) (as am. *idem*, c. 140, s. 4).

12(1)*n*) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 4), (*n.l*) (mod. *idem*, chap. 140, art. 4).  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), chap. C-44.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

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

##### DISTINGUISHED:

*Lowry (Inspector of Taxes) v. Consolidated African Selection Trust, Ltd.*, [1940] A.C. 648 (H.L.); *Kaiser Petroleum Ltd. v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 62; (1989), 90 DTC 6034 (F.C.T.D.); revd by [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6603 (F.C.A.).

#### AUTHORS CITED

Krishna, Vern «Stock Option Plans» *Canadian Current Tax* (1986), Vol. 1, No. 36, C-177.

#### COUNSEL:

*W. J. A. Mitchell, Q.C.* and *R. E. Levine* for plaintiff.  
*Terrance I. McAuley* and *W. Yoshida* for defendant.

#### SOLICITORS:

*Thorsteinssons, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson*, Vancouver, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

DENAULT J.: This is an appeal from a reassessment by Revenue Canada of the plaintiff's corporate income tax return. It involves a deduction made by the plaintiff corporation respecting its contribution to an employee stock option plan. The issue is whether the employer contribution to the plan is compensation to employees under subsection 5(1) or a benefit to employees under paragraph 7(1)(a) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the "Act"). If the plan falls under the provision of section 7 [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3; 1985, c. 45, s. 3; 1986, c. 6, s. 2; 1987, c. 46, s. 2], then the employer's contribution is not deductible.

#### a JURISPRUDENCE

##### DÉCISION EXAMINÉE:

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

##### b

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Lowry (Inspector of Taxes) v. Consolidated African Selection Trust, Ltd.*, [1940] A.C. 648 (H.L.); *Kaiser Petroleum Ltd. c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 62; (1989), 90 DTC 6034 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); inf. par [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6603 (C.A.F.).

##### c

#### DOCTRINE

Krishna, Vern «Stock Option Plans» *Canadian Current Tax* (1986), vol. 1, n<sup>o</sup> 36, C-177.

##### d

#### AVOCATS:

*W. J. A. Mitchell, c.r.* et *R. E. Levine* pour la demanderesse.  
*Terrance I. McAuley* et *W. Yoshida* pour la défenderesse.

##### e

#### PROCUREURS:

*Thorsteinssons, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

##### f

##### g

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

##### h

##### i

##### j

LE JUGE DENAULT: Appel est interjeté d'une nouvelle cotisation établie par Revenu Canada relativement à la déclaration d'impôt sur le revenu de la société demanderesse. Cet appel porte sur une déduction faite par la demanderesse à l'égard de sa contribution au régime d'options d'achat d'actions à l'intention des employés. Il s'agit de déterminer si la contribution de l'employeur au régime constitue une indemnité pour les employés en vertu du paragraphe 5(1) ou un avantage pour ceux-ci en vertu de l'alinéa 7(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] (la «Loi»). Si ce régime relève de l'article 7 [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 3; 1985, chap. 45, art. 3; *idem*, art. 126, item 18; 1986, chap. 6, art. 2; 1987, chap. 46, art. 2], la contribution de l'employeur n'est pas alors déductible.

FACTS

The plaintiff is an amalgamated corporation incorporated under the *Canada Business Corporations Act* [R.S.C., 1985, c. C-44], effective August 13, 1987 on the amalgamation of Placer Development, Dome Mines Limited and Campbell Red Lake Mines Limited. On February 13, 1973 Placer Development Limited ("Placer") approved the Placer Development Limited Stock Purchase Plan (the "Plan"). By resolution of the Board of Directors of Placer (the "Board") dated June 15, 1973, the Board resolved that all shares purchased by the trustee pursuant to the Plan shall be purchased on the market. The Board later resolved that effective September 1, 1975 all shares purchased pursuant to the Plan shall be purchased from the company treasury as original shares.

Under the Plan, employees, over the age of nineteen, who have been with the company, or one of the affiliated companies can contribute up to six per cent of their salary for the year, after one year of service. The plaintiff company and affiliated companies will contribute an amount equal to one half of the employee contribution.

In 1985, 84,106,5412 shares were purchased, of which 40,794,7412 were purchased from the accounts of other members in the Plan and 43,304 were acquired from the plaintiff's treasury. The plaintiff's contribution pursuant to the Plan was \$282,076.

In the 1985 taxation year, the plaintiff deducted the \$282,076 from its income as additional wages or salary for the plaintiff's employees. This was disallowed as a deduction by Revenue Canada by a notice of reassessment dated July 7, 1989 for the plaintiff's 1985 taxation year. The form T7WC attached to the notice of reassessment stated "Disallowed employer contributions to Employee Stock Purchase Plan \$282,076.00". By notice filed on July 20, 1989, the plaintiff objected to the said reassessment. By notification dated December 13, 1989, the Minister of National Revenue confirmed the reassessment. The plaintiff appealed this reassessment.

LES FAITS

La demanderesse est une corporation fusionnée, constituée sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions* [L.R.C. (1985), chap. C-44], à compter du 13 août 1987 par suite de la fusion de Placer Development, de Dome Mines Limited et de Campbell Red Lake Mines Limited. Le 13 février 1973, Placer Development Limited («Placer») approuvait le régime de souscription d'actions de Placer Development Limited (le «régime»). Par résolution du conseil d'administration de Placer (le «conseil») en date du 15 juin 1973, le conseil a décidé que toutes les actions achetées par le fiduciaire en vertu du régime seraient achetées sur le marché. Le conseil a plus tard décidé que, à partir du 1<sup>er</sup> septembre 1975, toutes les actions achetées en vertu du régime seraient achetées au trésor de la société à titre d'actions initiales.

En vertu du régime, les employés, âgés de plus de dix-neuf ans, qui travaillent pour la société ou pour une de ses sociétés affiliées peuvent contribuer jusqu'à six pour cent de leur salaire de l'année, après un an de service. La société demanderesse et les sociétés affiliées contribuent une somme égale à la moitié de la contribution de l'employé.

En 1985, 84 106,5412 actions ont été achetées, dont 40 794,7412 ont été achetées aux comptes d'autres membres du régime et 43 304, au trésor de la demanderesse. La contribution de la demanderesse prévue au régime était de 282 076 \$.

Dans l'année d'imposition 1985, la demanderesse a déduit la somme de 282 076 \$ de son revenu à titre de salaire ou traitement supplémentaire de ses employés. Revenue Canada a rejeté cette déduction au moyen d'un avis de nouvelle cotisation daté du 7 juillet 1989 pour l'année d'imposition 1985 de la demanderesse. La formule T7WC jointe à l'avis de nouvelle cotisation disait [TRADUCTION] «Sont rejetées les contributions de l'employeur au régime d'options d'achat d'actions qui s'élèvent à la somme de 282 076 \$». Par avis déposé le 20 juillet 1989, la demanderesse s'est opposée à ladite nouvelle cotisation. Par notification en date du 13 décembre 1989, le ministre du Revenu national a confirmé la nouvelle cotisation. La demanderesse interjette appel de celle-ci.

PLAINTIFF'S ARGUMENT

The thrust of the plaintiff's argument is that Placer's contribution under the Plan is no different from the contribution by the employee. It is compensation to the employee and taxable under subsection 5(1) of the Act which includes as income salary, wages and other remuneration. The fact that the member does not actually receive the cash in hand does not change the nature of the money. In support of this submission it relies on *Morin, J-P v The Queen*<sup>1</sup> which held that an employee does not have to receive physically the cash in order for it to be taxable remuneration.

Essentially, the Plan is a contractual relationship between the plaintiff and its employees. The intention of the parties under this agreement is that the employer's contribution constitutes remuneration. The Plan is a cash scheme whereby the employee can choose to contribute up to six per cent of his/her salary to purchase the shares, and Placer Dome will correspondingly pay cash equal to one-half of the employee's contribution.

The trustee is appointed for the benefit of the members from whom the members can demand at any time the payment of cash and/or shares which it holds for them. Moreover, the plaintiff company does not have any control over the cheques it writes to the trustee on or before the 6th of each month. The plaintiff does not know what proportion of the cheque it writes each month goes towards the purchase of shares since a portion of the monies is paid to terminating members. Nor does the plaintiff know how much of the money goes to purchase shares from other members' accounts, that being a priority under the Plan.

In summary, it is the plaintiff's submission that the Plan does not fit under the provision of paragraphs 7(1)(a) and 7(3)(b) since it is not a scheme to issue shares at less than fair market value with no cash payout by the employer. The employer writes a cheque each month on the employee's

L'ARGUMENTATION DE LA DEMANDE-RESSE

L'argumentation de la demanderesse porte principalement sur le fait que la contribution de Placer en vertu du régime n'est nullement différente de celle de l'employé. Il s'agit d'une indemnité pour l'employé, et cette indemnité est imposable en vertu du paragraphe 5(1) de la Loi qui prévoit que le revenu est le traitement, salaire et autre rémunération. Le fait que le membre ne reçoive réellement pas l'argent en main ne change pas la nature de l'argent. À l'appui de cet argument, elle invoque la décision *Morin, J-P c La Reine*<sup>1</sup>, où il a été statué qu'un employé n'avait pas à recevoir matériellement l'argent liquide pour que cet argent soit imposable à titre de rémunération.

Essentiellement, le régime constitue un lien contractuel entre la demanderesse et ses employés. Selon l'entente, les parties veulent que la contribution de l'employeur constitue une rémunération. Le régime est un régime de caisse en vertu duquel l'employé peut choisir de contribuer jusqu'à six pour cent de son salaire pour acheter les actions, Placer Dome devant en conséquence verser un montant en espèces égal à la moitié de la contribution de l'employé.

Le fiduciaire est nommé dans l'intérêt des membres, et ceux-ci peuvent, à n'importe quel moment, lui demander l'argent liquide ou les actions ou les deux qu'il détient pour eux. De plus, la société demanderesse n'a aucun contrôle sur les chèques qu'elle libelle au nom du fiduciaire le 6 de chaque mois ou avant cette date. La demanderesse ne sait pas quelle partie du montant du chèque qu'elle établit est destinée à l'achat d'actions, puisqu'une partie de l'argent est versée aux membres qui cessent d'adhérer au régime. La demanderesse ne sait pas non plus quelle partie de l'argent est destinée à l'achat d'actions des comptes d'autres membres, car il s'agit d'une priorité en vertu du régime.

En bref, la demanderesse soutient que le régime ne relève pas des alinéas 7(1)(a) et 7(3)(b), puisqu'il ne s'agit pas d'un régime d'émission d'actions à une valeur inférieure à la juste valeur marchande sans que l'employeur verse de l'argent liquide. L'employeur établit un chèque chaque mois au

<sup>1</sup> [1975] CTC 106 (F.C.T.D.), at p. 110.

<sup>1</sup> [1975] CTC 106 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 110.

behalf and shares are purchased at fair market value.

### DEFENDANT'S ARGUMENT

In contrast, the defendant's submission is that the plaintiff's payout to the employee cannot be considered remuneration. The employees are not performing any additional work in order to belong to the Plan and receive the plaintiff's contribution. There is no specific criterion to receive the shares. They performed no additional service to receive the benefit apart from working for the plaintiff corporation for one year and being over the age of nineteen. All that an employee must do is fill out a form and give it to the corporation specifying the per cent of the payroll deduction. The deduction continues in an automatic fashion until an alteration is made by the employee which can either be a change in the percentage withholding or alternatively a termination of participation in the Plan. The employer will then contribute to the Plan at the employer's percentage rate, withholding income tax at source. It is submitted that the definition of salary in the Plan supports the defendant's characterization of the payment:

Salary means the base salary paid to an employee by a participating company for personal services rendered by him as an employee as such a participating company including vacation pay and payments under Placer Development Limited annual incentive plan but not including bonuses, commissions, overtime pay, living or other allowances, reimbursements or special payments or any contributions or benefits under this or any other plan of current or deferred compensation adopted by a participating company.

The Plan is an agreement by the corporation to issue shares to the employee through financial assistance. The end result is that the employee receives shares at a discounted rate from the fair market value and the contribution made by the plaintiff is a turnaround.

The Plan fits squarely within paragraph 7(1)(a) which is an employee benefit. It is the defendant's position that the scheme correspondingly fits within paragraph 7(3)(b) which precludes corporations from deducting their contributions to share purchase.

nom de l'employé et les actions sont achetées à la juste valeur marchande.

### L'ARGUMENTATION DE LA DÉFENDERESSE

La défenderesse soutient par contre que le décaissement fait au profit de l'employé ne saurait être considéré comme une rémunération. Les employés ne font pas un travail supplémentaire pour adhérer au régime et recevoir la contribution de la demanderesse. La remise des actions ne répond à aucun critère particulier. Les employés n'ont à rendre aucun service supplémentaire pour recevoir cet avantage, si ce n'est de travailler pour la société demanderesse pendant un an et d'être âgés de plus de dix-neuf ans. Il leur suffit de remplir une formule et de la remettre à la société en précisant le pourcentage de la déduction de leur feuille de paye. La déduction continue automatiquement jusqu'à ce que l'employé change d'idée soit pour modifier le pourcentage de la retenue, soit pour cesser d'adhérer au régime. L'employeur contribue donc au régime selon le taux choisi par l'employé, retenant à la source le montant de l'impôt sur le revenu. Il est allégué que la définition du traitement figurant dans le régime étaye l'idée que la défenderesse se fait du paiement:

[TRADUCTION] Le mot «traitement» s'entend d'un traitement de base versé par une société participante à un employé pour les services personnels qu'il a rendus en tant qu'employé, et ce traitement comprend des payes de vacances et des paiements effectués en vertu du régime d'encouragement annuel de Placer Development Limited, à l'exclusion des primes, commissions, primes d'heures supplémentaires, des indemnités de séjour ou autres, des remboursements ou paiements particuliers, ou des contributions ou avantages en vertu de ce régime ou de tout autre régime d'indemnisation courante ou reportée adopté par une société participante.

Le régime est une convention par laquelle la société émet des actions au profit de l'employé par voie d'aide financière, en conséquence de quoi l'employé reçoit les actions à un prix inférieur à la juste valeur marchande, et la contribution faite par la demanderesse constitue une reprise.

Le régime relève parfaitement de l'alinéa 7(1)a), parce qu'il s'agit d'un avantage accordé à l'employé. La défenderesse prétend que ce régime relève en conséquence de l'alinéa 7(3)b) qui empêche les corporations de déduire leurs contributions à l'achat d'actions.

Therefore, the Plan is not essentially cash in nature. While the member can instruct the trustee to give him the cash out of his cash account, he can only do this twice in a ten-year period (Article VII A). This is also evidenced by the statement of objectives of the Plan which is to provide a means whereby employees can accumulate Placer shares through payroll deductions. Regarding the position of the trustee, the trust agreement requires the trustee to administer the Plan and the Plan ensures that the trustee will purchase shares. On this point, the defendant directs the Court to subsection 7(6) of the Act which provides that where a trustee is involved, the rights of the employer and the obligations flow through the trustee.

At trial, the defendant withdrew its alternative argument that the Plan would be an employee trust or an employee benefit plan under paragraphs 12(1)(n) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 4] or 12(1)(n.1) [as am. *idem*, c. 140, s. 4] if the Court found that it did not fall within section 7 of the Act. Therefore, the issue before this Court is to decide whether the Plan falls under the provisions of section 7 of the Act.

## FINDINGS

It is not in dispute that the employees of Placer receive a taxable benefit. The Plan contemplates and ensures that the employer contribution will be taxable income for the employee. It is also agreed that the Plan fits under the definition of agreement to issue shares pursuant to subsection 7(1) of the Act which reads as follows:

7. (1) Subject to subsection (1.1) where a corporation has agreed to sell or issue shares of the capital stock of the corporation or of a corporation with which it does not deal at arm's length to an employee of the corporation or of a corporation with which it does not deal at arm's length,

The defendant also concedes that the plaintiff receives a deduction for the amounts that it did not receive back from the trustee for the purchase of treasury shares. This amount represents the cash withdrawals by the members. Accordingly, the issue is the nature of the employer contribution to the purchase of treasury shares on behalf of the

Donc, le régime n'est pas essentiellement un régime de caisse par nature. Certes, le membre peut donner au fiduciaire l'ordre de lui donner de l'argent liquide provenant de son compte de caisse; mais il ne peut le faire que deux fois dans une période de dix ans (Article VII A). En fait également foi l'énoncé des objectifs du régime qui vise à permettre aux employés d'accumuler les actions de Placer au moyen de retenues sur la paye. Pour ce qui est du fiduciaire, le contrat de fiducie exige qu'il gère le régime, et le régime assure que le fiduciaire achète des actions. Sur ce point, la défenderesse attire l'attention de la Cour sur le paragraphe 7(6) de la Loi, qui prévoit que, lorsqu'intervient un fiduciaire, les droits et les obligations de l'employeur sont exercés par celui-ci.

Au procès, la défenderesse a retiré son argument subsidiaire selon lequel le régime serait une fiducie d'employés ou un régime de prestations aux employés en vertu de l'alinéa 12(1)n) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 4] ou de l'alinéa 12(1)n.1) [mod. *idem*, chap. 140, art. 4] si la Cour décidait qu'il ne relevait pas de l'article 7 de la Loi. En conséquence, la question dont est saisie la Cour est de savoir si le régime relève de l'article 7 de la Loi.

## LES CONCLUSIONS

Le fait que les employés de Placer reçoivent un avantage imposable n'est pas contesté. Le régime prévoit et assure que la contribution de l'employeur sera un revenu imposable pour l'employé. Il est également convenu que le régime correspond à la définition d'émission d'actions à des employés figurant au paragraphe 7(1) de la Loi, qui est ainsi rédigé:

7. (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), lorsqu'une corporation est convenue d'émettre ou vendre des actions de son capital-actions ou du capital-actions d'une corporation avec laquelle elle a un lien de dépendance à un de ses employés ou à un employé d'une corporation avec laquelle elle a un lien de dépendance,

La défenderesse reconnaît également que la demanderesse reçoit une déduction pour les sommes qu'elle n'a pas recouvrées du fiduciaire pour l'achat d'actions de trésorerie. Il s'agit des retraits en espèces effectués par les membres. En conséquence, le point litigieux porte sur la nature de la contribution de l'employeur à l'achat d'ac-

member. The dispute centres around paragraph 7(1)(a), which reads as follows:

7. (1) ...

(a) if the employee has acquired shares under the agreement, a benefit equal to the amount by which the value of the shares at the time he acquired them exceeds the amount paid or to be paid to the corporation therefor by him shall be deemed to have been received by the employee by virtue of his employment in the taxation year in which he acquired the shares;

If the employer's contributions to the Plan fall within the definition set out in paragraph 7(1)(a), the plaintiff cannot claim a deduction for its contributions to the employee purchases of company shares according to paragraph 7(3)(b). If on the other hand, the employer contribution is remuneration under subsection 5(1) of the Act, the plaintiff can claim a deduction for its contribution.

I have examined the mechanics of the Plan, as well as the intention of the employer and employees, and I find as a fact it does not fall within paragraph 7(1)(a). In order for an employee stock option plan to fall within paragraph 7(1)(a), the value of the shares at the time the employee acquires the shares must exceed the amount paid. This is not the case under the Placer Dome Stock Option Plan because the employee pays for the shares at the fair market value and not at a discounted price. It is instructive to review the method in which shares are purchased.

The Board of Directors of Placer (the "Board") appoints a trustee who is responsible for holding the monies contributed by the participating employee as well as the employer. Once an employee becomes a member of the Plan, the amount he/she contributes is placed into an account under the stewardship of the trustee who maintains a cash account and a share account for each member (Article V A). Counsel for the defendant submits that nothing turns on the fact that the trustee is in the middle. The trustee is simply a conduit and the rights and obligations of the employer and employee flow through the trustee. However, I find as a fact the trustee is appointed to administer the Plan for the benefit of the members. It is not holding money for the company. It ensures that the intentions of the

tions de trésorerie au nom du membre. Le litige tourne autour de l'alinéa 7(1)a), qui est ainsi conçu:

7. (1) ...

a) si l'employé a acquis des actions en vertu de la convention, un avantage, égal à la fraction de la valeur des actions qui, au moment où il les a acquises, était en sus de la somme qu'il a payée ou devra payer pour ces actions à la corporation, est réputé avoir été reçu par l'employé en raison de son emploi dans l'année d'imposition où il a acquis les actions;

Si les contributions de l'employeur au régime relèvent de la définition donnée à l'alinéa 7(1)a), la demanderesse ne saurait réclamer une déduction pour ses contributions à l'achat par les employés des actions de la société en application de l'alinéa 7(3)b). Si, d'autre part, la contribution de l'employeur constitue une rémunération au sens du paragraphe 5(1) de la Loi, la demanderesse peut réclamer une déduction pour ses contributions.

J'ai examiné le processus du régime, ainsi que l'intention de l'employeur et des employés, et j'estime qu'il est de fait que ce régime ne relève pas de l'alinéa 7(1)a). Pour qu'un régime d'options d'achat d'actions à l'intention des employés soit visé par l'alinéa 7(1)a), la valeur des actions au moment où l'employé les acquiert doit dépasser le montant payé. Tel n'est pas le cas du régime d'options d'achat d'actions de Placer Dome parce que l'employé paie les actions à la juste valeur marchande et non à un prix réduit. Il est instructif d'examiner la méthode d'achat d'actions.

Le conseil d'administration de Placer (le «conseil») nomme un fiduciaire pour qu'il détienne les sommes d'argent contribuées par l'employé qui participe au régime ainsi que par l'employeur. Une fois qu'un employé devient membre du régime, la somme qu'il/elle contribue est mise dans un compte que gère le fiduciaire; celui-ci maintient un compte de caisse et un compte d'actions pour chaque membre (Article V A). L'avocat de la défenderesse soutient que rien ne porte sur le fait que le fiduciaire agit comme intermédiaire. Le fiduciaire est simplement un intermédiaire et les droits et obligations de l'employeur et de l'employé sont exercés par le fiduciaire. Je conclus toutefois que le fiduciaire est nommé pour gérer le régime dans l'intérêt des membres. Il n'est pas détenteur de deniers pour la société. Il voit à ce que les

employer and employees are carried out pursuant to the Plan.

The participating company makes a cash payout each month which corresponds to one half of the employee's contribution. The participating company will pay into the employee's cash account an amount equal to one half of the member contribution within six days after the close of the calendar month (Article IV F).

The trustee will credit the employee's account with any contribution made by him and any contribution made by the employer as well as any dividends or other income received on Placer Common Shares held for his account and any net proceeds from the sale of Placer Common Shares for his account (Article V B). The trustee will correspondingly debit the member's account for shares purchased and any cash distributed to him or his legal representative. Cash contributions by the participating company are stated to be an absolute benefit for the member. The contribution by the participating company is regarded as additional compensation and taxes are withheld at source (Article IV F).

The trustee determines the aggregate sum carried in the cash accounts of the members on the close of the 10th day, except for the accounts which it has been instructed to sell all of the Placer common shares. The trustee credits the cash account of the member who instructs him to sell the Placer shares pursuant to Article VII C. The trustee then debits his share account for the number of Placer shares or fractions being sold for his account.

On the next business day following the 10th day of each calendar month, the trustee purchases Placer Common shares for the accounts of the members according to the procedure set out in Article VI A. The trustee will purchase shares first from members who are withdrawing or terminating. Thereafter, shares are purchased from the company treasury. The price paid by the trustee for the shares is "the price per share of the last sale of Placer Common Shares on the Toronto Stock Exchange on the 10th day of the calendar month following the calendar month in which the

intentions de l'employeur et des employés soient exécutées selon le régime.

La société participante fait chaque mois un décaissement qui correspond à la moitié de la contribution de l'employé. Elle versera au compte de caisse des employés une somme égale à la moitié de leur contribution et ce, dans un délai de six jours après la fin du mois civil (Article IV F).

Le fiduciaire porte au crédit du compte de l'employé la contribution que ce dernier a faite et celle de l'employeur, ainsi que tous dividendes ou tout autre revenu provenant des actions ordinaires de Placer détenues pour son compte et tout produit net de la vente de ces actions pour lui (Article V B). Le fiduciaire débite en conséquence le compte du membre à l'égard des actions achetées et de toute somme d'argent en espèces qu'on lui verse ou qu'on verse à son représentant légal. Il est déclaré que les apports en espèces faits par la société participante constituent un avantage absolu pour le membre. La contribution de la société participante est considérée comme une indemnité additionnelle, et les impôts sont déduits à la source (Article IV F).

Le fiduciaire détermine la somme totale portée aux comptes de caisse des membres à la fin du 10<sup>e</sup> jour, excepté les comptes pour lesquels il a reçu l'instruction de vendre toutes les actions ordinaires de Placer. Le fiduciaire crédite le compte de caisse du membre qui lui donne l'ordre de vendre les actions de Placer en application de l'Article VII C. Le fiduciaire débite alors le compte d'actions du membre pour le nombre d'actions ou fractions de Placer qui sont vendues pour le compte de ce membre.

Le jour ouvrable suivant le 10<sup>e</sup> jour de chaque mois civil, le fiduciaire achète les actions ordinaires de Placer pour les comptes des membres selon la procédure énoncée à l'Article VI A. Il achète des actions tout d'abord aux membres qui se retirent du régime ou qui cessent d'y participer. Ensuite, les actions sont achetées au trésor de la société. Le prix payé par le fiduciaire pour les actions est [TRADUCTION] «le prix par action de la dernière vente des actions ordinaires de Placer à la Bourse de Toronto le 10 du mois civil suivant le



contributions were made by the members" (Article VI A (2)).

There is a time lag between when the contributions are made and the 11th business day on which the trustee will purchase the shares. During this time, the price of Placer shares will typically fluctuate. The Plan provides for this. If the shares decrease, the trustee will place the surplus funds into the members' cash accounts. Conversely if the share prices increase, the trustee shall determine the amount of shares to be sold and that may be purchased for the accounts of the other members by (i) subtracting from the net contributions an amount equal to the issued price multiplied by any fractional interest in a share to be sold and (ii) dividing the balance by the issued price. The trustee then purchases the fractional interest and credits the members' share accounts (Article VII C (1)). This procedure demonstrates that the company makes a cash payout and that it has no control over the number of shares that will be purchased. It also underscores the fact that members are paying full price for the shares.

The Plan is fashioned in such a way that a member may withdraw or sell his shares. A member may direct the trustee either to transfer all or any part of the Placer Common Shares carried in his share account into his name and deliver it to him or to sell all of the Placer shares and fractions and remit the balance in his cash account (Article VI A).

The fact that the total amount in trust to purchase shares for a given month could be used to buy shares from withdrawing or terminating members negates the defendant's argument that the Plan is merely a scheme to issue shares at a discount. In one such month, there would be no turnaround of the employee/employer contribution. Rather, this would be a cash payout to withdrawing or terminating members, with no issuance of company shares.

It is the intention of both the employer and the employees that the contribution be ordinary contribution and not merely a discount. The Plan outlines the stated purpose as follows: "to enable

mois civil dans lequel les contributions ont été faites par les membres» (Article VI A (2)).

Il y a un décalage entre le moment où les contributions sont faites et le 11<sup>e</sup> jour ouvrable où le fiduciaire achète les actions. Au cours de cette période, le prix des actions de Placer fluctuera vraisemblablement. Le régime prévoit cette éventualité. Si la valeur des actions baisse, le fiduciaire place l'excédent dans les comptes de caisse des membres. Par contre, si le prix des actions monte, le fiduciaire fixe la quantité d'actions à vendre et à acheter pour les comptes des autres membres en i) soustrayant des nettes contributions une somme égale au prix d'émission multiplié par la fraction d'intérêt dans une action à vendre et ii) en divisant le solde par le prix d'émission. Le fiduciaire achète donc la fraction d'intérêt et crédite les comptes d'actions des membres (Article VII C (1)). Il ressort de cette procédure que la société fait un décaissement en espèces et qu'elle n'a aucun contrôle sur le nombre d'actions qui sera acheté. Cette procédure souligne également le fait que les membres paient le plein montant des actions.

Le régime est conçu de manière à permettre à un membre de retirer ou de vendre ses actions. Un membre peut donner au fiduciaire l'ordre soit de transférer en tout ou en partie les actions ordinaires de Placer portées à son compte d'actions et de les lui livrer ou de vendre les actions ou fractions de Placer et de lui remettre le solde dans son compte de caisse (Article VI A).

Le fait que le montant total détenu en fiducie pour acheter des actions pour un mois donné puisse être utilisé pour acheter des actions aux membres qui se retirent du régime ou cessent d'y participer repousse l'argument de la défenderesse selon lequel le régime vise simplement à une émission d'actions au-dessous du pair. Dans un tel mois, il n'y aurait aucune reprise de la contribution de l'employé/employeur. Il s'agirait plutôt d'un décaissement fait au profit des membres qui se retirent du régime ou qui cessent d'y participer, sans qu'il y ait émission d'actions de la société.

Tant l'employeur que les employés veulent que la contribution soit une contribution ordinaire et non simplement un rabais. Le régime pose le but déclaré en ces termes: [TRADUCTION] «permettre

Employees to acquire Placer Common Shares through payroll deductions with financial assistance provided by the Participating Company” (Article II). Financial assistance does not imply that the shares will be sold at a discount rate. To the contrary, the employees are paying the full price for the shares on the date of purchase.

From the above analysis of the Plan, I find that paragraph 7(1)(a) does not apply as there was no “benefit equal to the amount by which the value of the shares at the time he [the purchaser] acquired them exceeds the amount paid” since the market value of the shares at the time the employee acquired them was equal to the amount paid.

Counsel for the defendant has submitted that the employer contribution to the purchase of shares cannot be considered remuneration since the employees have not performed any additional service for the benefit of this program. I find this argument to be without merit. An employer may offer additional remuneration or benefit packages to employees after a certain period of service with the company. This practice does not mean that an employee must receive a promotion or perform additional services. An employee may be attracted to an organization on the basis of a favourable remuneration package after a certain period of service. I find no distinction between the plaintiff’s eligibility requirements for the Placer Development Limited Stock Purchase Plan and other benefit packages.

The employer’s contributions according to the Plan, are ordinary remuneration to those who qualify and who agree to participate in the program. Therefore, the provisions of section 7 do not apply to the plaintiff’s Plan.

The Minister of National Revenue wrongly assumed that in 1985, all shares were purchased from the company treasury and that the employee never had a right to the employer contribution. The procedure which I have just outlined indicates that the priority purchase of shares is from withdrawing members.

aux employés d’acquérir les actions ordinaires de Placer au moyen de retenues sur la paye avec une aide financière fournie par la société participante» (Article II). L’aide financière n’implique pas que les actions soient vendues au-dessous du pair. Au contraire, les employés payent le plein prix des actions à la date d’achat.

De cette analyse du régime je conclus que l’alinéa 7(1)a) ne s’applique pas en l’espèce, puisqu’il n’y a eu aucun «avantage égal à la fraction de la valeur des actions qui, au moment où il [l’acheteur] les a acquises, était en sus de la somme qu’il a payée», la valeur marchande des actions au moment où l’employé les a acquises étant égale au montant payé.

L’avocat de la défenderesse soutient que la contribution de l’employeur à l’achat d’actions ne saurait être considérée comme une rémunération, puisque les employés n’ont rendu aucun service supplémentaire dans l’intérêt de ce programme. J’estime que cet argument n’est pas fondé. Un employeur peut offrir une rémunération additionnelle ou un régime d’avantages sociaux aux employés après une certaine période de service au sein de la société. Cette pratique ne signifie pas qu’un employé doit recevoir un avancement ou rendre des services supplémentaires. Un organisme peut attirer un employé au moyen d’un régime de rémunération favorable après une certaine période de service. Je ne vois donc, pour ce qui est des conditions d’admissibilité de la demanderesse, aucune distinction entre le régime d’options d’achat d’actions de Placer Development Limited et d’autres régimes d’avantages sociaux.

Les contributions de l’employeur selon le régime constituent une rémunération ordinaire pour ceux qui sont admissibles et qui acceptent de participer au programme. Les dispositions de l’article 7 ne s’appliquent donc pas au régime de la demanderesse.

C’est à tort que le ministre du Revenu national a présumé que, en 1985, toutes les actions avaient été achetées au trésor de la société, et que l’employé n’avait jamais eu droit à la contribution de l’employeur. Il ressort de la procédure que je viens d’exposer que l’on achète prioritairement les actions des membres qui se retirent du régime.

## JURISPRUDENCE

Counsel for the defendant has referred me to a number of authorities which he submits support the conclusion that the employer contribution amounts to the selling of shares to employees at a discounted rate.

The House of Lords held in *Lowry (Inspector of Taxes) v. Consolidated African Selection Trust Ltd.*<sup>2</sup> that the respondent company had not transferred money to its employees, and therefore, the amount in question could not be treated as a disbursement or a deductible expense in calculating the corporate income. In that case, the respondent company allotted 6,000 shares to its employees at their face value of 5s, while the market value of the shares was 1£ 18s 9d. The company claimed a deduction in the computation of its income tax for the year in question.

The present facts are different from the *Lowry* situation. Here, the company makes a monthly cash payout to eligible employees who choose to participate in the Plan. The participating members pay the full market price for the stocks that they purchase each month. Moreover, it is an ongoing plan and not a single issuance of shares to employees at a discounted rate.

The defendant referred also to *Kaiser Petroleum Ltd. v. Canada*<sup>3</sup> which involved a sale of shares to the plaintiff company, while the employees of the vendor had an option to purchase shares over a period of years. The plaintiff undertook to offer to pay employees a sum of money in lieu of the outstanding stock options. This was accomplished under the terms of a takeover agreement, through which the plaintiff had acquired the controlling shares of the corporate taxpayer. The plaintiff paid out over two million dollars pursuant to this agreement. The Minister had disallowed the deduction of this amount as an expense. Joyal J. allowed the appeal on the basis that the payment was made in fulfilment of a term and condition of the employees' employment. Accordingly, it was a

<sup>2</sup> [1940] A.C. 648 (H.L.).

<sup>3</sup> [1990] 1 C.T.C. 62 (F.C.T.D.); rev'd by [1990] 2 C.T.C. 439 (F.C.A.).

## LA JURISPRUDENCE

L'avocat de la défenderesse me renvoie à certains précédents qui, selon lui, étayent la conclusion que la contribution de l'employeur équivaut à la vente d'actions aux employés au-dessous du pair.

Dans l'arrêt *Lowry (Inspector of Taxes) v. Consolidated African Selection Trust Ltd.*<sup>2</sup>, la Chambre des lords a jugé que la société intimée n'avait pas transféré de l'argent à ses employés et que, en conséquence, la somme en question ne pouvait être considérée comme un débours ni comme une dépense déductible dans le calcul du revenu de la société. Dans cette affaire, la société intimée avait attribué 6 000 actions à ses employés à leur valeur nominale de 5 s, alors que la valeur marchande des actions était de 1 £ 18 s 9 d. La société avait réclamé une déduction dans le calcul de son impôt sur le revenu pour l'année en question.

Les faits de l'espèce diffèrent de ceux de l'affaire *Lowry*. En l'espèce, la société verse mensuellement un montant en espèces aux employés admissibles qui choisissent de participer au régime. Les membres participants payent le plein montant du prix du marché pour les actions qu'ils achètent chaque mois. Qui plus est, il s'agit d'un régime en cours et non d'une unique émission d'actions aux employés au-dessous du pair.

La défenderesse cite également l'affaire *Kaiser Petroleum Ltd. c. Canada*<sup>3</sup>, qui portait sur une vente d'actions à la société demanderesse, alors que les employés du vendeur avaient l'option d'acheter des actions au cours d'une période. La demanderesse s'est engagée à offrir de verser aux employés une somme d'argent tenant lieu des options d'achat d'actions en circulation, ce qui a été accompli aux termes d'une entente de prise de contrôle par laquelle la demanderesse avait acquis les actions majoritaires de la société contribuable. La demanderesse avait payé plus de deux millions de dollars en vertu de cette entente. Le ministre avait rejeté la déduction de ce montant à titre de dépense. Le juge Joyal a accueilli l'appel parce que le paiement avait été effectué en exécution d'une

<sup>2</sup> [1940] A.C. 648 (H.L.).

<sup>3</sup> [1990] 1 C.T.C. 62 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); inf. par [1990] 2 C.T.C. 439 (C.A.F.).

taxable compensation to those employees in lieu of a taxable benefit by way of stock option which they would have otherwise enjoyed. *Kaiser Petroleum* was reversed on appeal on the issue of capital versus income.

Counsel for the defendant submits that *Kaiser Petroleum* is authority for the proposition that if the money in question had simply turned around to the corporation, there would be no deductible expense. At page 70, Joyal J. characterized the payment in the following manner:

There is little doubt that without that undertaking, the plaintiff would not have incurred the expense. Upon the exercise of their several options, the employees would have been issued shares producing a benefit to the employees but at no cost to the plaintiff. What transpired, however, is that the plaintiff did bear a cost which, according to generally accepted accounting principles, was an expense properly charged against revenue.

I do not disagree that if there is a turnaround of monies paid out by a corporation in the offer to employees to purchase of shares, there is not a deductible expense. The present case, however, is distinct from *Kaiser Petroleum* for several reasons. Here, there is not a single cash payout in lieu of payment of stocks, but an ongoing benefit program, through which the employees of Placer can purchase Placer Dome stocks. Additionally, the plan in *Kaiser Petroleum* allowed for a favourable purchase price and I have found as a fact that the employees pay the full market price for the purchase of Placer shares. Ultimately the question in *Kaiser Petroleum* was decided on the question of income versus capital. However, in the present case, the question is limited to the interpretation of section 7 of the Act.

While the authorities submitted were helpful in understanding how various employee stock option plans operate, the present case concerned the interpretation of section 7 of the Act. I have found as a fact that Placer Development's Limited Stock Purchase Plan does not fall within the scope of section 7. Instead, the payout made by the plaintiff company is remuneration pursuant to subsection 5(1) of the Act. Accordingly, the plaintiff is permitted to use its cash payout to the employees as a deduction.

condition de l'emploi des employés. En conséquence, il s'agissait d'une indemnité imposable pour ces employés au lieu d'un avantage imposable par voie d'option d'achat d'actions dont ils auraient autrement bénéficié. La décision *Kaiser Petroleum* a été infirmée en appel sur la question de capital par opposition à revenu.

L'avocat de la défenderesse soutient que la décision *Kaiser Petroleum* consacre l'idée que si la société reprenait tout simplement l'argent en question, il n'existerait aucune dépense déductible. À la page 70, le juge Joyal a caractérisé le paiement en ces termes:

En l'absence de cet engagement, la demanderesse n'aurait probablement pas engagé cette dépense. En exerçant leurs diverses options, les employés auraient reçu des actions qui auraient engendré un avantage pour eux, mais ces actions n'auraient rien coûté à la demanderesse. Toutefois, la demanderesse a engagé un coût qui, selon les principes comptables généralement reconnus, constituait une dépense dûment imputée au revenu.

Je conviens que s'il y a reprise de l'argent payé par une société dans l'offre d'achat d'actions qu'elle fait à ses employés, il n'y a pas lieu à dépense déductible. L'espèce se distingue toutefois de l'affaire *Kaiser Petroleum* pour plusieurs raisons. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un unique décaissement tenant lieu de paiement d'actions, mais d'un programme d'avantages en cours, en vertu duquel les employés de Placer peuvent acheter les actions de Placer Dome. De plus, le régime dans l'affaire *Kaiser Petroleum* accordait un prix d'achat favorable, et j'ai conclu qu'il était de fait que les employés avaient payé le plein montant du prix du marché pour l'achat des actions de Placer. Finalement, l'arrêt *Kaiser Petroleum* a porté sur la question du revenu par opposition au capital, alors que l'espèce porte uniquement sur l'interprétation de l'article 7 de la Loi.

Certes, la jurisprudence citée a aidé à la compréhension du mode de fonctionnement de divers régimes d'options d'achat d'action; mais l'espèce porte sur l'interprétation de l'article 7 de la Loi. J'ai conclu qu'il était de fait que le régime de souscription d'actions de Placer Development Limited n'était pas visé par l'article 7. Le décaissement fait par la société demanderesse constitue une rémunération au sens du paragraphe 5(1) de la Loi. En conséquence, la demanderesse est autorisée à utiliser son décaissement fait au profit des employés à titre de déduction.

Finally, counsel for the defendant referred to an essay written by a leading tax scholar, Vern Krishna. At page C-179, Mr. Krishna described the effect of stock option plans on employers:

The employer is not allowed to deduct as an expense any of the costs that are associated with the stock option plan. The employer does not incur any outlay or expense by issuing its shares at less than their market value; it merely foregoes capital proceeds which it would have received had it issued the shares at their fair market value.<sup>4</sup>

In the present case, employees purchase stocks at the fair market value and the employer makes a cash payout to assist in the purchase of the shares. Therefore, the plaintiff does incur a cash outlay.

### CONCLUSION

This appeal is allowed with costs and the Minister is ordered to vary the reassessment in order to allow the deduction of the \$282,076.

En dernier lieu, l'avocat de la défenderesse cite un essai écrit par un spécialiste marquant des questions fiscales, Vern Krishna. À la page C-179, M. Krishna décrit la conséquence des régimes d'options d'achat d'actions pour les employeurs:

*a* [TRADUCTION] L'employeur n'est pas autorisé à déduire, à titre de dépense, les frais liés au régime d'options d'achat d'actions. L'employeur n'engage aucun débours ni aucune dépense en émettant ses actions à un prix inférieur à leur valeur marchande; il renonce simplement au produit du capital qu'il aurait reçu s'il avait émis les actions à leur juste valeur marchande<sup>4</sup>.

*b* En l'espèce, les employés achètent des actions à la juste valeur marchande, et l'employeur fait un décaissement pour aider à l'achat des actions. En conséquence, la demanderesse engage effectivement un débours de caisse.

### LA CONCLUSION

*c* Le présent appel est accueilli avec dépens, et il est ordonné au ministre de modifier la nouvelle cotisation pour autoriser la déduction de la somme de 282 076 \$.

<sup>4</sup> Vern Krishna, "Stock Option Plans" *Canadian Current Tax* (1986), Vol. 1, No. 36, C-177, at p. C-179.

<sup>4</sup> Vern Krishna, «Stock Option Plans» *Canadian Current Tax* (1986), vol. 1 n° 36, C-177, à la p. C-179.

T-1182-88

T-1182-88

**Walter Stanley Belczowski (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**INDEXED AS: *BELCZOWSKI v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Edmonton, January 23 and 24; Ottawa, February 28, 1991.

*Elections — Canada Elections Act, s. 51(e) disqualifying every inmate of penal institution — Paroled convict continuing action, commenced while imprisoned, for declaration legislation invalid as contravening Charter guarantees — Crown not objecting to standing — Provincial courts having upheld validity of section — Charter s. 3 providing every citizen having right to vote — Disqualification not justified under Charter s. 1 — Objectives of s. 51(e) to maintain sanctity of franchise, preserve integrity of voting process, sanction offenders — Doubtful democratic state can legislate tests of decency on voters — S. 51(3) arbitrary in singling out one class of indecent citizens to be denied franchise — Argument voting more than marking ballot answered by evidence convicts aware of current events due to media coverage — Evidence convicts disqualified from voting in many democratic countries not supporting objectives here advanced — Impugned legislation failing S.C.C. proportionality test in Oakes — Corrections process seeking to protect society by facilitating ex-convict's reintegration of which voting could form part.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights — Parolee seeking declaration Canada Elections Act, s. 51(e) invalid for violation of Charter, s. 3 — Whether denial of convicts' right to vote imposed by s. 51(e) justifiable under Charter, s. 1 — Objectives of s. 51(e) discussed — Must relate to concerns pressing and substantial in free and democratic society — Restriction arbitrary in singling out one category of presumably indecent or irresponsible citizens to be denied right to vote — Proportionality test not met — S. 51(e) invalid as not justified under Charter, s. 1.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Canada Elections Act, s. 51(e) not violating Charter, s. 15 — Grounds of discrimination must be specified in Charter, s. 15(1) or analogous — Application of law to plaintiff due to imprisonment for crime not discrimination on analogous ground.*

**Walter Stanley Belczowski (demandeur)**

c.

**<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine (défenderesse)**RÉPERTORIÉ: *BELCZOWSKI c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

<sup>b</sup> Section de première instance, juge Strayer—  
Edmonton, 23 et 24 janvier; Ottawa, 28 février 1991.

*Élections — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada exclut tous les détenus — Un détenu ayant obtenu sa libération conditionnelle a poursuivi son action, introduite à l'époque où il était incarcéré, afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la loi était invalide parce qu'elle contrevenait aux garanties conférées par la Charte — La Couronne n'a pas formulé d'objection quant à la qualité pour agir du demandeur — Des tribunaux provinciaux ont confirmé la validité de l'article — Selon l'art. 3 de la Charte, tout citoyen a le droit de voter — Les exclusions ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la Charte — Les objectifs de l'art. 51e) sont de sauvegarder le caractère sacré du droit de vote, de préserver l'intégrité du processus électoral et d'imposer des sanctions aux contrevenants — Il est douteux qu'un état démocratique puisse imposer des critères d'honnêteté aux électeurs — L'art. 51(3) est arbitraire en ce sens qu'il distingue une catégorie de citoyens malhonnêtes pour leur retirer le droit de vote — La preuve que les détenus peuvent suivre l'actualité grâce à la presse écrite et parlée répond à l'argument selon lequel voter est plus que marquer un bulletin de vote — Le fait que dans de nombreux pays démocratiques, les détenus n'ont pas le droit de voter n'étaye pas les objectifs avancés en l'espèce — La loi contestée ne satisfait pas au critère de proportionnalité exposé par la C.S.C. dans l'arrêt Oakes — Le processus correctionnel vise à protéger la société en facilitant la réintégration des anciens détenus, et le droit de vote pourrait en faire partie.*

<sup>c</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Un détenu en libération conditionnelle sollicite un jugement déclaratoire portant que l'art. 51e) de la Loi électorale du Canada est nul parce qu'il enfreint l'art. 3 de la Charte — La question est de savoir si le retrait du droit de vote aux détenus qu'impose l'art. 51e) est justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Analyse des objectifs de l'art. 51e) — Ces objectifs doivent se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique — La restriction est arbitraire en ce qu'elle distingue une catégorie de citoyens présumés malhonnêtes ou irresponsables pour leur retirer le droit de vote — Le critère de la proportionnalité n'a pas été satisfait — L'art. 51e) est nul car il n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la Charte.*

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada n'enfreint pas l'art. 15 de la Charte — Les motifs de discrimination doivent être spécifiés à l'art. 15(1) de la Charte ou dans des dispositions analogues — Le fait que l'on applique la loi au demandeur parce qu'il a été emprisonné pour avoir commis un acte criminel ne constitue pas de la discrimination pour un motif analogue.*

The plaintiff was serving a sentence of life imprisonment when he commenced this action for declarations that paragraph 51(e), or its identical predecessor paragraph 14(4)(e), of the *Canada Elections Act* is without force and effect as violating the right to vote guaranteed by section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right to equality under the law as guaranteed by Charter section 15. He was subsequently granted day parole but Jerome A.C.J. ruled that he still had standing to continue the action. Although plaintiff is now on full parole, the Crown did not object to standing on that basis. Having expressed a desire to participate in the democratic process of government by voting in federal elections, the plaintiff would be entitled to vote but for paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*. There were three issues to be tried: (1) whether paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* violates section 3 of the Charter; (2) whether paragraph 51(e) violates Charter, section 15 and (3) if the answer to (1) and (2) is yes, whether paragraph 51(e) prescribes reasonable limits demonstrably justifiable in a free and democratic society pursuant to Charter, section 1.

*Held*, the action should be allowed.

The first issue was that of a possible conflict with section 3 of the Charter. On its face, paragraph 51(e) violates the right to vote in a federal election as guaranteed by section 3: were plaintiff still in prison, he would be prevented from voting in a federal election. Unlike other sections of the Charter which use qualifying words such as unreasonable, arbitrarily, reasonable or unusual in the description of rights, section 3 is unambiguous as to who hold the right ("every citizen of Canada") and what they are entitled to do ("to vote in an election of the members of the House of Commons . . ."). The decision of the Manitoba Court of Appeal in *Badger v. Canada (Attorney General)*, which held that paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* could not be construed as in breach of Charter section 3, was based on a "frozen concept" of statutory construction applied to the *Canadian Bill of Rights*, a concept that has been rejected by the Supreme Court of Canada as a guide to the interpretation of the Charter.

The second issue related to a possible conflict with Charter section 15. For there to be "discrimination" as prohibited by subsection 15(1), the grounds of discrimination must be those specified in that subsection or others analogous thereto. The application of a law to the plaintiff's disadvantage based on his conviction for a crime and imprisonment does not amount to discrimination on a ground analogous to those specified in subsection 15(1). Paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* is therefore not inconsistent with section 15 of the Charter.

The final issue was whether paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*, even if in conflict with Charter section 3, could be justified by section 1. In *R. v. Oakes*, the Supreme Court of Canada laid down basic criteria for reliance on section 1 as a justification for abridgements of rights otherwise guaranteed by

Le demandeur purgeait une peine d'emprisonnement à perpétuité lorsqu'il a introduit la présente action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 51e), ou la disposition identique qui l'a précédé, l'alinéa 14(4)e), de la *Loi électorale du Canada*, est nul et de nul effet parce qu'il porte atteinte au droit de vote que garantit l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'au droit à l'égalité devant la loi que garantit l'article 15 de la Charte. Le demandeur a subséquemment obtenu sa libération conditionnelle de jour, mais le juge en chef adjoint Jerome a statué qu'il était encore habilité à poursuivre l'action. Le demandeur a, depuis lors, obtenu sa libération conditionnelle totale, mais la Couronne n'a pas formulé d'objection quant à sa capacité pour ce motif. Ayant exprimé le désir de participer au processus démocratique du gouvernement en votant aux élections fédérales, le demandeur aurait le droit de vote si ce n'était des dispositions de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Il y avait trois questions en litige à juger: (1) la question de savoir si les dispositions de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* enfreignent l'article 3 de la Charte; (2) la question de savoir si les dispositions de l'alinéa 51e) enfreignent l'article 15 de la Charte; et (3), si la réponse aux questions 1 et 2 est affirmative, si les dispositions de l'alinéa 51e) prescrivent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte.

*Jugement*: l'action devrait être accueillie.

La première question était celle d'une incompatibilité possible avec l'article 3 de la Charte. À première vue, l'alinéa 51e) porte atteinte au droit du demandeur de voter à une élection fédérale comme le lui garantit l'article 3: s'il était toujours en prison, il ne pourrait voter à une élection fédérale. Contrairement à d'autres articles de la Charte, où figurent des mots qui en restreignent la portée, comme abusives, anormales, arbitraires, justes, raisonnables ou inusités, dans la description de droits, l'article 3 indique clairement qui sont les titulaires du droit («tout citoyen canadien») et ce qu'ils ont à ce titre droit de faire («vote(r) . . . aux élections législatives fédérales . . .»). La décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *Badger v. Canada (Attorney General)*, où le juge a statué que l'on ne pouvait considérer que l'alinéa 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada* violait l'article 3 de la Charte, était fondée sur la théorie du «gel des droits» appliquée à la *Déclaration canadienne des droits*, théorie que la Cour suprême du Canada a rejetée comme norme d'interprétation de la Charte.

La seconde question avait trait à une incompatibilité possible avec l'article 15 de la Charte. Pour qu'il y ait «discrimination» au sens où l'interdit le paragraphe 15(1), les motifs de discrimination doivent être ceux que ce dernier précise ou d'autres motifs analogues. L'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il a été incarcéré ne constitue pas de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1). L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* n'est donc pas incompatible avec l'article 15 de la Charte.

La dernière question était celle de savoir si la justification de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, même si ce dernier était incompatible avec l'article 3 de la Charte, pouvait être démontrée selon l'article premier. Dans *R. c. Oakes*, la Cour suprême du Canada a fixé des critères qui permettent

the Charter. The limitation of rights must be justified both as to its ends and as to its means. The objective must "relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" before it can justify the limitation. If so, the proportionality of its means must then be demonstrated. The defendant suggested that paragraph 51(e) had three objectives: (1) to affirm and maintain the sanctity of the franchise; (2) to preserve the integrity of the voting process and (3) to sanction offenders. As to (1), there was no evidence of a legitimate objective of requiring a "decent and responsible citizenry", even using the less demanding test of the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights. The restriction in question was arbitrary in singling out one category of presumably indecent or irresponsible citizens to deny them a right which they otherwise clearly had under section 3. In support of the second objective, it was argued that voting was not merely marking a ballot but the final step after discussion and debate. Plaintiff testified that he had been able to follow public events while in prison by watching public affairs programs on television and reading newspapers and magazines. This objective was therefore insufficient to justify the denial of a right expressly guaranteed by Charter section 3. The evidence that convicts were disqualified from voting in other democratic countries did not support what had been advanced as the objectives of the impugned legislation. The third objective was more plausible. The only persons disqualified were those who have been identified as warranting punishment by imprisonment and the deprivation lasts as long as does the imprisonment; that was a valid objective in itself.

None of the three conditions of the proportionality test identified in *Oakes* had been met. First, the means employed were not rationally connected with the alleged objective of maintaining a decent and responsible citizenry and the integrity of the vote. Secondly, it could not be said that paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* impairs "as little as possible" the section rights; it completely abolishes such rights for the whole period of imprisonment. The serious effect of the total denial of the vote to prisoners was out of proportion to the very doubtful and ill-defined objectives under consideration. Finally, the Crown had not demonstrated that the outright denial of the vote of every prison inmate was proportional to voting disqualification as punishment. Paragraph 51(e) applied regardless of the seriousness of the crime for which the inmate was being punished. The actual effect on the convict's right to vote was arbitrary, depending on fortuitous circumstances such as the timing of federal elections in relation to the period of incarceration. There was also a lack of proportionality between the objective and the denial of the vote since corrections theory in Canada had recently moved towards rehabilitation and the preparation of inmates for reentry into society. Voting could form part of a convict's reintegration.

d'invoquer l'article premier de la Charte pour justifier des restrictions aux droits garantis par celle-ci. La restriction de droits doit être justifiée tant par ses fins que par ses moyens. Il faut que l'objectif «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour que la restriction puisse se justifier. Dans ce cas, il faut alors appliquer le critère de proportionnalité aux moyens employés pour la mettre en œuvre. La défenderesse a indiqué que l'alinéa 51e) comporte trois objectifs: 1) proclamer et sauvegarder le caractère sacré du droit de vote dans notre démocratie; 2) préserver l'intégrité du processus électoral; et 3) imposer des sanctions aux contrevenants. En ce qui concerne le premier objectif, il n'existait aucune preuve d'un objectif légitime consistant à exiger «des citoyens honnêtes et responsables», même en utilisant une norme moins sévère, soit la réalisation d'un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution. La restriction en question était arbitraire en ce qu'elle distingue une catégorie de citoyens présumés malhonnêtes ou irresponsables pour leur retirer un droit que, par ailleurs, l'article 3 leur confère manifestement. À l'appui du deuxième objectif, on a fait valoir que voter est plus que marquer un bulletin de vote; il s'agit de l'étape finale après discussions et débats. Le demandeur a déclaré qu'il avait pu suivre l'actualité en prison en regardant de nombreuses émissions sur les affaires publiques à la télévision et en lisant des journaux et des périodiques. Cet objectif était donc insuffisant pour justifier la négation d'un droit expressément garanti par l'article 3 de la Charte. La preuve que, dans d'autres pays démocratiques, les détenus n'ont pas le droit de voter n'était pas ce qui constituait censément les objectifs de la loi contestée. Le troisième objectif était plus plausible. Les seules personnes exclues étaient celles que l'on a désignées comme méritant une peine d'emprisonnement, et la privation de leur droit dure aussi longtemps que leur peine; il s'agissait d'un objectif légitime en soi.

f

Aucun des trois éléments du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes* n'a été satisfait. Tout d'abord, les moyens employés n'avaient pas de lien rationnel avec le prétendu objectif de maintenir une population de citoyens honnêtes et responsables et l'intégrité du processus électoral. Deuxièmement, on ne saurait dire que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte «le moins possible» aux droits prévus à l'article 3; l'alinéa abolit ces droits pour toute la durée de la période d'emprisonnement. Les graves effets du refus total du droit de vote aux détenus étaient hors de proportion avec les objectifs fort douteux et mal définis examinés en l'espèce. Enfin, la Couronne n'avait pas démontré que le retrait absolu du droit de vote à tous les détenus était proportionnel à la perte de la capacité de voter comme châtement. L'alinéa 51e) s'appliquait indépendamment de la gravité de l'acte pour lequel le détenu était puni. L'effet réel sur le droit de vote du détenu était arbitraire, dépendant de circonstances fortuites comme le moment où des élections fédérales avaient lieu par rapport à la période d'incarcération. Il y avait aussi un manque de proportion entre l'objectif et le retrait du droit de vote en ce sens que la théorie de la correction au Canada a récemment évolué dans le sens de la réhabilitation et de la préparation des détenus à leur réinsertion sociale. Le droit de vote pourrait faire partie de la réintégration d'un détenu.



STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.) c. 14, s. 14(4)(e).  
*Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e).  
*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(d), 3, 15(1), 24(1).  
*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. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

- R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

## APPLIED:

- Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 O.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227; *Badger et al. v. Manitoba* (1986), 39 Man. R. (2d) 107; 51 C.R. (3d) 163 (Q.B.); *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).

## NOT FOLLOWED:

- Badger v. Canada (Attorney-General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198 (Man. C.A.).

## REFERRED TO:

- MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1974), 9 N.S.R. (2d) 483; 53 D.L.R. (3d) 259 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of*

## 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2d), 3, 15(1), 24(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.  
*Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> Supp.), chap. 14, art. 14(4)e).  
*Loi électorale du Canada*, L.R.C., 1985, chap. E-2, art. 51e).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.  
*Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13.

## JURISPRUDENCE

## d DÉCISIONS SUIVIES:

- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

## f DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 O.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227; *Badger et al. v. Manitoba* (1986), 39 Man. R. (2d) 107; 51 C.R. (3d) 163 (Q.B.); *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).

## DÉCISION NON SUIVIE:

- Badger v. Canada (Attorney-General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198 (C.A. Man.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

- MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1974), 9 N.S.R. (2d) 483; 53 D.L.R. (3d) 259 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of*

*Canada et al.* (1980), 108 D.L.R. (3d) 753; [1980] 4 W.W.R. 6; 18 B.C.L.R. 181; 15 C.P.C. 195; 50 C.P.R. (2d) 34 (B.C.C.A.); *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; 48 B.C.L.R. 121; 7 C.C.C. (3d) 431; 8 C.R.R. 5 (B.C.S.C.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.); *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 1119; (1984), 42 C.R. (3d) 78 (T.D.); *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184 (T.D.); *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.*, [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003 (S.C.C.).

a

b

c

d

*Canada et al.* (1980), 108 D.L.R. (3d) 753; [1980] 4 W.W.R. 6; 18 B.C.L.R. 181; 15 C.P.C. 195; 50 C.P.R. (2d) 34 (C.A.C.-B.); *Procureur général du Canada et autre v. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; 48 B.C.L.R. 121; 7 C.C.C. (3d) 431; 8 C.R.R. 5 (C.S.C.-B.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.); *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 1119; (1984), 42 C.R. (3d) 78 (T.D.); *Lévesque c. Canada (procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184 (T.D.); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *Schachter c. Canada*, [1990] 2 C.F. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.*, [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003 (C.S.C.).

## AUTHORS CITED

Beaudoin, Gérald-A. and Edward Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co., 1989.

e

## COUNSEL:

*Richard A. Stroppel* for plaintiff.  
*Terrence Joyce, Q.C.*, and *Meg Kinnear* for defendant.

f

## SOLICITORS:

*Brimacombe, Sanderman & Stroppel*, Edmonton, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

g

## DOCTRINE

Beaudoin, Gérald-A. et Edward Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal: Wilson & Lafleur Ltée; 1989.

## AVOCATS:

*Richard A. Stroppel* pour le demandeur.  
*Terrence Joyce, c.r.* et *Meg Kinnear* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Brimacombe, Sanderman & Stroppel*, Edmonton, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour la défenderesse.

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

STRAYER J.:

Relief requested

In his statement of claim the plaintiff seeks declarations that paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act*<sup>1</sup> is without force and effect as being in violation of the plaintiff's right to vote guaranteed in section 3 of the *Canadian Charter*

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

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

Dans sa déclaration, le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 14(4)(e) de la *Loi électorale du Canada*<sup>1</sup> est nul et de nul effet parce qu'il porte atteinte au droit de vote du demandeur, garanti par l'article 3 de la *Charte*

<sup>1</sup> R.S.C. 1970, (1st Supp.) c. 14.

<sup>1</sup> S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> Supp.), chap.14.

of *Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and as being in violation of the plaintiff's right to equality under the law as guaranteed in section 15 of the Charter. Since the commencement of this action the Revised Statutes of Canada, 1985, have come into effect and paragraph 14(4)(e) has now been replaced by paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*<sup>2</sup> which is identical in wording. It is agreed that the declarations now being sought pertain to the current provision, paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*.

It will be noted that the declarations of invalidity are sought against Her Majesty as if this were an action against the Crown. It is doubtful that such an action can properly be brought against the Crown,<sup>3</sup> but should instead be brought against the Attorney General of Canada under section 18 of the *Federal Court Act*.<sup>4</sup> However, counsel for the Deputy Attorney General appearing in this action took no objection to the form of the proceeding and for present purposes I shall treat it as a claim for declarations against the Attorney General.

### Facts

On February 7, 1990 the parties signed an amended agreed statement of facts. This statement indicates that the plaintiff was born on October 7, 1953 and was sentenced on May 14, 1981 to life imprisonment for second degree murder. When the action was commenced in 1988 he was serving his sentence in the Bowden Institution, a federal penitentiary in Alberta. He was subsequently granted day parole effective July 10, 1989. This fact is acknowledged in the amended agreed statement of facts. The plaintiff brought an application by an amended notice of motion dated February 20, 1990 to determine whether he had standing to proceed with the action even though he was no

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. E-2.

<sup>3</sup> See e.g. *MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1974), 9 N.S.R. (2d) 483 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.* (1980), 108 D.L.R. (3d) 753 (B.C.C.A.), this point being discussed but not decided on appeal in [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 321-326.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. F-7.

*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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ainsi qu'au droit à l'égalité devant la loi garanti par l'article 15 de la Charte. Depuis l'introduction de cette action, les Lois révisées du Canada (1985) sont entrées en vigueur et l'alinéa 14(4)e a été remplacé par l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*<sup>2</sup> dont le libellé est identique. Il est convenu que le jugement déclaratoire demandé se rapporte aux dispositions actuelles soit l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*.

Il convient de noter que la demande de jugement déclaratoire d'invalidité est formulée contre Sa Majesté, comme s'il s'agissait d'une action contre la Couronne. Il est douteux qu'une telle procédure puisse être valablement engagée contre la Couronne<sup>3</sup> plutôt que contre le procureur général du Canada en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>4</sup>. Cependant, comme l'avocat du sous-procureur général qui comparaît dans cette action ne s'est pas opposé à cette procédure, aux fins des présentes, je la considérerai comme une demande de jugement déclaratoire contre le procureur général.

### Les faits

Le 7 février 1990, les parties ont signé conjointement un exposé des faits modifié. Cet exposé indique que le demandeur est né le 7 octobre 1953 et que, le 14 mai 1981, il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité pour un meurtre au deuxième degré. Lorsque la présente action a été introduite en 1988, le demandeur purgeait sa peine à l'établissement de Bowden, un pénitencier fédéral situé en Alberta. Il a subséquemment obtenu sa libération conditionnelle de jour à compter du 10 juillet 1989, fait reconnu dans l'exposé conjoint des parties. Le demandeur, par voie d'avis de requête modifié en date du 20 février 1990, a demandé qu'il soit déterminé s'il avait qualité pour poursuivre

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. E-2.

<sup>3</sup> Voir, par ex. *MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1974), 9 N.S.R. (2d) 483 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.* (1980), 108 D.L.R. (3d) 753 (C.A.C.-B.), cette question étant soulevée mais non tranchée dans le pourvoi [1982] 2 R.C.S. 307, aux pp. 321 à 326.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), chap. F-7.

longer in prison. Jerome A.C.J. on February 23, 1990 found that he still had standing to continue the action. Since that time the plaintiff has been granted full parole but counsel for the defendant refrained from making any objection to standing on that basis. In this connection it may be noted that as the plaintiff was sentenced to life imprisonment he remains subject to revocation of his parole and return to prison should he breach the conditions of parole.

It is recognized in the agreed statement of facts that the plaintiff has expressed a desire to participate in the democratic process of government by voting in federal elections. The plaintiff alleges that he is a Canadian citizen and the defendant does not appear to dispute that fact. Certainly nothing was made to turn on this in the argument. Thus it is not disputed that he would be entitled to vote were it not for the provisions of paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*.

#### Issues

The parties are agreed that the issues to be tried may be stated as follows:

- a) Do the provisions of paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* violate section 3 of the Charter?
- b) Do the provisions of paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* violate section 15 of the Charter?
- c) If the answer to (a) or (b) is in the affirmative, do the provisions of paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* prescribe reasonable limits which are demonstrably justifiable in a free and democratic society so as to fulfil the requirements of section 1 of the Charter?

It is agreed, of course, that references to paragraph 14(4)(e) equally apply to paragraph 51(e) of the present version of the *Canada Elections Act*.

#### Conclusions

Paragraph 51(e) of the current *Canada Elections Act*<sup>5</sup> provides as follows:

51. The following persons are not qualified to vote at an election and shall not vote at an election:

(e) every person undergoing punishment as an inmate in any penal institution for the commission of any offence . . . .

cette action même s'il n'était plus en prison. Le 23 février 1990, le juge en chef adjoint Jerome a statué qu'il était encore habilité à le faire. Depuis lors, le demandeur a obtenu sa libération conditionnelle totale, mais le procureur de la défenderesse s'est abstenu de formuler toute objection quant à sa capacité pour ce motif. À ce propos, on peut dire que le demandeur ayant été condamné à la prison à perpétuité, sa libération conditionnelle peut être révoquée et il peut être réincarcéré pour manquement aux conditions de sa libération.

Il est reconnu dans l'exposé conjoint des faits que le demandeur a exprimé le désir de participer au processus démocratique de gouvernement en votant aux élections fédérales. Le demandeur fait valoir qu'il est citoyen canadien, ce que la demanderesse ne paraît pas contester. Il est certain que rien n'a été fait pour attirer l'attention à ce sujet dans la plaidoirie. Ainsi, il n'est pas contesté qu'il aurait le droit de vote si ce n'était des dispositions de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*.

#### Les questions en litige

Les parties ont convenu que les questions en litige pouvaient être énoncées de la façon suivante:

- a) Les dispositions de l'alinéa 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada* enfreignent-elles l'article 3 de la Charte?
- b) Les dispositions de l'alinéa 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada* enfreignent-elles l'article 15 de la Charte?
- c) Si la réponse aux questions a) ou b) est affirmative, les dispositions de l'alinéa 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada* prescrivent-elles des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément aux exigences de l'article premier de la Charte?

Il est évidemment entendu que toute mention de l'alinéa 14(4)e) s'applique également à l'alinéa 51e) de la version actuelle de la *Loi électorale du Canada*.

#### Conclusions

L'alinéa 51e) de l'actuelle *Loi électorale du Canada*<sup>5</sup> est ainsi libellé:

51. Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne peuvent voter à une élection:

e) toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction . . . .

<sup>5</sup> *Supra*, note 2.

<sup>5</sup> *Supra*, note 2.

The validity of this section has been upheld by the courts of at least three provinces<sup>6</sup>. In two<sup>7</sup> of those cases decisions were taken on an urgent basis in the face of a pending federal election. In the third<sup>8</sup> some reasoning was applied which has been rejected by colleagues in the Trial Division in subsequent cases.<sup>9</sup> Apart from these latter cases which were not determinative of the validity of paragraph 51(e), it appears that the Federal Court has not had occasion to address the substantive issues raised by the plaintiff. I shall deal in turn with the issues identified by the parties for determination.

### Possible conflict with section 3 of the Charter

Section 3 of the Charter provides as follows:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

On its face, paragraph 51(e) violates the right of the plaintiff to vote in a federal election as guaranteed to him by section 3. It is not disputed that, were he in prison as he has been and might be again, he would be prevented by paragraph 51(e) from voting in an election of members of the House of Commons.

It should be noted that there are no qualifying words in section 3 such as are found in the description of many other rights guaranteed by the Charter: words such as “unreasonable” in section 8 or paragraph 11(a), “arbitrarily” in section 9, “reasonable” as found in paragraph 6(3)(b) and paragraph 11(e), or “unusual” as found in section 12. There are no amorphous concepts such as “association” found in paragraph 2(d) and no difficulty in discerning what activities are implicit-

<sup>6</sup> *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.); *Badger v. Canada (Attorney-General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.).

<sup>7</sup> *Sauvé, Badger, ibid.*

<sup>8</sup> *Jolivet, supra*, note 6.

<sup>9</sup> Reed J. in *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 1119 (T.D.) at p. 1126, where a mandatory injunction was sought, appeal allowed on the remedy issue [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.); affd [1984] 2 S.C.R. 124; Rouleau J. in *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287 (T.D.) at p. 294, ordering that federal prisoners be permitted to exercise their right under provincial law to vote in a Quebec election.

La validité de cet article a été confirmée par les tribunaux d'au moins trois provinces<sup>6</sup>. Dans deux<sup>7</sup> affaires, les arrêts ont été rendus d'urgence, dans la perspective d'élections fédérales imminentes.

a Dans la troisième<sup>8</sup>, on a appliqué des raisonnements qui ont été subséquentement<sup>9</sup> rejetés par des collègues de la Section de première instance. Sauf pour ces dernières causes qui n'ont pas tranché la question de la validité de l'alinéa 51e), il semble b que la Cour fédérale n'ait pas eu l'occasion de répondre aux questions de fond soulevées par le demandeur. Je traiterai tour à tour de chacune des questions dont les parties ont saisi le tribunal.

### Possibilité d'incompatibilité avec l'article 3 de la Charte

L'article 3 de la Charte est ainsi libellé:

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

d À première vue, l'alinéa 51e) porte atteinte au droit du demandeur de voter à une élection fédérale comme le lui garantit l'article 3. Nul ne conteste e que s'il était en prison, comme il l'a déjà été et pourrait l'être de nouveau, l'alinéa 51e) l'empêcherait de voter à une élection fédérale.

f Il convient de souligner que l'article 3 ne comporte pas de mots qui en restreindraient la portée comme on en trouve dans la description de nombreux autres droits garantis par la Charte, des mots tels «abusives» à l'article 8, «anormal» à l'alinéa 11a), «arbitraires» à l'article 9, «justes» à l'alinéa 6(3)b), «raisonnable» à l'alinéa 11e) ou «inusités» à l'article 12. On n'y relève pas de notions floues, telle celle d'«association» que l'on trouve à l'alinéa 2d) et l'on n'éprouve aucune difficulté à

<sup>6</sup> *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S.C.-B.); *Sauvé v. Canada (Attorney-General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.); *Badger v. Canada (Attorney-General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.).

<sup>7</sup> *Sauvé, Badger, ibid.*

<sup>8</sup> *Jolivet, précité*, note 6.

<sup>9</sup> Le juge Reed dans l'arrêt *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 1119 (1<sup>re</sup> inst.) à la p. 1126, où, à l'occasion d'une demande d'injonction du redressement [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), confirmé par [1984] 2 R.C.S. 124; le juge Rouleau dans l'arrêt *Lévesque c. Canada (procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 294, ordonnant qu'il soit permis aux détenus des prisons fédérales d'exercer leur droit, en vertu des lois provinciales, de voter à une élection au Québec.

ly protected by such a concept.<sup>10</sup> It is quite clear in section 3 who are the holders of the right (“every citizen of Canada”) and what they are thereby entitled to do (“to vote in an election of the members of the House of Commons . . .”). I am not deterred in this finding by the argument of the defendant that the section cannot be applied literally because there are some, such as infants, who clearly should not have the right to vote. I do not need to define here who may properly be denied the vote; that issue must be determined in each case under section 1 of the Charter. Nor need I be deterred by the fact that section 3 gives to the same people (“every citizen”) the right to be qualified for membership in the House of Commons. That right is also subject to limitations under section 1, and such limitations might be justifiable in different circumstances from those relevant to a limitation on the right to vote.

The existence of section 1 removes any lingering doubt that one might have as to giving section 3 its plain and obvious meaning. A contrast can be made with the United States Constitution, whose First Amendment provides that Congress shall make no law “abridging the freedom of speech”. The U.S. Constitution has no provision comparable to section 1 of the Charter. It has therefore been thought necessary for the U.S. courts to read qualifications into broad guarantees such as the First Amendment guarantee of freedom of speech, giving lesser protection to “commercial speech”. This approach was expressly rejected by the Supreme Court of Canada in *Ford v. Quebec (Attorney General)*<sup>11</sup> where the Court said:

Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian Charter should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the Charter.

The Court proceeded also to reject the justification for limits on this freedom said to be based on

<sup>10</sup> See e.g. *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 where the Supreme Court had to determine whether freedom of association includes the right to bargain collectively and the right to strike.

<sup>11</sup> [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-767.

discerner les activités qui sont implicitement protégées par les notions employées<sup>10</sup>. Il ressort clairement de l'article 3, qui sont les titulaires du droit («Tout citoyen canadien») et ce qu'ils ont à ce titre droit de faire («vote(r) . . . aux élections législatives fédérales . . .»). J'arrive à cette conclusion malgré l'argument de la défenderesse selon lequel l'article ne peut s'appliquer littéralement parce que certains, tels les enfants, ne devraient manifestement pas avoir le droit de vote. Je n'ai pas besoin de définir ici qui peut se voir valablement retirer le droit de vote; cette question doit être tranchée dans chaque cas selon l'article premier de la Charte. Je n'ai pas non plus à me laisser impressionner par le fait que l'article 3 accorde aux mêmes personnes («tout citoyen») le droit d'être éligibles à la Chambre des communes. Ce droit est aussi assujéti à des restrictions par l'article premier et ces restrictions pourraient être justifiées dans des circonstances différentes de celles qui ont trait à la limitation du droit de vote.

Le libellé de l'article premier dissipe tout doute qui pourrait subsister quant à l'interprétation de l'article 3 dans son sens simple et évident. Il contraste en cela avec la Constitution des États-Unis dont le premier amendement porte que le Congrès ne doit édicter aucune loi «restreignant la liberté d'expression». Il n'y a pas, dans la Constitution des États-Unis, de disposition comparable à l'article premier de la Charte. Les tribunaux des États-Unis ont donc jugé nécessaire d'interpréter avec des réserves les garanties de portée générale, telle la garantie de la liberté d'expression du premier amendement, restreignant la protection accordée au «discours commercial». Ce mode d'interprétation a été expressément rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*<sup>11</sup> qui a dit:

Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la Charte canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la Charte.

La Cour a également rejeté toute justification de l'imposition de restrictions à cette liberté qui serait

<sup>10</sup> Voir, par ex., *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 où la Cour suprême devait statuer si la liberté d'association comprend le droit à la négociation collective et le droit de grève.

<sup>11</sup> [1988] 2 R.C.S. 712, aux p. 766 et 767.

section 1 of the Charter. (In the later *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* case<sup>12</sup> a majority of the Court held certain limitations on commercial expression to be justified under section 1). The phrase “freedom of expression” is considerably more nebulous than the phrase “the right to vote in an election of members of the House of Commons” and yet the Supreme Court was not prepared to limit the intrinsic content of that guarantee in section 2. There is considerably less basis for so limiting the content of section 3 to what some might regard as a more convenient form that would eliminate the need to justify under section 1 any restrictions on the right to vote.

Counsel for the defendant relied in part on the judgment of Lyon J.A. in *Badger v. Canada (Attorney-General)*<sup>13</sup> in the Manitoba Court of Appeal where he alone concluded that paragraph 14(4)(e) did not conflict with section 3 of the Charter. He stated:

In my opinion, the enactment of s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was intended to entrench and to constitutionalize the traditional and fundamental right to vote enjoyed and practised by Canadian citizens subject to the reasonable statutory conditions and disqualifications then extant which attached to it. Thus, the right to vote in s. 3 should be read as reflecting that right as it had developed and was known in our country. I am satisfied that the framers of the Charter did not intend to create a new right, reflecting some unfamiliar, unconditional and abstract ideal which had never been enjoyed or accepted by the citizens of Canada. In these circumstances, it is clear that s. 14(4)(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970, c. 14 (1st Supp.), an integral part of the right to vote since Confederation, cannot be construed as being in breach of s. 3 of the Charter. With respect, I find that to hold otherwise, given the history and development of the right to vote in our country, requires a rigid, blinkered and literal interpretation of s. 3 which is unreasonable, unrealistic and unjustified.<sup>14</sup>

With the greatest respect I am unable to concur with the learned judge. It appears to me that this view of Charter rights is based on the “frozen concept” interpretation applied to the *Canadian*

fondée sur l'article premier de la Charte. (Dans l'affaire subséquente *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*<sup>12</sup>, la Cour a statué à la majorité que certaines restrictions imposées à l'expression commerciale étaient justifiables en vertu de l'article premier.) La formule «liberté d'expression» est beaucoup plus vague que la phrase «droit de vote . . . aux élections législatives fédérales», et pourtant la Cour suprême n'a pas voulu restreindre le contenu intrinsèque de cette garantie à l'article 2. Il y a beaucoup moins de raison de restreindre ainsi le contenu de l'article 3 à ce que certains pourraient considérer comme une formulation plus commode qui supprimerait la nécessité de justifier, en vertu de l'article premier, toute restriction au droit de vote.

L'avocat de la défenderesse s'est appuyé en partie sur la décision du juge Lyon de la Cour d'appel du Manitoba dans *Badger v. Canada (Attorney-General)*<sup>13</sup> où celui-ci, seul, a statué que l'alinéa 14(4)e n'était pas incompatible avec l'article 3 de la Charte. Il a déclaré:

[TRADUCTION] À mon avis, l'adoption de l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* devait enchâsser dans la Constitution le droit de vote traditionnel et fondamental dont jouissaient les citoyens canadiens et qu'ils exerçaient, sous réserve des conditions et incapacités légales raisonnables qui avaient alors cours et auxquelles ce droit était assujéti. Le droit de vote prévu à l'article 3 devrait donc être interprété comme représentant ce droit tel qu'il avait évolué et était connu dans notre pays. Je suis persuadé que les auteurs de la Charte n'avaient pas l'intention de créer un nouveau droit qui aurait correspondu à quelque idéal abstrait, absolu et nouveau dont les citoyens canadiens n'auraient jamais joui ou qu'ils n'auraient jamais accepté. Dans ce contexte, il est clair que l'alinéa 14(4)e de la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> Supp.), chap. 14, partie intégrante du droit de vote depuis la Confédération, ne peut être interprété comme enfreignant l'article 3 de la Charte. J'estime respectueusement que pour soutenir le contraire, compte tenu de l'histoire et de l'évolution du droit de vote dans notre pays, il faut interpréter l'article 3 de façon rigide, étroite et littérale, ce qui n'est ni raisonnable, ni réaliste, ni justifié.<sup>14</sup>

Sauf le respect que je dois au juge, je ne saurais partager son avis. Cette interprétation des droits énoncés dans la Charte me paraît fondée sur la «théorie du gel des droits» appliquée à la *Déclara-*

<sup>12</sup> [1989] 1 S.C.R. 927.

<sup>13</sup> (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.).

<sup>14</sup> *Supra*, note 13, at p. 192.

<sup>12</sup> [1989] 1 R.C.S. 927.

<sup>13</sup> (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.).

<sup>14</sup> *Supra*, note 13, à la p. 192.

*Bill of Rights*.<sup>15</sup> It is my understanding that the Supreme Court of Canada has rejected this concept as a guide to the interpretation of the Charter. For example in *R. v. Big M Drug Mart Ltd et al.*, Dickson C.J. writing for the majority stated:

The language of the *Charter* is imperative. It avoids any reference to existing or continuing rights but rather proclaims in the ringing terms of s. 2 that:

2. Everyone has the following fundamental freedoms: (a) Freedom of conscience and religion;

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter* . . . .<sup>16</sup>

Consequently the Court in that case struck down the *Lord's Day Act*<sup>17</sup> even though its restrictions on Sunday commercial activity had been in effect since 1906 and had clearly established a familiar limitation on freedom of religion long before the Charter was adopted.

I therefore conclude that paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* and its predecessor, paragraph 14(4)(e), conflict with section 3 of the Charter.

#### Possible conflict with section 15 of the Charter

Subsection 15(1) of the Charter provides as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

While the issue is raised by the pleadings and the amended agreed statement of facts as to whether the statutory restriction on the plaintiff's right to vote denies him equality under the law contrary to subsection 15(1) of the Charter, counsel for the plaintiff did not press this argument and counsel

<sup>15</sup> R.S.C. 1970, Appendix III. This concept is described in Beaudoin and Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989) at pp. 8-9. It was based on the particular wording of section 1 of the Bill which "declared that . . . there have existed and shall continue to exist. . ." the right described in the Bill. (Emphasis added.)

<sup>16</sup> [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 343-344.

<sup>17</sup> R.S.C. 1970, c. L-13.

*tion canadienne des droits*<sup>15</sup>. Je crois comprendre que la Cour suprême du Canada a rejeté cette théorie comme norme d'interprétation de la Charte. Ainsi, par exemple, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd et autres*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a déclaré:

Le texte de la *Charte* est impératif. Elle évite de parler de droits existants ou de droits qui continuent d'exister et fait plutôt, à l'art. 2, cette proclamation retentissante:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes: a) la liberté de conscience et de religion;

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront apprécées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte* . . . .<sup>16</sup>

Par conséquent, la Cour dans cette affaire a abrogé la *Loi sur le dimanche*<sup>17</sup> bien que les restrictions qu'elle apportait à l'activité commerciale le jour du Seigneur aient été en vigueur depuis 1906 et aient clairement fixé des limites reconnues à la liberté de religion bien avant l'adoption de la Charte.

Je conclus donc que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* et celui qui l'a précédé, soit l'alinéa 14(4)e), sont incompatibles avec l'article 3 de la Charte.

#### Possibilité de conflit avec l'article 15 de la Charte

Voici le paragraphe 15(1) de la Charte:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Bien que les plaidoiries et l'exposé conjoint des faits modifié soulèvent la question de savoir si les restrictions apportées par la loi au droit de vote du demandeur suppriment son droit à l'égalité devant la loi à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte, l'avocat du demandeur n'a pas insisté sur

<sup>15</sup> S.R.C. 1970, appendice III. Cette théorie est décrite dans Beaudoin et Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés* (2e éd., 1989) à la p. 11. Elle reposait sur le libellé particulier de l'article premier de la Déclaration où l'on pouvait lire «que . . . [les droits qui y étaient décrits] ont existé et continueront à exister . . . » (Je souligne.)

<sup>16</sup> [1985] 1 R.C.S. 295, aux p. 343 et 344.

<sup>17</sup> S.R.C. 1970, chap. L-13.



for the defendant was content to respond to this issue through his written memorandum of fact and law. I believe it is now clear since decisions such as *R. v. Turpin*<sup>18</sup> and *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*,<sup>19</sup> that for there to be "discrimination" as prohibited by subsection 15(1) the grounds of discrimination must be those specified in subsection 15(1) or others analogous thereto. I am unable to conclude that a law applied to the plaintiff to his disadvantage by reason of the circumstance that he has committed a crime and is imprisoned under lawful sentence amounts to discrimination on some ground analogous to those specified in subsection 15(1).

I therefore conclude that paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* like its predecessor paragraph 14(4)(e) is not inconsistent with section 15 of the Charter.

Possible justification under section 1 of the Charter

Two of the three members of the panel of the Manitoba Court of Appeal hearing the case of *Badger v. Canada (Attorney-General)*,<sup>20</sup> while accepting that the predecessor to paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* was in conflict with section 3 of the Charter, upheld it on the basis of section 1 thereof. Lyon J.A. who had found no conflict with section 3, also agreed that it was justified by section 1. It is with great deference and some hesitation, therefore, that I embark on this enquiry once again even though the decision of the Manitoba Court of Appeal is not binding on this Court.

I have concluded that the question requires reexamination, however, given the specifics of the decision of the Manitoba Court of Appeal and the circumstances under which it was rendered. It appears to me that the most important factor in the reasons of Monnin C.J.M. and Philp J.A. was that in their view the Trial Judge had given an inappropriate remedy on the eve of an election. A federal election was to be held on November 21, 1988. On November 8, 1988 Hirschfield J., of the

cette question et l'avocat de la défenderesse s'est contenté d'y répondre dans son exposé écrit des faits et du droit. Je crois qu'il est maintenant clair, depuis des arrêts tels *R. c. Turpin*<sup>18</sup> et *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*,<sup>19</sup> que pour qu'il y ait «discrimination» au sens où l'interdit le paragraphe 15(1), les motifs de discrimination doivent être ceux qu'il précise ou d'autres motifs analogues. Je ne peux pas conclure que l'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il est incarcéré en vertu d'une condamnation légitime, constitue de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1).

Je statue donc que l'alinéa 51(e) de la *Loi électorale du Canada*, comme celui qui l'a précédé, soit l'alinéa 14(4)(e), n'est pas incompatible avec l'article 15 de la Charte.

Possibilité de justification en vertu de l'article premier de la Charte

Deux des trois juges de la Cour d'appel du Manitoba saisis de l'affaire *Badger v. Canada (Attorney-General)*<sup>20</sup>, tout en reconnaissant que la version antérieure de l'alinéa 51(e) de la *Loi électorale du Canada* était incompatible avec l'article 3 de la Charte, l'ont maintenue en se fondant sur l'article premier de celle-ci. En appel, le juge Lyon qui n'avait pas trouvé d'incompatibilité entre ledit alinéa et l'article 3 a aussi convenu que la justification de l'alinéa en cause pouvait être démontrée selon l'article premier. C'est donc avec beaucoup de respect et non sans hésitation que je reprends cet examen, même si l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba ne lie pas cette Cour.

J'en suis venu à la conclusion qu'il fallait étudier de nouveau cette question, compte tenu des points particuliers de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et des circonstances dans lesquelles il a été rendu. Il me semble que le facteur le plus important dans les motifs énoncés par le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge Philp de la Cour d'appel est que, selon eux, le juge de première instance avait consenti un redressement inapproprié à la veille d'une élection. Des élections fédéra-

<sup>18</sup> [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1332-1333.

<sup>19</sup> [1989] 1 S.C.R. 922, at p. 924.

<sup>20</sup> *Supra*, note 6.

<sup>18</sup> [1989] 1 R.C.S. 1296, aux p. 1332 et 1333.

<sup>19</sup> [1989] 1 R.C.S. 922, à la p. 924.

<sup>20</sup> *Supra*, note 6.

Manitoba Queen's Bench, after a three day hearing, declared that then paragraph 14(4)(e) was inconsistent with section 3 of the Charter and not justified under section 1 of the Charter, being void and of no effect in law. He thereupon ordered the Chief Electoral Officer, one of the respondents, to enumerate the inmates of all penal institutions and ensure that those otherwise lawfully qualified «have the physical capability to vote» in the election to be held on November 21st, some thirteen days later. An appeal from that decision was argued before the Manitoba Court of Appeal on November 14th and 15th and a decision allowing the appeal was issued on November 18th, some three days before the election. It will be noted that relief had been sought, and granted by the Trial Judge, against the Chief Electoral Officer of Canada who would clearly seem to come within the definition of a "federal board, commission or other tribunal" in section 2 of the *Federal Court Act*.<sup>21</sup> This would bring any relief sought against him within the exclusive jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court under section 18 of the *Federal Court Act*. Both Monnin C.J.M and Philp J.A. recognized the jurisdictional problem but found it unnecessary to decide given their conclusion that the order should in any event be set aside. Both judges appear to take the position that even if the Trial Judge found paragraph 14(4)(e) to be invalid he should not have made the order he did: instead, he should have preserved the *status quo* and allowed Parliament to modify the *Elections Act*.<sup>22</sup> It was recognized that the machinery did not exist for the conduct of a "mail-in vote" and such could not reasonably be organized on short notice. The difficulty of the writ of the Manitoba Court only extending to that province, whereas the administration of a federal law was at stake resulting in potential disparity among provinces as to the right of prisoners to vote in a federal election, was also noted. While the merits of a possible justification under section 1 were considered briefly, it appears that the main evidence before the court on that issue had to do with voting restrictions in other jurisdictions. Philp J.A. said that he agreed "*dubitante*" with the conclu-

les allaient avoir lieu le 21 novembre 1988. Le 8 novembre, le juge Hirschfield de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, après trois jours d'audience, a statué que l'alinéa 14(4)e) alors en vigueur était incompatible avec l'article 3 de la Charte et non justifié en vertu de l'article premier de celle-ci, et était nul et sans effet en droit. Il a alors ordonné au directeur général des élections, l'un des intimés, de recenser les détenus de toutes les institutions pénitentiaires et de s'assurer que ceux qui, par ailleurs, étaient légalement habilités à le faire [TRADUCTION] «aient physiquement la possibilité de voter» aux élections devant avoir lieu le 21 novembre, soit treize jours plus tard. La Cour d'appel du Manitoba a été saisie d'un pourvoi de cette décision qu'elle a entendu les 14 et 15 novembre et a accueilli le pourvoi le 18 novembre, trois jours avant les élections. On notera que le redressement avait été sollicité auprès du juge de première instance et par lui accordé contre le directeur général des élections du Canada qui entrerait manifestement dans la définition d'«office, commission ou autre tribunal fédéral» de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>21</sup> Cela signifie que toute demande de redressement formulée contre lui relevait de la compétence exclusive de la section de première instance de la Cour fédérale en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Tant le juge en chef Monnin du Manitoba que le juge Philp de la Cour d'appel ont reconnu l'existence du problème de compétence mais ont estimé inutile de le résoudre vu qu'ils statuaient que l'ordonnance devait de toute façon être annulée. Les deux juges semblent avoir adopté comme position que même si le juge de première instance avait déclaré invalide l'alinéa 14(4)e), il n'aurait pas dû rendre l'ordonnance qu'il a rendue; il aurait plutôt dû préserver le statu quo et permettre au Parlement de modifier la *Loi électorale*.<sup>22</sup> Il a été reconnu que les mécanismes nécessaires à la tenue d'un scrutin par la poste n'existaient pas, et qu'il ne serait pas possible d'en organiser un en un si bref délai. On a également pris note des problèmes que poserait le fait qu'une ordonnance du tribunal du Manitoba ne s'appliquant que dans cette province alors qu'il s'agissait de l'application d'une loi fédé-

<sup>21</sup> The version then in force being R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

<sup>22</sup> *Badger case supra*, note 6 at pp. 187, 189-190.

<sup>21</sup> La version alors en vigueur était celle des S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10.

<sup>22</sup> Arrêt *Badger* précité, note 6, aux p. 187, 189 et 190.

sion of the Chief Justice on this point, his doubt arising from

... the broad sweep of the disqualification, affecting all inmates in any penal institution, regardless of the nature of the offences for which they were convicted and regardless of the length of their sentences.<sup>23</sup>

In the present case there has been no immediacy and no problem as to an appropriate remedy: the only remedy being sought is a declaration as to the constitutionality of the law in question. Notwithstanding the views of Monnin C.J.M. and Philp J.A. in the *Badger* case, I consider it entirely permissible for me to hold the provision to be invalid and of no effect if I conclude that it is not justified under section 1 of the Charter. Indeed, I have a duty to do so under 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]] unless circumstances were such that I could grant some appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter.<sup>24</sup>

In approaching anew the question of whether the limitation of section 3 rights imposed by paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* is justifiable under section 1, I have had regard to what Dickson C.J. stated in *R. v. Oakes* as to a "contextual element of interpretation of section 1" provided by the words "free and democratic society" in that section.

Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human

<sup>23</sup> *Ibid.*, at p. 188.

<sup>24</sup> See *Big M* case, *supra*, note 16, at p. 313; *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129 (C.A.), at pp. 136-138.

rale, elle pourrait produire des disparités entre les provinces quant au droit de vote des détenus à des élections fédérales. Si l'on a abordé brièvement le bien-fondé d'une éventuelle justification en vertu de l'article premier, il semble que les principales dépositions devant le tribunal sur cette question aient eu trait aux restrictions au droit de vote dans d'autres juridictions. Le juge Philp de la Cour d'appel s'est dit d'accord avec la décision du juge en chef sur ce point mais non sans éprouver quelque doute lui venant de

[TRADUCTION] ... la vaste portée de l'inhabilité frappant tous les détenus de quelque établissement pénitentiaire que ce soit, indépendamment de la nature des infractions pour lesquelles ils ont été condamnés et de la durée de leur peine.<sup>23</sup>

En l'espèce, il n'y avait ni urgence ni problème quant au caractère approprié du recours, le seul sollicité était un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la loi en cause. Nonobstant les opinions émises par le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge Philp de la Cour d'appel dans l'arrêt *Badger*, j'estime qu'il m'est entièrement loisible de statuer que l'alinéa est invalide et sans effet si je conclus que sa justification ne peut se démontrer selon l'article premier de la Charte. Il est même de mon devoir de le faire d'après l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] à moins que les circonstances ne soient telles que je puisse accorder quelque réparation convenable aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte.<sup>24</sup>

En abordant à nouveau la question de savoir si les restrictions apportées aux droits énoncés à l'article 3 par l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* sont justifiables selon l'article premier, j'ai tenu compte de l'opinion exprimée par le juge Dickson de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes* quant à «l'élément contextuel d'interprétation de l'article premier» fourni par les mots «société libre et démocratique» de cet article.

L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être

<sup>23</sup> *Ibid.*, à la p. 188.

<sup>24</sup> Voir l'arrêt *Big M*, précité, note 16, à la p. 313; *Schachter v. Canada*, [1990] 2 C.F. 129 (C.A.), aux p. 136 à 138.

person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.<sup>25</sup> (Emphasis added.)

It is important to note the recognition in this statement of respect for the individual as an inherent element of a free and democratic society.

In this same case the Supreme Court of Canada laid down basic criteria for reliance on section 1 as a justification for abridgements of rights otherwise guaranteed by the Charter. The Court made it clear that the onus is on the party seeking to uphold the limitation of rights, the burden of proof being by a preponderance of probability which test, it said, "must be applied rigorously".<sup>26</sup> The limitation must be justified both as to its ends and as to its means: or what is now commonly described as the test of both the objective and the proportionality of the limitation. The objective, it was said, must "relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" before it can justify the limitation. If the limitation is justified by this test, then the proportionality of its means must be demonstrated. The Supreme Court elaborated the latter test as involving three aspects:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, . . . Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".<sup>27</sup>

<sup>25</sup> [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136.

<sup>26</sup> *Ibid.*, at pp. 136-137.

<sup>27</sup> *Ibid.*, at p. 139.

humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer<sup>25</sup>. (Je souligne.)

Il importe de souligner, dans cette déclaration, la reconnaissance du respect de l'individu comme élément intrinsèque d'une société libre et démocratique.

Dans cette même affaire, la Cour suprême du Canada a établi des critères qui permettent d'invoquer l'article premier de la Charte pour justifier des restrictions aux droits garantis par celle-ci. La Cour a établi clairement que c'est à la partie qui préconise des restrictions à un droit qu'il incombe d'en démontrer la légitimité en en faisant la preuve selon la prépondérance des probabilités, critère, d'ajouter la Cour, qui «doit être appliqué rigoureusement»<sup>26</sup>. Les restrictions doivent être justifiées tant par leurs fins que par leurs moyens, c'est-à-dire qu'il faut leur appliquer ce que l'on appelle communément aujourd'hui la règle à la fois de l'objectif et de la proportionnalité. Il faut que l'objectif, a-t-on dit, «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour que les restrictions puissent se justifier. Si les restrictions sont justifiées selon cette norme, il faut alors appliquer le critère de proportionnalité aux moyens employés pour les mettre en œuvre. Selon la Cour suprême, ce dernier critère comporte trois éléments:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [. . .] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important»<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136.

<sup>26</sup> *Ibid.*, aux p. 136 et 137.

<sup>27</sup> *Ibid.*, à la p. 139.

Some moderation of the test of a legitimate objective was later suggested in the case of *Andrews v. Law Society of British Columbia* where McIntyre J. resiled from the “pressing and substantial” test to one of determining whether the limitation

... represents a legitimate exercise of the legislative power for the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights.<sup>28</sup>

Counsel for the defendant also pointed out that in the recent Supreme Court of Canada decision in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*<sup>29</sup> La Forest J. writing for the majority had indicated that a court should be more activist in judging proportionality of a measure where the state is the “singular antagonist” of the person whose rights have been violated, but show more deference to the legislative assessment of proportionality in respect of legislation involving “the reconciliation of claims of competing individuals or groups”. Counsel for the defendant contended that if paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* limits the right to vote, this is a limitation of the latter kind and therefore the Court should defer to the judgment of Parliament. I am unable to see why this limitation is not one where the state is the “singular antagonist” of the plaintiff whose rights have been violated. The justifications offered by the defendant for this legislation, which will be discussed below, all relate to the public interest supposedly represented by the state. I therefore see no need for a greater measure of deference to Parliament in assessing the proportionality of this limitation, assuming it has some valid objective.

I will now turn to the application of the two tests under section 1 as mandated by the Supreme Court.

(i) Objective — The defendant defines the objectives of paragraph 51(e) and its predecessor as being:

- (a) to affirm and maintain the sanctity of the franchise in our democracy;
- (b) to preserve the integrity of the voting process; and
- (c) to sanction offenders.

<sup>28</sup> [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 184.

<sup>29</sup> [1990] 3 S.C.R. 483.

Par la suite, dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, il a été proposé d'atténuer quelque peu la règle de la légitimité de l'objectif quand le juge McIntyre a préféré à la norme des préoccupations «urgentes et réelles» une règle consistant à décider si la restriction

... constitue un exercice légitime du pouvoir législatif visant à réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution<sup>28</sup>.

L'avocat de la défenderesse a également signalé que dans le récent arrêt de la Cour suprême du Canada, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*<sup>29</sup>, le juge La Forest, au nom de la majorité, a déclaré qu'un tribunal devrait jouer un rôle plus actif en jugeant de la proportionnalité d'une mesure lorsque l'État est l'«adversaire singulier» de la personne dont les droits ont été violés, mais montrer plus de déférence pour le législateur dans l'appréciation qu'il fait de la proportionnalité lorsqu'il s'agit de «la conciliation des revendications contraires de groupes ou d'individus». Pour l'avocat de la défenderesse, si l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* restreint le droit de vote, il s'agit d'une restriction du second type et le tribunal devrait par conséquent s'en remettre au jugement du Parlement. Je suis incapable de voir pourquoi cette restriction n'en serait pas une où l'État est l'«adversaire singulier» du demandeur dont les droits ont été violés. Les justifications qu'invoque la défenderesse en faveur de cette loi, que nous étudierons plus loin, ont toutes trait à l'intérêt du public supposément représenté par l'État. Je ne vois donc aucune nécessité de se montrer plus déférent envers le Parlement dans l'appréciation que l'on fait de la proportionnalité de cette restriction en supposant qu'elle vise un objectif légitime.

J'aborde maintenant l'application des deux critères imposés par la Cour suprême pour l'interprétation de l'article premier.

(i) L'objectif — La défenderesse définit les objectifs de l'alinéa 51e) et de sa version antérieure ainsi:

- a) proclamer et sauvegarder le caractère sacré du droit de vote dans notre démocratie;
- b) préserver l'intégrité du processus électoral; et
- c) imposer des sanctions aux contrevenants.

<sup>28</sup> [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 184.

<sup>29</sup> [1990] 3 R.C.S. 483.

The only evidence produced by the defendant in support of the limitation of the right of prisoners to vote was that of an expert, Professor Rainer Knopff, professor of political science at the University of Calgary. His evidence related primarily to objectives (a) and (b) and, to a much lesser degree, objective (c). The defendant specifically eschewed any claim that allowing prisoners to vote would create undue administrative or security problems and no evidence was presented to this effect.

With respect to objective (a) involving the “sanctity” of the franchise, the basic proposition of the defendant is that

constitutional democracies require a decent and responsible citizenry who respect and voluntarily abide by the laws of the state.

Much of the evidence of professor Knopff focused on this proposition. He analyzed the views of a variety of political and legal philosophers from the 17th to the 20th century in support. He demonstrated how this notion of the prerequisite of a democratic state has been variously based on natural rights, social contract, liberal philosophy, and utilitarian theories.

This proposition appears to me to be descriptive, rather than prescriptive. The “social contract” is surely a metaphor for the evolution of modern consensually-based societies, which are based on at least the acquiescence of most citizens in the system of government in place. There flows from this a general, but not universal, acceptance of the laws generated by that system. As many liberal philosophers have observed, a liberal democracy cannot be maintained where laws are not generally acceptable to most people because otherwise the police measures necessary for effective law enforcement would destroy individual rights and liberties.

While this proposition of the defendant embodies a reasonable description of certain practical preconditions for a modern liberal democratic state, it is not self-apparently prescriptive of exclusionary measures that may or must be taken against certain classes of potential voters. On its face it does not alter the basic principle that in a democratic state it is the voters who choose the government, not the other way around.

Le seul témoignage produit par la défenderesse à l'appui des restrictions au droit de vote des détenus a été celui d'un spécialiste, M. Rainer Knopff, professeur de sciences politiques à l'Université de Calgary. Son témoignage avait trait surtout aux objectifs a) et b) et, dans une moindre mesure, à l'objectif c). La défenderesse s'est particulièrement abstenue de prétendre que le fait de permettre aux prisonniers de voter créerait des problèmes administratifs ou de sécurité injustifiés et aucun élément de preuve n'a été présenté en ce sens.

Quant à l'objectif a) touchant le «caractère sacré» du droit de vote, le principe fondamental de la défenderesse est que

la démocratie constitutionnelle exige des citoyens honnêtes et responsables qui se soumettent spontanément aux lois de l'État.

Une bonne part du témoignage du professeur Knopff est centrée sur cette proposition. Il analyse les opinions de divers auteurs de philosophie politique et juridique depuis le XVIIe jusqu'au XXe siècle à l'appui de sa thèse. Il démontre comment ce prérequis de l'État démocratique a été diversement fondé sur le droit naturel, le contrat social, la philosophie libérale et les théories utilitaires.

Cette démonstration me paraît tenir davantage de la description que de la prescription. Le «contrat social» est sûrement une métaphore pour désigner l'évolution des sociétés modernes fondées sur le consensus, soit au moins sur la soumission de la plupart des citoyens au système de gouvernement établi. D'où découle une acceptation générale mais non universelle des lois édictées par ce système. Comme l'ont fait observer de nombreux philosophes libéraux, une démocratie ne saurait survivre là où les lois ne sont pas généralement acceptables à la plupart des gens car autrement les mesures de police nécessaires pour appliquer efficacement les lois détruiraient les droits et libertés individuels.

Si cette définition de la défenderesse contient une description raisonnable de certaines conditions pratiques préalables à un État démocratique libéral et moderne, elle ne semble pas d'elle-même prescrire les mesures d'exclusion qui peuvent ou doivent être prises contre certaines catégories d'éventuels électeurs. À première vue, elle ne modifie pas ce principe fondamental qui veut qu'en démocratie, ce soient les électeurs qui choisissent le gouvernement et non l'inverse.

What I must instead be satisfied about in the case before me is the justifiability of the objective of this particular law. How is that objective to be determined? Presumably I can resort to both its purpose and its effect to the extent that these can be ascertained. There is no hint in the *Canada Elections Act* as to the purpose of this provision: the disqualification of prisoners appears amidst a number of disparate disqualifications including those of officers responsible for the conduct of the election, federally appointed judges, those deprived of management of their property by reason of mental disease and those specifically disqualified for corrupt or illegal election practices. No extrinsic evidence was presented to me as to the purpose of Parliament in adopting this legislation, other than the retrospective rationalizations offered by professor Knopff. His able description of the ruminations of philosophers from Immanuel Kant to George Grant gives me very little clue as to the specific purpose of the Parliament of Canada in adopting paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*. When I look to its effect, however — and I have only the words of the Act and judicial notice of community characteristics to guide me — I am unable to see evidence of a legitimate objective of requiring a “decent and responsible citizenry”, even using the less demanding test of

the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights.<sup>30</sup>

Although it is essential to a modern liberal democracy that the majority of people be “decent and responsible” in the sense of accepting the existence of the state and the legitimacy of its legal system as well as obeying most of its positive laws, this tells us very little about how far the state can go in suppressing those who do not conform to the majority consensus. It seems to me a very dubious proposition to accept as a corollary of such a state that its legislators may impose tests of “decency” and “responsibility” on voters going beyond basic requirements of capacity (related to maturity and mental condition) to cast a meaningful vote. Even if such a “social objective” can be legitimate, the law in question here must be seen as not embodying such an objective. It is arbitrary in singling out one category of presumably indecent or irrespon-

<sup>30</sup> *Supra*, note 28.

Ce dont je dois plutôt m’assurer, dans l’affaire dont je suis saisi, c’est que l’objectif de cette loi particulière est justifiable. Comment déterminer cet objectif? Je présume que je puis le faire en étudiant tant son but que ses effets dans la mesure où ceux-ci peuvent être établis. La *Loi électorale du Canada* ne fournit aucun indice sur le but de cette disposition: l’incapacité qui frappe les détenus figure parmi diverses autres, notamment celle des directeurs et fonctionnaires responsables du déroulement du scrutin, les juges nommés par les autorités fédérales, les personnes privées de la gestion de leurs biens pour cause de maladie mentale et les personnes spécifiquement inhabiles à voter pour manœuvres électorales frauduleuses ou actes illégaux. Il ne m’a été soumise aucune preuve extrinsèque de l’objectif poursuivi par le Parlement en adoptant cette législation, autre que la rétrospective théorique du professeur Knopff. Son expertise description des méditations des philosophes d’Emmanuel Kant à George Grant me fournit très peu d’indices de l’objectif exact poursuivi par le Parlement en adoptant l’alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Mais lorsque je considère son effet — et je n’ai pour me guider que les termes de la Loi et ma connaissance d’office des caractéristiques de la collectivité —, je suis incapable d’y voir la preuve d’un objectif légitime consistant à exiger «des citoyens honnêtes et responsables», même en utilisant une norme moins sévère, soit

réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution<sup>30</sup>.

Bien qu’il soit essentiel à une démocratie libérale moderne que la majorité de ses citoyens soient «honnêtes et responsables» en ce sens qu’ils acceptent l’existence de l’État et la légitimité de son système juridique et qu’ils obéissent à la plupart de ses lois positives, cela nous en dit très peu sur jusqu’où l’État peut aller dans la suppression de ceux qui ne se conforment pas à la volonté de la majorité. Il me semble fort douteux que l’on puisse accepter comme corollaire de l’existence d’un tel État que ses législateurs puissent imposer des critères d’honnêteté et de responsabilité aux électeurs au-delà des exigences fondamentales relatives à la capacité (liée à la majorité et à la santé mentale) de déposer un bulletin de vote en connaissance de cause. Même si un tel «objectif social» pouvait être légitime, il faut considérer que la loi

<sup>30</sup> Précité, note 28.

sible citizens to deny them a right which they otherwise clearly have under section 3. It is self-apparent that there are many indecent and irresponsible persons outside of prison who are entitled to vote and do vote; on rare occasions some even get elected to office. On the other hand there are many law-breakers who are never charged with offences, and a high percentage of those who are never imprisoned. Those who have been identified among the indecent and irresponsible by a sentence of imprisonment do not necessarily become decent and responsible upon release, although their voting rights automatically arise again under the *Canada Elections Act*. I therefore do not find, in the effects of this provision, a clear indication of a legitimate objective of confining the vote to the “decent” and the “responsible”, nor do I find that objective sufficiently meaningful or workable to sustain a direct and expressed deprivation of a right guaranteed under section 3 of the Charter.

In support of objective (b) concerning the preservation of the “integrity of the voting process” as asserted by the defendant, counsel argued that voting involves more than marking a ballot: it is the final step after discussion and debate. Therefore the deprivation of a prisoner’s right to vote is a recognition that “the conditions which . . . prevail in a penal institution, are inimical to such discussion and interplay”. There was absolutely no evidence presented on this point by the defendant. The plaintiff in his own testimony related how he was able to follow public events in prison through watching numerous public affairs programs on television and reading newspapers and magazines regularly available to inmates.<sup>31</sup> I therefore do not accept this as an objective sufficient to justify the

<sup>31</sup> I refused to allow another witness to testify for the plaintiff on the subject of conditions in this respect in several prisons. It appeared to me that his evidence was of an expert nature which had not been preceded by a proper affidavit as required by Rule 482. I indicated that I would consider allowing him to give rebuttal evidence, as is permitted under Rule 482, if the defendant introduced evidence on this subject. The defendant introduced no such evidence and the plaintiff made no further request to call this witness.

en cause ici ne comporte pas un tel objectif. Elle est arbitraire en ce qu’elle distingue une catégorie de citoyens présumés malhonnêtes ou irresponsables pour leur retirer un droit que par ailleurs l’article 3 manifestement leur confère. Il est évident qu’il y a de nombreuses personnes malhonnêtes et irresponsables hors des prisons qui ont le droit de vote et qui de fait votent; il arrive même parfois que certaines se fassent élire. Par contre, de nombreux contrevenants ne sont jamais accusés et un fort pourcentage de ceux qui le sont ne sont jamais incarcérés. Ceux qui ont été désignés parmi les malhonnêtes et irresponsables par une peine d’emprisonnement ne deviennent pas nécessairement honnêtes et responsables à leur élargissement, bien qu’ils récupèrent automatiquement et aussitôt leur droit de vote en vertu de la *Loi électorale du Canada*. Je ne trouve donc pas dans les effets de cette disposition une indication claire d’un objectif légitime consistant à réserver le droit de vote aux gens «honnêtes» et «responsables» et je ne trouve pas non plus que cet objectif a suffisamment de sens et est assez réalisable pour légitimer le retrait direct et explicite d’un droit garanti par l’article 3 de la Charte.

À l’appui de l’objectif b), soit la préservation de «l’intégrité du processus électoral» comme l’a affirmé la défenderesse, le procureur de celle-ci a soutenu que voter c’est plus que marquer un bulletin de vote: c’est l’étape finale après discussions et débats. Donc retirer à un détenu son droit de vote, c’est reconnaître que «les conditions qui . . . règnent dans une institution pénitentiaire ne permettent pas de telles discussions et échanges». La défenderesse n’en a pourtant présenté absolument aucune preuve. Dans sa propre déposition, le demandeur a raconté comment il pouvait suivre l’actualité en prison en regardant de nombreuses émissions sur les affaires publiques à la télévision et en lisant les journaux et périodiques régulièrement mis à la disposition des détenus<sup>31</sup>. Je n’ac-

<sup>31</sup> J’ai refusé à un autre témoin la possibilité de déposer pour le demandeur au sujet des conditions régnant à ce propos dans plusieurs prisons. Il m’a semblé que ce témoignage était assimilable à un témoignage d’expert et qu’il n’avait pas été précédé du dépôt d’un affidavit en bonne et due forme ainsi que l’exige la Règle 482. J’ai déclaré que si la défenderesse présentait quelque preuve à ce sujet, j’envisagerais de le laisser réfuter cette preuve, comme le permet la Règle 482. La défenderesse n’a produit aucune preuve en ce sens et le demandeur n’a plus demandé à faire comparaître ce témoin.



denial of a right expressly guaranteed by section 3 of the Charter.

The defendant put in evidence through Professor Knopff, and through filing legislation of Canadian and foreign jurisdictions, to show that the disqualification of prisoners from voting is a widespread practice in countries we would regard as free and democratic. I understand this to be submitted essentially in support of objectives (a) and (b) as identified by the defendant. Professor Knopff demonstrated that such disqualification goes back to at least the beginning of the 19th century, and one might observe that before that time the franchise in most of these countries was already drastically limited to the privileged few. Without going into details of existing provisions one may note that in all provinces of Canada except Newfoundland and Quebec prisoners are denied the right to vote in provincial elections. In the United Kingdom and New Zealand prisoners may not vote. All but eight of the states in the continental United States deny the vote to prisoners convicted for at least certain crimes, varying from one state to another. In Australia at the federal level there is disenfranchisement for those convicted of more serious offences. Among the Australian states, one disqualifies all prisoners under conviction, four states disqualify those serving sentences of more than a specified number of years, and one state permits prisoners to vote. France disqualifies many categories of convicted persons, including some not serving prison sentences. As a practical matter prisoners in Ireland cannot vote because they are not released for this purpose nor is there any system of proxy voting. On the other hand, convicted persons have the same right to vote as anyone in Denmark, Sweden, and Switzerland. Interestingly, in certain other states the deprivation of the right to vote of a prisoner depends on the court specifically ruling to that effect: these include Germany, Greece, and Spain. I do not find this evidence compelling in support of the objectives of requiring a decent and responsible citizenry or preserving the integrity of the voting process. I have no idea what objective these countries had in mind, if any, in adopting these provisions.

cepte donc pas cela comme un objectif suffisant pour justifier la négation d'un droit expressément garanti par l'article 3 de la Charte.

La défenderesse, je crois comprendre, essentiellement à l'appui des objectifs a) et b) qu'elle a elle-même définis, a produit par l'entremise du professeur Knopff et en déposant des lois du Canada et d'autres États, des éléments de preuve visant à démontrer que le retrait du droit de vote aux détenus est une pratique courante dans des pays que nous considérons comme libres et démocratiques. Le professeur Knopff a démontré que cette perte de capacité remonte au moins au début du XIXe siècle, et il faut dire qu'avant cette époque, le droit de vote dans la plupart de ces pays était déjà rigoureusement réservé à quelques privilégiés. Sans entrer dans le détail des lois actuelles, il convient de noter que dans toutes les provinces du Canada sauf Terre-Neuve et Québec, les lois provinciales retirent aux détenus le droit de voter aux élections provinciales. Au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande, les détenus sont privés du droit de vote. Tous les États continentaux des États-Unis sauf huit retirent le droit de vote aux détenus condamnés pour au moins certains actes criminels variant d'un État à l'autre. En Australie, au niveau fédéral, l'incapacité frappe ceux qui sont condamnés pour les délits les plus graves. En Australie, un des États retire le droit de vote à tous les détenus condamnés, quatre à tous ceux qui purgent des peines de plus d'un nombre déterminé d'années et un permet aux détenus de voter. La France retire ce droit à de nombreuses catégories de condamnés dont certains ne purgent pas de peine d'emprisonnement. En Irlande, les détenus ne peuvent pas voter en pratique parce qu'on ne leur accorde pas de sortie à cette fin et qu'il n'existe pas de mode de vote par procuration. Par contre, les détenus peuvent voter comme tout le monde au Danemark, en Suède et en Suisse. Fait intéressant, dans certains autres États, notamment en Allemagne, en Grèce et en Espagne, c'est au tribunal qu'il revient, par une ordonnance spéciale à cet effet, de priver un détenu de son droit de vote. Je ne trouve pas que cette preuve me contraint à appuyer les objectifs qui consistent à exiger que les citoyens soient honnêtes et responsables ou à préserver l'intégrité du processus électoral. Je n'ai aucune idée des objectifs que ces pays ont pu avoir à l'esprit, si tant est qu'ils en aient eu, lorsqu'ils ont adopté ces dispositions.

Objective (c) contended for by the defendant, "to sanction offenders", appears to me to be much more plausible. The disqualification from voting provided in paragraph 51(e) is confined to those

undergoing punishment as an inmate in any penal institution for the commission of any offence.

Thus it does not disqualify those who are in prison awaiting trial, those charged with offences but not convicted, and those whose punishment by a prison term has been completed. Those who suffer a deprivation of their section 3 voting right are precisely those who have been identified as warranting punishment by imprisonment and the deprivation lasts as long as does the imprisonment. On the face of it it is hard to characterize this as an invalid objective in and of itself. It is accepted that the state may punish those who commit crimes even though such punishment involves the deprivation of Charter rights or liberties such as freedom of association and assembly in section 2.

(ii) Proportionality — I will apply, in respect of the objectives identified by the defendant, the three components of the proportionality test as identified in *Oakes*: namely, whether the means employed are rationally connected to the objective; if so do they impair as little as possible the right of freedom in question; and is there proportionality between the effects of the measure in question and the objective to be achieved.

As I have rejected the alleged objective of maintaining a decent and responsible citizenry and the integrity of the vote I will not deal at length with the proportionality test as applied to those objectives. If however I should be wrong in rejecting them as legitimate objectives I would simply refer back to what I said in the context of seeking to ascribe some objective to paragraph 51(e). That is, the impugned provision appears to me to be rationally connected to neither of these objectives. With respect to its use to require a decent and responsible citizenry, I indicated that by limiting its reach to those in prison it would arbitrarily single out a few of the many whose franchise should be denied on the same grounds. With respect to the alleged objective of preserving the integrity of the voting process, I have demonstrated that there was no evidence to show any rational connection between paragraph 51(e) and the exclusion from the

L'objectif c) que préconise la défenderesse, soit «imposer des sanctions aux contrevenants» me semble beaucoup plus plausible. La perte du droit de vote décrétée par l'alinéa 51e) se limite à toute

a personne

détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction.

Elle ne frappe donc pas les personnes détenues dans l'attente de leur procès, celles qui sont accusées mais non condamnées ni celles qui ont purgé leur peine d'emprisonnement. Les personnes privées du droit de vote prévu à l'article 3 sont précisément celles qui ont été désignées comme méritant une peine d'emprisonnement et la privation de leur droit dure aussi longtemps que leur peine. De prime abord, il est difficile de prétendre qu'un tel objectif ne soit pas légitime en soi. Il est admis que l'État peut punir les criminels, même si la peine comporte la privation de droits et libertés prévus à la Charte, telle la liberté d'association et d'assemblée mentionnée à l'article 2.

(ii) La proportionnalité — Je vais appliquer aux objectifs définis par la défenderesse les trois éléments du critère de proportionnalité établis dans l'arrêt *Oakes*, soit que les moyens employés doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif; le cas échéant, qu'ils portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question et enfin qu'il y ait proportionnalité entre les effets des mesures en question et l'objectif à atteindre.

Ayant rejeté comme prétendu objectif le maintien d'une population de citoyens honnêtes et responsables et de l'intégrité du processus électoral, je ne traiterai pas longuement de l'application du critère de proportionnalité à ces objectifs. Si toutefois j'avais tort de les rejeter comme objectifs légitimes, je renverrais tout simplement le lecteur à ce que j'ai écrit lorsque j'ai tenté d'attribuer un objectif quelconque à l'alinéa 51e). C'est-à-dire que les dispositions contestées me semblent n'avoir de lien rationnel avec aucun de ces objectifs. Quant à les utiliser pour obtenir des citoyens honnêtes et responsables, j'ai indiqué que le fait d'en limiter la portée aux seuls détenus, désignerait de façon arbitraire quelques-unes des nombreuses personnes auxquelles le droit de vote devrait être retiré pour les mêmes motifs. Quant à les utiliser pour préserver l'intégrité du processus électoral, j'ai démontré qu'aucune preuve n'attestait l'exis-

franchise of those not able to participate fully in political life. If one were to join this particular crusade advocated by Crown counsel, it would be necessary to disenfranchise the sick and the elderly who are confined to their homes or institutions, those in hospital prior to an election, probably those out of the country during election campaigns, the illiterate, those who live in remote parts of the country and, most of all, those hundreds of thousands who live in our midst and who, according to regular polls, take no interest whatever in politics. The absurdity of this proposition throws into question the whole argument that the state has a right to choose among adult citizens of sound mind as to who is worthy to vote.

Applying the second component of the *Oakes* test to these two alleged objectives, it cannot be said that the provision in question impairs "as little as possible" the section 3 rights; indeed the effect is quite the contrary. Paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* is a direct frontal assault on the right to vote of those to whom it applies, a total abolition of that right for the period in question.

Applying the third part of the *Oakes* test, I believe what has gone before will explain my conclusion that the serious effect of the total denial of the vote to prisoners is out of proportion to the very doubtful and ill-defined objectives under consideration at this point.

I now turn to the application of the *Oakes* test of proportionality to the third objective asserted, that of sanctioning offenders. There is a clearly rational connection between this objective of punishment and the denial of the vote. Denial applies only in respect of those convicted of crimes and sentenced to prison, while they are actually serving their sentences. Such persons are by definition worthy of punishment and the denial of the vote, like the legal denial of any other right or privilege of prisoners, is a penalty.

Again, however, it cannot be said that this means of punishment impairs the section 3 right

tence de quelque lien rationnel entre l'alinéa 51e) et le retrait du droit de vote à ceux qui sont incapables de participer pleinement à la vie politique. S'il fallait se joindre à cette croisade prêchée par le procureur de la Couronne, il faudrait déclarer inhabiles les malades et les personnes âgées retenues à la maison ou dans des institutions, celles qui sont hospitalisées avant des élections, probablement celles qui se trouvent à l'étranger pendant les campagnes électorales, les illettrés, ceux qui vivent dans des régions isolées du pays et surtout, ces centaines de milliers de personnes qui vivent parmi nous et qui, selon les scrutins réguliers, ne s'intéressent aucunement à la politique. L'absurdité de cette proposition remet en cause toute l'argumentation selon laquelle l'État aurait le droit de choisir, parmi les citoyens adultes et sains d'esprit ceux qui sont dignes de voter.

Si l'on applique à ces deux prétendus objectifs le deuxième élément du critère de l'arrêt *Oakes*, on ne saurait dire que la disposition en cause porte atteinte «de moins possible» aux droits prévus à l'article 3, bien au contraire. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* attaque directement le droit de vote des personnes auxquelles il s'applique en abolissant ce droit pour la période en cause.

Si l'on applique le troisième élément du critère de *Oakes*, je crois que ce qui précède expliquera ma conclusion, soit que les effets graves du refus total du droit de vote aux détenus est hors de proportion avec les objectifs fort douteux et mal définis examinés en l'espèce.

Je vais maintenant appliquer le critère de la proportionnalité établi dans *Oakes* au troisième objectif énoncé, soit l'imposition de sanctions aux contrevenants. Il existe un lien clairement rationnel entre cet objectif de châtement et le retrait du droit de vote. Ce retrait ne s'applique qu'aux personnes déclarées coupables d'actes criminels et condamnées à l'emprisonnement, pendant qu'elles purgent effectivement leur peine. Ces personnes, par définition, méritent un châtement et le retrait du droit de vote, comme le retrait légal de tout autre droit ou privilège aux détenus, constitue une sanction.

Ici encore, cependant, on ne saurait dire que ce mode de châtement porte atteinte «le moins possi-

“as little as possible”. Instead it directly and completely abolishes that right for the period of imprisonment. In this it is in contrast to incidental abridgment, brought about by imprisonment, of other Charter rights and freedoms such as freedom of association or assembly or expression.

Finally, with respect to voting disqualification as punishment, the government has not demonstrated to my satisfaction that the outright denial of the vote of every prison inmate is proportional to this objective. First, it may be noted that paragraph 51(e) applies no matter what the seriousness of the crime may be for which the inmate is being punished. Secondly, the actual effect on the inmate's right to vote will be quite arbitrary, depending on fortuitous circumstances such as the timing of federal elections in relation to the period he happens to serve his sentence. Thus someone in prison for two weeks for non-payment of parking fines could lose his vote for four years because his sentence happened to coincide with a federal election. On the other hand, someone sentenced to prison for five years for fraud or sexual assault and released on parole after three and one-half years might never miss the opportunity to vote. Thus there is no necessary coordination between serving of a prison sentence and the actual loss of a right to vote. Thirdly, there is a lack of proportionality between the objective and the denial of the vote in that corrections theory in Canada for the last fifty years has moved in the direction of rehabilitation and the preparation of inmates for reentry into society. This was described in the testimony of Professor Roderick C. Macleod, a professor of history at the University of Alberta, who testified on behalf of the plaintiff. The strength of any justification for the denial of the vote based on the objective of punishment must depend in part on the importance of punishment by itself in the process. It is implicit in our elaborate prison and parole programs that the corrections process involves something more than vengeance or deterrence: it is also designed to protect society by trying to further the orderly reentry therein of former inmates. This process begins before inmates complete their sentences and may include vocational or academic training in prison or extramurally, temporary passes, day parole, full parole, or mandatory supervision. In this process

ble» au droit prévu à l'article 3. Au contraire, il abolit directement et totalement ce droit pour la durée de l'emprisonnement. Il se distingue en cela de l'abolition incidente, résultant de l'emprisonnement, des autres droits et libertés prévus à la Charte, telle la liberté d'association, d'assemblée ou d'expression.

Enfin, pour ce qui est de la perte de la capacité de voter comme châtement, le gouvernement n'a pas démontré à ma satisfaction que le retrait absolu du droit de vote à tous les détenus est proportionné à cet objectif. D'abord, on peut noter que l'alinéa 51e) s'applique quelle que soit la gravité de l'acte pour lequel le détenu est puni. En second lieu, l'effet réel sur le droit de vote du détenu sera fort arbitraire, selon des circonstances fortuites tel le moment où des élections fédérales auront lieu par rapport à celui où il purgera sa peine. Ainsi, un individu incarcéré pendant deux semaines pour n'avoir pas réglé des contraventions au règlement sur le stationnement pourrait perdre son droit de vote pour quatre ans si sa peine coïncidait par hasard avec des élections fédérales. Par contre, un autre, condamné à cinq ans d'emprisonnement pour fraude ou agression sexuelle et bénéficiant d'une libération conditionnelle après trois ans et demi pourrait ne jamais rater l'occasion de voter. Ainsi, il n'existe aucune coordination nécessaire entre le fait de purger une peine d'emprisonnement et la perte effective de son droit de vote. En troisième lieu, il y a un manque de proportion entre l'objectif et le retrait du droit de vote en ceci que depuis cinquante ans, la théorie de la correction au Canada a évolué en direction de la réhabilitation et de la préparation des détenus à leur réinsertion sociale. C'est ce qu'a décrit dans sa déposition en faveur du demandeur M. Roderick C. Macleod, professeur d'histoire à l'Université d'Alberta. Toute justification du retrait du droit de vote ayant le châtement pour objectif tire en partie sa force de l'importance du châtement lui-même dans ce processus. Nos programmes raffinés d'incarcération et de libération conditionnelle reposent implicitement sur le fait que le processus de correction comporte quelque chose de plus que de la vengeance ou de la dissuasion; il est aussi destiné à protéger la société en y favorisant la réinsertion harmonieuse des anciens détenus. Ce processus est enclenché avant que les détenus aient fini de purger leur peine et peut comporter de la forma-

the element of punishment is reduced in importance and the re-adjustment of the inmate to society is emphasized. Voting could form part of that re-adjustment. It is important to keep this in mind in assessing the significance of the purpose of punishment in comparison to the effect of an absolute interference with a Charter right, namely the denial of the vote throughout the term of imprisonment.

One finds in some of the foreign legislation a more sensitive regard for proportionality. Some jurisdictions such as Germany, Greece and Spain allow the sentencing court at its discretion to order a forfeiture of the vote in certain cases. Many other jurisdictions limit the deprivation of vote to those serving sentences for the most serious crimes. No such niceties soften the blunt instrument of paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*.

Several judges of provincial superior courts have observed a lack of proportionality in the predecessor to paragraph 51(e) or its provincial equivalents. Scollin J. of the Manitoba Court of Queen's Bench in *Badger et al. v. Manitoba* stated in respect of a similar provision in provincial law:

The objective and general nature of the limit being justified, the real issue is the application of the "proportionality test" referred to in the *Oakes* case. The balancing of interests must satisfy the three components of rational connection, minimum impairment and proportionality of purpose and effect. The disqualification contained in section 31(d) of the *Election Act* fails both the first and the second tests. It is simply a blanket disqualification of absolutely everyone who happens to be in any penal institution at all, serving any sentence of imprisonment for any offence, serious or minor. Thus, for example, no culpable loss of the civic capacity to vote exists and, therefore, the requisite rational connection is absent in the case of a person who has been imprisoned for the inadvertent commission of an offence of absolute liability. Again, as regards the extent of impairment of the constitutional right, a minimal infraction of a regulatory statute which is penalized by a few days imprisonment may result in the effective loss for four years or more of the right to vote. The courts must beware of becoming dictators of tolerance, but in this case the law-makers must give more considerate, as well as more vigilant, thought to the

tion professionnelle ou scolaire en prison ou à l'extérieur, des absences temporaires, la libération conditionnelle de jour, la libération conditionnelle totale ou la libération sous surveillance obligatoire. Dans ce régime, l'élément châtiment diminue d'importance et l'accent est mis sur la réadaptation du détenu à la vie en société. Le droit de vote pourrait faire partie de cette réadaptation. Il est important de conserver cela à l'esprit lorsqu'on apprécie l'importance du châtiment comme objectif par rapport à l'effet que peut produire une atteinte radicale à un droit prévu à la Charte, soit le retrait du droit de vote pendant toute la durée de l'incarcération.

Les lois de certains pays étrangers manifestent un plus grand souci de proportionnalité. Certains pays tels l'Allemagne, la Grèce et l'Espagne permettent au juge qui prononce la sentence d'ordonner, à sa discrétion, la déchéance du droit de vote dans certains cas. De nombreux autres réservent cette déchéance aux individus qui purgent une peine pour les crimes les plus graves. Aucune subtilité de ce genre n'atténue l'effet de l'instrument brutal qu'est l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*.

Plusieurs juges des tribunaux supérieurs des provinces ont relevé un manque de proportionnalité dans la version antérieure de l'alinéa 51e) ou dans les lois provinciales équivalentes. Dans l'arrêt *Badger et al. v. Manitoba*, le juge Scollin de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a déclaré au sujet d'une disposition semblable d'une loi de la province:

[TRADUCTION] La justification de l'objectif et de la nature générale des restrictions ayant été établie, le vrai problème réside dans l'application du critère de proportionnalité mentionné dans l'arrêt *Oakes* précité. L'équilibre des intérêts doit correspondre aux trois éléments: les mesures doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif, elles doivent porter le moins possible atteinte au droit et il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif. L'incapacité décrétée à l'alinéa 31d) de la *Loi électorale* ne satisfait ni au premier ni au deuxième critères. Ce n'est qu'une incapacité générale frappant de façon absolue tous ceux qui se trouvent détenus dans quelque institution pénitentiaire que ce soit, purgeant une peine d'emprisonnement quelconque pour toute infraction grave ou mineure. Ainsi, par exemple, aucune perte de ses droits civiques d'électeur ne frappe, du fait de sa culpabilité, l'individu incarcéré pour avoir commis par inadvertance une infraction entraînant *de facto* sa responsabilité, par conséquent le lien rationnel exigé n'existe pas. Là encore, pour ce qui est de la gravité de l'atteinte portée au droit garanti par la constitution, une infraction mineure à un règlement administratif sanctionnée de quel-

**Charter** implications of both the existing and any proposed new legislation. The present relatively complacent pre-**Charter** disqualification provision fails to meet the standard now demanded of a limit on the constitutional right to vote.<sup>32</sup>

Hirschfield J. in *Badger v. Canada (Attorney-General)* observed in holding invalid the predecessor of paragraph 51(e):

Had the words "penal institution" been defined to mean only a federal penitentiary, and had "any offence" been defined to mean an indictable offence, the result which I am about to announce would have been radically different. In my view the proportionality test referred to in *Oakes* would then have been weighted in favor of disqualification.<sup>33</sup>

On an appeal from that decision, Philp J.A. while agreeing "dubitante" with the Chief Justice that the voting disqualification was saved by section 1 of the Charter, said that:

My doubt arises from the broad sweep of the disqualification, affecting all inmates in any penal institution, regardless of the nature of the offences for which they were convicted and regardless of the length of their sentences.<sup>34</sup>

Finding the comparable Ontario law to be invalid, Bowlby J. held in *Grondin v. Ontario (Attorney General)*:

In addition I note that s. 16 of the *Election Act, 1984*, applies to any and all inmates under sentence of imprisonment on the date of an election. The range of such inmates includes prisoners sentenced to incarceration for a one-week period for failure to pay a fine as well as those sentenced for a period of several years for the commission of more heinous offences. The date of an election, being a fortuitous event in relation to a prisoner's term of incarceration, may occur during the one-week prison term of an inmate convicted for a regulatory offence while not occurring during the several-year prison term of an inmate convicted of a more serious offence. Therefore, there is an arbitrary aspect in the effect of s. 16 of the *Election Act, 1984*, such that it fails to satisfy the proportionality test formulated in *Oakes, supra*.<sup>35</sup>

ques jours d'emprisonnement peut avoir pour effet de priver effectivement le coupable de son droit de vote pendant quatre ans ou plus. Les tribunaux doivent se garder de verser dans un excès de tolérance, mais dans ce cas-ci, le législateur doit envisager avec plus d'attention et plus de vigilance les répercussions, pour la Charte, tant des lois en vigueur que de celles qui sont projetées. L'actuelle disposition, plutôt empreinte de suffisance, antérieure à la Charte, ne correspond plus aux normes imposées aujourd'hui à toute restriction du droit de vote garanti par la constitution<sup>32</sup>.

**b** Dans l'arrêt *Badger v. Canada (Attorney-General)*, le juge Hirschfield, déclarant invalide la version antérieure de l'alinéa 51e), faisait observer ce qui suit:

[TRADUCTION] Si les mots «établissement pénitencier» avaient été définis de façon à ne désigner que les pénitenciers fédéraux et les mots «quelque infraction» de façon à ne désigner que les actes criminels, la conclusion que je suis sur le point de formuler aurait été radicalement différente. À mon avis, le critère de proportionnalité dont il est question dans l'arrêt *Oakes* aurait alors fait pencher la balance en faveur du retrait du droit de vote<sup>33</sup>.

Dans un pourvoi contre cette décision, le juge Philp de la Cour d'appel, tout en reconnaissant, mais avec des réserves, comme le juge en chef que le retrait du droit de vote se trouvait justifié selon l'article premier de la Charte, ajoutait:

[TRADUCTION] Mes doutes viennent de la vaste portée de l'inhabilité frappant tous les détenus de quelque établissement pénitencier que ce soit, indépendamment de la nature des infractions pour lesquelles ils ont été condamnés et de la durée de leur peine<sup>34</sup>.

Statuant que la loi correspondante de l'Ontario était invalide, le juge Bowlby, dans *Grondin v. Ontario (Attorney General)*, a dit:

[TRADUCTION] En outre, je constate que l'article 16 de la *Loi électorale de 1984* s'applique à tout détenu purgeant une peine d'emprisonnement à la date d'une élection. La gamme de ces détenus comprend ceux qui sont incarcérés pour une semaine pour n'avoir pas payé une amende tout comme ceux qui le sont pour plusieurs années pour avoir commis des crimes plus odieux. La date d'une élection étant un événement fortuit par rapport à la durée de l'incarcération d'un détenu, elle peut survenir pendant la détention d'une semaine d'un individu condamné pour une infraction à un règlement mais non pendant celle de plusieurs années d'un autre, condamné pour une infraction plus grave. Il y a donc quelque chose d'arbitraire dans l'effet de l'article 16 de la *Loi électorale de 1984*, de sorte que celui-ci ne satisfait pas au critère de proportionnalité formulé dans *Oakes, précité*.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> (1986), 39 Man. R. (2d) 107 (Q.B.), at p. 111.

<sup>33</sup> As quoted in the Manitoba Court of Appeal decision in this case, *supra*, note 6 at p. 183.

<sup>34</sup> *Ibid.*, at p. 188.

<sup>35</sup> (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.), at p. 432.

<sup>32</sup> (1986), 39 Man. R. (2d) 107 (Q.B.), à la p. 111.

<sup>33</sup> Ainsi cité dans l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, précité, note 6 à la p. 183.

<sup>34</sup> *Ibid.*, à la p. 188.

<sup>35</sup> (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.), à la p. 432.

I respectfully adopt the reasoning of these learned judges.

I therefore conclude that paragraph 51(e) impairs the right granted to the plaintiff under section 3 of the Charter, and to the extent that its objective is valid it does so by means which lack proportionality. It is thus not justified under section 1 of the Charter. Paragraph 51(e) will therefore be declared invalid.

J'adopte respectueusement le raisonnement de ces juges.

Je conclus donc que l'alinéa 51e) porte atteinte au droit reconnu au demandeur par l'article 3 de la Charte, et dans la mesure où il a un objectif légitime, il le fait par des moyens qui manquent de proportionnalité. Sa justification ne peut ainsi être démontrée selon l'article premier de la Charte. Je déclare donc l'alinéa 51e) invalide.

A-408-89

A-408-89

**Cominco Ltd. (Appellant)**

v.

**Northwest Territories Water Board (Respondent)**

INDEXED AS: *COMINCO LTD. v. NORTHWEST TERRITORIES WATER BOARD (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Desjardins J.J.A.—Yellowknife, March 12; Ottawa, April 22, 1991.

*Environment — Appeal from dismissal of application to amend conditions of licence, issued under Northern Inland Waters Act, allowing use of water in operation of zinc and lead mine — Appellant arguing Board lacking jurisdiction either to impose limits on quantity or types of waste in effluent where no standards prescribed by regulation or to impose stricter restrictions than in Regulations — Arguments irrelevant as not directed against decision attacked — Failure to prescribe standards under s. 29(e) not limiting Board's power to impose conditions — Restrictions in regulations of general application may be inadequate to preserve water resources in particular areas — S. 12(3) merely requiring licence conditions not contravene restrictions in regulations.*

*Construction of statutes — Northern Inland Waters Act, s. 12(1) and (3) — S. 12(1) empowering Board to impose licence conditions based on water quality standards prescribed by regulation — Literal interpretation leading to absurd result of preventing Board from attaining objects if regulations prescribing water quality standards not made — Interpretation consistent with Board's objects leaving power to impose conditions intact where standards not prescribed — Prohibiting Board from imposing stricter restrictions than those in Regulations would result in Board refusing licence to prevent pollution — S. 12(3), requiring licence conditions not "vary" from Regulations, meaning may not contravene.*

This was an appeal from the Northwest Territories Water Board's dismissal of an application to increase the percentages of zinc and lead in effluent from the appellant's mine permitted under licence conditions imposed under the *Northern Inland Waters Act*. The appellant argued that the Board lacked jurisdiction even to impose such conditions. Subsection 12(1) of the Act permits the Board to impose licence conditions based on water quality standards prescribed by regulation. The appellant argued that licence conditions relating to the quantity and types of waste imposed under subsection 12(1) must be based on prescribed water quality standards and, since no regulations prescribing such standards had been enacted, the Board had

**Cominco Ltd. (appelante)**

c.

**Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest (intimée)**

RÉPERTORIÉ: *COMINCO LTD. c. OFFICE DES EAUX DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST (C.A.)*

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Yellowknife, 12 mars; Ottawa, 22 avril 1991.

*Environnement — Appel contre le rejet de la demande de modification des conditions du permis d'utilisation d'eau dans l'exploitation d'une mine de zinc et de plomb, délivré en application de la Loi sur les eaux internes du Nord — L'appelante soutient que l'Office n'a pas compétence pour imposer des limites quant à la quantité ou à la nature des déchets dans l'effluent en l'absence de normes réglementaires, ou pour imposer des restrictions plus rigoureuses que ne le prévoit le règlement applicable — Arguments sans rapport avec l'appel puisqu'ils ne sont pas dirigés contre la décision attaquée — Le défaut de prescrire des normes visées à l'art. 29e ne limite pas le pouvoir de l'Office d'imposer des conditions — Il se peut que les restrictions prévues par des règlements d'application générale soient insuffisantes pour préserver les ressources en eau dans certaines régions — L'art. 12(3) prévoit tout simplement que les conditions du permis ne doivent pas aller à l'encontre des restrictions prévues par les règlements.*

*Interprétation des lois — Loi sur les eaux internes du Nord, art. 12(1) et (3) — L'art. 12(1) habilite l'Office à assortir le permis de conditions fondées sur les normes réglementaires de qualité de l'eau — Une interprétation littérale aurait pour résultat absurde d'interdire à l'Office de remplir sa mission en l'absence d'un règlement établissant des normes de qualité de l'eau — L'interprétation retenue est compatible avec la mission de l'Office, laissant intact son pouvoir d'imposer des conditions même en l'absence de normes prescrites — Interdire à l'Office d'imposer des restrictions plus rigoureuses que celles prévues par les règlements l'obligerait à refuser de délivrer des permis pour prévenir la pollution — En prévoyant que les conditions du permis ne «diffèrent» pas des restrictions réglementaires, l'art. 12(3) signifie que les conditions ne doivent pas aller à l'encontre de ces dernières.*

Appel contre le rejet, par l'Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest, de la demande d'accroissement de la concentration de zinc et de plomb dans l'effluent provenant de la mine de l'appelante, concentration prévue aux conditions attachées au permis en application de la *Loi sur les eaux internes du Nord*. L'appelante soutient que l'Office n'a pas compétence pour imposer ces conditions. Le paragraphe 12(1) de la Loi habilite l'Office à assortir les permis de conditions fondées sur les normes réglementaires de qualité de l'eau. L'appelante soutient que les conditions du permis quant à la quantité et la nature des déchets, imposées sous le régime du paragraphe 12(1), doivent être fondées sur les normes réglementaires de qualité de l'eau et



exceeded its jurisdiction. Under subsection 12(3), the conditions attached to a licence relating to the quantity and types of waste that may be deposited must not "vary from" the restrictions relating to the deposit of deleterious substances prescribed by the *Metal Mining Liquid Effluent Regulations* (made for the purposes of subsection 36(4) of the *Fisheries Act*). The maximum concentration of lead and zinc permitted to be deposited thereunder exceeded both the concentration of those metals that were authorized by the appellant's licence and the requested amendment thereto. The appellant argued that the Board should have raised the maximum concentration of metals to that authorized by the Regulations.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The appellant's arguments were not relevant to the appeal. They were not directed against the decision under attack, but tended to show the invalidity of the conditions in the appellant's licence. Furthermore, they had not been submitted to the Board: the application had assumed that the Board had jurisdiction.

Even if appellant's submissions were considered to be relevant, they should be rejected. The only limitation imposed on the general power under subsection 12(1) to impose conditions that the Board considered appropriate is that, if water quality standards are prescribed, the conditions imposed must be based on those standards. If, as in this case, no standards have been prescribed, the power of the Board to impose appropriate conditions remains intact. Otherwise, a failure to make regulations prescribing water quality standards would lead to the absurd result of preventing the Board from attaining its objects.

As "to vary from" means "to differ from", a literal interpretation of subsection 12(3) would require that there be no difference between the conditions of a licence and the restrictions found in the regulations under the *Fisheries Act*. Such an interpretation is difficult to reconcile with the objects of the Board. The regulations are rules of general application. Conditions of a licence apply to a particular undertaking in a particular location and are attached to the grant of a privilege. The restrictions found in regulations of general application may be insufficient to preserve water resources in the areas concerned. It would be incongruous to prohibit the Board from imposing stricter restrictions than those provided for in the regulations. To prevent water pollution, the Board would be bound to refuse to grant a licence when the same result could be achieved by imposing appropriate conditions. A literal interpretation would lead to absurd results. Subsection 12(3) merely requires that the conditions of the licence should not contravene the restrictions found in the regulations.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-11.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 36.  
*Metal Mining Liquid Effluent Regulations*, C.R.C., c. 819.

que, ces normes n'ayant pas été établies par règlement, l'Office a excédé sa compétence. Le paragraphe 12(3) prévoit que les conditions du permis quant à la quantité et la nature des déchets pouvant être déposés ne «diffèrent» pas des restrictions prévues par le *Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux* (pris pour l'application du paragraphe 36(4) de la *Loi sur les pêches*) en matière de dépôt de substances nocives. La concentration maximum de plomb et de zinc qui peut être déposée en vertu de ce règlement dépasse de loin la concentration de métaux qu'autorise le permis de l'appelante et qu'aurait autorisé le permis modifié. L'appelante soutient que l'Office aurait dû élever la concentration maximum de métaux aux niveaux prévus par le Règlement.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Les arguments de l'appelante n'ont aucun rapport avec l'appel. Ils ne sont pas dirigés contre la décision dont appel, mais tendent à démontrer plutôt l'invalidité des conditions attachées au permis de l'appelante. Qui plus est, ils n'ont pas été soumis à l'Office: l'appelante présumait que celui-ci avait compétence.

Les arguments de l'appelante eussent-ils un rapport avec l'appel, il faut les rejeter quand même. La seule limitation qu'impose au pouvoir général, prévu au paragraphe 12(1), d'imposer les conditions que l'Office juge appropriées est que, si des normes de qualité de l'eau ont été fixées, les conditions imposées doivent être fondées sur ces normes. Si, comme en l'espèce, aucune norme n'a été fixée, le pouvoir qu'a l'Office d'imposer les conditions appropriées demeure intact. Sinon, le défaut de prescrire par règlement des normes de qualité de l'eau aurait pour résultat absurde d'interdire à l'Office de remplir sa mission.

Vu le verbe employé («différer»), une interprétation littérale du paragraphe 12(3) signifierait qu'il ne doit y avoir aucune différence entre les conditions du permis et les restrictions prévues par les règlements d'application de la *Loi sur les pêches*. Il serait difficile de réconcilier pareille interprétation avec la mission de l'Office. Les règlements sont des règles d'application générale. Les conditions attachées à un permis s'appliquent à une entreprise particulière exploitée en un lieu donné; elles sont les conditions attachées à l'octroi d'un privilège. Il se peut que les restrictions prévues par des règlements d'application générale soient insuffisantes pour préserver les ressources en eau dans les régions concernées. Il serait incongru d'interdire à l'Office d'imposer des restrictions plus rigoureuses que celles prévues par les règlements. Pour prévenir la pollution des eaux, l'Office serait obligé de refuser de délivrer un permis bien qu'il puisse combattre cette pollution en imposant les conditions appropriées. Une interprétation littérale conduirait à des résultats absurdes. Le paragraphe 12(3) prévoit seulement que les conditions du permis ne doivent pas aller à l'encontre des restrictions prévues par les règlements.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les eaux internes du Nord*, L.R.C. (1985), chap. N-25, art. 10, 11, 12, 24 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 58), 29e).  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 36.  
*Loi sur les ressources en eau du Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-11.

*Northern Inland Waters Act*, R.S.C., 1985, c. N-25, ss. 10, 11, 12, 24 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 58), 29(e).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*CRTC v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1982] 1 S.C.R. 530; (1982), 134 D.L.R. (3d) 193; 41 N.R. 271.

##### COUNSEL:

*Marvin R. V. Storrow, Q.C.* and *Joanné R. Lysyk* for appellant.

*Richard J. Peach* for respondent Northwest Territories Water Board.

*Paul F. Partridge* for Attorney General of Canada.

##### SOLICITORS:

*Blake, Cassels, Graydon*, Vancouver, for appellant.

*Cooper, Hardy & Regel*, Yellowknife, N.W.T., for respondent Northwest Territories Water Board.

*Deputy Attorney General of Canada* for Attorney General of Canada.

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

PRATTE J.A.: This is an appeal, pursuant to section 24 of the *Northern Inland Waters Act* ("the Act") [R.S.C., 1985, c. N-25 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 58)], from a decision of the respondent, the Northwest Territories Water Board.

The appellant operates a zinc and lead mine, known as the Polaris Mine, on Little Cornwallis Island, in the Northwest Territories. Since 1981, it holds a licence issued under section 11 of the Act authorizing it to use a certain quantity of water in the operation of its undertaking. That licence is subject to the conditions that the wastes produced by the milling process of the mine must be discharged into a body of water known as Garrow Lake and, also, that the wastes discharged from Garrow Lake into the Arctic Ocean must not contain more than certain specified percentages of lead and zinc.

*Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux*, C.R.C., chap. 819.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*CRTC c. CTV Television Network Ltd. et autres*, [1982] 1 R.C.S. 530; (1982), 134 D.L.R. (3d) 193; 41 N.R. 271.

##### AVOCATS:

*Marvin R. V. Storrow, c.r.* et *Joanne R. Lysyk* pour l'appelante.

*Richard J. Peach* pour l'intimé Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest.

*Paul F. Partridge* pour le procureur général du Canada.

##### PROCUREURS:

*Blake, Cassels, Graydon*, Vancouver, pour l'appelante.

*Cooper, Hardy & Regel*, Yellowknife (T.N.-O.), pour l'intimé Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le procureur général du Canada.

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

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: La Cour est saisie de l'appel formé, en application de l'article 24 de la *Loi sur les eaux internes du Nord* («la Loi») [L.R.C. (1985), chap. N-25 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 58)], contre une décision de l'Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest, intimé en l'espèce.

L'appelante, qui exploite une mine de zinc et de plomb appelée la mine Polaris dans l'île de Little Cornwallis, Territoires du Nord-Ouest, détient depuis 1981 et en vertu de l'article 11 de la Loi, un permis qui l'autorise à utiliser une certaine quantité d'eau dans l'exploitation de son entreprise. Ce permis a été délivré à la condition que les déchets provenant du broyage du minerai soient déversés dans le lac Garrow, et que l'effluent passant de ce lac dans l'océan Arctique ne dépasse pas une certaine teneur en plomb et en zinc.

In June 1988, the appellant applied to the Board for an order amending the conditions of its licence so as to increase the percentages of zinc and lead that could be contained in the effluent from Garrow Lake. The Board held a hearing in connection with that application and, ultimately, dismissed it. The appeal is directed against that decision.

The main contention of the appellant is that the Board erred in law in deciding as it did because the conditions of the licence limiting the concentration of zinc and lead in the effluent from Garrow Lake was illegal and exceeded the jurisdiction of the Board. In order to understand that contention, it is necessary to have in mind the wording of section 12 of the Act:

12. (1) Subject to subsections (2) and (3), a board may attach to any licence issued by it any conditions that it considers appropriate, including conditions relating to the manner of use of waters authorized to be used under the licence and conditions based on water quality standards prescribed pursuant to paragraph 29(e) relating to the quantity and types of waste that may be deposited in any waters by the licensee and the conditions under which any such waste may be so deposited.

(2) Where a board issues a licence in respect of any waters that form part of a water quality management area designated pursuant to the *Canada Water Act*, it may not include in the licence conditions relating to the quantity and types of waste that may be deposited in any such waters or under which any such waste may be so deposited, that vary from any restrictions relating to the deposit of waste prescribed with respect to those waters by the Governor in Council pursuant to the *Canada Water Act*.

(3) Where a board issues a licence in respect of any waters, other than those referred to in subsection (2), to which any regulations made by the Governor in Council for the purposes of subsection 36(4) of the *Fisheries Act* are applicable, it may not include in the licence conditions relating to the quantity and types of waste that may be deposited in any such waters or under which any such waste may be so deposited, that vary from any restrictions relating to the deposit of deleterious substances prescribed with respect to those waters by those regulations.

(4) Where a licence has been issued in relation to waters with respect to which no restrictions relating to the deposit of waste or deleterious substances and described in subsection (2) or (3) are applicable, and the licence contains conditions relating to the quantity and types of waste that may be deposited in any such waters or under which any such waste may be so deposited, the subsequent prescription of any such restrictions is deemed, on that prescription, to amend the conditions to conform to those restrictions.

The appellant puts forward two arguments on the basis of that section. First, it says that if subsection 12(1) empowers the Board to attach to

En juin 1988, l'appelante a demandé à l'Office de modifier les conditions du permis pour lui permettre d'accroître la concentration de zinc et de plomb dans l'effluent du lac Garrow. À l'issue d'une audience tenue à ce sujet, l'Office a rejeté la demande, et c'est cette décision qui a été portée en appel.

Le principal argument de l'appelante est que l'Office a commis une erreur de droit dans sa décision, par ce motif que les conditions du permis portant limitation du degré de concentration en zinc et en plomb de l'effluent du lac Garrow étaient illégales et dépassaient la compétence de l'Office. Pour bien saisir cet argument, il y a lieu de se rappeler le libellé de l'article 12 de la Loi:

12. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), un office peut assortir le permis qu'il délivre des conditions qu'il considère appropriées, notamment celles sur la façon d'utiliser les eaux dont le permis permet l'utilisation, celles fondées sur les normes de qualité des eaux fixées en application de l'alinéa 29e) et relatives à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans des eaux par le titulaire du permis et enfin les conditions dans lesquelles doit s'effectuer un tel dépôt.

(2) Dans les cas où un office délivre un permis pour des eaux comprises dans une zone de gestion qualitative des eaux désignée en application de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, il ne peut assortir le permis de conditions—relatives à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans ces eaux ou auxquelles ces déchets peuvent être ainsi déposés—qui diffèrent des restrictions relatives au dépôt de déchets imposées à l'égard de ces eaux par le gouverneur en conseil sous le régime de cette même loi.

(3) Dans les cas où un office délivre un permis pour d'autres eaux que celles visées au paragraphe (2), auxquelles s'appliquent des règlements d'application du paragraphe 36(4) de la *Loi sur les pêches*, il ne peut assortir le permis de conditions—relatives à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans ces eaux ou auxquelles ces déchets peuvent être ainsi déposés—qui diffèrent des restrictions relatives au dépôt de substances nocives imposées à l'égard de ces eaux par ces règlements.

(4) Lorsqu'un permis—délivré pour des eaux à l'égard desquelles il n'existe pas de restriction relative au dépôt de déchets ou de substances nocives visée au paragraphe (2) ou (3), selon le cas—est assorti de conditions relatives à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans ces eaux ou auxquelles ces déchets peuvent être ainsi déposés, l'édiction subséquente de telles restrictions est présumée, dès l'édiction, modifier les conditions de façon à ce que celles-ci soient conformes aux restrictions.

L'appelante fait valoir deux arguments fondés sur cet article. En premier lieu, elle soutient que si le paragraphe 12(1) habilite l'Office à assortir un

a licence "conditions . . . relating to the quantity and types of waste that may be deposited in any waters by the licensee" those conditions must necessarily be based on water quality standards prescribed pursuant to paragraph 29(e);<sup>1</sup> as it is common ground that no such standards were ever prescribed, it follows, according to the appellant, that the Board had no jurisdiction to impose limits on the quantity or types of waste that can be contained in the waters flowing from Garrow Lake.

The appellant's second argument is based on subsection 12(3). Under that provision, when a regulation made for the purposes of subsection 36(4) of the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14]<sup>2</sup> applies to waters in respect of which the Board grants a licence, the conditions of the licence relating to the quantity and type of waste that may be deposited in those waters must not differ from the restrictions relating to the deposit of deleterious substances prescribed by that regulation. It is common ground that the *Metal Mining Liquid*

permis de «conditions . . . relatives à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans des eaux par le titulaire du permis», ces conditions doivent être nécessairement fondées sur les normes de qualité des eaux établies en application de l'alinéa 29e)<sup>1</sup>; comme il est constant que ces normes n'ont jamais été établies, il s'ensuit, selon l'appelante, que l'Office n'avait pas compétence pour imposer des limites quant à la quantité ou à la nature des déchets qui peuvent être contenus dans l'effluent du lac Garrow.

Le second argument de l'appelante est fondé sur le paragraphe 12(3), lequel prévoit que dans le cas où l'Office délivre un permis relatif aux eaux soumises au régime des règlements d'application du paragraphe 36(4) de la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), chap. F-14]<sup>2</sup>, les conditions du permis relatives à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans ces eaux ne peuvent différer des restrictions prévues par ces règlements pour le dépôt de substances nocives dans les mêmes eaux. Il est constant que le *Règle-*

<sup>1</sup> S. 29(e) reads:

29. The Governor in Council may make regulations

(e) prescribing water quality standards for water management areas that are not, or are not included in whole or in part within, a water quality management area designated pursuant to the *Canada Water Act*;

<sup>2</sup> Ss. 36(3) and (4) of the *Fisheries Act* read in part as follows:

36. . . .

(3) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish . . .

(4) No person contravenes subsection (3) by depositing or permitting the deposit in any water or place of

(b) a deleterious substance of a class, in a quantity or concentration and under conditions authorized by or pursuant to regulations . . . made by the Governor in Council under subsection (5).

It is interesting to observe that, contrary to what s. 12(3) of the *Northern Inland Waters Act* seems to assume, regulations made for the purposes of s. 36(4) of the *Fisheries Act* do not actually impose restrictions on the right to deposit deleterious substances in waters; they, on the contrary, authorize the deposit of specified quantities of certain wastes in certain waters.

<sup>1</sup> L'art. 29e) porte:

29. Le gouverneur en conseil peut par règlement:

e) établir les normes de qualité des eaux pour les zones de gestion des eaux qui ne constituent pas une zone de gestion qualitative des eaux désignée conformément à la *Loi sur les ressources en eau du Canada* ou n'en faisant pas partie, en tout ou en partie;

<sup>2</sup> Voici les passages applicables des art. 36(3) et (4) de la *Loi sur les pêches*:

36. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit d'immerger ou de rejeter une substance nocive ou d'en permettre l'immersion ou le rejet dans des eaux où vivent des poissons . . .

(4) Par dérogation au paragraphe (3), il est permis d'immerger ou de rejeter:

b) les substances nocives des catégories désignées ou prévues par les règlements . . . pris par le gouverneur en conseil en application du paragraphe (5), pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, qui y sont fixées soient respectées.

Il est intéressant de noter que contrairement à la présomption apparente de l'art. 12(3) de la *Loi sur les eaux internes du Nord*, les règlements d'application de l'art. 36(4) de la *Loi sur les pêches* n'imposent pas à vrai dire des restrictions sur le droit de déverser des substances nocives dans les eaux; ils autorisent au contraire le dépôt d'une quantité déterminée de certains déchets dans certaines eaux.

*Effluent Regulations*<sup>3</sup> were made for the purposes of subsection 36(4) of the *Fisheries Act* and apply to the waters here in question; it is also common ground that the maximum concentration of lead and zinc that may be deposited in those waters under those Regulations far exceeds not only the concentration of those metals that are authorized by the appellant's licence but also the concentration that the licence would have authorized if it had been amended in accordance with the appellant's request. It follows, says the appellant, that the Board should have amended its licence by raising the maximum concentration of lead and zinc that it authorized to the levels authorized by the *Metal Mining Liquid Effluent Regulations*.

It should first be observed that these two arguments were never submitted to the Board. On the contrary, the appellant's application to the Board assumed that the Board had jurisdiction to include in the appellant's licence conditions relating to the quantity of lead and zinc that the appellant was authorized to deposit in the waters in question even though these conditions were more severe than those prescribed by the *Metal Mining Liquid Effluent Regulations* and even though no water quality standards had been prescribed pursuant to paragraph 29(e). In effect, those two arguments are not really directed against the decision under attack but, rather, tend to show the invalidity of the conditions contained in the appellant's licence. For that reason alone, I consider that those arguments are not relevant to this appeal. How could the Board be blamed for not having considered a question that was never submitted to it and for having rejected a motion which, according to the appellant's present position, it had no power to grant?

I must add that if, contrary to what I think, these two arguments were really relevant to the validity of the decision under attack, I would reject them.

Under subsection 12(1) of the Act, "a board may attach to any licence issued by it any conditions that it considers appropriate". In my opinion, the only limitation that is imposed on that general power by the words used in the rest of the subsection is that, if and when water quality standards

*ment sur les effluents liquides des mines de métaux*<sup>3</sup> a été pris pour l'application du paragraphe 36(4) de la *Loi sur les pêches* et s'applique aux eaux en l'espèce; il est également constant que la concentration maximum de plomb et de zinc qui peut être déversée dans ces eaux en vertu de ces règlements dépasse de loin non seulement la concentration de ces métaux qu'autorise le permis de l'appelante, mais aussi celle que ce permis aurait autorisée s'il avait été modifié conformément à la demande de l'appelante. Il s'ensuit, soutient-elle, que l'Office aurait dû modifier son permis en élevant aux niveaux prévus par le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, la concentration maximum de plomb et de zinc qu'il avait autorisée.

Il y a lieu de noter tout d'abord que ces arguments n'ont jamais été soumis à l'Office. Au contraire, par sa demande faite à celui-ci, l'appelante présumait qu'il avait compétence pour assortir son permis de conditions relatives à la quantité de plomb et de zinc que l'appelante était autorisée à déverser dans les eaux en question, bien que ces conditions fussent plus strictes que celles établies par le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, sans qu'aucune norme de qualité des eaux eût été fixée en application de l'alinéa 29e). En effet, ces deux arguments ne sont pas vraiment dirigés contre la décision dont appel, mais tendent plutôt à démontrer l'invalidité des conditions attachées au permis de l'appelante. Rien que pour cette raison, je considère qu'ils n'ont aucun rapport avec cet appel. Comment pourrait-on faire grief à l'Office de ne pas considérer une question dont elle n'a jamais été saisie et d'avoir rejeté une requête que, selon la thèse actuelle de l'appelante elle-même, il n'était nullement habilité à accueillir?

Je dois ajouter que ces deux arguments eussent-ils vraiment un rapport avec la validité de la décision attaquée, contrairement à ce que je pense, je les rejetterais quand même.

Selon le paragraphe 12(1) de la Loi, «un office peut assortir le permis qu'il délivre des conditions qu'il considère appropriées». À mon avis, la seule limitation qu'impose à ce pouvoir général le libellé du restant de ce paragraphe est que, si des normes de qualité des eaux ont été fixées en application de

<sup>3</sup> C.R.C., c. 819.

<sup>3</sup> C.R.C., chap. 819.

are prescribed pursuant to paragraph 29(e), the conditions that the Board imposes in relation to the types and quantity of waste that may be deposited in water must be based on those standards. If, as in this case, no such standards have been prescribed, the power of the Board to impose appropriate conditions remains intact. To adopt another interpretation of subsection 12(1) would lead to the absurd result that the failure of the Governor in Council to make regulations prescribing water quality standards would prevent the Yukon Territory Water Board and the Northwest Territories Water Board from attaining their objects as described in section 10 of the Act.<sup>4</sup>

The appellant's second argument is based on subsection 12(3) that prohibits the Board from imposing any conditions relating to the quantity and types of waste that may be deposited in any waters that vary from any restrictions relating to the deposit of deleterious substances prescribed in regulations made for the purposes of subsection 36(4) of the *Fisheries Act*. As the expression "to vary from" means "to differ from", that section, if interpreted literally, would clearly require that there be no difference between the conditions of a licence and the restrictions found in the regulations made under the *Fisheries Act*. But it would be difficult to reconcile that interpretation with the objects of the Board described in section 10. The regulations made under the *Fisheries Act*, as well as those made under the *Canada Water Act* [R.S.C., 1985, c. C-11] (to which subsection 12(2) makes reference), are rules of general application that set the maximum quantity of waste or deleterious substances that may, in any circumstances, be deposited in any waters. Conditions of a licence, on the other hand, apply to a particular undertaking that operates in a particular location; they are, moreover, conditions to the grant of a privilege. The restrictions found in the regulations of general application may, in particular cases, be insufficient to preserve the water resources in the areas concerned. It would be incongruous that, in

l'alinéa 29e), les conditions que l'Office impose quant à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans des eaux doivent être fondées sur ces mêmes normes. Si, comme en l'espèce, aucune norme n'a été fixée en la matière, le pouvoir qu'a l'Office d'imposer les conditions appropriées demeure intact. Donner une autre interprétation du paragraphe 12(1) nous conduirait à ce résultat absurde: le défaut, de la part du gouverneur en conseil, de prescrire des normes de qualité des eaux interdirait à l'Office des eaux du territoire Yukon comme à celui des Territoires du Nord-Ouest de remplir la mission que leur assigne l'article 10 de la Loi<sup>4</sup>.

Le second argument de l'appelante est fondé sur le paragraphe 12(3) de la Loi qui interdit à l'Office de prescrire, quant à la quantité et à la nature des déchets qui peuvent être déposés dans des eaux, des conditions qui diffèrent des restrictions imposées, en matière de dépôt de substances nocives, à l'égard de ces eaux par les règlements d'application du paragraphe 36(4) de la *Loi sur les pêches*. Vu le verbe employé («différer»), une interprétation littérale de cet article signifierait qu'il ne doit y avoir aucune différence entre les conditions du permis et les restrictions prévues par les règlements d'application de la *Loi sur les pêches*. Il serait cependant difficile de réconcilier pareille interprétation avec la mission de l'Office, telle que la prévoit l'article 10. Les règlements d'application de la *Loi sur les pêches*, tout comme ceux de la *Loi sur les ressources en eau du Canada* [L.R.C. (1985), chap. C-11] (à laquelle renvoie le paragraphe 12(2)), sont des règles d'application générale qui fixent la quantité maximum de déchets ou de substances nocives qui peut être déversée dans les eaux, quelles qu'en soient les circonstances. De leur côté, les conditions attachées à un permis s'appliquent à une entreprise particulière exploitée en un lieu donné; elles sont par ailleurs les conditions attachées à l'octroi d'un privilège. Il se peut que les restrictions prévues par des règlements d'application générale soient, dans

<sup>4</sup> S. 10 reads thus:

10. The objects of the boards are to provide for the conservation, development and utilization of the water resources of the Yukon Territory and the Northwest Territories in a manner that will provide the optimum benefit therefrom for all Canadians and for the residents of the Yukon Territory and the Northwest Territories in particular.

<sup>4</sup> L'art. 10 dispose:

10. Les offices ont pour mission de veiller à la conservation, à la mise en valeur et à l'utilisation rationnelle des ressources en eau du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest d'une façon qui permette aux Canadiens en général et aux résidents du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest en particulier d'en retirer le maximum de profits.

such cases, the Board be prohibited from imposing stricter restrictions than those provided for in the regulations. This would mean that, in those cases, the Board would, in effect, in order to prevent water pollution, be bound to refuse to grant a licence even though the pollution could be prevented by simply imposing appropriate conditions on the licensee. The literal interpretation proposed by the appellant leads, once again, to absurd results. For that reason, I am of opinion that subsection 12(3) should be interpreted as merely requiring that the conditions of the licence should not contravene the restrictions found in the regulations adopted for the purposes of subsection 36(4) of the *Fisheries Act*.<sup>5</sup>

Another ground of appeal raised by the appellant was that the hearing held by the Board "was conducted . . . in the most informal way, without testimony under oath, and in a manner that could only be described as 'non-judicious'." Suffice it to say, with respect to that contention, that a careful reading of the transcript reveals that the Chairman of the Board conducted the proceedings in a manner which, though informal, was intelligent and fair for all parties concerned.

The last point raised by the appellant is that the Board denied it a fair hearing, first, by failing to inform it of the case it had to meet and, second, by receiving recommendations from its Technical Advisory Committee without giving the appellant a chance to answer or comment on those recommendations.

<sup>5</sup> Counsel for the respondent argued, in support of that conclusion, that the objects and purposes of the *Northern Inland Waters Act* (the conservation, development and utilization of water resources in a manner that will provide the optimum benefit for all Canadians), being more important than those of the *Fisheries Act* (the conservation of fish), it logically followed that a board under the *Northern Inland Waters Act* should have the discretion to attach to a licence conditions more severe than the restrictions imposed by regulations adopted under the *Fisheries Act*. This argument loses all its force, in my view, once it is realized that the terms of s. 12(3) are identical to those of s. 12(2) except that the latter subsection refers to regulations made under the *Canada Water Act* the purposes of which are certainly as broad and important as those of the *Northern Inland Waters Act*.

certain cas d'espèce, insuffisantes pour préserver les ressources en eau dans les régions concernées. Il serait incongru que dans ces cas, il soit interdit à l'Office d'imposer des restrictions plus rigoureuses que celles prévues par les règlements. Pareille solution signifierait que dans de tels cas, l'Office, pour prévenir la pollution des eaux, est obligé de refuser de délivrer un permis bien qu'il puisse combattre cette pollution en imposant des conditions appropriées au titulaire du permis. L'interprétation littérale avancée par l'appelante conduit encore, à ce propos, à un résultat absurde. Pour cette raison, j'estime que le paragraphe 12(3) doit être interprété comme signifiant tout simplement que les conditions du permis ne doivent pas aller à l'encontre des restrictions prévues par les règlements d'application du paragraphe 36(4) de la *Loi sur les pêches*.<sup>5</sup>

d Un autre motif invoqué par l'appelante était que l'audience de l'Office [TRADUCTION] «était tenue . . . de la façon la plus informelle, sans témoignage sous serment, et d'une manière qu'on ne peut que qualifier de "non judiciaire"». Il suffit de noter, au sujet de cette conclusion, qu'il ressort d'une lecture attentive de la transcription des débats, que le président de l'Office a mené l'audience de manière informelle certes, mais intelligente et équitable envers tous les intéressés.

f Le dernier point soulevé par l'appelante est que l'Office l'a privée d'une audition équitable, en premier lieu en omettant de l'informer du fardeau de preuve qui lui incombait et, en second lieu, en recevant de son propre comité consultatif technique des recommandations sans donner à l'appelante la possibilité d'y opposer ses réponses ou observations.

<sup>5</sup> L'avocat de l'intimé soutient, à l'appui de cette conclusion, que l'objectif de la *Loi sur les eaux intérieures du Nord* (conservation, mise en valeur et utilisation rationnelle des ressources en eau d'une façon qui permette aux Canadiens d'en retirer le maximum de profits) étant plus important que celui de la *Loi sur les pêches*, il est logique qu'un office prévu par la première Loi soit investi du pouvoir discrétionnaire de subordonner un permis à des conditions plus rigoureuses que les restrictions prévues par les règlements d'application de la *Loi sur les pêches*. Cet argument perd toute sa force, à mon avis, quand on se rappelle que les termes de l'art. 12(3) sont identiques à ceux de l'art. 12(2), à cette différence près que ce dernier renvoie aux règlements d'application de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, dont les objectifs sont certainement tout aussi généraux et aussi importants que ceux de la *Loi sur les eaux intérieures du Nord*.

I do not see any merit in these submissions. The appellant was seeking an amendment to the conditions of its licence relating to the quantity of water deposits. It knew what were the Board's objects and authority and, as stated by Laskin C.J. in *CRTC v. CTV Television Network Ltd. et al.*,<sup>6</sup> "An applicant seeking a statutory privilege has no right to know in advance of a probable decision unless the statute commands it or the administering tribunal wishes to disclose it." Moreover, the Board denied the appellant's application because it was of the view that the appellant could "maintain compliance within the existing licence conditions by the construction of a control structure at the Garrow Lake outlet"; a reading of the transcript shows that the possibility of building such a structure was openly discussed at the hearing. It, therefore, cannot be said that the applicant did not know the case it had to meet.

As to the recommendations and advice that the Board received from its technical advisors, the appellant's contention is that it should have had an opportunity to comment on them because the Chairman of the Board, at the hearing, gave the assurance that all participants would have that opportunity. The answer to that submission is simply that no such assurance was given. Indeed, when the transcript of the hearing is read in its entirety, it appears clearly that the undertaking given by the Chairman of the Board was only that the Board would, before forwarding to the Minister a recommendation to amend the appellant's licence, give all parties concerned an opportunity to comment on the recommendations of the Technical Advisory Committee. As the Board ultimately decided not to recommend that the appellant's licence be amended, they never had the occasion to carry out the Chairman's undertaking.

I would dismiss the appeal.

HUGESSEN J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I agree.

Ces arguments ne sont nullement fondés à mes yeux. L'appelante cherchait à faire modifier les conditions de son permis quant à la quantité des déchets déversés dans les eaux. Elle était au courant de la mission et des pouvoirs de l'Office et, comme l'a conclu le juge en chef Laskin dans *CRTC c. CTV Television Network Ltd. et autres*<sup>6</sup>, «[Le] requérant qui demande un privilège prévu par la loi n'a pas le droit de connaître à l'avance la décision probable à moins que la loi ne l'exige ou que le tribunal administratif qui rend la décision ne consente à la révéler.» Qui plus est, l'Office a rejeté la demande de l'appelante parce qu'à son avis, celle-ci pourrait [TRADUCTION] «continuer à respecter les conditions actuelles du permis en construisant un dispositif de filtrage au déversoir dans le lac Garrow»; il ressort de la transcription que la possibilité de construire un tel dispositif était ouvertement discutée à l'audience. L'appelante ne saurait donc soutenir qu'elle ne savait pas ce qu'il lui incombait de démontrer à l'appui de sa demande.

En ce qui concerne les recommandations et conseils que l'Office recevait de ses conseillers techniques, l'appelante soutient qu'elle aurait dû avoir la possibilité de donner son avis à ce sujet puisque, à l'audience, le président de l'Office a donné l'assurance que tous les participants auraient cette possibilité. La simple réponse à cet argument est qu'il n'y a eu aucune assurance en ce sens. En fait, il ressort d'une lecture du texte intégral de la transcription que le seul engagement donné par le président de l'Office était qu'avant de soumettre au ministre une recommandation de modification du permis de l'appelante, l'Office accorderait à toutes les parties intéressées la possibilité de dire ce qu'elles pensaient des recommandations du comité consultatif technique. Étant donné qu'en fin de compte, l'Office a décidé de ne pas recommander la modification du permis de l'appelante, il n'a jamais eu l'occasion de mettre à exécution l'engagement du président.

Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

<sup>6</sup> [1982] 1 S.C.R. 530, at p. 546.

<sup>6</sup> [1982] 1 R.C.S. 530, à la p. 546.



A-273-90

A-273-90

**Consumer and Corporate Affairs (Appellant)**

v.

**Iain Hunter (Respondent)****INDEXED AS: HUNTER v. CANADA (CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS) (C.A.)****Court of Appeal, Pratte, Mahoney and Décary J.J.A.—Ottawa, January 9 and March 26, 1991.**

*Access to information — Application for access to declarations made by ministers and senior officials under Conflict of Interest and Post-Employment Code — Review by Federal Court under s. 41 — Whether Court may order confidential access by counsel for purpose of arguing application — Act, s. 47, requiring Court to take every reasonable precaution to avoid disclosure — Common law practice of giving counsel confidential access — Parliament creating array of provisions for access and secrecy — S. 47 giving court discretion as to access to counsel, means of protecting confidentiality — Trial Judge erred in ordering access without first viewing documents.*

*Practice — “Gap” rule — Access to Information Act, s. 45 providing application to be heard under rules made by Court — Court not having adopted such rules — R. 1402(8) applied, by analogy, to applications under Act, s. 41.*

This was an appeal and cross-appeal from a Trial Division order that the defendant give the plaintiff's counsel access to records which the defendant claims to be exempt from disclosure under the *Access to Information Act* but not requiring that the deponent of an affidavit answer questions upon his cross-examination.

The plaintiff applied for access to the declarations filed by the Prime Minister, cabinet ministers and senior officials pursuant to the government's conflict of interest and post-employment guidelines. Those guidelines require federal office holders to report certain property and investments. The appellant rejected the request, asserting the exemption for confidential personal records under subsection 19(1). Respondent's complaint to the Information Commissioner having failed, he applied to the Trial Division for a review under section 41 of the Act.

**Ministère des Consommateurs et des Sociétés (appellant)**

a c.

**Iain Hunter (intimé)****RÉPERTORIÉ: HUNTER c. CANADA (MINISTÈRE DES CONSOMMATEURS ET DES SOCIÉTÉS) (C.A.)****Cour d'appel, juges Pratte, Mahoney et Décary, J.C.A.—Ottawa, 9 janvier et 26 mars 1991.**

*Accès à l'information — Demande de communication de déclarations faites par des ministres et de hauts fonctionnaires en vertu du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêt et l'après-  
mandat — Révision par la Cour fédérale en vertu de l'art. 41 — Il échet de déterminer si la Cour peut ordonner la communication en toute confidentialité de certains documents à l'avocat aux fins de lui permettre de faire valoir le bien-fondé de la demande — L'art. 47 de la Loi prévoit que la Cour doit prendre toutes les précautions possibles pour éviter la divulgation de documents — En common law, la pratique veut que l'on communique confidentiellement les documents aux avocats — Le parlement a créé tout un ensemble de dispositions relatives à la communication et à la confidentialité — L'art. 47 confère à la Cour des pouvoirs discrétionnaires sur la communication aux avocats et sur le choix des moyens retenus pour assurer la confidentialité — Le juge de première instance a fait erreur en ordonnant la communication des documents sans les avoir d'abord examinés.*

*Pratique — Règle des «lacunes» — L'art. 45 de la Loi sur l'accès à l'information prévoit qu'une demande doit être entendue conformément aux règles adoptées par la Cour — La Cour n'a pas adopté de règles semblables — La Règle 1402(8) s'applique, par analogie, aux demandes présentées en vertu de l'art. 41 de la Loi.*

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés d'une ordonnance prononcée par la Section de première instance, selon laquelle le défendeur devait communiquer à l'avocat du demandeur certains documents qu'il considérait comme exclus en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais l'auteur d'un affidavit n'était pas tenu de répondre à des questions posées au cours de son contre-interrogatoire.

Le demandeur a demandé la communication de déclarations déposées par le premier ministre, des ministres du Cabinet et de hauts fonctionnaires en vertu des directives du gouvernement en matière de conflit d'intérêt et d'après-mandat. Ces directives prévoient que les titulaires de charge publique doivent rendre compte de certains placements et propriétés. L'appellant a rejeté la demande au motif que les documents personnels de nature confidentielle sont exclus en vertu du paragraphe 19(1). Après s'être plaint sans succès devant le Commissaire à l'information, l'intimé a demandé à la Section de première instance une révision de la décision de refus, conformément à l'article 41 de la Loi.

In the Trial Division, the appellant filed an affidavit of the Assistant Deputy Registrar General of Canada. The deponent was examined, but declined to answer questions requesting him to produce the records at issue, to identify the persons whose records were affected, or to detail disciplinary measures taken against persons who had contravened the guidelines. On the basis of Trial Division case law, and considering that the respondent's counsel held a security clearance, Madam Justice Reed ordered that counsel be given access, but not that the questions be answered.

*Held*, the appeal should be allowed, and the cross-appeal dismissed.

*Per Pratte J.A.* (concurring in the result): The Court may, in general, order a party to produce relevant evidence in its possession for inspection by other parties. The Court may not, however, exercise that power where to do so would imply a determination of the very issue before the Court, or where the law forbids it. The *Access to Information Act*, s. 47, explicitly requires the Court to "take every reasonable precaution . . . to avoid disclosure" of the record in question until it has been determined that the information must be disclosed under the Act.

The questions put to the deponent on disciplinary measures for breach of the conflict of interest policy were irrelevant, as the only issue before the Court was whether the Act authorized the appellant to refuse to disclose the records.

*Per Décaré J.A.*: The common law rule that hearings should not be held *in camera*, that representations should not be made *ex parte* and that parties should not be denied access to material relevant to the Court's decision arose from three fundamental premises on which our judicial system is based: that trials are in open court, that the procedure is adversarial, and that the rules of natural justice apply, including the rule that each party sees everything relevant to the decision. One of the exceptions to the rule occurs in proceedings where what is at issue is the confidentiality of a document. One method developed by the courts to protect confidential information, while preserving the fundamental principles of the judicial system, is to give counsel access upon their undertaking not to reveal the information, even to their clients.

Parliament has, in a number of statutes, legislated an array of techniques for balancing the protection of sensitive information against the possibility for the public, or affected parties, to challenge the claim to confidentiality. Where it considered the needs of the state required it, it has excluded any challenge; it has dictated specific techniques for protecting information; and, in some statutory regimes, it has left it to the courts to choose the most appropriate technique. When the legislator provides

Devant la Section de première instance, l'appelant a déposé l'affidavit du Sous-registraire général adjoint du Canada. L'auteur de l'affidavit a été interrogé, mais il a refusé de répondre à des questions qui l'aurait obligé à produire les documents en cause, d'identifier nommément les personnes dont les documents étaient en litige ou de décrire en détail les mesures disciplinaires prises à l'encontre des personnes qui n'avaient pas respecté les directives. D'après la jurisprudence de la Section de première instance, et compte tenu du fait que l'avocat de la partie intimée détenait une habilitation de sécurité, Madame le juge Reed a ordonné que les documents soient communiqués à l'avocat, sans demander au témoin de répondre aux questions.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli et l'appel incident, rejeté.

Le juge Pratte, J.C.A. (motifs concordants quant au dispositif): De façon générale, la Cour peut ordonner à une partie de produire des éléments de preuve pertinents qu'elle a en sa possession afin de permettre aux autres parties de les inspecter. Cependant, la Cour ne saurait exercer ces pouvoirs lorsqu'il s'ensuivrait une détermination de la véritable cause en litige devant la Cour ou lorsque la loi l'interdit. L'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information* impose clairement à la Cour le devoir de prendre «toutes les précautions possibles . . . pour éviter que ne soit divulgués» les documents en cause avant d'avoir tout d'abord déterminé si les renseignements en question doivent être divulgués en vertu de la Loi.

Les questions posées à l'auteur de l'affidavit au sujet des mesures disciplinaires prises à la suite d'un manquement à la politique relative aux conflits d'intérêt ne sont d'aucune pertinence puisque la seule question dont la Cour est saisie est de savoir si la Loi permettait à l'appelant de refuser de communiquer les documents demandés.

Le juge Décaré, J.C.A.: La règle de common law voulant que l'audience ne se déroule pas à huis clos, que les arguments ne soient pas présentés en l'absence d'une partie et que les parties ne se voient pas refuser l'accès à des documents pertinents aux fins de la décision du tribunal tire son origine de trois principes fondamentaux dans notre système judiciaire: la publicité des débats, la nature contradictoire des procédures et l'application des règles de justice naturelle, dont le droit de chaque partie de prendre connaissance de tout élément pertinent aux fins de la décision du tribunal. L'une des exceptions à cette règle est celle où le litige porte précisément sur la confidentialité d'un document. L'un des moyens auxquels les tribunaux ont recours pour assurer la protection des renseignements confidentiels consiste à donner aux avocats des parties accès à ces renseignements sous réserve de l'engagement d'en préserver la confidentialité même à l'égard de leurs clients.

Dans un certain nombre de lois, le Parlement a adopté un ensemble de techniques pour établir un équilibre entre la nécessité de protéger la confidentialité de certains renseignements et la possibilité pour le public et les parties au litige de mettre en question la confidentialité alléguée. Lorsque le Parlement a jugé que les impératifs étatiques l'exigeaient, il a exclu toute forme de mise en question, il a décidé d'imposer un moyen particulier pour protéger les renseignements confidentiels et, dans certains régimes, il a laissé aux tribunaux le soin de choisir le moyen qui leur apparaissait convenir le mieux. Lorsque le Parlement a, dans une même loi, établi différents

for various techniques in a single statute, it intends particular approaches to apply to particular situations.

Section 47 of the Act, the ambiguity of which was the only certain thing about it, was to be interpreted in the context of the entire Act. The purpose of the Act is stated, in section 2, to be "to provide a right of access to information . . . in accordance with the principle that government information should be available to the public . . . and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government". The Act, in section 48, places upon the government institution the burden of justifying a refusal to disclose. It provides, most unusually, for unsuccessful applications to have their costs where an application "has raised an important new principle".

The Act stipulates some situations in which refusal to disclose is mandatory, others where it is optional. If Parliament had intended to direct the Court to deny all access to counsel pending the determination of disclosure, it would have said so in language like that in sections 35 and 52, or in the wording used in the *Canadian Security Intelligence Service Act* and the *Immigration Act*. That Parliament did not explicitly put aside principles of openness and adversarial process in section 47 commands a narrower construction thereof. Any ambiguity in section 47 should, therefore, be resolved in such a way as to encourage adversarial proceedings, to favour disclosure, to give meaning to the burden of proof, and to ensure that judicial review is carried out "independently of government". The construction which empowers the Court to grant counsel access for the purpose of arguing the application is the only one consistent with the purpose, the scheme and the wording of the Act.

Since the Court has not adopted the "special rules" it was directed by section 45 to make, resort may be had to the "gap" rule, Rule 5. The procedure under Rule 1402 for providing evidence in confidence to counsel in anti-dumping cases may be adopted by analogy, as may the practice of protective orders in patent cases. The minimum standard of disclosure is a question of fact in each case. Where it is the nature of the information which is at issue, rather than its contents, counsel need not see the actual record. The Court can require the communication to counsel of a summary or a general description of the record. That is what should have been done in this case. In other cases, the Court can impose conditions of access that vary according to the nature of sensitivity of the information. Where, for example, the information is classified "secret", only counsel holding a corresponding security clearance may be given access.

The Court below erred in making an order for access without first viewing the documents. The Court can decide that access should be granted and determine the extent and conditions thereof only after having examined the record at issue.

moyens, il a voulu qu'une technique particulière s'applique pour chaque cas particulier.

L'article 47 de la Loi, qui n'a de certain que son ambiguïté, doit être interprété dans le contexte de l'ensemble de la Loi. L'objet de la Loi, énoncé à l'article 2, est d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale «en consacrant le principe du droit du public à leur communication, . . . les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». À l'article 48, la Loi impose à l'institution fédérale la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication. Elle prévoit, de façon fort inusitée, que les demandeurs déboutés auront droit aux frais et dépens si le recours «a soulevé un principe important et nouveau».

La Loi prévoit certains cas où le refus de communication est obligatoire et d'autres où il est facultatif. Si le Parlement avait voulu imposer à la Cour l'obligation de refuser toute communication aux avocats pendant l'instance, il l'aurait fait dans un langage semblable à celui utilisé aux articles 35 et 52 ou dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et la *Loi sur l'immigration*. La réticence du Parlement à écarter totalement, à l'intérieur de l'article 47, la publicité des débats et la nature contradictoire des procédures appelle une interprétation étroite de cette disposition. Il convient donc de résoudre toute ambiguïté décelée à l'article 47 de manière à encourager les débats contradictoires, à favoriser la partie demandant la communication, à donner tout son sens à la charge de preuve et à faire en sorte que le contrôle judiciaire soit réellement un «recours indépendant[s] du pouvoir exécutif». L'interprétation qui permet à la Cour de permettre la communication de renseignements à l'avocat pour qu'il puisse faire valoir le bien-fondé de la demande est la seule qui soit compatible avec l'objet, l'économie et le libellé de la Loi.

La Cour n'ayant pas adopté de «règles spéciales», comme le prescrit l'article 45, on peut faire appel à la règle 5, celle dite des «lacunes». On pourrait adopter, par analogie, la pratique prescrite à la Règle 1402 à l'égard de la communication d'éléments de preuve confidentiels aux avocats en matière d'anti-dumping, tout comme la pratique des ordonnances conservatoires en matière de brevets. Il faudra examiner les faits de chaque espèce pour déterminer le degré minimum de communication. Lorsque la nature des renseignements plutôt que leur contenu spécifique est en litige, il n'est pas nécessaire que l'avocat prenne effectivement connaissance des renseignements. La Cour peut autoriser la communication d'un résumé ou d'une description générale des renseignements, ce qu'elle aurait dû faire en l'espèce. Dans d'autres cas, elle peut imposer des conditions variant selon la nature ou le caractère névralgique des renseignements. Lorsque les renseignements portent une cote de type «secret», par exemple, seul l'avocat ayant reçu une autorisation de sécurité aurait le droit de les examiner.

En première instance, la Cour a fait erreur en ordonnant la communication des documents, sans les avoir d'abord examinés. La Cour ne saurait se convaincre que l'avocat peut avoir accès aux documents, ni fixer la portée et les conditions de cet accès, si elle n'a pas procédé auparavant à l'examen de ces documents.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4, 13, 19, 30, 35, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39. **a**
- 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. 2(b).
- Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 32, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49. **b**
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 48, 49, 50.
- Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 28(6), 30(5). **c**
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1402(8) (as am. by SOR/90-846, s. 23).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99), 40.1 (as enacted *idem* (4th Supp.) c. 29, s. 4).
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 236. **d**
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 20(4).
- Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, R.S.C., 1985, c. P-12, s. 25.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3, 8(2)(m)(i), 33, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52.
- Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 75 (rep. by R.S.C., 1985 (4th Supp.) c. 47, s. 52). **e**
- Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 16 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 48, s. 1; (4th Supp.), c. 52, s. 5).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## REVERSED:

*Hunter v. Canada (Minister of Consumer and Corporate Affairs)* (1990), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Ltd.*, [1940] A.C. 1014 (H.L.); *C.D. v. Minister of National Revenue*, [1991] 2 F.C. 412 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); *Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (F.C.T.D.); *Bland v. Canada (National Capital Comm.*

## 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
- Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, L.R.C. (1985), chap. P-12, art. 25.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 2(1), 4, 13, 19, 30, 35, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53.
- Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), chap. T-2, art. 16 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 48, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 52, art. 5).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 236.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37, 38, 39.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 3, 8(2)(m)(i), 33, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52.
- Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, chap. 3, art. 28(6), 30(5).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 48, 49, 50.
- Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47, art. 32, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49.
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 20(4).
- Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), chap. S-15, art. 75 (abrogée par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) chap. 47, art. 52).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99), 40.1 (édicte *idem* (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 29, art. 4).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1402(8) (mod. par DORS/90-846, art. 23).

**g** JURISPRUDENCE

## DÉCISION INFIRMÉE:

*Hunter c. Canada (Ministre des Consommateurs et des Sociétés)* (1990), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.).

**h**

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Ltd.*, [1940] A.C. 1014 (H.L.); *C.D. c. Ministre du Revenu national*, [1991] 2 C.F. 412 (C.A.).

**i**

## DÉCISIONS CITÉES:

*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1<sup>er</sup> inst.); *Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Bland c. Canada (Commission de la Capitale*

of Canada) (1988), 32 Admin. L.R. 69; 20 F.T.R. 236 (F.C.T.D.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.); *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719; 44 C.P.C. (2d) 206 (H.C.); *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; *In re K. (Infants)*, [1965] A.C. 201 (H.L.); *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *DMR & Associates v. Minister of Supply and Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (F.C.T.D.); *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 446; (1987), 38 B.L.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 356; 14 F.T.R. 118 (T.D.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Burns Meats Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, T-1140-85, Jerome A.C.J., order dated 17/1/86 F.C.T.D., not reported; *Paulson v. The King* (1915), 52 S.C.R. 317; 27 D.L.R. 145; 9 W.W.R. 1099; *Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; [1933] 4 D.L.R. 545; *Bayshore Shopping Centre Limited v. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] S.C.R. 755; (1972), 25 D.L.R. 443; *Burnell v. International Joint Commission*, [1977] 1 F.C. 269; (1976), 71 D.L.R. (3d) 725 (T.D.); *Proctor & Gamble Co. et al. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16; 16 C.P.R. (3d) 114; 15 F.T.R. 46 (F.C.T.D.); *Proctor & Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*, F.C.A., A-158-88, Iacobucci C.J., judgment dated 21/2/89, not reported; *Upjohn Inter-American Corporation v. Canada (Minister of National Health and Welfare and Attorney General)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50; 10 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

*nationale du Canada*) (1988), 32 Admin. L.R. 69; 20 F.T.R. 236 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.); *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719; 44 C.P.C. (2d) 206 (H.C.); *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; *In re K. (Infants)*, [1965] A.C. 201 (H.L.); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *DMR & Associates c. Ministre des Approvisionnements et Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 446; (1987), 38 B.L.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 356; 14 F.T.R. 118 (1<sup>re</sup> inst.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Burns Meats Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, T-1140-85, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance datée du 17-1-86, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié; *Paulson v. The King* (1915), 52 R.C.S. 317; 27 D.L.R. 145; 9 W.W.R. 1099; *Spooner Oils Ltd. et al v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; [1933] 4 D.L.R. 545; *Bayshore Shopping Centre Limited c. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] R.C.S. 755; (1972), 25 D.L.R. 443; *Burnell c. La Commission mixte internationale*, [1977] 1 C.F. 269; (1976), 71 D.L.R. (3d) 725 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Proctor & Gamble Co. et autres c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16; 16 C.P.R. (3d) 114; 15 F.T.R. 46 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Proctor & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*, C.A.F., A-158-88, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-2-89, non publié; *Upjohn Inter-American Corporation c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Procureur général)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50; 10 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal: Editions Yvon Blais Inc., 1990.

*Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.

Schneiderman David, "The Access to Information Act: A Practical Review" (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474.

## COUNSEL:

*Barbara A. McIsaac, Q.C.*, for the appellant.  
*Richard D. Dearden* for the respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney of Canada* for the appellant.

## DOCTRINE

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

*Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12th ed., P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.

Schneiderman, David, «The Access to Information Act: A Practical Review» (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474.

## AVOCATS:

*Barbara A. McIsaac, c.r.*, pour l'appellant.  
*Richard D. Dearden* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.

*Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for the respondent.*

*Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimé.*

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

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

PRATTE J.A. (concurring in the result): Both parties to this appeal attack an order of the Trial Division (Reed J.) [(1990), 29 C.P.R. (3d) 321] allowing in part a motion made by the respondent in the course of proceedings under section 41 of the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1]. By that order, the Court directed that counsel for the respondent be given access to certain records under the control of the appellant for the sole purpose of enabling them to argue the application made by the respondent under section 41; the Court, however, rejected the respondent's request that Jean-Pierre Kingsley, the author of an affidavit filed in the section 41 proceedings, be ordered to answer certain questions that he had refused to answer during the cross-examination. The appellant appeals from the first part of the order while the respondent cross-appeals from the second part.

LE JUGE PRATTE, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Les deux parties au présent appel attaquent une ordonnance prononcée par la Section de première instance (le juge Reed) [(1990), 29 C.P.R. (3d) 321], accueillant en partie une requête présentée par l'intimé dans le cadre d'un recours intenté en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), chap. A-1]. Par cette ordonnance, la Cour a ordonné la communication de certains documents de l'appelant à l'avocat de l'intimé aux seules fins de lui permettre de faire valoir le bien-fondé de la demande faite par l'intimé en vertu de l'article 41; toutefois, la Cour a rejeté la demande de l'intimé visant à enjoindre à Jean-Pierre Kingsley, auteur d'un affidavit déposé dans le cadre du recours fondé sur l'article 41, de répondre à certaines questions auxquelles il avait refusé de répondre au cours du contre-interrogatoire. La partie appelante interjette appel de la première partie de l'ordonnance, tandis que l'intimé porte la deuxième partie en appel incident.

In order to understand the issues, it is necessary to have in mind certain provisions of the *Access to Information Act*.

Afin de comprendre les questions en litige, il faut avoir en tête certaines dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Section 4 gives every person (other than a non-Canadian who is not a permanent resident) the right to be given, on request, access to any record under the control of a government institution. Sections 13 and following, however, provide for exceptions to that rule. One of these exceptions is of interest here; it is found in section 19:

L'article 4 donne à tous les citoyens canadiens et résidents permanents le droit d'avoir accès, sur demande, aux documents des institutions fédérales. Par contre, les articles 13 et suivants comportent des exceptions à cette règle. Une de ces exceptions est pertinente en l'espèce; elle figure à l'article 19:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

(a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

(b) the information is publicly available; or

b) le public y a accès;

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.<sup>1</sup>

Section 6 requires that a request for access to a record be made in writing. The head of the government institution concerned must, within 30 days after the request, indicate in writing whether he will accede to it and, in case of refusal, specify the specific provision of the statute on which the refusal is based. If the person whose request has been turned down wishes to pursue the matter further, he may make a complaint to the Information Commissioner under section 30; if the intervention of the Commissioner does not give him satisfaction he may, under section 41, apply to the Trial Division of the Court "for a review of the matter". Sections 45 to 50 of the Act relate to that review:

45. An application made under section 41, 42 or 44 shall be heard and determined in a summary way in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act*.

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the

<sup>1</sup> The relevant provisions of the two sections of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] referred to in section 19 read as follows:

3. In this Act,

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(b) information relating to . . . financial transactions in which the individual has been involved,

but, for the purposes of . . . section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual . . .

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure . . . .

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.<sup>1</sup>

L'article 6 prévoit que la demande de communication de documents se fait par écrit. Le responsable de l'institution fédérale concernée est tenu, dans les 30 jours suivant la demande, d'indiquer par écrit si le document sera communiqué et, en cas de refus, de préciser la disposition de la loi qui justifie ce refus. Si la personne dont la demande a été refusée désire y donner suite, elle peut déposer une plainte devant le Commissaire à l'information, conformément à l'article 30; si l'intervention du Commissaire ne lui donne pas entière satisfaction, elle peut, en vertu de l'article 41, exercer «un recours en révision de la décision de refus» devant la Section de première instance de la Cour. Les articles 45 à 50 de la Loi portent sur cette révision:

45. Les recours prévus aux articles 41, 42 et 44 sont entendus et jugés en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à leur égard en vertu de l'article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours

<sup>1</sup> Les dispositions pertinentes des deux articles de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), chap. P-21] cités dans l'article 19 portent que:

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

b) les renseignements relatifs . . . à des opérations financières auxquelles il a participé;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application . . . de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, . . .

8. . . .

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée . . .

course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

47. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(e) or (d) or 18 (d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

I now turn to the facts which ultimately gave rise to this appeal.

On June 13, 1986, the respondent made a request to the appellant for access to the records containing the information provided by the Prime Minister, Cabinet ministers and other senior government officials pursuant to the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders. That Code is a document which the

prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

47. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Je passe maintenant aux faits qui ont donné lieu au présent appel.

Le 13 juin 1986, l'intimé a demandé à l'appellant la communication de dossiers contenant des renseignements donnés par le Premier ministre, des ministres du Cabinet et d'autres hauts fonctionnaires du gouvernement, en vertu du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêt et l'après-man-



Prime Minister tabled in the House of Commons on September 9, 1985; it requires members of the Cabinet and other public office holders to provide to the Assistant Deputy Registrar General information about their personal financial situation and their present and past activities. The respondent's request was immediately rejected on the ground that the information contained in those records was personal information, the disclosure of which was prohibited by subsection 19(1). After having unsuccessfully made a complaint to the Commissioner, the respondent took advantage of section 41 and applied to the Trial Division for a review of the matter. In answer to that application, the appellant filed the affidavit of Jean-Pierre Kingsley who was then the Assistant Deputy Registrar General of Canada. In that affidavit, Mr. Kingsley placed before the Court a copy of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders and described the kind of information provided under the Code. He was cross-examined on that affidavit and, during that cross-examination, refused to answer questions requesting him to produce the records in issue, to identify by name the persons whose records were in issue and specify the manner in which they had attempted to comply with the Code and, finally, to give details about the disciplinary measures taken against those who had failed to comply with the Code.

The respondent then applied to the Trial Division for an order directing Mr. Kingsley to answer those questions and, also, for an order giving his two counsel access to the records in issue on their giving an undertaking to the Court not to disclose their contents to anyone. That application was supported by an affidavit asserting that respondent's counsel required "access to the records in issue to properly prepare for the hearing of [the section 41] Application in respect of the argument that the information should be disclosed pursuant to section 19(2)(c) of the *Access to Information Act* and section 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* in that the public interest in disclosure clearly out-

dat. Il s'agit d'un document déposé par le Premier ministre, devant la Chambre des communes, le 9 septembre 1985. Il prévoit que les membres du Cabinet et d'autres titulaires de charge publique doivent fournir au Sous-registraire général adjoint des renseignements concernant leur situation financière personnelle ainsi que leurs activités présentes et passées. La demande de l'intimé a été immédiatement refusée au motif que les renseignements que contiennent ces documents sont de nature personnelle, dont la communication est interdite par le paragraphe 19(1). Après s'être plaint sans succès devant le Commissaire, l'intimé a eu recours à l'article 41 et a demandé à la Section de première instance une révision de la décision de refus. En réponse à cette demande, l'appelant a déposé l'affidavit de Jean-Pierre Kingsley, alors Sous-registraire général adjoint du Canada. Dans cet affidavit, M. Kingsley a déposé devant la Cour une copie du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêt et l'après-mandat, et a décrit le genre de renseignements fournis en vertu du Code. Il a été soumis à un contre-interrogatoire sur cet affidavit et c'est alors qu'il a refusé de répondre à des questions qui l'auraient obligé à produire les documents en cause, d'identifier nommément les personnes dont les documents étaient en litige et de préciser la façon dont elles avaient tenté de respecter le Code, et enfin, de décrire en détail les mesures disciplinaires prises à l'encontre des personnes qui n'avaient pas respecté le Code.

L'intimé s'est alors adressé à la Section de première instance pour obtenir une ordonnance enjoignant à M. Kingsley de répondre à ces questions ainsi qu'une ordonnance prévoyant la communication des documents en cause à ses deux avocats, sous réserve de leur engagement devant la Cour à ce que les renseignements qu'ils renferment ne soient divulgués à personne. Cette demande était soutenue par un affidavit portant que l'avocat de l'intimé demandait [TRADUCTION] «la communication des documents en cause afin de bien se préparer pour l'audition de la demande [présentée en vertu de l'article 41] en ce qui concerne l'argument que les renseignements devraient être communiqués en vertu de l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et du sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des rensei-*

weighs any invasion of privacy that could result from the disclosure.”

As I have already said, Reed J. granted only the second part of that motion; she directed that the respondent's counsel be given access to the “records in issue” but did not order Mr. Kingsley to answer the questions. With respect to the request that counsel be given access to the records, she first said [at page 324]:

There is no doubt that personal information has been disclosed to counsel in the past, on a confidential basis, to allow them to properly argue their clients' request for disclosure under the terms of the Access Act: see *Re Maislin Industries Ltd. and Minister for Industry, Trade and Commerce* (1984), 80 C.P.R. (2d) 253, 10 D.L.R. (4th) 417, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.); *Re Robertson and Minister of Employment & Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552, 13 F.T.R. 120 (T.D.); *Bland and Canada (National Capital Commission)* (1988), 32 Admin. L.R. 69, 20 F.T.R. 236, 11 A.C.W.S. (3d) 2 (T.D.). That the particular counsel seeking access in this case can be relied upon to respect the confidentiality of the documents if they are given access is also not disputed.

After quoting from the *Maislin* [*Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.)]; *Robertson* [*Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (F.C.T.D.)]; and *Bland* [*Bland v. Canada (National Capital Comm. of Canada)* (1988), 32 Admin. L.R. 69 (F.C.T.D.)] decisions, she concluded [at page 327]:

In the light of this jurisprudence I think there are a number of factors which the court takes into account in deciding whether counsel should be given access, for the purposes of argument only, to the documents which are the subject of an access refusal review. Some of these are: the extent to which counsel will be impeded in making argument if the documents are not disclosed to him; the nature or sensitivity of information contained in the documents; the extent to which the proceedings before the court will operate more smoothly and fairly if access is granted; the type of assurances which counsel can give that the documents will not be disclosed inadvertently (e.g., in this case counsel referred to his security cleared status and the special vault facilities in his office).

It is my view that the facts in this case fall within the type of situations in which access to documents has been given to counsel for the purposes of argument in the past. When the

*gnements personnels, en ce que des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée».*

Comme je l'ai déjà dit, Madame le juge Reed n'a accueilli que la deuxième partie de cette requête; elle a ordonné que les documents en cause soient communiqués à l'avocat de l'intimé mais n'a pas enjoint à M. Kingsley de répondre aux questions. Quant à la demande de communication des documents à l'avocat, elle a tout d'abord dit ce qui suit [à la page 324]:

Il n'y a pas de doute que des renseignements personnels ont été communiqués à des avocats dans le passé, à titre confidentiel, pour leur permettre de défendre convenablement les demandes de communication présentées par leurs clients en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (voir *Re Maislin Industries Ltd. et Ministre de l'Industrie et du Commerce* (1984), 80 C.P.R. (2d) 253, 10 D.L.R. (4th) 417, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552, 13 F.T.R. 120 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Bland et Canada (Commission de la capitale nationale)* (1988), 32 Admin. L.R. 69, 20 F.T.R. 236, 11 A.C.W.S. (3d) 2 (1<sup>re</sup> inst.)). Il n'est par ailleurs pas contesté que l'on peut compter sur le fait que les avocats respecteront le caractère confidentiel des documents dont ils demandent la communication en l'espèce.

Après avoir cité les arrêts *Maislin* [*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.)]; *Robertson* [*Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]; et *Bland* [*Bland c. Canada (Commission de la Capitale nationale du Canada)* (1988), 32 Admin. L.R. 69 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], elle a conclu ce qui suit [à la page 327]:

À la lumière de cette jurisprudence, je pense qu'il existe plusieurs facteurs dont la Cour tient compte pour décider s'il y a lieu de permettre aux avocats de consulter, pour les fins du débat seulement, les documents qui font l'objet d'une révision d'un refus de communication. Voici quelques-uns de ces facteurs: la mesure dans laquelle l'avocat aura de la difficulté à faire valoir son point de vue si on ne lui communique pas les documents; la nature ou le caractère délicat des renseignements contenus dans les documents; la mesure dans laquelle la poursuite dont la Cour est saisie se déroulera plus aisément et équitablement si l'on donne communication des documents; le type de garanties que l'avocat peut donner que les documents ne seront pas divulgués par inadvertance (par ex., en l'espèce, l'avocat a mentionné le fait qu'il avait été accepté au contrôle de sécurité et que son cabinet était muni de coffres-forts spéciaux).

Je suis d'avis que les faits de la présente espèce font partie du genre de situations dans lesquelles on a, par le passé, donné communication de documents aux avocats pour les fins du

criteria set out above are applied to the facts of this case, they lead to the conclusion that access should be granted.

Turning to the questions that Mr. Kingsley has refused to answer during cross-examination, Reed J. did not order that the questions relating to the records in issue and their contents be answered because she considered that counsel, after having had access to those records, would know the answers to these questions. As to the other questions, relating to the persons who were disciplined for non-compliance with the Code, she was not convinced that they were relevant and, accordingly, was not prepared to order that they be answered.

The first question to be resolved on this appeal is whether the Trial Division may, when it is seized of a section 41 application, order the head of the federal institution concerned to give to the applicant's counsel confidential access to the records in issue for the sole purpose of enabling him (or them) to prepare argument in support of the application. That question was not discussed in the Court below. Both parties as well as the judge assumed the correctness of the decisions made in *Maislin*, *Robertson* and *Bland*. The oral argument of the appeal proceeded on the same basis; after the hearing, however, both parties were asked to submit written argument on that issue. In her submission, counsel for the appellant did not really take a firm position; respondent's counsel, however, argued that the power of the Court to make that kind of an order flows from its inherent jurisdiction to control its own process and records as well as from its rules and practice; he also submitted that the "interpretation of the structure and wording of the *Access to Information Act* allows for such a practice."

There is no doubt that, as a rule, the Court may, in order to ensure a fair determination of the matter before it, order a party to produce relevant evidence in its possession for inspection by the other parties. It is equally clear, however, that this power may not be used when its exercise would imply a determination of the very issue before the

débat. Lorsqu'on applique les critères susmentionnés aux faits de la présente espèce, on en vient à la conclusion qu'il y a lieu d'accorder l'accès.

Quant aux questions auxquelles M. Kingsley a refusé de répondre au cours du contre-interrogatoire, Madame le juge Reed n'a pas ordonné que l'on réponde aux questions relatives aux documents en cause et aux renseignements qu'ils contiennent parce qu'elle estimait qu'après la communication de ces documents, l'avocat obtiendrait la réponse à ses questions. Quant aux autres questions, relatives aux personnes ayant fait l'objet de mesures disciplinaires pour ne pas avoir respecté le Code, elle n'était pas convaincue qu'elles étaient pertinentes et, par conséquent, n'était pas prête à ordonner qu'on y réponde.

La première question qu'il convient de régler dans le présent appel est de savoir si, lorsqu'elle est saisie d'une demande faite en vertu de l'article 41, la Section de première instance peut ordonner aux responsables de l'institution fédérale concernée de communiquer confidentiellement à l'avocat du requérant les documents en cause aux seules fins de lui permettre de préparer la preuve qu'il présentera à l'appui de sa requête. Cette question n'a pas été traitée en première instance. Les deux parties de même que le juge ont présumé que les décisions rendues dans *Maislin*, *Robertson* et *Bland* étaient fondées. Les plaidoiries présentées oralement étaient fondées sur le même principe; toutefois, après l'audience, les deux parties se sont vu demander de présenter des plaidoiries écrites à ce sujet. L'avocate de l'appellant n'a pas pris de position très ferme sur la question; cependant, l'avocat de l'intimé a prétendu que le pouvoir qu'a la Cour de prononcer ce genre d'ordonnance découle de sa compétence inhérente en matière de contrôle de la procédure, des documents, des règles et de la pratique applicables devant elle; il prétend également que [TRADUCTION] «l'interprétation de la structure et du libellé de la *Loi sur l'accès à l'information* autorise une pratique de ce genre».

Il n'y a pas de doute que, en théorie, la Cour peut ordonner à une partie de produire des éléments de preuve pertinents qu'elle possède afin de permettre aux autres parties de les inspecter, afin de trancher de façon juste et équitable la question dont la Cour est saisie. Cependant, il est tout aussi clair que ce pouvoir ne saurait être exercé lorsqu'il

Court.<sup>2</sup> It cannot be used, either, when the law forbids it. That is the case here.

Section 47 of the *Access to Information Act* imposes on the Court that is seized of a section 41 application the duty to “take every reasonable precaution . . . to avoid the disclosure by the Court or any person of any information . . . on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act”. It necessarily follows that the Court is prohibited from ordering the disclosure of information contained in a record without having first determined that the information in question must be disclosed. As the section does not distinguish between disclosure to an applicant, his counsel and the public, this implied prohibition applies to any disclosure including confidential disclosure to an applicant or his counsel. The Court has no discretion to order or authorize disclosure if it deems it necessary or useful; it has the absolute duty to take the necessary precautions to avoid the disclosure. The only discretion that section 47 gives to the Court relates to the choice of the means to avoid the disclosure. It is easy to understand why Parliament has given that discretion to the Court rather than impose the obligation to proceed *ex parte* or *in camera* in all cases. Indeed, very often, these measures will not be necessary to avoid the disclosure. In many cases, once the Court has examined the records, it will be possible to argue the section 41 application without disclosing the information contained in those records. In other instances (for example, when the application for a review is made by the Information Commissioner), all parties to the proceedings may already have had access to the records so that the imposition of an *ex parte* hearing would be a useless precaution.

s'ensuivrait une détermination de la véritable cause en litige devant la Cour<sup>2</sup>. Il ne peut être exercé non plus lorsque la loi l'interdit, ce qui est le cas en l'espèce.

<sup>a</sup> L'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information* impose à la Cour saisie d'un recours prévu à l'article 41 le devoir de prendre «toutes les précautions possibles . . . pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque des renseignements qui . . . justifient un refus de communication totale ou partielle d'un document». Il s'ensuit nécessairement qu'il est interdit à la Cour d'ordonner la communication de renseignements contenus dans un document avant d'avoir tout d'abord déterminé si les renseignements en question doivent être divulgués. Puisque l'article ne prévoit aucune distinction entre la communication au requérant, à l'avocat et au public, cette interdiction tacite s'applique à toute communication, y compris la communication confidentielle faite au requérant ou à son avocat. La Cour n'a pas discrétion pour ordonner ou autoriser la communication de renseignements qu'elle juge nécessaires ou utiles; elle est absolument tenue de prendre les précautions nécessaires pour éviter que des renseignements ne soient divulgués. Le seul pouvoir discrétionnaire que l'article 47 confère à la Cour porte sur le choix des moyens retenus pour éviter la divulgation des renseignements. Il est facile de comprendre pourquoi le législateur a donné cette discrétion à la Cour plutôt que de lui imposer l'obligation d'entendre toutes les affaires en l'absence d'une partie ou à huis clos. De fait, dans bien des cas, ces mesures ne seront pas nécessaires pour éviter la divulgation de renseignements. Souvent, après que la Cour aura examiné les documents, il sera possible de présenter des plaidoiries à l'égard de la demande faite en vertu de l'article 41, sans divulguer les renseignements contenus dans ces documents. Dans d'autres cas (par exemple, lorsque la demande de révision est faite par le Commissaire à l'information), toutes les parties à l'instance auront peut-être déjà eu accès aux documents de sorte que l'imposition d'une audition d'arguments en l'absence d'une partie serait une précaution inutile.

<sup>2</sup> For instance, a court that has to rule on a claim of privilege with respect to the production of a document may not order that the document be produced in order to facilitate the argument on the question of privilege.

<sup>2</sup> Par exemple, la cour à qui l'on soumet que la production d'un document est visée par un privilège ne peut ordonner que ce document soit produit pour faciliter les plaidoiries sur la question du privilège.

I am therefore of opinion that the Trial Division should not have ordered that the applicant's counsel be given access to the records in issue.

I now turn to the respondent's cross-appeal against the refusal of the Court below to order Mr. Kingsley to answer the three groups of questions that he had failed to answer during his cross-examination.

It is clear from what I have already said that the Court could not, without violating section 47, order that the first two groups of questions be answered since they requested the production of the records in issue and information contained in those records.

As to the last group of questions, it related to the disciplinary measures taken against those who had failed to comply with the Code. Those questions were completely irrelevant since the only issue before the Court was whether the *Access to Information Act* authorized the appellant to refuse to disclose the records requested by the respondent.

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and substitute for the order made by the Trial Division an order dismissing the respondent's application. Costs in the Trial Division and in this Court shall be in the case.

\* \* \*

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

DÉCARY J.A.: I agree with my colleague Pratte that the appeal should be allowed, but I do so for substantially different reasons.

In brief, I hold the view that section 47 of the *Access to Information Act*<sup>3</sup> empowers the Court to grant access to counsel for the purpose of arguing the application for disclosure on the undertaking that he/she will not disclose the information at issue to anyone including his/her client, but that in

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. A-1.

Je suis donc d'avis que la Section de première instance n'aurait pas dû ordonner la communication des documents en cause à l'avocat du requérant.

<sup>a</sup> Je passe maintenant à l'appel incident interjeté par l'intimé contre le refus de la Cour d'ordonner en première instance à M. Kingsley de répondre aux trois groupes de questions auxquelles il avait refusé de répondre au cours de son contre-interrogatoire.

D'après ce qui précède, il est clair que la Cour ne pouvait ordonner que l'on réponde aux deux premiers groupes de questions, sans contrevenir à l'article 47, puisque cela aurait nécessité la production des documents en cause et des renseignements qu'ils contiennent.

Quant au dernier groupe de questions, il porte sur les mesures disciplinaires prises contre les personnes qui ont contrevenu au Code. Ces questions ne sont d'aucune pertinence puisque la seule question dont la Cour est saisie est de savoir si la *Loi sur l'accès à l'information* permettait à l'appelant de refuser de communiquer les documents demandés par l'intimé.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, de rejeter l'appel incident et de remplacer l'ordonnance prononcée par la Section de première instance par une ordonnance rejetant la requête de l'intimé. Les dépens devant les deux instances de la Cour suivront l'issue de la cause.

\* \* \*

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

<sup>h</sup> LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis d'accord avec mon collègue le juge Pratte pour accueillir l'appel, mais les motifs sur lesquels je m'appuie sont sensiblement différents.

En bref, je suis d'avis que l'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>3</sup> confère à la Cour le pouvoir d'autoriser la communication de certains renseignements à l'avocat, pour les fins du débat sur la demande de communication et moyennant l'engagement de ne pas divulguer ces renseignements à qui que ce soit, y compris son client, mais

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), chap. A-1.

the instant case the circumstances are not appropriate for the issuance of such a confidential order.

The facts have been recited by my colleague and I need not repeat them. It will be useful, however, to reproduce some of the sections of the Act to which I intend to refer. They are:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

35. (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner, a reasonable opportunity to make representations shall be given to

- (a) the person who made the complaint,
- (b) the head of the government institution concerned, and
- (c) where the Information Commissioner intends to recommend under subsection 37(1) that a record or a part thereof be disclosed that contains or that the Information Commissioner has reason to believe might contain

- (i) trade secrets of a third party,
- (ii) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (iii) information the disclosure of which the Information Commissioner could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of

a third party, if the third party can reasonably be located, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

45. An application made under section 41, 42 or 44 shall be heard and determined in a summary way in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act*.

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

47. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate,

que, dans la présente espèce, les circonstances ne se prêtent pas à la délivrance d'une telle ordonnance de confidentialité.

Les faits ont été relatés par mon collègue et il n'y a pas lieu de les répéter. Il convient toutefois de reproduire certains des articles de la Loi auxquels j'ai l'intention de me reporter:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

35. (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à l'information sont secrètes.

(2) Au cours de l'enquête, les personnes suivantes doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à l'information, nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:

- a) la personne qui a déposé la plainte;
- b) le responsable de l'institution fédérale concernée;
- c) le tiers visé au paragraphe 27(1), si le Commissaire à l'information a l'intention de recommander, en vertu du paragraphe 37(1), la communication d'un document visé au paragraphe 27(1).

45. Les recours prévus aux articles 41, 42 et 44 sont entendus et jugés en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à leur égard en vertu de l'article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

47. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue

receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

52. (1) Any application under section 41 or 42 relating to a record or a part of a record that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 13(1)(a) or (b) or section 15 shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear such applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

53. ...

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

I wish to state at the outset that section 47, when read together with sections 35 and 52, constitutes a most unsatisfactory piece of legislation as regards the powers and duties of the Court in proceedings dealing with access to information. What makes matters even more complicated is the fact that Parliament has used slightly or substan-

d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

52. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication totale ou partielle du document en litige s'appuyait sur les alinéas 13(1)a) ou b) ou sur l'article 15 sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés 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 le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée 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.

53. ...

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Je tiens à souligner dès le départ que l'article 47, combiné aux articles 35 et 52, constitue un piètre exercice de rédaction législative en ce qui concerne les pouvoirs conférés à la Cour et les obligations qui lui incombent dans les instances relatives à l'accès à l'information. Les choses se compliquent encore du fait que le Parlement a, dans d'autres

tially different language in other Acts<sup>4</sup> to deal with somehow comparable situations and the fact that the Court has yet, notwithstanding the requirement of section 46, to make special rules to deal with this sort of proceedings.<sup>5</sup>

In interpreting section 47 of the *Access to Information Act*, reference should be made to the principles developed at common law with respect to the protection of confidential information, to the practice adopted by the courts, to the various statutory mechanisms established by Parliament and to the advent of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada*

<sup>4</sup> *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 to 39; *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 28(6) and 30(5); *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 47, ss. 43 to 49; *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 48 to 50; *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.)), c. 31, s. 99) and 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.)), c. 29, s. 4); *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 236; *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 20(4); *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, R.S.C., 1985, c. P-12, s. 25; *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 33, 44 to 52; *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 75 (rep. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.)), c. 47, s. 52); *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 16 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.)), c. 48, s. 1.

<sup>5</sup> Section 47 is poorly phrased. While there appears to be general agreement that it directs the Court to take precautions against the disclosure of the very record at issue as well as against the disclosure of any exempted information (see David Schneiderman, "The Access to Information Act: A Practical Review" (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474, at p. 488), I must admit that this comprehensive interpretation has given me some concern. A close reading of subsection 47(1) could lead one to conclude that Parliament had in mind not the "record" ("documents" in the French text) at issue, the disclosure of which has been actually refused, but "any information or other material" ("des renseignements" in the French text) that might accidentally show up during the proceedings and with respect to which the head of a government institution, if properly informed of the risk of its disclosure, "would be authorized to refuse to disclose". Should that be the proper interpretation, section 47 would not, of course, stand as a statutory prohibition to grant counsel conditional access to the record at issue. I need not, however, pursue this matter further because, even in following the generally adopted comprehensive interpretation, I am of the view that section 47 does not direct the Court to refuse counsel such access.

lois<sup>4</sup>, utilisé un langage légèrement ou sensiblement différent pour traiter de situations somme toute comparables et du fait que la Cour n'a pas encore, nonobstant les exigences de l'article 46, adopté de règles de pratique spéciales applicables à ce type d'instances<sup>5</sup>.

Pour interpréter l'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information*, il convient de se reporter aux principes dégagés en common law en matière de protection des renseignements confidentiels, à la pratique suivie par les tribunaux, aux divers mécanismes législatifs établis par le Parlement ainsi qu'à l'incidence de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de*

<sup>4</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37 à 39; *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, chap. 3, art. 28(6) et 30(5); *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47, art. 43 à 49; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 48 à 50; *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.)), chap. 31, art. 99) et art. 40.1 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.)), chap. 29, art. 4); *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 236; *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 20(4); *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, L.R.C. (1985), chap. P-12, art. 25; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 33, 44 à 52; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), chap. S-15, art. 75 (abr. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.)), chap. 47, art. 52); *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), chap. T-2, art. 16 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.)), chap. 48, art. 1.

<sup>5</sup> La rédaction de l'article 47 est déficiente. Bien qu'on paraisse généralement s'entendre pour estimer que cet article impose à la Cour l'obligation de prendre des précautions contre la divulgation du document en litige lui-même ainsi que de tout document faisant l'objet d'une exception (voir David Schneiderman, «The Access to Information Act: A Practical Review» (1986-87), 7 *Advocates Q.* 474, à la p. 488), je dois admettre que cette interprétation large me cause certaines difficultés. Une lecture attentive du paragraphe 47(1) peut en effet mener à la conclusion que le Parlement visait non pas le «document» («records» dans le texte anglais) en litige dont la communication a effectivement été refusée, mais «des renseignements» («any information or other material» dans le texte anglais) qui risqueraient d'être accidentellement dévoilés au cours de l'instance, risque qui justifierait un refus de communication de la part du responsable d'une institution fédérale dûment informé. Si cette interprétation devait s'avérer juste, on ne pourrait, naturellement, s'autoriser de l'article 47 pour interdire à l'avocat l'accès conditionnel au document en litige. Il n'y a pas lieu, toutefois, d'approfondir cette question étant donné que, même en suivant l'interprétation large généralement retenue, je suis d'avis que l'article 47 n'oblige pas la Cour à refuser la communication à l'avocat.



*Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It is, in my view, in that larger context only that the true meaning of the section can be sought.

#### Confidentiality at common law

It can be safely said that three fundamental premises on which our judicial system is based, are (1) that trials take place in open court, (2) that the procedure followed is an adversarial one, and (3) that rules of natural justice apply, amongst which is the rule that each party is entitled to see everything which is relevant to the Court's decision.

It is a combination of these three principles which is at the source of the rule that hearing should not be conducted *in camera*, even less in private, that representations should not be made *ex parte* and that parties and their counsel should not be denied access to the material that is relevant to the Court's decision.

That rule, as most rules, is not an absolute one. The courts, albeit reluctantly, have softened it "in exceptional cases, where the administration of justice would be rendered impracticable by the presence of the public"<sup>6</sup> and, in some cases, one may add, by the presence of all the parties. One of these exceptional cases, most certainly, is proceedings where the confidentiality of a document is precisely what is at stake. To allow the public and the parties to see the document before the question of its disclosure is decided might well render the whole process utterly useless and frustrate the end result of the proceedings.<sup>7</sup>

#### Practice with respect to the protection of confidentiality

In proceedings where there is a need to protect the integrity of confidential information, one of the means developed by the courts to preserve to the greatest possible extent the openness and the adversarial nature of the judicial system and to enable the parties to properly argue their case, is to provide counsel for the parties with access to the

<sup>6</sup> *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 188, Dickson J. [as he then was].

<sup>7</sup> For a most recent analysis of the principle of openness of judicial proceedings, see *C.D. v. Minister of National Revenue*, [1991] 2 F.C. 412 (C.A.).

*1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Ce n'est, à mon avis, que dans l'ensemble de ce contexte que peut être recherché le sens véritable de l'article.

#### <sup>a</sup> La confidentialité en common law

On peut affirmer sans crainte de se tromper que les trois principes suivants sont fondamentaux dans notre système judiciaire: 1) la publicité des débats, 2) la nature contradictoire des procédures et 3) l'application des règles de justice naturelle, dont le droit de chaque partie de prendre connaissance de tout élément pertinent aux fins de la décision du tribunal.

<sup>c</sup> C'est la combinaison de ces trois principes qui est à l'origine de la règle voulant que l'audience ne se déroule pas à huis clos, encore moins en secret, que les arguments ne soient pas présentés en l'absence d'une partie et que les parties et leur avocat ne se voient pas refuser l'accès à des documents pertinents aux fins de la décision du tribunal.

<sup>e</sup> Comme la plupart des règles, celle-ci n'est pas absolue. En dépit de leurs réticences, les tribunaux l'ont en effet adoucie «dans les affaires exceptionnelles où la présence du public [ou, pourrait-on ajouter dans certains cas, celle de toutes les parties] rendrait l'administration de la justice impossible»<sup>6</sup>. L'un de ces cas exceptionnels est certainement celui où le litige porte précisément sur la confidentialité d'un document. Permettre au public et aux parties d'en prendre connaissance avant que ne soit tranchée la question de sa divulgation risquerait fort de rendre le processus totalement inutile et de compromettre le résultat recherché.<sup>7</sup>

#### La pratique suivie en matière de protection de la confidentialité

<sup>h</sup> Dans les instances où il importe d'assurer la protection de renseignements confidentiels, l'un des moyens auxquels les tribunaux ont recours pour préserver le plus possible la transparence ainsi que la nature contradictoire du système judiciaire, tout en permettant aux parties de présenter convenablement leurs arguments, consiste à

<sup>6</sup> *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 188, le juge Dickson [tel était alors son titre].

<sup>7</sup> Pour une analyse très récente de la règle de la publicité des débats judiciaires, voir *C.D. c. Ministre du Revenu national*, [1991] 2 C.F. 412 (C.A.).

information subject to various conditions including the provision by counsel of undertakings to maintain the confidentiality of the information even with respect to their clients.<sup>8</sup>

As noted by Anderson J. in *Reichmann*, most of the authorities deal with disputes over patents or other secret processes, in which the litigants were direct commercial competitors, but in a case where the confidentiality of a government document was at stake, it has been held that it "is an excellent and common sense practice" to disclose to the parties' legal advisors the contents of the confidential reports provided they are not disclosed to the parties personally.<sup>9</sup>

I might add that while this practice has generally been justified in terms of natural justice and advantage to counsel, it has also proved most useful to judges. Issues in which confidential documents are at risk tend to be rather complex, either technically, as in commercial matters, or legally, as in public interest matters, and it is not always fair to the Court to force it to make important decisions when having heard one side of the argument only.

Apart from the practice developed by the courts, Parliament has suggested or imposed various techniques to protect confidential information. The techniques extend to judicial as well as to non-judicial proceedings. The more sensitive the issue is, the more stringent the requirements are. Here is a non-exhaustive list of techniques developed so far, some of which are occasionally combined.

— No examination of the confidential information and no hearing by the Court and disclosure refused automatically:

<sup>8</sup> See *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.), Buckley L.J., regarding confidential information in patent cases; *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719 (H.C.), regarding confidential information in a libel action.

<sup>9</sup> *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; this point affirmed *In re K. Infants*, [1965] A.C. 201 (H.L.), at p. 221, Lord Evershed.

donner aux avocats des parties accès à ces renseignements sous réserve de diverses conditions dont l'engagement d'en préserver la confidentialité même à l'égard de leurs clients<sup>8</sup>.

<sup>a</sup> Comme l'a fait remarquer le juge Anderson dans l'arrêt *Reichmann*, la plus grande partie de la jurisprudence porte sur des litiges concernant des brevets ou autres procédés secrets, litiges dans  
<sup>b</sup> lesquels les parties étaient des concurrents commerciaux directs. Mais dans une espèce où le caractère confidentiel d'un document de l'administration était en cause, on a conclu que [TRADUCTION] «c'est une excellente pratique dictée par le  
<sup>c</sup> bon sens» que de divulguer aux conseillers juridiques des parties le contenu des documents confidentiels, sous réserve que ceux-ci ne soient pas divulgués aux parties elles-mêmes<sup>9</sup>.

<sup>d</sup> Je pourrais ajouter que si cette pratique a de façon générale trouvé sa justification eu égard aux principes de justice naturelle et à l'intérêt des parties, elle s'est également avérée des plus utiles pour les juges. Les litiges où des documents à  
<sup>e</sup> caractère confidentiel sont en cause sont souvent complexes, que ce soit sur le plan technique comme en matière commerciale, ou sur le plan juridique comme dans les affaires soulevant des questions d'intérêt public. Il est parfois injuste  
<sup>f</sup> d'obliger le tribunal à prendre d'importantes décisions en n'ayant entendu qu'une seule version.

Mise à part la pratique suivie par les tribunaux, le Parlement a suggéré ou imposé diverses techniques afin de protéger les renseignements confidentiels. Ces techniques visent aussi bien les procédures judiciaires que non judiciaires, les exigences variant en fonction du caractère névralgique de la question en litige. Voici une liste non exhaustive  
<sup>g</sup> des techniques mises au point jusqu'à maintenant, certaines se combinant à l'occasion.  
<sup>h</sup>

— Pas d'examen des renseignements confidentiels, pas d'audition devant le tribunal et refus automatique de divulgation:

<sup>8</sup> Voir *Warner-Lambert Co. v. Glaxo Laboratories Ltd.*, [1975] R.P.C. 354 (C.A.), L.J. Buckley, concernant la confidentialité de renseignements en matière de brevets; *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.* (1990), 71 O.R. (2d) 719 (H.C.), concernant la confidentialité de renseignements dans une action en diffamation.

<sup>9</sup> *In re K. (Infants)*, [1963] Ch. 381; confirmé sur ce point *In re K. Infants*, [1965] A.C. 201 (H.L.), à la p. 221, lord Evershed.

- *Canada Evidence Act*, s. 39(1) (confidence of the Privy Council)
- Hearings shall be conducted in private (“*en secret*”):
  - *Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 48(1) (investigation by Review Committee)
- a
- *Access to Information Act*, s. 35(1) (investigation by Information Commissioner)
- No right to be present during, to have access to or to comment on representations made by another party:
  - *Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 48(2) (investigation by Review Committee)
- b
- *Access to Information Act*, s. 35(2) (investigation by Information Commissioner)
- *Immigration Act*, s. 40.1(4)(a) (inquiry by immigration officer)
- c
- Hearing shall be conducted by Chief Justice, Associate Chief Justice or judge designated:
  - *Canada Evidence Act*, s. 38(1) (international relations, national defence, security)
  - *Access to Information Act*, s. 52(1) (international affairs, defence, subversive activities)
  - *Immigration Act*, s. 40.1(4) (security or criminal intelligence reports)
- d
- Hearings shall be conducted *in camera*, with the opportunity being given to a party to make representations *ex parte*:
  - *Canada Evidence Act*, s. 38(5), (6) (disclosure of government information)
  - *Access to Information Act*, s. 52(2), (3) (international affairs, defence, subversive activities)
- e
- Summary of information to be given:
  - *Immigration Act*, s. 40.1(4)
- f
- On request for production of statement alleged to be privileged, Court shall examine statement *in camera* and, if it concludes that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the statement, the Court shall order its production and discovery, subject to such restrictions or conditions as the Court deems appropriate:
  - *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, s. 30(5)
- g
- Hearings shall be held *in camera* on request by party:
  - *Patent Act*, s. 20(4)
  - *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, s. 25
- h
- Hearings shall be conducted *in camera*, unless it is established that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and would not adversely affect the applicant:
  - *Immigration Act*, s. 29(3)
- i
- Hearings may be conducted *in camera*:
  - *Canadian International Trade Tribunal Act*, s. 32
  - *National Defence Act*, s. 236(2)
  - *Special Import Measures Act*, s. 75(2)
- j
- *Loi sur la preuve au Canada*, art. 39(1) (renseignement confidentiel du Conseil privé)
- Tenue des audiences en secret (“*in private*”):
  - *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, art. 48(1) (enquête du comité de surveillance)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 35(1) (enquête du Commissaire à l'information)
- a
- Pas de droit d'être présent lorsqu'une autre partie présente des observations, d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:
  - *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, art. 48(2) (enquête du comité de surveillance)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 35(2) (enquête du Commissaire à l'information)
  - *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4)a (enquête de l'agent d'immigration)
- b
- Audiences devant le juge en chef, le juge en chef adjoint ou un juge désigné:
  - *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38(1) (relations internationales, défense et sécurité nationales)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 52(1) (affaires internationales, défense, activités subversives)
  - *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4) (renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité)
- c
- Auditions à huis clos et droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie:
  - *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38(5), (6) (divulgation de renseignements administratifs)
  - *Loi sur l'accès à l'information*, art. 52(2), (3) (affaires internationales, défense, activités subversives)
- d
- Remise d'un résumé des informations:
  - *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4)
- e
- Sur demande de production d'une déclaration dont on allègue le caractère protégé, le tribunal examine la déclaration à huis clos et, s'il conclut que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à la déclaration, il en ordonne la production et l'examen, sous réserve des conditions ou restrictions qu'il juge indiquées:
  - *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, art. 30(5)
- f
- Auditions à huis clos à la demande d'une partie:
  - *Loi sur les brevets*, art. 20(4)
  - *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, art. 25
- g
- Auditions à huis clos, sauf s'il est démontré que la tenue de l'enquête en public ne compromettrait pas cette dernière et que le requérant ne s'en trouverait pas lésé:
  - *Loi sur l'immigration*, art. 29(3)
- h
- Possibilité d'auditions à huis clos:
  - *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, art. 32
  - *Loi sur la défense nationale*, art. 236(2)
  - *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, art. 75(2)
- i
- j

- *Tax Court of Canada Act*, s. 16
- Confidential information may be disclosed to counsel only, subject to counsel providing an undertaking of confidentiality:
  - *Canadian International Trade Tribunal Act*, s. 45(3) *a*
- Confidential information shall not knowingly be disclosed in any manner that is calculated or likely to make it available for the use of business competitor.
  - *Special Import Measures Act*, s. 75(3)

- *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, art. 16
- Possibilité de communiquer des renseignements confidentiels à l'avocat uniquement, sous réserve d'un engagement à ne pas les divulguer:
  - *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, art. 45(3)
- Renseignements confidentiels ne pouvant être sciemment communiqués de manière à pouvoir être utilisés par des concurrents ou rivaux:
  - *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, art. 75(3) *b*

It is obvious, when going through these statutes, that Parliament has sought to balance the need of the state and of private parties to protect the integrity of confidential information with the possibility for the public and the opposing parties to challenge the alleged confidentiality. When Parliament felt that the need of the state was such as to exclude any form of challenge or as to restrict severely any access to the confidential information at issue, it did not hesitate to do so. When Parliament decided to impose a particular "technique", it did so. When Parliament decided that courts could choose the most appropriate "technique", it did so. When Parliament, in a single statute, has imposed various "techniques" to deal with different situations, it presumably wanted a particular technique to be applied to a particular situation. *c*

Il est manifeste, à la lecture de ces textes législatifs, que le Parlement a cherché à établir un équilibre entre la nécessité pour l'État et les parties privées de protéger la confidentialité de certains renseignements et la possibilité pour le public et les parties au litige de mettre en question la confidentialité alléguée. Lorsque le Parlement a jugé que les impératifs étatiques étaient tels qu'ils exigeaient l'exclusion de toute forme de mise en question ou l'imposition de sévères restrictions à l'accès aux renseignements confidentiels en litige, il n'a pas hésité à légiférer en ce sens. Lorsque le Parlement a décidé d'imposer une «technique» particulière, il l'a fait. Lorsque le Parlement a décidé que les tribunaux pouvaient choisir la «technique» qui leur apparaissait convenir le mieux, il l'a dit. Lorsque le Parlement a, dans une même loi, imposé différentes «techniques» visant différentes situations, il a, selon toute apparence, voulu qu'une technique particulière s'applique pour chaque cas particulier. *d*

#### Section 47 of the *Access to Information Act*

Section 47, whose ambiguity is the only certain thing about it, is to be interpreted in the context of the entire Act, i.e. in the context of an Act whose purpose, under section 2, is "to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government", in the context of an Act which expressly and conclusively discards the adversarial nature of proceedings when it wants to do so (sections 35 and 52), in the context of an Act which imposes on the government institution the burden of establishing that the refusal to disclose *e*

#### L'article 47 de la *Loi sur l'accès à l'information*

L'article 47, qui n'a de certain que son ambiguïté, doit être interprété dans le contexte de l'ensemble de la Loi, soit dans le contexte d'une loi dont l'objet, énoncé à l'article 2, est d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale «en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». Dans le contexte également d'une loi qui écarte expressément et de façon décisive la nature contradictoire des débats lorsqu'elle le veut (articles 35 et 52), qui impose à l'institution fédérale la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication (article 48) et où il est prévu spécifiquement et de façon fort inusitée que les demandeurs déboutés *f*

is authorized (section 48) and in the context of an Act which specifically and most unusually provides that unsuccessful applicants will be entitled to their costs when their application “has raised an important new principle”.

Any ambiguity in section 47 should therefore be resolved in such a way as to encourage adversarial proceedings, as to favour the party seeking disclosure, as to give a real meaning to the burden of proof imposed on the government institution, and as to best ensure that the judicial review is really made “independently of government”. I have great difficulty in giving any weight to that burden of proof and to that independent review if, in all judicial proceedings commenced under section 41, the Court is given no discretion whatsoever to grant counsel, in appropriate circumstances, some form of access to the record at issue in order to enable him/her to argue the merit of the application. The Act might well prove to be unworkable if the Court is systematically at the mercy of those from whom it is declared to be independent and on whom the burden of proof rests.

Further, as the Act is intended to increase the visibility and independence of the judicial review, any interpretation of section 47 that would result in the incorporation into that section of the covertness identified with the investigation by the Information Commissioner (section 35) or identified with proceedings dealing with international affairs, defence or subversive activities (section 52) would do violence to the express purpose of the Act.

To see in section 47 an absolute and universally applicable rule of non-access to counsel, is to forget that the Act contemplates various situations, including those referred to in section 52: there are cases where the head of a government institution “may refuse to disclose”, others where he “shall refuse to disclose”. There are, in the Act itself, different degrees of confidentiality that invite flexibility rather than rigidity.

Had Parliament intended to prevent any form of access by counsel during the judicial review, it would have been easy to say so in very few words. But why refer to “reasonable” precaution, why say “including”, why add “when appropriate”, why

auront droit aux frais et dépens si leur recours «a soulevé un principe important et nouveau».

a

Il convient donc de résoudre toute ambiguïté décelée à l'article 47 de manière à encourager les débats contradictoires, à favoriser la partie demandant la communication, à donner tout son sens à la charge de preuve incombant à l'institution fédérale et enfin à faire en sorte que le contrôle judiciaire soit réellement un «recours indépendant[s] du pouvoir exécutif». Il me serait très difficile d'accorder quelque crédit à cette charge de preuve ainsi qu'à ce contrôle indépendant si, dans toutes les procédures intentées sous le régime de l'article 41, la Cour n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'avocat à obtenir, dans les circonstances appropriées, un certain accès au document en litige pour lui permettre de débattre du fond de la demande. La Loi pourrait bien s'avérer inapplicable si la Cour était systématiquement à la merci de ceux dont elle est réputée indépendante et à qui incombe la charge de la preuve.

De plus, la Loi visant à accroître la visibilité et l'indépendance du contrôle judiciaire, toute interprétation de l'article 47 qui aurait pour résultat de lui attribuer le caractère secret dont est entourée l'enquête du Commissaire à l'information (article 35) ou les procédures intéressant les affaires internationales, la défense ou les activités subversives (article 52) ferait violence à son objet expressément énoncé.

Voir en l'article 47 une règle absolue et universellement applicable de non-communication à l'avocat serait oublier que la Loi vise une diversité de situations, dont celles que mentionne l'article 52: dans certains cas, le responsable d'une institution fédérale «peut refuser la communication» alors que dans d'autres, il «est tenu de refuser la communication». Il existe donc, dans la Loi elle-même, différents degrés de confidentialité qui invitent à la flexibilité plutôt qu'à la rigidité.

Le Parlement eût-il voulu empêcher toute forme de communication à l'avocat au cours du contrôle judiciaire qu'il aurait pu facilement le dire en quelques mots. Sinon, pourquoi parler de toutes les précautions «possibles», pourquoi utiliser le terme

give two examples, i.e. *ex parte* representations and hearings *in camera*, if the purpose is to impose upon the Court the absolute duty, in all proceedings, whatever the record at issue, whatever the party, whatever the counsel, to ensure that the information will not be communicated to anyone? If Parliament had intended to give the Court no choice but to close the door on any form of communication pending the proceedings, wouldn't it have used in section 47 a language similar to that used in sections 35 and 52, or to that used in the *Canadian Security Intelligence Service Act* or in the *Immigration Act*?

Parliament did not want to be as specific when it came to section 47 as it was when it came to sections 35 and 52. Parliament refrained from putting aside totally the openness of the proceedings and the contradictory nature of the proceedings. That reluctance to put aside these fundamental principles commands a narrower construction of the section. As stated by Viscount Simon in *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*:<sup>10</sup>

Judges are not called upon to apply their opinions of sound policy so as to modify the plain meaning of statutory words, but where, in construing general words the meaning of which is not entirely plain there are adequate reasons for doubting whether the Legislature could have been intending so wide an interpretation as would disregard fundamental principles, then we may be justified in adopting a narrower construction.

In the instant case, that narrower construction is the only one consistent with the purpose, the scheme and the wording of the Act.<sup>11</sup>

There is an additional reason which leads me to conclude that this is the proper interpretation to be given. In these proceedings as well as in other proceedings where the issue of disclosure arose,<sup>12</sup> it is conceded by the appellant that the Minister

<sup>10</sup> [1940] A.C. 1014 (H.L.), at p. 1022.

<sup>11</sup> See *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at pp. 271-278, Heald J.

<sup>12</sup> *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.); *Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (F.C.T.D.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.); *Bland v. Canada (National Capital Comm. of Canada)* (1988), 32 Admin.

(Continued on next page)

«notamment», y ajouter «si c'est indiqué» et donner deux exemples — l'audition d'arguments en l'absence d'une partie et les audiences à huis clos —, si la Loi vise à imposer à la Cour l'obligation absolue, dans toutes les instances, quel que soit le document en litige, la partie ou l'avocat, de s'assurer que les renseignements ne seront communiqués à personne? Si le Parlement n'avait voulu donner à la Cour d'autre choix que de fermer la porte à toute forme de communication pendant l'instance, n'aurait-il pas utilisé à l'article 47 un langage semblable à celui qu'il a utilisé aux articles 35 et 52 ou dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, ou encore dans la *Loi sur l'immigration*?

Le Parlement n'a pas voulu être aussi précis à l'article 47 qu'aux articles 35 et 52. Il s'est abstenu d'écarter totalement la publicité des débats et la nature contradictoire des procédures. Cette réticence à mettre de côté ces principes fondamentaux appelle une interprétation étroite de la disposition. Comme l'a affirmé le vicomte Simon dans l'arrêt *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.*:<sup>10</sup>

[TRADUCTION] Les juges ne peuvent s'autoriser de l'équité pour s'écarter du texte d'une loi lorsque celui-ci est précis. Cependant, lorsque le sens de certains termes génériques n'est pas parfaitement clair et que rien ne permet de croire que le législateur a voulu qu'il en soit fait une interprétation qui rendrait le texte dérogeant aux principes généraux du droit, il peut être opportun d'en faire une interprétation plus stricte . . .

Dans la présente espèce, cette interprétation étroite est la seule qui soit compatible avec l'objet, l'économie et le libellé de la loi<sup>11</sup>.

Une autre raison me pousse à conclure que telle est la bonne interprétation. En l'espèce, comme dans d'autres affaires où était soulevée la question de la communication<sup>12</sup>, l'appelant concède que le ministre en cause, représenté par le procureur

<sup>10</sup> [1940] A.C. 1014 (H.L.), à la p. 1022.

<sup>11</sup> Voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), aux p. 271 à 278, le juge Heald.

<sup>12</sup> *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.); *Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.); *Bland c. Canada (Commission de la Capitale nationale du Canada)* (1988), 32

(Suite à la page suivante)

involved, represented by the Attorney General of Canada, had agreed to or had not opposed disclosure for the purpose of the proceedings. While it is common ground that courts should not look at administrative practice that goes against the intent or the requirements of a statute in order to interpret it, I am prepared to refer to an administrative practice, in an ancillary way, when such practice is that of such a high authority as that of the Attorney General of Canada, when it has been established in legal proceedings in which the Attorney General has actively participated, when it is fully consistent with the purpose, the scheme and the wording of the Act and when it confirms an interpretation which an ambiguous provision may reasonably bear.<sup>13</sup>

### The impact of the Charter

In *C.D. v. Minister of National Revenue*<sup>14</sup> this Court had the opportunity, recently, to examine the impact of the Charter on the practice and statutory provisions permitting hearings *in camera*. It was there stated that:

... with the advent of the Charter and more specifically with the recognition in its paragraph 2(b) of the freedom of the press, openness of the courts became an even better recognized and protected principle than it was at common law. As Cory J. stated in *Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)*:

It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

(Continued from previous page)

L.R. 69 (F.C.T.D.). See, also, *DMR & Associates v. Minister of Supply and Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (F.C.T.D.), at p. 88; *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 446 (T.D.), at p. 457; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.); *Burns Meats Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* F.C.T.D., T-1140-85, Jerome A.C.J., order dated 17/1/86, not reported.

<sup>13</sup> See *Paulson v. The King* (1915), 52 S.C.R. 317, at p. 336, Duff J.; *Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 642, Duff c. J.; *Bayshore Shopping Centre Limited, v. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] S.C.R. 755, at p. 167, Spence J.; *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969) at p. 264; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2nd ed. (Montréal: Yvon Blais, 1990) at pp. 521 ss.

<sup>14</sup> *Supra*, note 7.

général du Canada, a donné son accord ou du moins ne s'est pas opposé à la communication aux fins de l'instance. Quoiqu'il soit bien établi que les tribunaux n'ont pas, dans l'interprétation d'une loi, à tenir compte d'une pratique administrative allant à l'encontre de son intention ou de ses exigences, je suis disposé à me reporter, de façon accessoire, à une telle pratique lorsqu'elle émane d'une autorité aussi haute que celle du procureur général du Canada, lorsqu'elle a été établie à l'occasion d'une instance judiciaire dans laquelle le procureur général joue un rôle actif, lorsqu'elle est pleinement compatible avec l'objet, l'économie et le libellé de la Loi et qu'elle confirme une interprétation que peut raisonnablement recevoir une disposition empreinte d'ambiguïté<sup>13</sup>.

### L'incidence de la Charte

Notre Cour a eu récemment l'occasion d'examiner, dans l'arrêt *C.D. c. Ministre du Revenu national*<sup>14</sup>, l'incidence de la Charte sur les dispositions législatives et la pratique en matière d'audiences à huis clos. Elle y affirme que:

... avec l'adoption de la Charte et, plus précisément, avec la reconnaissance de la liberté de presse à l'alinéa 2b) de celle-ci, la publicité des cours est devenue un principe mieux reconnu et mieux protégé qu'il ne l'était en vertu de la common law. Comme l'a déclaré le juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*:

Il semblerait alors que les libertés consacrées à l'al. 2b) de la Charte ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

(Suite de la page précédente)

Admin. L.R. 69 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Voir aussi *DMR & Associates c. Ministre des Approvisionnements et Services* (1984), 11 C.P.R. (3d) 87 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 88; *Piller Sausages & Delicatessens Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 446 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 457; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Burns Meats Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, C.F. 1<sup>re</sup> inst., T-1140-85, le juge Jerome J.C.A., ordonnance en date du 17-1-86, non publié.

<sup>13</sup> Voir *Paulson v. The King* (1915), 52 R.C.S. 317, à la p. 336, le juge Duff; *Spooner Oils Ltd. et al. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, à la p. 642, le juge Duff; *Bayshore Shopping Centre Limited c. Corporation of the Township of Nepean et al.*, [1972] R.C.S. 755, à la p. 767, le juge Spence; *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, 12<sup>e</sup> éd. (London: Sweet & Maxwell, 1969), à la p. 264; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. (Montréal, Yvon Blais, 1990), aux p. 521 et s.

<sup>14</sup> Précité, note 7.

Therefore, a statutory provision permitting *in camera* proceedings will only be constitutionally valid “in the clearest of circumstances”, which may well be, to use the words of Dickson J. in *MacIntyre*, “where there is present the need to protect social values of superordinate importance.” In that sense I would say that the Charter has reinstated the principle of openness in its original dimension, if that principle had at all been diluted through statutory exceptions.

While I have no doubt that Parliament may opt for some form of covertness in cases dealing with confidential information and that its choice of technique is not for the courts to question, absent a constitutional attack, yet wherever that choice has been expressed in ambiguous words, courts should not hesitate to “read down” the limitations imposed and to favour the interpretation that least restricts the openness of the proceedings.

#### Confidential orders in the Federal Court

As I hold the view that section 47 does not direct the Court to deny access to counsel, conditional access to counsel becomes one of the “reasonable precautions” the Court might take to avoid disclosure to the public. There being statutory authority for the Court so to do, I need not rely, as counsel for the respondent suggested we should, on the Court’s alleged inherent jurisdiction to control its own process<sup>15</sup> and to enforce undertakings given to the Court<sup>16</sup> or, more generally, on an alleged inherent jurisdiction or implied duty to secure that justice is done.

<sup>15</sup> *Burnell v. International Joint Commission*, [1977] 1 F.C. 269 (T.D.) at pp. 273-274, Thurlow A.C.J.

<sup>16</sup> *In re K. (Infants)*; *supra*, note 9 at p. 397. (Counsel for the respondent also referred to the Court’s inherent jurisdiction in its own records, which gives the Court “a supervisory and protecting power over its own records”. *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185, Dickson J. It is true that the Federal Court is a court of record (section 3 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]), but that question does not arise here because the record at issue has not been made part of the records of the Court, the Motions Judge not having requested access to it. Even if she had, it is unclear whether the record at issue would have automatically become part of the records of the Court. Disclosure of the record at issue to counsel would not necessarily make that record part of the records of the Court.)

Par conséquent, une disposition législative permettant la tenue de procédures à huis clos ne sera valide conformément à la constitution «que dans les cas les plus clairs», soit, pour reprendre les mots du juge Dickson dans l’arrêt *MacIntyre*, «s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.»  
 a En ce sens, je dirais que la Charte a redonné sa dimension originale au principe de la publicité, si tant est que ce principe fût dilué par des exceptions d’origine législative.

Certes, je ne doute pas qu’il soit loisible au Parlement d’opter pour une forme quelconque de secret dans les affaires concernant des renseignements confidentiels et qu’il n’appartienne pas aux tribunaux de réviser le choix ainsi fait, sauf en cas d’attaque fondée sur la Constitution. Si, cependant, ce choix a été exprimé en termes ambigus, les tribunaux ne devraient pas hésiter à «atténuer» les restrictions imposées et à favoriser l’interprétation qui restreint le moins la transparence des débats.

#### a Les ordonnances de confidentialité en Cour fédérale

L’article 47 n’obligeant pas, selon moi, la Cour à refuser la communication à l’avocat, la communication conditionnelle m’apparaît constituer l’une des «précautions» susceptibles d’éviter que des renseignements ne soient divulgués publiquement. La Cour pouvant s’autoriser du pouvoir ainsi conféré par la loi, il n’y a pas lieu de s’appuyer, comme le soutient l’avocat de l’intimé, sur la présumée compétence inhérente de la Cour de contrôler ses propres procédures<sup>15</sup> et de faire exécuter les engagements contractés envers elle<sup>16</sup> ou, de façon plus générale, sur une présumée compétence inhérente ou obligation implicite d’assurer que justice soit faite.

<sup>15</sup> *Burnell c. La Commission mixte internationale*, [1977] 1 C.F. 269 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 273 et 274, le juge en chef adjoint Thurlow.

<sup>16</sup> *In re K. (Infants)*, précité, note 9, à la p. 397. (L’avocat de l’intimé invoque également la compétence inhérente de la Cour à l’égard de ses propres dossiers, compétence lui conférant en cette matière «un pouvoir de surveillance et de protection». *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 185, le juge Dickson. Il est vrai que la Cour fédérale est une cour d’archives (article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]), mais la question ne se pose pas en l’espèce parce que le document en litige n’a pas été versé au dossier de la Cour, la juge saisie de la requête n’ayant pas demandé à en prendre connaissance. Même si elle l’avait fait, il n’est pas certain que le document en question aurait automatiquement fait partie du dossier de la Cour. La communication du document en litige à l’avocat ne signifierait pas nécessairement qu’il serait de ce fait versé au dossier de la Cour.)



Things would have been made easier for practitioners had the Court adopted the “special rules” it was directed to make by section 45 of the Act. Should there be a need to rely on a specific rule of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] even when the statutory authority to make confidential orders is determined, I would rely on Rule 5, the so-called “gap” rule, and adopt by analogy the practice dictated by Rule 1402(8) [as am. by SOR/90-846, s. 23]<sup>17</sup> with respect to applications made pursuant to the *Special Import Measures Act* and the *Canadian International Trade Tribunal Act*, the practice of protective orders developed in patent cases<sup>18</sup> and the practice adopted with respect to cross-examination upon an affidavit.<sup>19</sup>

#### Access to counsel in appropriate circumstances

While Parliament did not, in my view, go as far as denying systematically access to counsel in pro-

<sup>17</sup> *Rule 1402*. . . .

(8) Notwithstanding the other provisions of this rule, having regard to section 29(3) of the *Anti-Dumping Act* and to section 4(10) of the *Tariff Board Act*, when copies of the material for a section 28 application in respect of a decision or order under one of those statutes are prepared under this rule,

(a) copies of the material comprising the transcript of any *in camera* hearing and all confidential exhibits shall be bound separately from all other material and clearly marked confidential;

(b) subject to any contrary direction from the Court, no more than one copy of such confidential material shall be sent to any interested party and such copy shall only be given to one counsel for such party on his providing an undertaking in writing to the Court

(i) that he will keep such copy confidential (except as regards himself and counsel associated with him) except in the course of argument under direction of the Court, and

(ii) that he will deliver such copy to the Anti-dumping Tribunal or to the Tariff Board, as the case may be, when it is no longer required for the purposes of the section 28 application; and

(c) subject to any contrary direction of the Court, such confidential material shall be withheld from the public.

<sup>18</sup> See *Procter & Gamble Co. et al. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16 (F.C.T.D.); same parties, F.C.A., A-158-88, Iacobucci C.J., judgment dated 21/2/89, not reported.

<sup>19</sup> *Upjohn Inter-American Corporation v. Canada (Minister of National Health and Welfare and Attorney General)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50 (F.C.T.D.), at p. 55.

Les praticiens auraient certes eu la tâche plus facile si la Cour avait adopté les règles de pratique spéciales comme le prescrit l'article 45 de la Loi. S'il était besoin de se prévaloir d'une disposition spécifique des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], indépendamment du pouvoir que confère la loi de prononcer des ordonnances de confidentialité, je m'appuierais sur la Règle 5, celle dite des «lacunes», et j'adopterais, par analogie, la pratique prescrite à la Règle 1402(8) [mod. par DORS/90-846, art. 23]<sup>17</sup> à l'égard des demandes présentées sous le régime de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* et de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, la pratique des ordonnances conservatoires en matière de brevets<sup>18</sup> ainsi que la pratique en matière de contre-interrogatoire sur affidavit<sup>19</sup>.

#### Communication à l'avocat dans les circonstances appropriées

Bien qu'à mon avis, le Parlement ne soit pas allé jusqu'à refuser systématiquement la communica-

<sup>17</sup> *Règle 1402*. . . .

(8) Nonobstant les autres dispositions de la présente règle, compte tenu de l'article 29(3) de la *Loi anti-dumping* et de l'article 4(10) de la *Loi sur la Commission du tarif*, lorsque des copies de documents sont préparées en vertu de la présente règle pour une demande en vertu de l'article 28 relative à une décision ou ordonnance rendue sous le régime d'une de ces lois

a) les copies de la transcription de toute audience à huis clos et de toutes les pièces confidentielles doivent être reliées à part et porter clairement la mention «confidentiel»;

b) sous réserve de toute directive contraire de la Cour, il ne doit pas être envoyé plus d'une copie de ces documents confidentiels à toute partie intéressée et cette copie ne peut être remise qu'à un avocat de cette partie, après que celui-ci a fourni à la Cour un engagement écrit

(i) qu'il ne divulguera pas le contenu de cette copie (sauf aux avocats qui lui sont associés dans son travail) si ce n'est au cours des débats, suivant les directives de la Cour, et

(ii) qu'il remettra cette copie au Tribunal anti-dumping ou à la Commission du tarif, selon le cas, lorsqu'elle ne sera plus nécessaire aux fins de la demande en vertu de l'article 28; et

c) sous réserve de toute directive contraire de la Cour, le public ne doit pas avoir accès à ces documents confidentiels.

<sup>18</sup> Voir *Procter & Gamble Co. et autres c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 16 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); mêmes parties, C.A.F., A-158-88, le juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-2-89, non publié.

<sup>19</sup> *Upjohn Inter-American Corporation c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Procureur général)* (1987), 14 C.P.R. (3d) 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 55.

ceedings commenced under the *Access to Information Act*, it did not either go as far as granting systematically access to counsel. In identifying amongst those reasonable precautions which might be taken by the Court that of “receiving representations *ex parte*”, Parliament must have intended that counsel be denied access in a given case.

There will be cases, for example, where the application for disclosure is *prima facie* so frivolous or so extravagant or so tantamount to an endless fishing expedition, that the Court will in a position to dismiss it summarily, without even having seen the information at issue and, of course, without giving any access to counsel. There will be cases dealing with international affairs, defence and subversive activities where the head of the department will take advantage of the provisions of section 52 and request that representations be received *ex parte*.

In most cases, however, the Court should tend to give counsel, if not access, at least enough relevant information to enable him/her to argue the application. As suggested by Schneiderman,<sup>20</sup> “[a] minimum standard of disclosure ought to be instituted by the Federal Court of Canada.” The present case is a good illustration of that “minimum standard of disclosure.” As noted by my colleague, the appellant has provided the Court and the respondent with a copy of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders and described rather extensively the kind of information provided under the Code. In a case such as this one, where it is the nature of the information collected rather than its specific content which is at issue in the main proceeding to have the contested documents disclosed, counsel need not see the actual information at issue in order to prepare adequately for the application. I am therefore of the view that the Motions Judge

tion à l’avocat dans les instances intentées sous le régime de la *Loi sur l’accès à l’information*, il n’est pas allé non plus jusqu’à permettre systématiquement cette communication. Ainsi, en mentionnant parmi les précautions que la Cour peut prendre «l’audition d’arguments en l’absence d’une partie», le Parlement devait souhaiter que la communication soit refusée dans certains cas.

*b* Dans certains cas, par exemple, la demande de communication apparaîtra à première vue si frivole ou si extravagante ou d’un caractère exploratoire si vaste que la Cour sera en mesure de la rejeter sommairement, sans même avoir pris connaissance des renseignements en litige et sans, bien sûr, en avoir autorisé la communication à l’avocat. Dans d’autres cas mettant en cause les affaires internationales, la défense ou des activités subversives, le responsable du Ministère se prévaudra des dispositions de l’article 52 pour demander que les arguments soient entendus en l’absence d’une partie.

*e* Dans la plupart des cas, cependant, la Cour devrait viser à ce que l’avocat ait accès sinon au document lui-même, du moins à suffisamment de renseignements pertinents pour lui permettre de présenter ses arguments. Comme le soutient Schneiderman<sup>20</sup>, [TRADUCTION] «la Cour fédérale du Canada devrait fixer un degré minimum de communication». L’affaire dont nous sommes saisis est un bon exemple de ce «degré minimum de communication». Comme l’a fait remarquer mon collègue, l’appelant a remis à la Cour et à l’intimé une copie du Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d’intérêts et l’après-mandat, tout en décrivant de façon assez complète le type de renseignements fournis en vertu de ce Code. Dans une affaire comme celle qui nous occupe, où c’est la nature des renseignements colligés plutôt que leur contenu spécifique qui est en litige dans la poursuite principale visant la communication des docu-

<sup>20</sup> *Supra*, note 5, at p. 489.

<sup>20</sup> Précité, note 5, à la p. 489.

erred in granting access to counsel and that the appeal should be allowed.

What constitutes the “minimum standard of disclosure” will be a question of fact in each case. The Court has the power to control access to counsel, the extent of that access and the conditions of that access. It can refuse access to the actual information and be satisfied, as it should have in this case, with the communication to counsel of a summary or a general description of the actual information. It can grant counsel access to the actual information, in whole or in part. It can impose conditions of access that vary according to the nature or sensitivity of the information, ranging from allowing counsel to examine the documents in his/her office and keep them in a safe, to allowing counsel to examine the documents under surveillance in the Court House. In cases where access is given to the actual information at issue, counsel would be expected to provide an undertaking that he/she will not disclose it to his/her client. Where the information at issue is of the “secret” type, only counsel with security cleared status would be entitled to examine it. In brief, there is no magic formula. The objective in each case is to protect the confidentiality of the information while allowing an intelligent debate on the question of its disclosure.

There is a last point I wish to make. In the case at bar, Reed J. granted access to counsel and set out the conditions of access without having first examined herself the documents at issue. This, in my view, is a serious flaw. The Court cannot be satisfied that access can be granted to counsel nor can it determine the extent and conditions of access if it has not previously examined the documents. Consent by the Crown does not relieve the Court from its duty to protect confidentiality and the Court cannot be said to have judicially taken “every reasonable precaution to avoid disclosure” if it blindly granted counsel access to all the information.

ments contestés, il n'est pas nécessaire que l'avocat prenne effectivement connaissance des renseignements en litige aux fins de préparer convenablement ses arguments. Par conséquent, je suis d'avis que le juge saisi de la requête a commis une erreur en permettant que l'avocat ait accès aux documents et j'estime qu'il y a lieu d'accueillir l'appel.

Il faudra examiner les faits de chaque espèce pour déterminer le «degré minimum de communication». La Cour a le pouvoir de contrôler l'accès que peuvent avoir les avocats, d'en fixer la portée et les conditions. Il lui est loisible de refuser l'accès aux documents eux-mêmes en se bornant, comme elle aurait dû le faire en l'espèce, à autoriser la communication d'un résumé ou d'une description générale des renseignements. La Cour peut permettre la communication partielle ou totale des renseignements eux-mêmes. Elle peut imposer des conditions variant selon la nature ou le caractère névralgique des renseignements, allant de l'examen des documents, gardés dans un coffre-fort, au bureau du procureur, jusqu'à leur examen sous surveillance au Palais de justice. Dans les cas où l'avocat reçoit accès aux renseignements en litige eux-mêmes, il devrait prendre l'engagement de ne pas les divulguer à son client. Lorsque les renseignements portent une cote de type «secret», seul l'avocat ayant reçu une autorisation de sécurité aurait droit de les examiner. Bref, il n'existe pas de formule magique. Dans chaque cas, l'objectif est de protéger la confidentialité des renseignements tout en permettant la tenue d'un débat éclairé sur la question de leur communication.

Je souhaite aborder un dernier point. Dans la présente espèce, le juge Reed a permis, à certaines conditions, que l'avocat ait accès aux documents en litige, sans les avoir d'abord examinés elle-même. Or, il s'agit selon moi d'un vice grave. La Cour ne saurait se convaincre que l'avocat peut avoir accès aux documents, ni fixer la portée et les conditions de cet accès, si elle n'a pas procédé auparavant à l'examen de ces documents. Le consentement de la Couronne n'exempte pas la Cour de son obligation de protéger la confidentialité et on ne peut dire que cette dernière a pris judiciairement «toutes les précautions possibles pour éviter que des renseignements soient divulgués» si elle a aveuglément autorisé la communication à l'avocat de tous les renseignements.

With respect to the cross-appeal, I am of the view that answers to the three groups of questions that were not answered during the cross-examination of Mr. Kingsley are either unnecessary or irrelevant with respect to the main proceeding.

The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

MAHONEY J.A.: I agree.

En ce qui concerne l'appel incident, je suis d'avis que les réponses aux trois groupes de questions auxquelles il n'a pas été répondu au cours du contre-interrogatoire de M. Kingsley sont soit inutiles soit non pertinentes eu égard à la poursuite principale.

L'appel devrait être accueilli et l'appel incident, rejeté.

*b* LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-1810-88

T-1810-88

**Shibamoto & Company Ltd., Ocean Fisheries Ltd., Seattle First National Bank (Plaintiffs)**

**Shibamoto & Company Ltd., Ocean Fisheries Ltd., Seattle First National Bank (demanderes-  
ses)**

v.

c.

**Louis de Arias, Trustee of the Western Fish Producers, Inc. Bankruptcy Estate, C.N. Holding, Inc., Jorn Nordmann, S.M. Properties Ltd. and The Ship "Nicolle N" (Defendants)**

**Louis de Arias, syndic à la faillite de Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc., Jorn Nordmann, S.M. Properties Ltd. et le navire «Nicolle N» (défendeurs)**

*INDEXED AS: SHIBAMOTO & CO. v. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. ESTATE (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: SHIBAMOTO & CO. c. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (SYNDIC) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rouleau J.—Vancouver, October 30, 31, November 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 1990, January 3, 4, 5, 7, 8, 9, 1991; Ottawa, March 22, 1991.

c Section de première instance, juge Rouleau—Vancouver, 30 et 31 octobre, 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 et 23 novembre 1990, 3, 4, 5, 7, 8 et 9 janvier 1991; Ottawa, 22 mars 1991.

*Contracts — Breach of contract — Conversion — Agreement whereby money advanced by plaintiffs to defendants for joint cash fish buying operation off Alaska coast — Defendants breaching agreement by: using money for purposes other than buying fish; disregarding ceiling price set by plaintiffs in accordance with contract; selling plaintiffs' fish to third parties; continuing buying and selling fish using plaintiffs' money — Negotiated accord without satisfaction not settlement and no defence to original claim.*

d *Contrats — Rupture de contrat — Délit de détournement — Entente aux termes de laquelle les demandereses avançaient de l'argent aux défendeurs dans le cadre d'une coentreprise d'achat de poisson au comptant au large de l'Alaska — Les défendeurs ont violé l'entente: en utilisant l'argent avancé à d'autres fins que l'achat du poisson; en ne tenant pas compte du prix plafond imposé par les demandereses conformément au contrat; en vendant le poisson des demandereses à des tiers; en continuant à acheter du poisson et à le vendre avec l'argent des demandereses — L'arrangement n'était qu'un accord sans datation en paiement et non un règlement et la violation ne constituerait pas une défense à l'égard de la réclamation initiale.*

*Torts — Conversion — Plaintiffs advancing funds to finance joint fish buying operation — Individual and corporate defendants guilty of converting plaintiffs' money to own use, selling plaintiffs' fish to third parties — If plaintiffs breached contract, not defence to conversion — Individual defendant, managing mind and will of defendant companies, guilty of conversion as primary actor, not merely secondary participant acting on behalf of companies.*

e *Responsabilité délictuelle — Délit de détournement — Les demandereses ont avancé des fonds pour financer une coentreprise d'achat de poisson — Les personnes physiques et morales défenderesses sont coupables d'avoir détourné l'argent des demandereses pour leur propre usage et d'avoir vendu le poisson à des tiers — La rupture de contrat éventuelle par les demandereses n'est pas une défense à l'égard du détournement — La personne physique défenderesse, qui était l'âme dirigeante des sociétés défenderesses, est coupable de détournement en qualité de principal instrument, et non seulement de participant secondaire qui agissait au nom des sociétés.*

*Corporations — Lifting corporate veil — Companies sued for conversion in course of joint cash fish buying operation — Three companies created, controlled and managed by individual defendant — Corporate veil lifted as failure to do so would result in injustice — Companies, individual defendant, guilty of conversion.*

f *Corporations — Abstraction de la personnalité morale des défendeurs — Les sociétés sont poursuivies pour détournement dans l'exploitation d'une coentreprise d'achat de poisson au comptant — Trois sociétés créées, contrôlées et dirigées par la personne physique défenderesse — Il est fait abstraction de la personnalité morale, sinon il y aurait injustice — Les sociétés aussi bien que la personne physique défenderesse sont coupables de détournement.*

*Maritime law — Liens and mortgages — Conflict of laws — Maritime lien acquired under maritime laws of Alaska and U.S.A. recognized as enforceable in Canada — Action in rem will lie to enforce maritime lien herein.*

g *Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Conflit de lois — Le privilège maritime acquis conformément aux lois maritimes de l'Alaska et des É.-U. d'Amérique est reconnu être opposable au Canada — Il y a lieu à une action in rem pour faire appliquer le privilège maritime en l'espèce.*

For the facts of the case, see the Editor's note below.

The issues were: whether there had been a breach of the agreement; whether the defendants were guilty of conversion; whether the plaintiffs are entitled to a maritime lien against the vessel *Nicolle N* pursuant to the laws of the State of Alaska and the United States of America and to its enforcement in Canada; whether the individual defendant Jorn Nordmann was personally liable for damages for conversion and whether the Court should lift the corporate veil of the defendant corporations to find them guilty of conversion.

*Held*, the plaintiffs should have judgment for damages for breach of contract and the defendant Jorn Nordmann as well as all three defendant corporations were guilty of the tort of conversion. Plaintiffs were entitled to a maritime lien against the ship *Nicolle N*.

#### A. Breach of the Agreement

Nordmann agreed to be bound by the ceiling price set by the plaintiffs. The agreement specifically stated that, though Western was purchasing fish in its own name, it was to provide documentary evidence that the title was to be in the name of Ocean which, in turn, held it in trust for Shibamoto. Title to the fish and the money was never intended to be, nor was it in fact, the property of Western or Mr. Nordmann.

The defendants had breached the agreement in many respects. They paid more than the ceiling price and continued the purchase of fish in their own name without authorization using Shibamoto funds. Furthermore, they used the fish buying funds to meet their payroll, petty cash, air fares and tender fees. They also concluded an agreement with third parties to sell fish which belonged to the plaintiffs.

Even if defendants' submission, that the plaintiffs were guilty of breaching the contract, was well founded, a party to a contract cannot unilaterally declare the other contracting party to be in breach, without any declaration from a court of competent jurisdiction, and proceed to carry out the contract according to its own interpretation. In the instant case, the defendants' only lawful course of action would have been to have treated the contract as repudiated and sue for damages. They had no legal right to continue purchasing fish for their own account or to pay their current expenses with the plaintiffs' money.

#### B. Conversion

Two separate and distinct actions taken by the defendants were inconsistent with the owner's rights: the taking of the money for their own use and transacting with fish that was clearly the property of the plaintiffs according to the terms of the agreement. There was no doubt that these acts were intentional: the defendants well knew that the money was not theirs to spend for purposes other than purchasing fish. There was also no doubt that the defendants kept the goods adversely, in defiance of the true owners' rights. Even if the plaintiffs were guilty of a breach of contract, that would not constitute a defence to the conversion of another's property. As a defence to the claim in conversion, the defendants had attempted to rely on an agreement reached by the parties at one point. The

On trouvera plus bas le résumé des faits de l'espèce, dans la note de l'arrêtiste.

Les points en litige étaient les suivants: y a-t-il eu rupture de l'entente; les défendeurs sont-ils coupables de détournement; les demanderesse ont-elles droit à un privilège maritime contre le navire *Nicolle N* conformément aux lois de l'État de l'Alaska et des États-Unis d'Amérique et à son application au Canada; le défendeur Jorn Nordmann est-il personnellement responsable en dommages-intérêts pour détournement et la Cour devrait-elle faire abstraction de la personnalité morale des sociétés défenderesses pour les déclarer coupables de détournement.

*Jugement*: les demanderesse ont droit à des dommages-intérêts pour rupture de contrat et le défendeur Jorn Nordmann ainsi que les trois sociétés défenderesses se sont rendues coupables du délit de détournement. Les demanderesse ont droit à un privilège maritime à l'encontre du *Nicolle N*.

#### A. Rupture du contrat

Nordmann a convenu d'être lié par le plafond fixé par les demanderesse. L'entente prévoyait expressément que, même si Western achetait le poisson en son propre nom, elle devait fournir des documents attestant qu'Ocean demeurerait propriétaire; à son tour, Ocean conservait cet argent en fiducie pour Shibamoto. Le poisson et l'argent ne devaient pas appartenir et n'ont effectivement jamais appartenu à Western ou à M. Nordmann.

Les défendeurs ont violé l'entente à bien des égards. Ils ont payé plus que le plafond convenu, et ils ont continué d'acheter le poisson en leur propre nom sans autorisation, en se servant de l'argent de Shibamoto. De plus, ils ont utilisé les fonds avancés pour l'achat du poisson pour payer les dettes de leur entreprise. Ils ont aussi négocié une entente avec des tiers pour la vente du poisson des demanderesse.

Même si les allégations des défendeurs étaient fondées, savoir que les demanderesse sont coupables de rupture de contrat, une partie à un contrat ne peut, sans soumettre le cas à un tribunal compétent, déclarer unilatéralement que l'autre partie contractante a violé l'entente et décider d'appliquer le contrat selon sa propre interprétation. En l'espèce, le seul recours légal des défendeurs était de considérer que le contrat était répudié et de poursuivre les demanderesse en dommages-intérêts. Ils n'avaient pas le droit de continuer à acheter du poisson pour leur propre compte ou de payer leurs frais courants avec l'argent des demanderesse.

#### B. Détournement

Deux actions distinctes de la part des défendeurs étaient incompatibles avec les droits du propriétaire: l'emploi de l'argent à leurs propres fins et la vente du poisson qui appartenait clairement à la demanderesse selon les dispositions de l'entente. Il ne fait aucun doute que ces actes étaient intentionnels; les défendeurs savaient parfaitement que les fonds devaient servir uniquement à l'achat du poisson. Il ne fait non plus aucun doute que les défendeurs ont conservé les biens à l'encontre et au mépris des droits des véritables propriétaires. Même si les demanderesse étaient coupables de rupture de contrat, cela ne constituerait pas une défense à l'égard du détournement des biens d'autrui. Comme défense contre l'accusation de détournement, les défendeurs ont tenté de s'appuyer sur une entente

agreement, however, was not a settlement agreement since it was never intended to be in complete satisfaction of the existing duties of either party. The arrangement was an accord only and not "accord and satisfaction". Even if a final settlement had been reached, and then breached by the plaintiffs, that would not afford a defence to the original claim, though it might establish a claim for damages flowing from the breach of the accord.

### C. The U.S. Maritime Lien

Because the defendants were guilty of the tort of conversion, the plaintiffs are entitled to a maritime lien against the vessel *Nicolle N* pursuant to the maritime law of the State of Alaska and the United States of America and it is recognized by Canadian law that such a lien is enforceable in Canada.

### D. Personal Liability of Jorn Nordmann

An individual who directs a tort to be committed is personally liable regardless of the fact that he is an officer of the company for whose benefit the tort is executed. Nordmann was guilty of conversion; he was the primary actor, not merely a secondary participant acting on behalf of the defendant companies.

### E. Liability of S.M. Properties Ltd. and C.N. Holding, Inc.

It is a long established and fundamental principle of corporate law that each company in a group of companies is to be regarded as a separate legal entity having separate legal rights and liabilities. There have, however, been cases where courts have treated a subsidiary company as an agent of the holding company and as such conducting the latter's business. While there is no consistent rule of law as to when the general principle of insulation will be set aside and the corporate veil pierced, this was an appropriate case in which to do so and to treat the defendant companies as one. For his own purposes, Nordmann lumped the companies together and instructed his accountants to prepare a "S.M. Properties Ltd. Combined Financial Statements". Part of the proceeds of the sales of the fish purchased with Shibamoto's money was directed to the bank account of S.M. Properties Ltd. Money was transferred back and forth between the companies as if they were one. There was no proper accounting kept between the companies. Jorn Nordmann was, at all material times, the managing mind of all three companies, in absolute control and responsible for business decisions. The corporate triangle was in all respects a creature of Nordmann's making. He, in his sole discretion, directed for his own purposes use of the plaintiffs' money for the payment of debts and expenses. If the corporate veil were not lifted, an injustice would result and the plaintiffs would bear the burden. It was significant that, while Western Fish Producers Inc. is now insolvent, neither of the other two companies are; that S.M. Properties Ltd. operated as the "financier", receiving in previous years \$900,000 a year from Western; it owned the equipment aboard the vessel; C.N. Holding, Inc. was the proprietor of the *Nicolle N*; the assets of

conclue par les parties à une certaine époque. L'arrangement en question ne devait aucunement constituer un règlement complet des obligations existantes de l'une ou l'autre des parties. Il n'était qu'un accord et non une «dation en paiement». Même si un règlement final avait été conclu, puis violé par les demanderes, cela ne constituerait pas un moyen de contestation valable à l'égard de la réclamation initiale, bien qu'elle puisse servir de fondement d'une demande de dommages-intérêts découlant de la violation de l'accord.

### C. Le privilège maritime américain

Parce que les défendeurs sont coupables de détournement, les demanderes ont droit à un privilège maritime contre le navire *Nicolle N*, conformément au droit maritime de l'État de l'Alaska et des États-Unis d'Amérique, et le droit canadien reconnaît l'opposabilité de ce privilège au Canada.

### D. Responsabilité personnelle de Jorn Nordmann

La personne qui ordonne la perpétration d'un délit est personnellement responsable, indépendamment du fait qu'elle est un dirigeant de la société pour laquelle le délit est commis. Nordmann est coupable de détournement: il a été le principal instrument, et non seulement un participant secondaire qui agissait au nom des sociétés défenderesses.

### E. La responsabilité de S.M. Properties Ltd. et de C.N. Holding, Inc.

Selon un principe fondamental du droit des sociétés reconnu depuis longtemps, chaque société faisant partie d'un groupe de sociétés doit être considérée comme une entité juridique distincte qui a des droits et des responsabilités juridiques distinctes. Néanmoins, dans certains cas, les tribunaux ont accepté de considérer une filiale comme un mandataire de la société mère et de dire que, en cette qualité, cette filiale agissait pour la société mère. Bien qu'il n'y ait aucune règle de droit uniforme régissant la question de savoir quand il y a lieu de déroger au principe général des entités distinctes et de faire abstraction de la personnalité morale, il y a lieu de le faire en l'espèce et de traiter les compagnies défenderesses comme étant une seule entreprise. Pour ses propres fins, Nordmann a réuni les sociétés et a ordonné à ses comptables de préparer les «états financiers consolidés de S.M. Properties Ltd.». Une partie du produit de la vente du poisson acheté avec l'argent de Shibamoto a été déposée dans le compte bancaire de S.M. Properties Ltd. L'argent était transféré d'une société à l'autre comme si elles formaient qu'une entité. Aucune comptabilité appropriée n'était tenue entre les sociétés. En tout temps pertinent, Jorn Nordmann était l'âme dirigeante des trois sociétés, il en avait le contrôle absolu et il était responsable des décisions commerciales. Le triangle formé par les trois sociétés défenderesses était en tous points l'œuvre de Nordmann. Lui seul a ordonné que l'argent des demanderes soit affecté au paiement de ses frais et dettes. S'il n'est pas fait abstraction de la personnalité morale, une injustice sera créée et les demanderes en supporteront le fardeau. Il importe de souligner que, même si Western Fish Producers Inc. est maintenant insolvable, ce n'est pas le cas des deux autres; que S.M. Properties Ltd. agissait à titre de «financier»; qu'elle a reçu 900 000 \$ par année de Western au cours des années précédentes, qu'elle était propriétaire de l'équipement à bord du navire, que C.N. Holding, Inc. était le

both these companies provided the equitable collateral necessary to finance the operations of all companies.

propriétaire du navire *Nicolle N* et que l'actif de ces deux entreprises formait la garantie collatérale nécessaire pour financer les activités de toutes les sociétés.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dickey v. McCaul* (1887), 14 O.A.R. 166 (C.A.); *Cyr v. Laine* (1953), 32 M.P.R. 106 (N.B.C.A.); *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.), approved in [1987] 1 S.C.R. 57; (1987), 72 N.R. 75; *Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (T.D.); *International Factors Ltd v Rodriguez*, [1979] 1 All ER 17 (C.A.); *Caban v. Calgary Industrial Real Estate Ltd. et al.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 69 (Alta. S.C.); *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; (1987), 34 D.L.R. (4th) 208; 22 C.C.L.I. 297; [1987] I.L.R. 1-2147; 74 N.R. 360; 21 O.A.C. 4; *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corporation*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.D.); *Wallersteiner v. Moir*, [1974] 1 W.L.R. 991 (C.A.).

##### AUTHORS CITED

*Anson's Law of Contract*, 26th ed. by A.G. Guest, Oxford: Clarendon Press, 1984.  
*Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.

##### COUNSEL:

*David F. McEwen and Elyn M. Underhill* for plaintiffs.  
*H. W. Wiebach and W. G. Wharton* for defendants.

##### SOLICITORS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for plaintiffs.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, for defendants.

#### EDITOR'S NOTE

This case is of interest for its review of a number of areas of the law including: the tort of conversion; the enforcement in Canada of an American maritime lien; the personal liability of the alter ego of the defendant companies and the piercing of the corporate veil where a group of three corporations had been created to insulate those owning the assets from the obligations undertaken by the third, an operating company.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Dickey v. McCaul* (1887), 14 O.A.R. 166 (C.A.); *Cyr v. Laine* (1953), 32 M.P.R. 106 (C.A.N.-B.); *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.), approuvé dans [1987] 1 R.C.S. 57; (1987), 72 N.R. 75; *Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (1<sup>re</sup> inst.); *International Factors Ltd v Rodriguez*, [1979] 1 All ER 17 (C.A.); *Caban v. Calgary Industrial Real Estate Ltd. et al.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 69 (C.S. Alb.); *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; (1987), 34 D.L.R. (4th) 208; 22 C.C.L.I. 297; [1987] I.L.R. 1-2147; 74 N.R. 360; 21 O.A.C. 4; *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corporation*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.D.); *Wallersteiner v. Moir*, [1974] 1 W.L.R. 991 (C.A.).

##### DOCTRINE

*Anson's Law of Contract*, 26th ed. by A.G. Guest, Oxford: Clarendon Press, 1984.  
*Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.

##### AVOCATS:

*David F. McEwen et Elyn M. Underhill* pour les demandereses.  
*H. W. Wiebach et W. G. Wharton* pour les défendeurs.

##### PROCUREURS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour les demandereses.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, pour les défendeurs.

#### NOTE DE L'ARRÊTISTE

Cette affaire est intéressante parce qu'elle traite de plus d'une branche du droit, dont: le délit de détournement; l'opposabilité au Canada d'un privilège maritime américain; la responsabilité personnelle de l'alter ego des sociétés défenderesses et l'abstraction qui est faite de la personnalité morale de trois sociétés créées dans le but de soustraire celles qui possèdent les actifs aux obligations assumées par la troisième, une



The Executive Editor has decided that this 64-page judgment should be reported as abridged, omitting the initial 30 pages which deal with the evidence and pages 55 to 64 (counter claim and credibility of the witnesses for the defence). Notes summarizing the omitted portions have been prepared.

There were three plaintiffs herein: (1) Shibamoto, a huge Japanese trading company; (2) Ocean Fisheries, a long-established fish processor and exporter incorporated under the laws of British Columbia and (3) Seattle First National Bank, the holder of a mortgage on the ship *Nicolle N*. The defendants included three corporations: the principal defendant, *Western Fish Producers*, a State of Washington corporation; *S.M. Properties*, an Alberta company which owned processing equipment on board the *Nicolle N* and *C.N. Holding, Inc.*, another Washington company and owner of the fish processing vessel *Nicolle N*. The ship as well as one *Nordmann* — ship's master and an executive of the three defendant corporations — were also named as defendants.

The defendant, *Nordmann*, was a "cash buyer" — unlike the "majors" (which have agreements with large numbers of fishermen for the purchase of their entire catches) — and accordingly had to have sufficient currency on board to pay for the fish. *Nordmann*, on behalf of *Western*, entered into an agreement with *Shibamoto* to conduct a joint cash fish buying operation off the coast of Alaska during the 1988 sockeye salmon season. *Shibamoto* was to have a representative on *Nordmann's* vessel, the *Nicolle N*, with power to set a ceiling on the price to be paid. No fish could be purchased above that price without authorization by *Shibamoto's* representative.

Plaintiffs' allegations were that a ceiling price of \$1.50 per pound was set and that this was exceeded by defendant. It was further alleged that defendants had converted money and fish to

société exploitante. Le directeur général a décidé qu'il y a lieu de publier ce jugement de 60 pages sous forme abrégée, et d'omettre les 29 premières pages, qui traitent de la preuve, et les pages 53 à 60 (la demande reconventionnelle des défendeurs et la crédibilité des témoins des défendeurs). Des notes résumant les parties omises ont été rédigées.

Il y a trois demandresses en l'espèce: (1) *Shibamoto*, très grande société commerciale japonaise; (2) *Ocean Fisheries*, entreprise de transformation et d'exportation de poisson qui existe depuis de nombreuses années et est constituée conformément aux lois de la Colombie-Britannique et (3) *Seattle First National Bank*, titulaire de l'hypothèque grevant le navire *Nicolle N*. Les défendeurs comprennent trois sociétés: la principale défenderesse, *Western Fish Producers*, société constituée selon les lois de l'État de Washington; *S.M. Properties*, société constituée selon les lois de la province de l'Alberta et propriétaire d'une partie de l'équipement de traitement à bord du navire *Nicolle N*, et *C.N. Holding, Inc.*, une autre société constituée selon les lois de l'État de Washington et propriétaire inscrite du *Nicolle N*, navire servant au traitement du poisson. Le navire, ainsi qu'un certain *Nordmann* — le capitaine du navire et dirigeant des trois sociétés défenderesses — sont aussi défendeurs.

Le défendeur, *Nordmann*, était un «acheteur au comptant» — par opposition aux «grandes entreprises» (qui ont généralement des ententes avec de nombreux pêcheurs, qui leur remettent la totalité de leur prise) — et il devait par conséquent avoir suffisamment de devises à bord pour payer le poisson. *Nordmann*, agissant au nom de *Western*, a convenu avec *Shibamoto* d'exploiter une coentreprise d'achat de poisson au comptant au large de l'Alaska pendant la saison de pêche au saumon rouge de 1988. *Shibamoto* devait avoir une représentante à bord du navire de *Nordmann*, le *Nicolle N*, autorisée à fixer un plafond à l'égard du prix devant être payé. Aucun achat de poisson ne pouvait se faire au-delà de ce prix sans l'autorisation de la représentante de *Shibamoto*.

Les demandresses allèguent qu'un prix plafond de 1,50 \$ la livre a été fixé et que le défendeur a dépassé ce prix. Il est aussi allégué que les défendeurs ont détourné des deniers et du

the value of \$1,550,793 U.S. Plaintiffs also claimed the balance due under a ship mortgage and a maritime lien against the Nicolle N.

Defendants' case was that plaintiffs had undertaken a deliberate and fraudulent plan to destroy Western's cash buying operation. Salmon prices had risen rapidly during the season in question and the decision to hold the ceiling price at \$1.50 was dictated by plaintiff, Ocean Fisheries Ltd., with a view to fixing the price at an artificially low level so as to cause Western irreparable harm.

The facts were that the quantity of fish harvested in the 1988 season was much less than that predicted by the Alaska Department of Fish and Game and prices soared due to an unprecedented scramble to purchase fish. Nordmann repeatedly sought permission to have the ceiling price raised but this was denied. Nordmann disregarded the instructions and bought fish at above ceiling prices. This was not immediately disclosed to Shibamoto's on-board representative. Later on, Nordmann advised that since he had been unable to buy fish for \$1.50, Western had been buying fish not for Shibamoto but for its own account. Western was prepared to sell to Shibamoto for \$1.50 plus the 35 ¢ bonus paid on the grounds. Plaintiffs replied that for Western to use Shibamoto money to buy fish for the former's account constituted theft. Shibamoto demanded that all its fish be delivered to a trumper and advised that all funds on the Nicolle N were frozen. Shibamoto's representative was instructed to leave the vessel and to take with her the remaining cash buying funds but was prevented from doing so by Nordmann. Western petitioned itself into bankruptcy, allowing Nordmann to continue buying and selling fish, under American court supervision, free of interference on the part of plaintiffs or other creditors. An Amended Statement of Affairs filed by the bankruptcy trustee revealed that Western had been insolvent long before entering into the fish processing agreement with Shibamoto. In fact, none of the Nordmann group of companies had any liquid assets. No uncommitted funds had been available to finance Nordmann group partici-

poisson d'une valeur de 1 550 793 \$ U.S. Les demandereses ont aussi réclamé le solde dû du prêt assorti d'une hypothèque sur le navire, ainsi qu'un privilège maritime à l'encontre du Nicolle N.

a

Les défendeurs soutiennent que les demandereses ont conçu un plan délibéré et frauduleux pour détruire l'entreprise d'achat au comptant de Western. Les prix du saumon ont augmenté rapidement au cours de la saison en cause, et l'ordre de maintenir le prix plafond de 1,50 \$ a été dicté par la demanderesse, Ocean Fisheries Ltd., dans le but de fixer le prix à un niveau artificiellement bas de façon à causer un préjudice irréparable à Western.

c

Les faits sont que la quantité de poisson recueilli au cours de la saison de pêche 1988 a été de beaucoup inférieure à ce qu'a prévu le ministère de la chasse et de la pêche de l'Alaska et les prix ont grimpé étant donné une lutte sans précédent pour l'achat de poisson. Nordmann a tenté à plusieurs reprises et sans succès d'obtenir l'autorisation de hausser le prix plafond; il a alors, nonobstant les directives reçues, acheté du poisson à un prix supérieur au plafond fixé. Ce fait n'a pas été révélé immédiatement à la représentante de Shibamoto à bord du navire. Plus tard, Nordmann l'a avisée que puisqu'il avait été incapable d'acheter du poisson à 1,50 \$ la livre, Western avait acheté du poisson non pas pour Shibamoto, mais pour son propre compte. Western était disposée à vendre à Shibamoto le poisson 1,50 \$ la livre plus la prime de 35 ¢ payée sur les lieux de la pêche. Les demandereses ont répliqué que l'achat de poisson par Western pour son propre compte avec l'argent de Shibamoto constituait un vol. Shibamoto a exigé que tout son poisson soit livré à bord d'un navire de tramping et elle a fait savoir que tous les fonds sur le Nicolle N étaient bloqués. La représentante de Shibamoto a été avisée de quitter le navire et d'emporter avec elle le reste des fonds destinés à l'achat du poisson, mais elle en a été empêchée par Nordmann. Western s'est prévalu de la protection prévue au code de faillite des É.-U., ce qui permettrait à Nordmann de continuer à acheter et à vendre du poisson sous la surveillance des tribunaux, sans que les demandereses ou les autres créanciers existants ne puissent intervenir.

d

e

f

g

h

i

j

ation in the 1988 Alaska fishery. The inter-company accounting was inaccurate and misleading.

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

ROULEAU J.:

### THE ISSUES

#### A. Breach of the Agreement

As I said previously, there were 26 days of evidence, over 1,400 pages of documents and numerous issues were the subject of very lengthy testimony. There was evidence concerning the equipment involved in the processing of the fish, much was said about the quality of the processed fish, a great deal of evidence was led as to whether or not Mr. Nordmann had consented to the prevailing price as set by the majors and much time was devoted to the probable profitability to be derived from resale of fish on the Japanese market regardless of the price per pound paid on the grounds. All these elements, though relevant, are not crucial to the determination of the key issue which is the proper interpretation of this contract in light of the facts and the actions of the parties.

I am convinced by the overwhelming evidence submitted at trial that the defendants are the parties guilty of breaching the agreement of May 16, 1988.

In spite of his own financial difficulties and those of the defendant companies as outlined above, Mr. Nordmann nevertheless undertook to become a cash buyer during the Bristol Bay Sockeye Salmon season, a risky venture at the best of times. One would be inclined to say that he did so with reckless abandon and a total disregard to his own financial health and that of his companies. Mr. Nordmann was well aware of the risk involved in being a cash buyer. The evidence of one of the defendants' witnesses, Mr. Seidel, a cash buyer

*Un bilan modifié déposé par le syndic de faillite indique que Western était insolvable bien avant de conclure l'entente relative au traitement du poisson avec Shibamoto. De fait, aucune des sociétés du groupe Nordmann n'avait d'éléments d'actif sous forme liquide. Il n'y avait absolument pas de fonds non engagés disponibles pour financer la participation du groupe Nordmann à l'entreprise de pêche de 1988 en Alaska. Les registres comptables entre les sociétés étaient inexacts et trompeurs.*

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

LE JUGE ROULEAU:

### LES QUESTIONS EN LITIGE

#### A. Rupture de l'entente

Comme je l'ai déjà mentionné, la présentation de la preuve a duré 26 jours; des documents totalisant plus de 1 400 pages ont été déposés et de nombreuses questions contestées ont fait l'objet de témoignages très longs. On a témoigné au sujet de l'équipement utilisé pour le traitement du poisson, de la qualité du poisson traité, de la question de savoir si M. Nordmann avait consenti ou non au prix en vigueur fixé par les grandes entreprises et de la rentabilité probable de la revente du poisson sur le marché japonais indépendamment du prix à la livre payé sur les lieux de la pêche. Bien qu'ils soient pertinents, ces éléments ne sont pas cruciaux pour trancher la question-clé, c'est-à-dire l'interprétation appropriée du contrat à la lumière des faits et des actions des parties.

Je suis convaincu, par la preuve accablante présentée au cours de l'instruction, que les défendeurs sont les parties qui ont violé l'entente du 16 mai 1988.

Malgré ses propres difficultés financières et celles des sociétés défenderesses dont j'ai parlé ci-dessus, M. Nordmann s'est néanmoins engagé à devenir un acheteur au comptant au cours de la saison de pêche au saumon rouge de Bristol Bay, ce qui constitue une entreprise risquée même pendant les périodes les plus florissantes. On serait porté à croire qu'il s'est montré insouciant et qu'il n'a aucunement tenu compte de sa propre situation financière et de celle de ses entreprises. M. Nordmann était bien conscient du risque auquel s'ex-

and President of New West testified that the 1988 Bristol Bay Salmon season was unprecedented and obscene and that the Japanese market was extremely volatile. He testified that during a conversation with Mr. Nordmann he cautioned against entering into an agreement that imposed a ceiling because as a cash buyer he would probably meet with disaster. It was his view and his policy that cash buyers should never operate under restraint. The evidence clearly shows that in the spring of 1988 Mr. Nordmann had ongoing financial problems; he had just concluded the herring run and was still indebted to both fishermen and tender operators; he had no pre-arranged contract for the salmon season and was in desperate financial straits and in search of marshalling some type of agreement to survive financially.

I find as a fact that when Mr. Nordmann met with the principals of Ocean and with Mr. Zoda, he was prepared to enter into any type of transaction that would keep his processor and crew busy during the sockeye season. Though much evidence was submitted as to whether or not Mr. Nordmann agreed to be bound by the price prevailing among the majors even though he was a cash buyer, I am convinced that he paid very little heed to this aspect of the negotiations. He was relying on the predicted run which was based on the success of the preceding two years. The ceiling price of \$1.50 plus a 5-cent cash buyers bonus consented to by Mr. Zoda was more than likely in Mr. Nordmann's eyes to be adequate to meet the prevailing prices in light of the history on the fishing grounds.

Referring to the evidence in support of this finding, I refer briefly to the cross-examination of Mr. Nordmann in which it was suggested that at the first meeting between the parties Mr. Nordmann would have indicated that he expected the

pose l'acheteur au comptant. M. Seidel, un des témoins des défendeurs qui était acheteur au comptant et président de New West, a dit au cours de son témoignage que la saison de pêche au saumon de 1988 à Bristol Bay a été désastreuse et sans précédent et que le marché japonais était extrêmement volatil. Il a dit que, au cours d'une conversation avec M. Nordmann, il lui a conseillé de ne pas conclure de contrat qui imposerait un prix plafond, parce que, comme acheteur au comptant, il s'exposait ainsi à de graves problèmes. À son avis et selon sa politique, les acheteurs au comptant ne devraient jamais être assujettis à des restrictions. La preuve indique clairement qu'au cours du printemps de 1988, M. Nordmann avait des problèmes financiers depuis quelque temps; il venait de terminer ses activités liées à la remonte du hareng et il devait encore de l'argent aux pêcheurs et aux exploitants de navires de tramping. Il n'avait aucun contrat conclu d'avance pour la saison de pêche au saumon, il se trouvait dans une situation financière désespérée et il cherchait à conclure un type d'entente qui lui permettrait de survivre financièrement.

Je suis d'avis que, lorsque M. Nordmann a rencontré les représentants d'Ocean ainsi que M. Zoda, il était prêt à conclure tout type d'entente qui tiendrait son navire-usine et son équipage occupés au cours de la saison de pêche au saumon rouge. Bien que l'on se soit longuement attardé au cours de la preuve sur la question de savoir si M. Nordmann a consenti ou non à être lié par le prix en vigueur chez les grandes entreprises, même s'il était un acheteur au comptant, je suis convaincu qu'il a accordé très peu d'importance à cet aspect des négociations. Il se fondait sur les prévisions concernant la remonte, lesquelles avaient été faites à la lumière du succès des deux années précédentes. Le prix plafond de 1,50 \$ plus une prime de 0,05 \$ des acheteurs au comptant que M. Zoda a accepté était probablement suffisant, aux yeux de M. Nordmann, pour lui permettre de rencontrer les prix en vigueur, à la lumière de l'expérience passée sur les lieux de pêche.

À ce sujet, je citerai brièvement les réponses que M. Nordmann a données en contre-interrogatoire, lorsqu'il a dit que, pendant la première réunion entre les parties, il a mentionné qu'il s'attendait à ce que le prix au début de la saison s'élève à 1,25 \$

buying to open at \$1.25 a pound. Counsel referred to Mr. Nordmann's diary notes of April 18 in Exhibit A-063 where he had indicated \$1.25 per pound; to this there was no clear answer but then referring to the same page of the diary, Mr. Nordmann was shown his note and questioned:

Q Fish buying \$1.40/\$1.50, what does that note refer to?

A At this time the anticipation was probably to start up with \$1.25 and everybody was at this time in the meeting, you know, on Ocean's side and Mr. Zoda was thinking, oh, it will creep up like another 20, 25 cents like normally this does.

Q And normally over the season there wouldn't be more than a 20 or 25 cents increase from start to finish?

A This one past, you know, was always quite moderate comparable to '88.

Q '88 was a unique season.

A Very unique.

(Transcript, November 21, 1990, pages 92, 93 and 94.)

During the trial I was referred to questions and answers provided by Mr. Nordmann during cross-examination in which prevailing prices were referred to and his tacit consent to accepting a ceiling price of \$1.50. There was also much discussion concerning whether or not the topic of majors had ever been debated. I find as a fact that it was. During the numerous exchange of messages between the parties there were many references to majors' prices and at no time did Mr. Nordmann object; in some cases he acquiesced. Further, when being cross-examined and referred to his examination for discovery, particularly at page 260, Mr. Nordmann admits investigating the prevailing prices of majors before the June 14 meeting after which the memorandum of June 16 was issued confirming a ceiling price of \$1.50 (agreed statement of facts, Tab. 4). Mr. Nordmann concurred that he made enquiries prior to that date and determined that Trident and Icicle were paying \$1.25 as a starting point.

It is a fact that there were no funds or product on board until Connie Shevchenko arrived on the *Nicolle N* on June 22 with the Shibamoto money.

la livre. L'avocat a cité les notes de journal de M. Nordmann en date du 18 avril (pièce A-063), où il avait indiqué un prix de 1,25 \$ la livre; aucune réponse claire n'a été donnée à ce sujet. Citant la même page du journal, l'avocat a montré cette note à M. Nordmann et lui a posé les questions suivantes:

[TRADUCTION] Q Achat de poisson 1,40 \$/1,50 \$; à quoi cette note se rapporte-t-elle?

R À ce moment, on prévoyait commencer probablement avec 1,25 \$ et toutes les personnes alors présentes à la réunion, les représentants d'Ocean et M. Zoda, pensaient qu'il grimperait de 0,20 \$ ou 0,25 \$, comme c'est le cas habituellement.

Q Et habituellement, pendant la saison, le prix n'augmenterait pas de plus de 0,20 \$ ou 0,25 \$ du début à la fin?

R La dernière saison a été assez modérée comparativement à celle de 1988.

Q La saison de 1988 était unique?

R Tout à fait unique.

(Transcription de l'audience du 21 novembre 1990, pages 92, 93 et 94.)

Au cours de l'instruction, on a cité les questions qui avaient été posées à M. Nordmann au cours de son contre-interrogatoire au sujet des prix en vigueur ainsi que les réponses qu'il a données, notamment la réponse selon laquelle il avait tacitement accepté un prix plafond de 1,50 \$. On s'est aussi longuement attardé sur la question de savoir si le sujet des grandes entreprises avait déjà été débattu. À mon avis, il l'a été. Dans les nombreuses communications échangées entre les parties, il a été question à maintes reprises des prix des grandes entreprises et M. Nordmann ne s'est aucunement opposé; dans certains cas, il a même consenti. En outre, au cours de son interrogatoire préalable, dont on lui a cité des extraits pendant son contre-interrogatoire, notamment les réponses apparaissant à la page 260, M. Nordmann admet qu'il s'est informé des prix en vigueur chez les grandes entreprises avant la réunion du 14 juin, après laquelle la note du 16 juin visant à confirmer un prix plafond de 1,50 \$ a été préparée (exposé conjoint des faits, onglet 4). M. Nordmann a admis qu'il avait fait des recherches avant cette date et qu'il avait alors appris que Trident et Icicle payaient un montant de 1,25 \$ comme point de départ.

Il est vrai qu'il n'y avait pas d'argent ou de produit sur le navire avant que Connie Shevchenko n'arrive à bord du *Nicolle N* le 22 juin avec

The agreement specifically stated that though Western was purchasing fish in its own name it was to provide documentary evidence that the title was to be in the name of Ocean who, in turn, held it in trust for Shibamoto. Title to the fish and the money was never intended to be nor was it in fact ever the property of Western or Mr. Nordmann.

From the outset, Mr. Nordmann was purchasing fish at a price exceeding the agreed ceiling and paying a "pre-season bonus"; a bonus that did not appear to be familiar to any of those who testified during the trial. Mr. Zoda acceded to this request but was firm in all of his communiques that Mr. Nordmann was in future not to exceed the ceiling without prior authorization. On July 1, after receiving specific instructions to maintain the ceiling, Mr. Zoda nevertheless consented to pay a post-season bonus equal to those prices that would subsequently be established among the majors. Being unable to convince his fishermen to accept this arrangement, and in concert with his wife and Mr. Dubé, his fish buyer, he in the words of this employee "[went] for it". In completely disregarding clause 1.04 of the agreement the defendants failed to live by the agreed ceiling, paying more than Mr. Zoda had authorized and deliberately continuing the purchase of fish without authorization using Shibamoto funds.

The defendants' conduct was even more reprehensible over the next 4 to 5 days. They failed to cooperate with Miss Shevchenko, the plaintiffs' representative on board. A new practice was initiated. They began issuing fish tickets on the tenders showing the purchase price of \$1.50 per pound simultaneously issuing a separate invoice to the fishermen for a 35-cent bonus. This second fish ticket was kept from Miss Shevchenko and they continued this practice without disclosing the fact for at least 5 days. There was evidence that at one period Miss Shevchenko, on board the tender *Black Fish*, was paying \$1.50 per pound; the fishermen would then leave the tender and proceed to either Mr. Nordmann, Mrs. Nordmann or Mr. Dubé to get the additional 35 cents. In order to

l'argent de Shibamoto. L'entente prévoyait explicitement que, même si Western achetait le poisson en son propre nom, elle devait fournir des documents attestant qu'Ocean demeurerait propriétaire; à son tour, Ocean conservait cet argent en fiducie pour Shibamoto. Le poisson et l'argent ne devaient pas appartenir et n'ont effectivement jamais appartenu à Western ou à M. Nordmann.

Dès le départ, M. Nordmann payait pour le poisson un prix supérieur au plafond convenu ainsi qu'une prime avant-saison, prime qu'aucune des personnes qui ont témoigné au cours de l'instruction ne semblait connaître. M. Zoda a accédé à sa demande, mais il a indiqué clairement dans tous ses communiqués que M. Nordmann ne devait pas, à l'avenir, dépasser le plafond sans avoir préalablement obtenu l'autorisation. Le 1<sup>er</sup> juillet, après avoir reçu l'ordre de maintenir le plafond, M. Zoda a néanmoins consenti à payer une prime après-saison égale aux prix qui seraient subséquemment fixés chez les grandes entreprises. Incapable de convaincre ses pêcheurs d'accepter cet arrangement, M. Nordmann, de concert avec son épouse et M. Dubé, son employé chargé d'acheter le poisson, a [TRADUCTION] «accédé à leurs demandes», pour reprendre les propos de cet employé. En omettant complètement de tenir compte de la clause 1.04 de l'entente, les défendeurs ne se sont pas conformés au plafond convenu; ils ont payé un prix supérieur à celui que M. Zoda avait autorisé et ils ont délibérément continué à acheter du poisson sans permission en utilisant les fonds de Shibamoto.

La conduite des défendeurs a été encore plus répréhensible au cours des quatre ou cinq jours qui ont suivi. Ils ont refusé de collaborer avec M<sup>lle</sup> Shevchenko, la représentante des demandereses à bord. Une nouvelle pratique a été instaurée. Ils ont commencé à distribuer sur les bateaux annexes des coupons de pêche indiquant un prix d'achat de 1,50 \$ la livre tout en remettant aux pêcheurs une facture séparée correspondant à une prime de 0,35 \$. Ils ont remis ce second coupon de pêche à l'insu de M<sup>lle</sup> Shevchenko et ils ont continué d'agir ainsi sans en parler pendant au moins cinq jours. D'après certains éléments de la preuve, M<sup>lle</sup> Shevchenko payait 1,50 \$ la livre à un certain moment alors qu'elle se trouvait à bord du bateau annexe *Black Fish*; les pêcheurs quittaient alors le

further disguise this activity between July 1 and 5, the cash fish buying book, though made available to Miss Shevchenko, only disclosed \$1.50 per pound. The 35-cent bonus was not entered according to the evidence until September. None of this activity was disclosed to Mr. Zoda until July 5 when the defendants had the temerity to advise him that they had been purchasing fish on their own account since July 1 and offered it to Shibamoto at the price of \$1.85. They had converted to themselves title and ownership in the product as well as the funds clearly in breach of the agreement.

It was clearly understood by all the parties involved that the monies delivered on board by Shibamoto under the care of Miss Shevchenko were for the sole and exclusive purpose of acquiring the product. The defendants were cognizant of this fact. Nevertheless they proceeded on July 1 to disburse from the fish buying funds \$145,800 to meet their payroll, petty cash, air fares, and tender fees. For obvious reasons, this was undisclosed and was not discovered by the plaintiffs until September 1988.

I find as a fact that Mr. Nordmann had begun negotiating the sale of Shibamoto product to S.N.G. on June 29. There is no doubt that in late June Mr. Nordmann realized that the prices were escalating and the fish run forecast was unreliable. Appreciating that he was bound by a ceiling and that he would have to abort the season and face financial difficulties, he instead chose another route to assure himself the sale of the product. There is evidence that on June 29 he had a 17-minute telephone conversation with Mr. Mitsuhashi of S.N.G. It is the evidence of Mr. Mitsuhashi that his records indicated that on July 1 or 2, give a day or two either way, he was offered the entire season's catch. Though the agreement was not yet reduced to writing the essential terms had been agreed to. There is evidence before me from both Connie Shevchenko and Mr. Yamazaki that some Japanese gentleman came on board sometime between July 2 and 4. The evidence of Mrs. Nordmann was that he was only a visitor from another vessel who was curious to observe

bateau annexe et allaient voir M. Nordmann, M<sup>me</sup> Nordmann ou M. Dubé pour obtenir les trente-cinq cents supplémentaires. Afin de dissimuler cette activité entre le 1<sup>er</sup> juillet et le 5 juillet, on a inscrit dans le registre d'achat du poisson, que M<sup>lle</sup> Shevchenko pouvait néanmoins consulter, uniquement un prix de 1,50 \$ la livre. La prime de 0,35 \$ n'a pas été inscrite avant septembre, d'après la preuve. Aucun de ces événements n'a été révélé à M. Zoda avant le 5 juillet, lorsque les défendeurs ont eu l'audace de l'aviser qu'ils avaient acheté du poisson pour leur propre compte depuis le 1<sup>er</sup> juillet et l'offraient à Shibamoto au prix de 1,85 \$. Ils s'étaient approprié le produit et les fonds, ce qui constituait une violation évidente de l'entente.

Il était clairement entendu entre toutes les parties concernées que les sommes d'argent que remettait à bord du navire M<sup>lle</sup> Shevchenko, au nom de Shibamoto, devaient servir uniquement aux achats de produit. Les défendeurs le savaient et, malgré tout, le 1<sup>er</sup> juillet, ils ont utilisé une somme de 145 800 \$ des fonds d'achat de poisson pour payer les salaires, leurs menues dépenses, leurs billets d'avion et leurs frais de transbordement. Pour des raisons évidentes, ces faits n'ont pas été révélés et les demandresses n'en ont pas eu connaissance avant septembre 1988.

Je suis d'avis que M. Nordmann avait commencé à négocier la vente du produit de Shibamoto à S.N.G. le 29 juin. Il n'y a aucun doute sur le fait que, à la fin de juin, M. Nordmann a compris que les prix montaient en flèche et que les prévisions concernant la remonte n'étaient pas fiables. Comprenant qu'il était lié par un plafond et qu'il serait tenu de mettre fin à la saison, ce qui causerait des problèmes financiers, il a choisi de procéder d'une autre façon pour s'assurer lui-même de la vente du produit. Il appert de la preuve que, le 29 juin, il a eu une conversation téléphonique de 17 minutes avec M. Mitsuhashi de S.N.G. Ce dernier a dit au cours de son témoignage que, d'après ses registres, vers le 1<sup>er</sup> ou le 2 juillet, on lui a offert la totalité de la prise de la saison. Même si l'entente n'avait pas encore été consignée par écrit, les conditions essentielles avaient été convenues. Connie Shevchenko et M. Yamazaki ont tous deux dit devant moi qu'un homme de nationalité japonaise est monté à bord du navire quelque temps entre le 2 et le 4 juillet.

their processing operation. However, I accept the evidence of Mr. Mitsuhashi who testified that this visitor was in fact the S.N.G. representative who was there to inspect the quality of the processed fish and was to report to Mr. Mitsuhashi whether or not they should conclude the transaction. Despite Nordmann's suggestion that he was still offering the fish to the plaintiff Shibamoto for \$1.85 a pound on July 5, 6 and 7, fish which were already the property of the plaintiffs, he had in fact already concluded a verbal agreement with S.N.G. and executed the contract with them on July 7 at 2:00 p.m.

Much evidence was also led during the course of this trial that, because of the market prices in Japan as well as the Alaska spot market, increases could have been paid on the grounds and still generate a profit. That is probable in light of the evidence that I heard. But, I was also told and there is no doubt in my mind that, Mr. Nordmann was well aware that Mr. Zoda had discussed with him a Japanese market during 1988 of approximately 1,100 yen per kilo. This allowed for prices up to \$1.50 providing a margin of profit. On the strength of the evidence from all knowledgeable people who testified both for the plaintiffs and defendants, I have concluded that the Japanese market was extremely volatile and almost impossible to predict. Mr. Zoda had no pre-arranged sale, was a cautious buyer and under the terms of the agreement, particularly paragraph 1.04, his perception of market conditions was the one that should prevail. It was after all "his sole discretion". We also have the very compelling evidence that between July 1 and 5 Mr. Nordmann had led Mr. Zoda and his associates at Ocean to believe that he was still purchasing fish at \$1.50. Being satisfied initially that at that price he did not anticipate encountering any difficulty on re-sale, why should Mr. Zoda be actively pursuing information as to the prevailing Japanese prices or any other markets for that matter?

M<sup>me</sup> Nordmann a dit qu'il s'agissait uniquement d'un visiteur d'un autre navire qui désirait observer leur façon de procéder. Cependant, j'accepte le témoignage de M. Mitsuhashi, qui a dit que ce visiteur était en réalité le représentant de S.N.G. qui se trouvait là pour examiner la qualité du poisson transformé et pour donner à M. Mitsuhashi son avis au sujet de la question de savoir s'il devrait ou non conclure l'opération. Même si Nordmann a soutenu qu'il offrait encore le poisson à la demanderesse Shibamoto pour la somme de 1,85 \$ la livre les 5, 6 et 7 juillet, poisson qui appartenait déjà aux demanderesse, il avait déjà conclu une entente verbale avec S.N.G. et signé le contrat avec celle-ci le 7 juillet, à 14 h.

Au cours de la preuve, on a beaucoup insisté sur le fait que, en raison des prix du marché japonais et du marché au comptant de l'Alaska, il aurait été possible de faire un profit même en payant les augmentations sur les lieux de la pêche. C'est probablement vrai, à la lumière de la preuve que j'ai entendue. Cependant, on m'a également dit que M. Zoda avait mentionné à M. Nordmann qu'en 1988, le prix du poisson sur le marché japonais s'élevait à environ 1 100 yens le kilo, et je suis convaincu que M. Nordmann s'en souvenait très bien. Cela permettait de faire des profits en établissant des prix allant jusqu'à 1,50 \$. À la lumière du témoignage de toutes les personnes informées qui ont témoigné tant pour les demanderesse que pour les défendeurs, j'en suis venu à la conclusion que le marché japonais était extrêmement volatil et qu'il était presque impossible de faire des prévisions à son sujet. M. Zoda n'avait pas de vente prévue à l'avance; c'était un acheteur prudent et, selon les conditions de l'entente, notamment le paragraphe 1.04, sa perception des conditions du marché était celle qui devrait prévaloir. C'était une question qui, après tout, relevait «de son seul pouvoir discrétionnaire». Nous avons également la preuve très persuasive selon laquelle, entre le 1<sup>er</sup> et le 5 juillet, M. Nordmann avait incité M. Zoda et ses associés chez Ocean à croire qu'il achetait encore du poisson au prix de 1,50 \$. Comme il était convaincu à l'origine qu'à ce prix, il n'aurait aucun problème de revente, pourquoi M. Zoda se serait-il informé activement des prix en vigueur sur le marché japonais ou même des prix de tout autre marché?



I conclude that the defendants breached the agreement of May 16, 1988 in many respects. They spent the funds advanced to them by Shibamoto and which was expressly for the purpose of buying fish for the payment of their corporate obligations in the amount of \$145,000; they completely disregarded the ceiling price lawfully imposed by the plaintiffs from July 1 on. From July 1 they were purchasing fish in their own name with the plaintiffs' money. They had negotiated an agreement with third parties for the sale of the plaintiffs' fish. And finally, they continued their fish buying operation and selling with the plaintiff's money, at all times knowingly and contrary to the terms of the agreement.

Contrary to my finding, it is the defendants' submission that plaintiffs breached the contract. They maintain that the agreement of May 16, 1988 authorized Western Fish Producers, Inc. to purchase fish with money advanced to it by the plaintiff Shibamoto and that it also authorized Western to decide on the price to be paid for those fish. According to the defendants, the contract required Shibamoto to continue to advance money so that Western had a sufficient supply on hand to purchase fish. The only restriction on Western was its right to decide on the price at which fish were to be purchased as set out in clause 1.04 of the agreement which gave Shibamoto the sole discretion to impose a ceiling price once satisfied as to profitability.

Accordingly, the plaintiffs were guilty of breaching the contract in three respects. First, the ceiling price was unlawfully invoked by the plaintiffs and as such constituted a breach of the contract by them. It is submitted that the ceiling price invoked on and after June 28, 1988 was not in compliance with paragraph 1.04 of the contract. This is because the ceiling price was not imposed by the plaintiff Shibamoto but rather by Mr. Zoda who was neither an officer nor an employee of that company. According to the defendants, Mr. Zoda was the president of a separate corporate body, Viking Seafood Inc., and he was at least one and possibly two steps removed from the plaintiff company Shibamoto.

I am not persuaded by these arguments. Shibamoto, the contractual party, is the plaintiff

Je suis d'avis que les défendeurs ont violé l'entente du 16 mai 1988 à bien des égards. Ils ont utilisé les fonds que Shibamoto leur avait avancés dans le but explicite d'acheter du poisson pour payer les dettes de leurs entreprises, soit une somme de 145 000 \$, et n'ont aucunement tenu compte du prix plafond imposé légalement par les demanderesse à compter du 1<sup>er</sup> juillet. Dès cette date, ils achetaient du poisson en leur propre nom avec l'argent des demanderesse. Ils avaient négocié une entente avec des tiers pour la vente du poisson des demanderesse. Enfin, ils ont continué à acheter du poisson et à le vendre avec l'argent des demanderesse, alors qu'ils savaient en tout temps que cette façon d'agir allait à l'encontre des conditions de l'entente.

Les défendeurs soutiennent plutôt que ce sont les demanderesse qui ont violé le contrat. Ils allèguent que l'entente du 16 mai 1988 autorisait Western Fish Producers, Inc. à acheter du poisson avec l'argent que la demanderesse Shibamoto leur avait avancé et à fixer le prix à payer pour ce poisson. Toujours selon les défendeurs, le contrat exigeait de Shibamoto qu'elle continue à avancer des fonds de façon que Western ait suffisamment de liquidité en mains pour acheter le poisson. La seule restriction imposée à Western portait sur le droit de déterminer le prix auquel le poisson devait être acheté, conformément à la clause 1.04 de l'entente qui accordait à Shibamoto le pouvoir absolu d'imposer un prix plafond une fois qu'elle serait convaincue de la rentabilité.

En conséquence, les demanderesse auraient violé l'entente à trois égards. D'abord, elles auraient invoqué illégalement le prix plafond, ce qui constituait en soi une rupture de l'entente de leur part. On soutient que le prix plafond invoqué à compter du 28 juin 1988 n'était pas conforme au paragraphe 1.04 du contrat, parce qu'il a été imposé, non pas par la demanderesse Shibamoto, mais plutôt par M. Zoda, qui n'était ni dirigeant ni employé de cette entreprise. Selon les défendeurs, M. Zoda était le président d'une entreprise différente, en l'occurrence, Viking Seafood Inc., et il n'était même pas lié directement à la demanderesse Shibamoto.

Je ne suis pas convaincu du bien-fondé de ces arguments. Shibamoto, la partie contractante, est

in this action. The decision concerning the price ceiling was delegated to Mr. Zoda with the knowledge and consent of the defendant Mr. Nordmann. The evidence clearly shows and it was understood at all times, that the contracting party would be Shibamoto & Company Ltd. Mr. Tashiro, an official from Shibamoto came to Vancouver with Mr. Zoda in order to execute the contract. The funds provided to the defendants were the property of Shibamoto and the fish purchased by Western pursuant to the agreement were to be placed in the name of Ocean where they were to be held in trust for Shibamoto, until sold; it would at all times remain the property of Shibamoto. There is no doubt that all of this was understood by Mr. Nordmann when he entered into the contract.

The defendants' second argument is that the plaintiffs breached the contract by refusing to take delivery of the fish. Again, the evidence does not substantiate this allegation. As my findings of fact show, the plaintiffs demanded delivery of the fish on several occasions and the defendants refused.

Finally, the defendants maintain that the plaintiffs were in breach of the contract when they refused to advance funds to the defendants after July 3. It is true that there was no further advance of funds after they became aware of the fact that those monies were not being used to purchase fish for them. However, at that point in time, the plaintiffs were, pursuant to the law of contract, legally entitled to treat the contract as having been repudiated by the defendants and to sue for damages.

Even had my conclusion been that the plaintiffs were guilty of breaching the contract of May 16, 1988, a proposition which the evidence simply does not support, it could not justify the defendants' actions. Implicit in the defendants' argument is the proposition that a party to a contract can unilaterally declare the other contracting party to be in breach, without any declaration from a court of competent jurisdiction and proceed to carry out the contract according to its own interpretation. This is not an accurate representation of the law.

When there has been a breach of contract, there are two courses of action open to the innocent party which it may choose to follow. First, that it

la demanderesse en l'espèce. Le pouvoir de déterminer le prix plafond a été délégué à M. Zoda avec l'assentiment du défendeur, M. Nordmann. Il était convenu en tout temps que la partie contractante serait Shibamoto & Company Ltd. et la preuve l'indique clairement. M. Tashiro, dirigeant de Shibamoto, s'est rendu à Vancouver avec M. Zoda pour signer le contrat. Les fonds fournis aux défendeurs appartenaient à Shibamoto et le poisson que Western devait acheter conformément à l'entente devait être acheté au nom d'Ocean, qui devait le conserver en fiducie pour Shibamoto jusqu'à ce qu'il soit vendu; le poisson devait en tout temps demeurer la propriété de Shibamoto. Il est indubitable que M. Nordmann avait bien compris toutes ces conditions lorsqu'il a conclu le contrat.

Selon le deuxième argument des défendeurs, les demandereses ont violé le contrat en refusant de prendre livraison du poisson. Encore là, cette allégation n'est pas justifiée par la preuve. D'après mes conclusions au sujet des faits, les demandereses ont demandé la livraison du poisson à maintes reprises et les défendeurs ont refusé.

En dernier lieu, les défendeurs soutiennent que les demandereses ont violé le contrat lorsqu'elles ont refusé d'avancer des fonds aux défendeurs après le 3 juillet. Il est vrai que les demandereses n'ont pas avancé d'autres fonds lorsqu'elles ont su que cet argent n'était pas utilisé pour acheter du poisson pour elles. Cependant, selon les règles applicables en matière contractuelle, les demandereses avaient alors légalement le droit de considérer que les défendeurs avaient répudié le contrat et de les poursuivre en dommages-intérêts.

Même si j'en étais arrivé à la conclusion que les demandereses ont violé le contrat du 16 mai 1988, proposition qui n'est tout simplement pas étayée par la preuve, cette conclusion ne saurait justifier les actions des défendeurs. Ceux-ci allèguent implicitement qu'une partie à un contrat peut, sans soumettre le cas à un tribunal compétent, déclarer unilatéralement que l'autre partie contractante a violé l'entente et décider d'appliquer le contrat selon sa propre interprétation. Ce n'est pas là un énoncé exact du droit.

Lorsqu'il y a rupture de contrat, deux solutions s'offrent à la partie innocente. D'abord, elle peut considérer qu'en raison de la violation, elle n'est

may accept the breach as absolving it from further performance of the contract. Or, that it may continue to carry out its obligations under the agreement and sue the breaching party for damages. However, if the cooperation of the breaching party is necessary to carry out the contract according to its terms, then the innocent party has no option but to accept the repudiation and sue for damages. These principles are set out in *Anson's Law of Contract*, 26th edition, 1984, at pages 467-468:

... [the innocent party] has the option either to treat the contract as still continuing or to regard himself as discharged by reason of the repudiation of the contract by the other party.

... the party not in breach will not always thus be entitled to complete the contract and sue for the contract price. In the first place, if he cannot carry out the contract without the co-operation of the party who has refused to perform, and such co-operation is withheld, his only remedy is to sue for damages and not for the price.

In the case at bar, the defendants maintain that the plaintiffs were the breaching party in that they unlawfully set the ceiling price, refused to take delivery of the fish and refused to advance additional funds. Contrary to my finding, if that were the case then the defendants' only lawful course of action was to treat the contract as repudiated and sue for damages. There existed no legal right to continue purchasing fish for their own account or paying their current expenses with the plaintiffs' money as the evidence clearly shows they did.

## B. Conversion

This leads me to the issue of conversion. It is the plaintiffs' contention that since the defendants were not purchasing fish for Shibamoto on and after July 1, 1988 but were in fact purchasing fish for their own account with the plaintiffs' money, they were guilty of conversion.

In cases where a tort has been committed in another jurisdiction there are two theories applicable to the appropriate method of analyzing a defendant's liability. The first involves determining the character of the act under the law of the place

plus tenue de se conformer elle-même au contrat. En second lieu, elle peut continuer à remplir ses obligations selon le contrat et poursuivre la partie qui a violé l'entente en dommages-intérêts. Cependant, lorsque la collaboration de la partie qui a violé l'entente est nécessaire pour que le contrat soit exécuté conformément à ses modalités, la partie innocente n'a d'autre choix que d'accepter la répudiation et de poursuivre la partie fautive en dommages-intérêts. Ces principes sont énoncés dans *Anson's Law of Contract*, 26<sup>e</sup> édition, 1984, aux pages 467 et 468:

[TRADUCTION] ... [la partie innocente] peut considérer que le contrat est encore en vigueur ou se considérer libérée en raison de la répudiation du contrat par l'autre partie.

... la partie innocente n'aura pas toujours le droit d'exécuter le contrat et de poursuivre l'autre partie pour obtenir le paiement du prix prévu au contrat. En premier lieu, si elle ne peut exécuter le contrat sans la collaboration de la partie qui a refusé de s'y conformer et que cette coopération est refusée, son seul recours sera de réclamer des dommages-intérêts et non le prix stipulé au contrat.

En l'espèce, les défendeurs soutiennent que les demanderesses ont violé l'entente, étant donné qu'elles ont fixé illégalement le prix plafond, qu'elles ont refusé de prendre livraison du poisson et qu'elles ont refusé d'avancer d'autres fonds. Ce n'est pas la conclusion à laquelle j'en arrive. Cependant, si tel était le cas, le seul recours légal dont les défendeurs disposaient était de considérer que le contrat était répudié et de poursuivre les demanderesses en dommages-intérêts. Ils n'avaient pas le droit de continuer à acheter du poisson pour leur propre compte ou de payer leurs frais courants avec l'argent des demanderesses, et c'est ce qu'ils ont fait, comme la preuve l'indique clairement.

## B. Détournement

Cela m'amène à la question du détournement. Les demanderesses soutiennent que, étant donné que les défendeurs n'achetaient pas de poisson pour elles à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1988, mais qu'ils le faisaient pour leur propre compte avec l'argent des demanderesses, ils étaient coupables de détournement.

Lorsqu'un délit a été commis sur un autre territoire, deux théories s'appliquent quant à la façon appropriée d'analyser la responsabilité d'une partie défenderesse. La première consiste d'abord à déterminer la nature de l'acte selon les règles

where the tort occurred (*lex loci delicti*); secondly determining whether or not that same act would constitute a tort under the law of the forum. Recently however, courts have been moving to an approach described as the proper law of the tort; under this theory the court determines the system of the law with which the action has most direct connection and applies that law to determine the liability of the defendant.

It is not necessary to determine which approach is applicable in the present case. Both under the law of the State of Alaska as proven by the expert testimony of John Treptow, which was not challenged or shaken on cross-examination, and which I accept in its entirety, as well as under the laws of Canada, there is no question that the actions of the defendants constitute conversion.

The tort of conversion involves the wrongful taking, using or destroying of goods or the exercise of control over them in a manner that is inconsistent with the title of the owner. It arises when there exists an intentional exercise of control over a chattel which seriously impedes the right of the true owner to control it. What must be shown is a voluntary act in respect of another's goods which amounts to an expropriation of the owner's proprietary or possessory rights in them. These principles of law are well established by the jurisprudence. In *Dickey v. McCaul* (1887), 14 O.A.R. 166 (C.A.) the Court stated at page 171 that "in order to constitute a conversion there must be a wrongful taking or using or destroying of the goods, or an exercise of dominion over them inconsistent with the title of the owner." In *Cyr v. Laine* (1953), 32 M.P.R. 106 (N.B.C.A.) at page 107, the Court provided a concise definition of conversion as "a positive wrongful act or dealing with the goods in a manner, and with an intention, inconsistent with the owner's rights".

Based on the evidence two separate and distinct actions taken by the defendants were definitely inconsistent with the owner's rights: the taking of the money for its own use and transacting with fish that was clearly the property of the plaintiff according to the terms of the agreement.

juridiques de l'endroit où le délit est survenu (*lex loci delicti*) et, en second lieu, à déterminer si le même acte constituerait ou non un délit selon la loi du *forum*. Cependant, récemment, les tribunaux se sont orientés vers une théorie fondée sur le droit approprié du délit; selon cette théorie, la cour détermine le système de droit qui est le plus directement lié à l'action et applique ces règles de droit pour déterminer la responsabilité du défendeur.

Il n'est pas nécessaire de déterminer la théorie qui s'applique en l'espèce. Tant selon le droit du Canada que celui de l'État de l'Alaska établi par le témoignage d'expert de John Treptow, témoignage qui n'a pas été contesté ni même affaibli en contre-interrogatoire et que j'accepte en entier, il est indubitable que les actions des défendeurs constituent du détournement.

Le détournement consiste à prendre, utiliser ou détruire illégalement des biens ou à exercer sur eux une forme de contrôle qui est incompatible avec le droit de propriété du propriétaire. Le détournement est commis lorsqu'il y a exercice intentionnel d'une forme de contrôle sur un bien qui entrave sérieusement le droit du propriétaire véritable de contrôler le bien en question. Ce qu'il faut démontrer, c'est un acte volontaire touchant les biens d'un autre qui équivaut à s'approprier les droits de propriété ou de possession du propriétaire à leur égard. Ces principes de droit sont bien reconnus par la jurisprudence. Dans *Dickey v. McCaul* (1887), 14 O.A.R. 166 (C.A.), la Cour a dit, à la page 171, que [TRADUCTION] «pour qu'il y ait détournement, il doit y avoir prise, utilisation ou destruction illégale d'un bien ou exercice sur lui d'un droit de propriété incompatible avec le droit de propriété du propriétaire». Dans *Cyr v. Laine* (1953), 32 M.P.R. 106 (C.A.N.-B.), à la page 107, la Cour a proposé une définition concise du mot détournement: [TRADUCTION] «acte positif illégal à l'égard d'un bien ou utilisation d'un bien d'une façon et pour une fin incompatibles avec les droits du propriétaire».

D'après la preuve, deux actions distinctes de la part des défendeurs étaient définitivement incompatibles avec les droits du propriétaire: le fait de prendre l'argent pour leurs propres fins et le fait de vendre du poisson qui appartenait clairement à la demanderesse selon les dispositions de l'entente.

It is not disputed that Shibamoto, through Ocean, provided a total of \$1,800,000 to the defendant Western Fish Producers, Inc. for the purpose of buying fish and of that amount \$613,247 was used in accordance with the terms of the contract. It is also not disputed, and in fact admitted by the defendants that the remaining \$1,186,753 was not used to purchase fish but was used by the defendants for a variety of other purposes including:

1. \$145,800.00 for other business expenses of the defendant Western Fish Producers, Inc.;
2. the remaining \$1,040,953.00, for the purchase of fish by Western and which was sold to third parties, Shin Nihon Global Inc. and Kamei International Inc. None of that fish was delivered to Ocean and Shibamoto; and from the proceeds of the sale only \$250,000.00 was delivered to the plaintiffs. Part of the proceeds of those sales was paid to the defendant S.M. Properties Ltd.

It must be remembered that conversion can result only from an intentional act, not from negligent loss or destruction. There must be a deliberate intent to interfere or deal with the goods by exercising control over them as one's own. In the case at bar, both Mr. and Mrs. Nordmann admitted that they knew that the funds in question were to be used solely for purchasing fish; but being under very serious pressure from their creditors and having no other readily available source of capital they took the money, the property of the plaintiffs, and used it as if it were their own. There is no doubt that as of July 1, 1990 the defendants had numerous payments to meet including income tax arrears in the amount of \$50,000 per month; payments to Red Dog Estates Ltd. in the amount of \$220,000; payments outstanding to all of the tender operators; payments outstanding for payroll as well as payments outstanding for airfares, etc.

There is one further element essential to the finding of conversion. Merely being in possession of another party's goods without his authority is not sufficient. When the goods have been lawfully acquired, their detention alone does not constitute conversion in the absence of some evidence of intent to keep them adversely or in defiance of the true owners' rights. In order to establish that the detention is adverse, the plaintiffs must prove that

Il n'est pas contesté que Shibamoto, par l'entremise d'Ocean, a remis une somme totale de 1 800 000 \$ à la défenderesse Western Fish Producers, Inc. pour l'achat de poisson et que, de ce montant, une somme de 613 247 \$ a été utilisée conformément aux dispositions du contrat. Il n'est pas contesté non plus, et les défendeurs admettent effectivement, qu'ils n'ont pas utilisé le reste, soit un montant de 1 186 753 \$, pour acheter du poisson, mais pour plusieurs autres fins, notamment les fins suivantes:

1. une somme de 145 800 \$ a servi à payer d'autres frais d'entreprise de la défenderesse Western Fish Producers, Inc.;
2. le reste, soit 1 040 953 \$, a été affecté à l'achat de poisson par Western, lequel poisson a été vendu à des tiers, en l'occurrence, Shin Nihon Global Inc. et Kamei International Inc. Aucune partie de ce poisson n'a été livrée à Ocean et Shibamoto. En outre, seul un montant de 250 000 \$ du produit de la vente a été remis aux demanderessees. Une partie du produit de ces ventes a été versée à la défenderesse S.M. Properties Ltd.

Il faut se rappeler que le détournement ne peut résulter que d'un acte intentionnel et non d'une perte ou d'une destruction négligente. La personne accusée de détournement doit avoir délibérément voulu utiliser les biens en exerçant une forme de contrôle sur eux comme s'ils lui appartenaient. Dans le cas qui nous occupe, M. et M<sup>me</sup> Nordmann ont tous deux admis qu'ils savaient que les fonds en question devaient servir uniquement à l'achat de poisson; cependant, comme ils subissaient de très fortes pressions de la part de leurs créanciers et qu'ils n'avaient pas d'autre source de liquidités, ils ont utilisé l'argent qui appartenait aux demanderessees comme si c'était le leur. Il n'y a aucun doute sur le fait que, le 1<sup>er</sup> juillet 1990, les défendeurs avaient de nombreuses dettes à payer, dont des arrérages d'impôt de 50 000 \$ par mois, un montant de 220 000 \$ à Red Dog Estates Ltd., les montants dus à tous les exploitants de bateaux annexes et les montants dus à l'égard des salaires, des billets d'avion, etc.

Un autre élément doit être établi pour qu'il y ait détournement. Il ne suffit pas de prouver que la partie accusée se trouvait en possession des biens d'une autre partie sans l'autorisation de celle-ci. Lorsque les biens ont été acquis d'une façon légale, leur détention à elle seule ne constitue pas du détournement, en l'absence d'une preuve de l'intention de les conserver à l'encontre ou au mépris des droits des véritables propriétaires. Pour prou-

they demanded the return of the goods and that the defendants refused to comply.

The evidence in this case is unequivocal that the plaintiffs demanded, on more than one occasion, that the defendants return their money as well as the fish purchased with their money. The plaintiffs demanded return of the cash buying funds through the numerous memoranda and telexes but were flatly refused. When Connie Shevchenko sought the remaining cash buying funds from Mr. Nordmann on July 6, he once again refused. Other than the \$250,000 returned to Connie Shevchenko on July 9, 1988 the remainder of the funds derived from the sale of fish to S.N.G. and Kamei International Inc. were retained by the defendants Western and S.M. Properties Ltd.

The defendants were unable to raise any convincing defence to the allegation of conversion. They argued that the plaintiffs refused to take delivery of the fish. However, the facts simply do not support that argument. The evidence reveals that the plaintiffs demanded delivery of the fish on several occasions at the ceiling price but the defendants refused to comply unless Shibamoto agreed to advance further funds. Following the conversion of \$1,186,353, both Mr. Zoda and Mr. Safarik took the position that under no circumstances would they be advancing further funds. The defendants also refer to an express or implied authorization to sell the fish to S.N.G. Mr. Oesting's testimony was clear that the arrangement of July 8, 1988 contained no such licence.

The defendants also submit that although they did expend \$145,800 of the plaintiffs' money for purposes other than buying fish, these expenditures were made necessary because of the plaintiffs' breach of contract. I am unable to give serious consideration to this argument; a breach of contract is never an excuse nor is it a defence to the conversion of another's property.

ver que le détournement va à l'encontre de leurs droits, les demanderesse doivent établir qu'elles ont demandé le retour des biens et que les défendeurs ont refusé de se conformer à la demande.

<sup>a</sup> Dans la présente cause, il a été établi de façon non équivoque que les demanderesse ont demandé à plusieurs reprises aux défendeurs de leur retourner leur argent ainsi que le poisson acheté avec leur argent. Les demanderesse ont demandé le retour des fonds qui devaient servir aux achats au comptant dans plusieurs notes et télex qu'elles ont envoyés, mais les défendeurs ont carrément refusé. Lorsque Connie Shevchenko a cherché à obtenir le reste des fonds destinés aux achats au comptant de M. Nordmann le 6 juillet, celui-ci a encore refusé. À l'exception de la somme de 250 000 \$ qui a été retournée à Connie Shevchenko le 9 juillet 1988, les défenderesse Western et S.M. Properties Ltd. <sup>b</sup> ont conservé le reste des fonds découlant de la vente de poisson à S.N.G. et Kamei International Inc. <sup>c</sup>

Les défendeurs n'ont pu soulever de moyen de contestation convaincant à l'égard de l'allégation de détournement. Ils ont soutenu que les demanderesse avaient refusé de prendre livraison du poisson. Cependant, les faits établis ne justifient tout simplement pas cet argument. Il appert de la preuve que les demanderesse ont demandé la livraison du poisson à plusieurs reprises au prix plafond, mais que les défendeurs ont refusé de se conformer à la demande, à moins que Shibamoto n'accepte d'avancer d'autres fonds. Après le détournement de la somme de 1 186 353 \$, M. Zoda et M. Safarik ont tous deux décidé qu'ils n'avanceraient pas d'autres fonds. Les défendeurs font aussi allusion à une autorisation expresse ou tacite de vendre le poisson à S.N.G. M<sup>c</sup> Oesting a dit clairement au cours de son témoignage que l'entente du 8 juillet 1988 ne comportait aucune autorisation de cette nature. <sup>d</sup>

Les défendeurs ajoutent que, même s'ils ont dépensé une somme de 145 800 \$ qui appartenait aux demanderesse à des fins autres que l'achat de poisson, ces dépenses sont devenues nécessaires en raison du fait que les demanderesse avaient violé le contrat. Je ne puis vraiment tenir compte de cet argument; une rupture de contrat n'est jamais une excuse ou un moyen de contestation valable à l'égard du détournement des biens d'autrui. <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup>

Finally, the defendants attempt to rely on the agreement of July 8, 1988 as a defence to the claim of conversion. It is clear that this was not a "settlement agreement" as suggested; all the rights and remedies of both parties were reserved. The so-called arrangement, in my view, was never intended to be in complete satisfaction of the existing duties of either party. The evidence shows that during the negotiations of July 7 and 8, 1988, Mr. Oesting made it clear that the arrangement was an accord only and not "accord and satisfaction". He also emphasized that the arrangement did not affect the rights and remedies of either of the parties. Ms. Travestino admitted that what was discussed was without prejudice to the rights and remedies of both parties. The most important evidence given by Ms. Travestino in this regard is her note "accord only". She testified that Mr. Oesting made it completely clear that what was being discussed was accord only and not "accord and satisfaction". Accord without satisfaction has no legal meaning or effect on the underlying claim. I have therefore concluded that since there was no accord and satisfaction it is consistent that there was also no release of the underlying obligations resulting from the contract of May 16, 1988.

In any event, even if a final settlement had been reached and the agreement or accord had been breached by the plaintiffs, that does not afford a defence on the original claim, though it may establish a claim for damages flowing from the breach of the accord. This is explained in *Clerk & Lindsell on Torts* (16th ed., 1989) at page 374 in the following way:

Any man who has a cause of action against another may agree with him to accept in substitution for his legal remedy any valuable consideration. The agreement is called an accord and the consideration is called satisfaction.

When the satisfaction agreed upon has been performed and accepted, the original right of action is discharged and the accord and satisfaction constitute a complete defence to any further proceedings upon that right of action. In general, the right of action is not discharged until the satisfaction is performed and part performance is not sufficient. If before performance the plaintiff, in breach of the executory accord, proceeds upon the original cause of action, the accord affords

Enfin, les défendeurs tentent de se fonder sur l'entente du 8 juillet 1988 pour contester l'allégation de détournement. Il est évident qu'il ne s'agissait pas d'un «règlement», comme on l'a indiqué; les deux parties se réservaient tous leurs droits et recours. À mon avis, l'arrangement en question ne devait aucunement constituer un règlement complet des obligations existantes de l'une ou l'autre des parties. La preuve révèle que, au cours des négociations des 7 et 8 juillet 1988, M<sup>e</sup> Oesting a dit clairement que l'arrangement n'était qu'un accord et non «une dation en paiement». Il a également souligné que l'arrangement ne touchait pas les droits et recours des parties. Me Travestino a admis que l'arrangement en question ne devait pas porter atteinte aux droits et recours des parties. La preuve la plus importante qui a été présentée par M<sup>e</sup> Travestino à cet égard est sa note sur laquelle les mots «accord seulement» figurent. Selon ce qu'elle a dit, M<sup>e</sup> Oesting a mentionné clairement que les discussions portaient uniquement sur une dation et non sur «une dation en paiement». Une dation sans paiement n'a aucun sens ou portée juridique à l'égard de la créance sous-jacente. J'en suis donc arrivé à la conclusion que, étant donné qu'il n'y avait pas eu de dation en paiement, il est logique que les obligations sous-jacentes découlant du contrat du 16 mai 1988 n'aient pas été éteintes.

À tout événement, même si un règlement final avait été conclu et que les demanderesse avaient violé l'entente ou l'accord, cette violation ne constituerait pas un moyen de contestation valable à l'égard de la réclamation initiale, bien qu'elle puisse servir de fondement d'une demande de dommages-intérêts découlant de la violation de l'accord. Cette nuance est expliquée comme suit dans *Clerk & Lindsell on Torts* (16<sup>e</sup> édition, 1989) à la page 374:

[TRADUCTION] Toute personne qui a une cause d'action contre une autre peut s'entendre avec elle pour accepter, en remplacement de son recours juridique, une contrepartie valable. L'entente est appelée dation en paiement.

Lorsque le paiement convenu a été fait et accepté, le droit d'action initial est éteint et la dation en paiement constitue une défense complète à l'égard de toutes autres procédures fondées sur ce droit d'action. En général, le droit d'action n'est pas éteint avant que le paiement ne soit fait et un paiement partiel ne suffit pas. Si la partie demanderesse, avant le paiement, invoque la cause d'action initiale et viole ainsi l'accord exécutoire, l'accord ne constituera pas un moyen de contestation à

no defence thereto, but the defendant may counterclaim damages for its breach. [Emphasis added.]

In my opinion, the defendants' actions constitute conversion and their argument raises no defence to the claim whatsoever.

### C. The U.S. Maritime Lien

The evidence of Mr. Treptow, which was not shaken on cross-examination, and as mentioned, which I accept in its entirety, was to the effect that the defendants are guilty of the tort of conversion and the plaintiffs are therefore entitled to a maritime lien against the vessel *Nicolle N* pursuant to the maritime law of the State of Alaska and the United States of America.

As to the enforcement of that lien in Canada, it is well established that where questions of conflict of laws arise, this country recognizes the law of the place where the lien arose deeming the question of whether the lien accrues or not to be one of a substantive nature.

This principle was enunciated by the Supreme Court of Canada in *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248. In that case the appellant effected necessary repairs in the United States to the defendant ship, which was registered in Greece. The ship was owned by a Panamanian company and was subject to a mortgage registered in Greece in favour of the respondent, also a Panamanian company. As a result of financial difficulties the defendant ship found it impossible to meet its obligations under the mortgage. The ship was arrested, ordered to be sold and purchased by the respondent, who then filed a statement of claim alleging that the amount of the mortgage, together with interest, was due and owing to it and should be paid out of the proceeds of the sale. The appellant submitted a statement of defence alleging that it had become the holder of a maritime lien in the United States, which it was entitled to enforce in Canada in priority to the claim by the respondent. The Supreme Court held that a maritime lien acquired under the law of a foreign state will be recognized and may be enforced in Canada if the tribunal to

cet égard, mais la partie défenderesse pourra réclamer par demande reconventionnelle des dommages-intérêts en raison de la violation dudit accord. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, les agissements des défendeurs constituent du détournement et leurs arguments ne soulèvent aucun moyen de contestation valable à l'égard de cette allégation.

### C. Le privilège maritime américain

Selon le témoignage de M. Treptow, qui n'a pas été affaibli en contre-interrogatoire et que j'accepte en entier, comme je l'ai déjà souligné, les défendeurs sont coupables de détournement et les demanderesse ont droit à un privilège maritime à l'encontre du navire *Nicolle N*, conformément au droit maritime de l'État de l'Alaska et des États-Unis d'Amérique.

En ce qui a trait à l'opposabilité de ce privilège au Canada, il est bien établi que, lorsque des questions de droit international privé sont soulevées, notre pays reconnaît que, selon la loi de l'endroit où le privilège est né, la question de savoir si le privilège est valable ou non est considérée comme une question de fond.

La Cour suprême du Canada a énoncé ce principe dans *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248. Dans cette cause-là, l'appelante a effectué aux États-Unis les réparations qui devaient être apportées au navire défendeur, lequel était immatriculé en Grèce. Le navire appartenait à une société panaméenne et était grevé d'une hypothèque enregistrée en Grèce en faveur de l'intimée, qui était elle aussi une société panaméenne. En raison de problèmes financiers, le navire défendeur n'a pu respecter ses obligations qui découlaient du prêt hypothécaire. Le navire a été saisi et acheté par l'intimée à la suite d'une ordonnance de vente; l'intimée a ensuite déposé une déclaration dans laquelle elle réclamait que le montant de l'hypothèque ainsi que les intérêts lui soient versés à même le produit de la vente. Dans sa défense, l'appelante a allégué qu'elle était devenue le titulaire d'un privilège maritime aux États-Unis et qu'elle avait le droit de faire valoir ce privilège au Canada en priorité par rapport à la réclamation de l'intimée. La Cour suprême du Canada a décidé qu'un privilège maritime acquis selon le droit d'un



which the party asserting the right to the lien has resorted, has the requisite jurisdiction.

The Court reviewed its decision in *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680 wherein it was stated at page 689:

And, seeing that equivalent local jurisdiction exists, the Exchequer Court of Canada is empowered, when, in those cases, the claim for necessities is secured by a maritime lien, to enforce that lien, notwithstanding that the right may have been acquired under the law of a foreign country.

The Court concluded that its decision in the *Strandhill* case afforded ample authority for the proposition that effect is to be given to the appellant's claim as if it were a valid maritime lien.

The above decision was subsequently applied and followed by the Federal Court of Appeal in *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345 (approved by Supreme Court of Canada [1987] 1 S.C.R. 57) wherein it was held that a maritime lien arising under the proper law of contract, even though in a foreign jurisdiction, was to be recognized as enforceable in Canada.

This principle has been held to apply to foreign maritime liens, even in situations where the claim underlying the maritime lien would not be recognized as a maritime lien in Canada. In *Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386 (T.D.) it was argued that since the above cases all dealt with claims asserted by American necessariesmen, there was room for the Court to distinguish these cases and to restrict the principle enunciated by the Supreme Court. At pages 403-404 I dealt with this argument as follows:

*The Colorado* laid the foundation for the logic pursued in *The Strandhill*, and subsequently, *The Har Rai*, and *The Ioannis Daskalelis*. In each of these cases it was held the contracts for necessities entered into in the United States will be treated before Canadian courts according to the laws of the United States with respect to the substance of the claims asserted, but ranked according to the Canadian law with respect to the priority of this type of claim in a distribution.

État étranger sera reconnu et pourra être opposé au Canada, si le tribunal devant lequel la partie invoque le droit au privilège a la compétence voulue.

<sup>a</sup> La Cour a révisé la décision qu'elle avait rendue dans *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, où elle a dit ce qui suit à la page 689:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Et vu qu'il existe une juridiction locale équivalente, la Cour de l'Échiquier du Canada a le droit lorsque, dans ces cas, la réclamation relative à des choses nécessaires se fonde sur un privilège maritime, de faire droit à l'exercice de ce privilège, même si le droit a été acquis sous le régime du droit d'un pays étranger.

<sup>c</sup> La Cour a jugé que la décision qu'elle avait rendue dans l'arrêt *Strandhill* permettait amplement de déclarer qu'il faut donner effet à la créance de l'appelante comme s'il s'agissait d'un privilège maritime valide.

La Cour d'appel fédérale a subséquemment appliqué cette décision dans *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345 (décision approuvée par la Cour suprême du Canada [1987] 1 R.C.S. 57), où elle a jugé qu'un privilège maritime découlant du droit contractuel approprié devait être reconnu comme étant opposable au Canada, même s'il avait été créé dans un territoire étranger.

On a aussi jugé que ce principe s'appliquait aux privilèges maritimes étrangers, même dans les cas où la créance sous-jacente au privilège maritime ne serait pas reconnue comme privilège maritime au Canada. Dans *Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386 (1<sup>re</sup> inst.), on a soutenu que, étant donné que les arrêts précités portaient tous sur des créances que faisaient valoir des pourvoyeurs américains d'approvisionnements nécessaires, la Cour pouvait distinguer ces décisions et restreindre le principe énoncé par la Cour suprême. Aux pages 403 et 404, je me suis prononcé comme suit à ce sujet:

<sup>i</sup> L'arrêt *The Colorado* a jeté les bases du raisonnement qui a été suivi dans l'arrêt *The Strandhill* et, par la suite, dans les arrêts *Le Har Rai* et *Le Ioannis Daskalelis*. Dans chacun de ces arrêts, il a été statué que les contrats de fourniture d'approvisionnements nécessaires conclus aux États-Unis seraient traités par les tribunaux canadiens selon le droit des États-Unis pour ce qui est du fondement des réclamations présentées, mais que ces contrats prendraient rang conformément aux règles de droit canadiennes pour ce qui est de l'ordre de priorité de ce genre de réclamation dans un partage.

It is at this point that counsel for Baseline is attempting to import a limitation into what would appear to be a general rule with respect to the recognition of foreign maritime liens in Canada. Counsel has argued that as the claims of necessariesmen in Canada are recognized as being claims *in rem*, the fact that an American statute enhances the status of these claims into a full blown maritime lien is merely a case of polishing up an apple into a bigger and brighter apple.

Despite its initial appeal, I cannot agree with the contention that this restriction can be imported into Canadian law. The Supreme Court has clearly stated on several occasions that the substantive rights of the parties are to be determined by reference to the *lex loci*. The treatment which Canada as the forum would accord such a claim in its domestic law does not enter into consideration. As Mr. Justice Ritchie stated in quoting from the decision at first instance in *The Strandhill*, at page 1252 of *The Ioannis Daskalelis*:

In rendering the judgment at first instance in the Nova Scotia Admiralty District, Mellish L.J.A., said:

If a maritime lien exists, it cannot be shaken off by changing the location of the *res*. A foreign judgment *in rem* creates a maritime lien and even although such a judgment could not have been obtained in the courts of this country, it will be enforced here by an action *in rem*. But a maritime lien may be created by foreign law otherwise than by a judgment *in rem*; and if it be so created I think that it can be equally enforced here in the same way. If the plaintiffs have lawfully acquired the right to the *res* even under foreign law, it would be strange if they had not the liberty to enforce it here in the only court providing relief *in rem*.

For these reasons, I am of the opinion that an action *in rem* will lie to enforce the maritime lien in the present case.

#### D. Personal Liability of Jorn Nordmann

The plaintiffs submit that since there was conversion of the money belonging to the plaintiff Shibamoto, and that the conversion was specifically intended and authorized by Jorn Nordmann, the alter ego or managing mind of all of the defendant companies, he should personally as well as all defendant companies be liable for the damages incurred by the plaintiffs. The defendants maintain that the courts will seldom resort to such a finding and will do so only when it has been very clearly established: that not to do so, would be flagrantly opposed to justice; that it is due to improper conduct or fraud; and finally it should be shown that a company has been incorporated for the express purpose of committing a wrongful act.

C'est ici que l'avocat de Baseline essaie d'apporter une restriction à ce qui semblerait être une règle générale en matière de reconnaissance de privilèges maritimes étrangers au Canada. L'avocat fait valoir qu'étant donné que les créances des pourvoyeurs d'approvisionnements nécessaires au Canada sont reconnues comme des créances *in rem*, le fait qu'une loi américaine élève le statut de ces créances pour en faire de véritables privilèges maritimes revient simplement à polir une pomme pour la rendre plus grosse et plus brillante.

Malgré son attrait premier, je ne peux souscrire à l'argument voulant que cette restriction puisse être introduite dans le droit canadien. La Cour suprême a clairement affirmé à plusieurs reprises que les droits positifs des parties doivent être déterminés d'après la *lex loci*. Le traitement que le Canada, la *lex fori*, accorderait à cette créance en droit interne n'entre pas en ligne de compte. Ainsi que le juge Ritchie l'a déclaré à la page 1252 de l'arrêt *Le Ioannis Daskalelis*, en citant la décision rendue en première instance dans l'affaire *The Strandhill*:

Lorsqu'il a rendu le jugement de première instance dans le district d'amirauté de la Nouvelle-Écosse, le juge Mellish, J.L.A., a dit:

[TRADUCTION] Lorsqu'un privilège maritime existe, on ne peut s'en débarrasser en changeant la chose de place. Un jugement *in rem* rendu à l'étranger crée un privilège maritime et même si les cours de notre pays n'eussent pas rendu un tel jugement, on peut l'exercer ici par voie d'action *in rem*. Mais un privilège maritime peut être créé par le droit étranger autrement que par un jugement *in rem*; et s'il est ainsi créé, je crois qu'on peut également l'exercer ici de la même manière. Si les demandeurs ont juridiquement acquis le droit à la chose elle-même en vertu du droit étranger, il serait étrange qu'ils ne soient pas libres d'exercer ici leur droit en la seule cour qui accorde un redressement *in rem*.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'une action *in rem* pourra être intentée pour faire valoir le privilège maritime en l'espèce.

#### D. Responsabilité personnelle de Jorn Nordmann

Les demanderesse soutiennent que, étant donné qu'il y a eu détournement de l'argent qui appartenait à la demanderesse Shibamoto et que le détournement était explicitement voulu et autorisé par Jorn Nordmann, l'*alter ego* ou l'âme dirigeante de toutes les sociétés défenderesses, ce dernier devrait être tenu responsable de la même façon que les sociétés défenderesses du préjudice subi par les demanderesse. Les défendeurs allèguent que les tribunaux rendent rarement des décisions de cette nature et le font seulement lorsqu'il est établi bien clairement que, s'ils n'agissaient pas ainsi, ils iraient manifestement à l'encontre de la justice, que le détournement est imputable à une conduite inappropriée ou frauduleuse et, enfin,

They submit that since none of these conditions are present in the case at bar, it would be inappropriate to lift the corporate veil and hold Mr. Nordmann personally liable.

With due respect to the defendants, the issue of whether or not this is a proper case for the lifting of the corporate veil is completely irrelevant to the argument concerning the personal liability of Mr. Nordmann. In my opinion, the determination of Mr. Nordmann's liability must be based upon the legal principle that an individual who directs a tort to be committed is personally liable regardless of the fact that he is an officer of the company for whose benefit the tort is executed.

In *International Factors Ltd v Rodriguez*, [1979] 1 All ER 17 (C.A.), the plaintiffs entered into an agreement with a company whereby they agreed to purchase all the company's book debts and in return it agreed to assign them to the plaintiffs for a percentage of the full amount of the debts. The agreement provided that all monies received by the company in respect of the assigned debts were to be transferred to the plaintiffs. Following the execution of the contract four cheques were sent to the company by debtors in discharge of their obligations. The company was in financial difficulty and one of its directors arranged for the cheques to be paid into the company's bank account contrary to the agreement.

The plaintiffs sued the defendant director in conversion. The Trial Judge held that the payment of the cheques into the company's bank account amounted to conversion and that the defendant was personally liable for that conversion. On appeal it was contended, *inter alia*, that he could not be liable in conversion unless the company itself was guilty of conversion and unless he, as an officer of the company, was vicariously liable for conversion. In addressing the defendant's argument, the Court of Appeal stated at page 19:

qu'une entreprise a été constituée dans le but explicite de commettre un acte illicite. Selon les défendeurs, aucune de ces conditions n'a été établie en l'espèce; il ne conviendrait donc pas de faire abstraction de la personnalité morale et de tenir M. Nordmann personnellement responsable.

Contrairement à ce que les défendeurs soutiennent, la question de savoir s'il convient en l'espèce de faire abstraction de la personnalité morale n'est aucunement pertinente quant à l'argument relatif à la responsabilité personnelle de M. Nordmann. À mon avis, la détermination de la responsabilité de M. Nordmann doit être fondée sur le principe juridique selon lequel une personne qui ordonne la commission d'un délit est personnellement responsable, indépendamment du fait qu'elle est un dirigeant de la société pour laquelle le délit est commis.

Dans *International Factors Ltd v Rodriguez*, [1979] 1 All ER 17 (C.A.), les parties demandereses ont conclu avec une société un accord par lequel elles convenaient d'acheter toutes les créances de ladite entreprise, qui acceptait, en échange, de leur céder un pourcentage du plein montant des créances. Selon l'entente, toutes les sommes que l'entreprise recevrait à l'égard des créances cédées devaient être transférées aux demandereses. Après la signature du contrat, quatre débiteurs ont envoyé des chèques à la société en paiement de leurs dettes. La société éprouvait des difficultés financières et l'un de ses administrateurs a fait en sorte que les chèques soient versés dans le compte bancaire de la société, contrairement à ce qui était prévu dans l'entente.

Les demandereses ont poursuivi l'administrateur, alléguant que celui-ci était coupable de détournement. Le juge de première instance a décidé que le versement des chèques dans le compte bancaire de la société constituait du détournement et que le défendeur était personnellement responsable de ce délit. En appel, on a soutenu, entre autres choses, qu'il ne pouvait être reconnu coupable de détournement, à moins que l'entreprise elle-même ne soit coupable de détournement et à moins qu'il ne soit responsable du fait d'autrui en qualité de dirigeant de l'entreprise à cet égard. En réponse à l'argument du défendeur, la Cour d'appel a dit ce qui suit à la page 19:

The learned judge however found that a cause of action in tort, in conversion, was established against the defendant, and he based his judgment on three propositions: first, that a director is liable for torts committed by him in connection with the affairs of a company. . . . It is not now in dispute that the learned judge was right up to that point.

Counsel for the defendant, in this court, has interpreted the learned judge's judgment as meaning that the tort was primarily a tort of the company and that the defendant became liable as the person who was instrumental in committing the tort on behalf of the company. I do not so read the judgment; I read it as meaning that the defendant himself was here the primary tortfeasor, and the fact that he was acting on behalf of the company is no defence to him. [Emphasis added.]

The same principle was applied in *Caban v. Calgary Industrial Real Estate Ltd. et al.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 69 (Alta. S.C.). There the plaintiff delivered his truck to the defendant, a real estate agency, as a deposit on his offer to purchase lands listed with the defendant. Although aware that the plaintiff's offer had not been accepted, the defendant, through an employee, obtained the plaintiff's signature on a blank bill of sale and sold the truck. The Court held that this constituted a clear conversion of the truck by the defendant company which had been delivered in trust for a specific purpose. The officer of the company who actually ordered the sale was guilty of constructive, if not actual fraud, since he knew or should have known that in the circumstances the company was a constructive trustee for the plaintiff.

These cases demonstrate that when an individual chooses to convert property belonging to a third party and that property is in the possession of a company which he controls, the individual as well as the company is liable in tort. The defendant companies in the case at bar were guilty of conversion in that they used the funds of the plaintiff Shibamoto for their own purposes. That conversion was expressly designed and commissioned by Mr. Nordmann. The plaintiffs point out that he was the managing mind of the defendant companies and held all the shares in the companies along with his wife. It was Mr. Nordmann who had physical possession of the plaintiffs' funds and fish to which the plaintiffs' held legal title. It was he who dealt with those goods in a manner contrary to the rights of the plaintiffs. In my view, Mr. Nordmann is guilty of the conversion which was

[TRADUCTION] Le juge de première instance a toutefois décidé qu'une cause d'action fondée sur le délit du détournement avait été établie contre le défendeur et il a fondé son jugement sur trois propositions: d'abord, l'administrateur est responsable des délits qu'il commet dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise . . . On ne conteste pas maintenant que le savant juge avait raison jusqu'à ce point.

L'avocat du défendeur a interprété devant notre Cour le jugement du savant juge comme signifiant que le délit était surtout un délit de la société et que le défendeur devenait responsable comme étant la personne qui a incité l'entreprise à commettre le délit. Ce n'est pas de cette façon que je lis le jugement; à mon avis, il signifie que le défendeur lui-même a été ici le principal auteur du délit et qu'il ne peut invoquer le fait qu'il agissait au nom de l'entreprise comme moyen de contestation. [C'est moi qui souligne.]

Le même principe a été appliqué dans *Caban v. Calgary Industrial Real Estate Ltd. et al.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 69 (C.S. Alb.). Dans cette cause-là, le demandeur a remis son camion à la défenderesse, agent immobilier, comme dépôt à l'égard de son offre d'achat de terrains inscrits chez la défenderesse. Même si elle savait que l'offre du demandeur n'avait pas été acceptée, la défenderesse a obtenu, par l'entremise d'un employé, la signature du demandeur sur un contrat de vente en blanc et a vendu le camion. La Cour a jugé que cette action constituait manifestement un détournement du camion par la défenderesse, qui l'avait obtenu en fidéicommiss pour une fin précise. Le dirigeant de la société qui a ordonné la vente était coupable de fraude imputée, sinon réelle, puisqu'il savait ou aurait dû savoir que, dans les circonstances, la société était un fiduciaire imputé du demandeur.

Ces causes indiquent que, lorsqu'une personne décide de s'approprier des biens qui appartiennent à un tiers et que ces biens se trouvent en la possession d'une entreprise qu'elle contrôle, la personne est aussi coupable que l'entreprise. Les sociétés défenderesses en l'espèce se sont rendues coupables de détournement, étant donné qu'elles ont utilisé les fonds de la demanderesse Shibamoto pour leurs propres fins. Ce détournement a été expressément conçu et demandé par M. Nordmann. Les demanderesse soulignent qu'il était l'âme dirigeante des sociétés défenderesses et qu'il détenait toutes les actions des sociétés conjointement avec son épouse. C'est M. Nordmann qui se trouvait physiquement en possession des fonds des demanderesse ainsi que du poisson qui appartenait à celles-ci. C'est lui qui a utilisé ces biens d'une façon qui allait à l'encontre des droits des

committed in this case: he was the primary actor, not merely a secondary participant who was acting on behalf of the defendant companies.

E. Liability of S.M. Properties Ltd. and C.N. Holding, Inc.

Finally, the plaintiffs are asking that this Court pierce the corporate veil and grant judgment against Western Fish Producers, Inc., S.M. Properties Ltd. and C.N. Holding, Inc. on the grounds that all three corporate bodies operated as one unit and that therefore all three should be held accountable for the damages sustained by the plaintiffs. It is submitted that the purpose for incorporating this group of companies was to insulate those that owned the assets, S.M. Properties Ltd. and C.N. Holding, Inc., from the obligations created by the operating company Western Fish Producers Inc. The defendants maintain that while this is true, it is also lawful and was fully disclosed to the plaintiffs.

It is a long established and fundamental principle of corporate law that each company in a group of companies is to be regarded as a separate legal entity having separate legal rights and liabilities. Nevertheless, there are cases where the courts have been willing to treat a subsidiary company as an agent of the holding company and as such conducting the latter's business. It is the circumstances surrounding a particular case which are determinative of whether the court will entertain such a finding since there is no consistent rule of law as to when the general principle of insulation will be set aside and the corporate veil pierced. In *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, the Supreme Court of Canada confronted this predicament and came to the following conclusion at page 10:

As a general rule a corporation is a legal entity distinct from its shareholders: *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). The law on when a court may disregard this principle by "lifting the corporate veil" and regarding the company as a mere "agent" or "puppet" of its controlling shareholder or parent corporation follows no consistent principle. The best that

demandereses. À mon avis, M. Nordmann est coupable du détournement qui a été commis dans la présente cause: il a été le principal instrument, et non seulement un participant secondaire qui agissait au nom des sociétés défenderesses.

E. La responsabilité de S.M. Properties Ltd. et de C.N. Holding, Inc.

Enfin, les demandereses demandent à notre Cour de faire abstraction de la personnalité morale et de prononcer un jugement à l'encontre de Western Fish Producers, Inc., S.M. Properties Ltd. et C.N. Holding, Inc. pour le motif que les trois entreprises agissaient comme si elles ne formaient qu'une seule société et que toutes les trois devraient être tenues responsables du préjudice que les demandereses ont subi. On soutient que ces entreprises ont été constituées en sociétés dans le but de protéger celles qui étaient propriétaires des biens, soit S.M. Properties Ltd. et C.N. Holding, Inc., des obligations créées par la société exploitante Western Fish Producers, Inc. Les défendeurs font valoir que, même si c'est vrai, cette façon de procéder est légale et elle avait été pleinement divulguée aux demandereses.

Selon un principe fondamental du droit des sociétés qui est reconnu depuis longtemps, chaque société faisant partie d'un groupe de sociétés doit être considérée comme une entité juridique distincte qui a des droits et des responsabilités juridiques distincts. Néanmoins, dans certains cas, les tribunaux ont accepté de considérer une filiale comme un mandataire de la société mère et de dire que cette filiale agissait en qualité de mandataire pour l'entreprise de ladite société mère. Ce sont les circonstances d'un cas donné qui déterminent si le tribunal en arrivera à cette conclusion, étant donné qu'il n'y a aucune règle de droit uniforme au sujet de la question de savoir quand il y a lieu de déroger au principe général des entités distinctes et de faire abstraction de la personnalité morale. Dans *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, la Cour suprême du Canada a examiné cette question et en est arrivée à la conclusion suivante aux pages 10 et 11:

En règle générale, une société est une entité juridique distincte de ses actionnaires: *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Aucune règle uniforme n'a été appliquée à la question de savoir dans quelles circonstances un tribunal peut déroger à ce principe en «faisant abstraction de la personnalité morale» et en considérant la société comme un simple «manda-

can be said is that the "separate entities" principle is not enforced when it would yield a result "too flagrantly opposed to justice, convenience or the interest of the Revenue": L. C. B. Gower, *Modern Company Law* (4th ed. 1979), at p. 112.

It is possible however, to derive some principles or guidelines which may assist the Court in its resolution of whether or not the basic principle should be rigidly adhered to. In *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corporation*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.D.) Atkinson J. reviewed the case law and concluded that while it was a question of fact in each case whether a subsidiary was carrying on the parent company's business or its own, six factors were considered in deciding the question:

1. Were the profits treated as those of the parent company?
2. Were the persons conducting the business appointed by the parent company?
3. Was the parent company the head and brain of the trading venture?
4. Did the parent company govern the adventure and decide what should be done and what capital should be embarked on it?
5. Were the profits made by its skill and direction?
6. Was the parent company in effectual and constant control?

In the present case, there is no doubt that the incorporation of the defendant's various companies was done to insulate the ones that owned the assets. No one is alleging that such an arrangement is necessarily unlawful. In fact, from the evidence, this approach had worked successfully for Mr. Nordmann in the past when the first operating company of his group, Can Inter Foods Ltd., which was incorporated in 1983, was able to protect assets from creditors.

Nevertheless, there are facts disclosed by the evidence which lead me directly to the conclusion that this is an appropriate case in which to lift the corporate veil. For his own purposes, Mr. Nordmann lumps the companies together and instructs his accountants to prepare what has been described as "S.M. Properties Ltd. Combined Financial Statements". From the evidence of Mr. Nordmann and Paul Kissack, it is apparent

taire» ou «instrument» de son actionnaire majoritaire ou de sa société mère. En mettant les choses au mieux, tout ce qu'on peut dire est que le principe des «entités distinctes» n'est pas appliqué lorsqu'il entraînerait un résultat [TRADUCTION] «trop nettement en conflit avec la justice, la commodité ou les intérêts du fisc»; L. C. B. Gower, *Modern Company Law* (4th ed. 1979), à la p. 112.

Cependant, il est possible de tirer certains principes ou critères qui peuvent aider la Cour à déterminer si elle devrait ou non s'en tenir strictement au principe fondamental. Dans *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corporation*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.D.), le juge Atkinson a relu la jurisprudence et conclu que, même si la question de savoir si une filiale exploitait l'entreprise de la société mère ou sa propre entreprise est une question de fait dans chaque cas, il faut examiner la question à la lumière de six facteurs:

1. Les bénéfices étaient-ils considérés comme les bénéfices de la compagnie mère?
2. Les personnes qui dirigeaient l'entreprise étaient-elles nommées par la compagnie mère?
3. La compagnie mère était-elle le cerveau dirigeant de l'initiative commerciale?
4. La compagnie mère dirigeait-elle l'initiative, décidait-elle de ce qui devait être fait et du capital à consacrer à l'initiative?
5. La compagnie mère réalisait-elle les bénéfices grâce à sa compétence et ses directives?
6. La compagnie mère exerçait-elle une direction effective et continue?

Dans la présente cause, il est indéniable que la constitution des diverses sociétés du défendeur a été faite dans le but de protéger celles qui étaient propriétaires des biens. Personne n'allègue que cet arrangement est nécessairement illégal. En fait, d'après la preuve, cette façon de procéder s'est révélée efficace pour M. Nordmann dans le passé, lorsque la première société exploitante de son groupe, Can Inter Foods Ltd., qui a été constituée en 1983, a pu protéger les biens de toute action des créanciers.

Néanmoins, certains faits mis en preuve m'incitent directement à conclure qu'il s'agit ici d'un cas où il convient de faire abstraction de la personnalité morale. Pour ses propres fins, M. Nordmann réunit les sociétés et ordonne à ses comptables de préparer ce qu'on a appelé les «états financiers consolidés de S.M. Properties Ltd.». D'après le témoignage de M. Nordmann et Paul Kissack, il est évident qu'une partie du produit de la vente du

that part of the proceeds of the sales of the fish purchased with Shibamoto's money was directed to the bank account of S.M. Properties Ltd.

Mr. Kissack also gave evidence that money was transferred back and forth between companies as if they were one. The effect of inter-corporate transfers between June 20, 1988 and July 31, 1988 was to transfer \$193,034 to the affiliated companies. There was no proper accounting kept between the companies. Examples were given by Mr. Kissack in his report where he notes that in the ledger for Western Fish Producers, Inc. a balance owing to S.M. Properties Ltd. of \$1,762,418 was written off on July 31, 1988 without explanation. There was also a change made in the ledger of S.M. Properties Ltd. in 1990 eliminating a debt owed from S.M. Properties to Western of \$2,700,000; the change was affected by the insertion of entries relating to 1986, 1987 and 1988.

There is no question that Jorn Nordmann, at all material times, was the managing mind of all three companies, was in absolute control and was responsible for business decisions. Indeed, this was confirmed by his own evidence and that of Mrs. Nordmann. The corporate triangle of the three defendant companies was in all respects a creature of Mr. Nordmann's making. He, in his sole discretion, directed for his own purposes use of the plaintiffs' money for the payment of debts and expenses. In my view, the circumstances of this case and Mr. Nordmann's relationship to Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc. and S.M. Properties Ltd. fit precisely the following description given by Lord Denning, M.R. in *Wallersteiner v. Moir*, [1974] 1 W.L.R. 991 (C.A.), at page 1013:

He controlled their every movement. Each danced to his bidding. He pulled the strings. No one else got within reach of them. Transformed into legal language, they were his agents to do as he commanded. He was the principal behind them. I am of the opinion that the court should pull aside the corporate veil and treat these concerns as being his creatures — for whose doings he should be, and is, responsible.

Further, I am mindful of the statement of the Supreme Court in the *Kosmopoulos* case that the corporate veil should only be lifted "in the interests of third parties who would otherwise suffer".

poisson acheté avec l'argent de Shibamoto a été déposée dans le compte bancaire de S.M. Properties Ltd.

M. Kissack a également dit au cours de son témoignage que l'argent était transféré d'une société à l'autre comme si les sociétés ne formaient qu'une seule entité. Ces transferts entre sociétés qui ont eu lieu entre le 20 juin 1988 et le 31 juillet de la même année ont eu pour effet de transférer une somme de 193 034 \$ aux sociétés affiliées. Aucune comptabilité appropriée n'était tenue entre les sociétés. Dans son rapport, M. Kissack donne des exemples à cet égard, lorsqu'il souligne que, dans le livre se rapportant à Western Fish Producers, Inc., un solde de 1 762 418 \$ dû à S.M. Properties Ltd. a été radié le 31 juillet 1988 sans explication. En outre, dans le livre de S.M. Properties Ltd., on a éliminé, en 1990, une dette de 2 700 000 \$ que celle-ci devait à Western, et ce, en insérant des inscriptions se rapportant aux années 1986, 1987 et 1988.

Il n'y a aucun doute sur le fait que, en tout temps pertinent, Jorn Nordmann était l'âme dirigeante des trois sociétés, qu'il en avait le contrôle absolu et qu'il était responsable des décisions commerciales. Jorn Nordmann et son épouse ont d'ailleurs confirmé eux-mêmes ce fait au cours de leur témoignage. Le triangle formé par les trois sociétés défenderesses était en tous points l'œuvre de M. Nordmann. Lui seul a ordonné que l'argent des demanderesses soit affecté au paiement de ses frais et dettes. À mon avis, les circonstances de la présente cause et le lien unissant M. Nordmann à Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc. et S.M. Properties Ltd. correspondent en tous points à la description qu'a donnée lord Denning, M.R. dans *Wallersteiner v. Moir*, [1974] 1 W.L.R. 991 (C.A.), à la page 1013:

[TRADUCTION] Il contrôlait chacun de leurs mouvements. Chacune se conformait à ses ordres. Il tirait les ficelles. Personne n'avait de marge de manœuvre. En termes juridiques, elles étaient ses mandataires et devaient suivre ses ordres. Il était leur âme dirigeante. Je suis d'avis que la cour devrait faire abstraction de la personnalité morale et traiter ces entreprises comme des entreprises qu'il a créées pour ses propres fins et dont il devrait, de ce fait, être responsable.

En outre, j'ai à l'esprit les commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kosmopoulos* selon lesquels il faut faire abstraction de la personnalité morale «dans l'intérêt de tiers à qui,

There is no doubt in my mind that should I fail to lift the corporate veil in the case at bar and the plaintiffs are unable to recover judgment from the defendant group of companies, an injustice will result and the plaintiffs will bear the burden. It is significant to underline that while Western Fish Producers, Inc. is now insolvent, neither of the other two companies are; that S.M. Properties Ltd. operated as the "financier" receiving in previous years \$900,000 a year from Western; it owned the equipment aboard the vessel; C.N. Holding, Inc. was the proprietor of the *Nicolle N*, the assets of both these companies provide the equitable collateral necessary to finance the operations of all companies.

For all of these reasons I am persuaded that this is an appropriate case in which to lift the corporate veil and to treat the defendant companies as one. Accordingly, judgment is granted against all three companies.

#### EDITOR'S NOTE

*Rouleau J. proceeded to dispose of the counterclaim. There was no evidence that would support the allegation that the \$1.50 ceiling price was imposed as an attempt at price fixing by Ocean or its subsidiaries. Equally unfounded was the submission that Ocean, a corporation doing \$175 million worth of business in one year and Shibamoto, a major Japanese industrial concern, would have an interest in fraudulently destroying a fish buying operation that had but 1% of the local salmon harvest.*

*In conclusion, His Lordship stated that this "long and costly trial was caused by Mr. Nordmann, a man of reckless business ethic, whose sole defence was to attack the integrity and attempt to ruin the reputation of people who were acting in good faith throughout". Plaintiffs were awarded damages — to be assessed — for breach of contract and were entitled to a maritime lien against the *Nicolle N*.*

sans cela, ce choix porterait préjudice». Je suis convaincu que, si je ne fais pas abstraction de la personnalité morale et que les demanderesse ne peuvent faire valoir leur jugement à l'encontre des sociétés défenderesses, une injustice sera créée et les demanderesse en supporteront le fardeau. Il importe de souligner que, même si Western Fish Producers, Inc. est maintenant insolvable, ce n'est pas le cas des deux autres, que S.M. Properties Ltd. agissait à titre de financier, qu'elle a reçu 900 000 \$ par année de Western au cours des années précédentes, qu'elle était propriétaire de l'équipement qui se trouvait à bord du navire, que C.N. Holding, Inc. était le propriétaire du navire *Nicolle N* et que l'actif de ces deux entreprises formait la garantie collatérale nécessaire pour financer les activités de toutes les sociétés.

Pour tous ces motifs, je suis convaincu qu'il convient, en l'espèce, de faire abstraction de la personnalité morale et de traiter les sociétés défenderesses comme si elles n'étaient qu'une seule entreprise. En conséquence, un jugement est prononcé contre les trois sociétés.

#### NOTE DE L'ARRÊTISTE

*Le juge Rouleau statue ensuite sur la demande reconventionnelle. Aucun élément de preuve ne justifie l'allégation selon laquelle le prix plafond de 1,50 \$ a été imposé par Ocean ou ses filiales dans le but de fixer le prix à un niveau artificiellement bas. Aucun élément de preuve n'indique non plus qu'Ocean, société dont le chiffre d'affaires annuel atteint 175 000 000 \$ et Shibamoto, grande entreprise industrielle japonaise, seraient intéressées à détruire frauduleusement l'entreprise d'achat au comptant des défenseurs qui n'avait que 1 p. 100 de l'ensemble de la récolte locale de saumon rouge.*

*Pour conclure, Sa Seigneurie a déclaré que «cette instruction longue et onéreuse a été causée par M. Nordmann, homme qui n'a aucune éthique et dont la seule défense a consisté à attaquer l'intégrité et à tenter de ruiner la réputation de personnes qui, en tout temps, agissaient de bonne foi». Les demanderesse se sont vu adjuger des dépens — à être évalués — pour rupture de contrat et on leur a reconnu le droit à un privilège maritime à l'encontre du *Nicolle N*.*



A-452-91

A-452-91

**Armada Communications Limited, Russwood Broadcasting Limited, William Robert Peterson and James Mattern (*Applicants*)**

v.

**Lyle Moffatt, in his capacity as Adjudicator pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, the Minister of Employment and Immigration and the Attorney General of Canada (*Respondents*)**

INDEXED AS: *ARMADALE COMMUNICATIONS LTD. v. ADJUDICATOR (IMMIGRATION ACT) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Stone and Décaré J.J.A.—Regina, June 20; Ottawa, July 4, 1991.

*Immigration — Pratique — Adjudicator excluding public from inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Federal Court of Appeal having since declared s. 29(3) unconstitutional in McVey case — Immigration Act vesting adjudicator with "practical capability" to decide whether its provisions inconsistent with Charter — While administrative tribunal whose decisions subject to appeal lacking power to determine Charter issues, only certain of adjudicator's decisions subject to statutory appeal — As operation of McVey suspended for one year, guidelines set out for operation of s. 29(3) in interim — Reverse onus provision abrogated — S. 29(3) protecting against danger from publicity in country of origin, not stress caused claimant by presence of media.*

*Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Application to review Adjudicator's decision to exclude public from inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Constitutionality of s. 29(3) at issue — As adjudicator having "practical capability" of deciding constitutionality of provisions of Immigration Act, also within Court's jurisdiction.*

*Judicial review — Applications to review — Adjudicator deciding to exclude public from inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Constitutionality of s. 29(3) questioned — Court's power of review limited by powers of tribunal whose decision under review — Judicial review not effective remedy for person affected by invalid law — As no right of appeal from decision under s. 29(3), adjudicator, and consequently Court, having jurisdiction to determine constitutionality of Act.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Inquiry under Immigration Act — Exclusion of press, public — Introduction of medical evidence claimant's life or health endangered by public inquiry matter for court of competent jurisdiction under Charter, s. 24 not for adjudicator.*

**Armada Communications Limited, Russwood Broadcasting Limited, William Robert Peterson et James Mattern (*requérants*)**

a

c.

**Lyle Moffatt, en qualité d'arbitre nommé conformément à la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, chap. I-2, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le procureur général du Canada (*intimés*)**

RÉPERTORIÉ: *ARMADALE COMMUNICATIONS LTD. c. ARBITRE (LOI SUR L'IMMIGRATION) (C.A.)*

c Cour d'appel, juges Hugessen, Stone et Décaré, J.C.A.—Regina, 20 juin; Ottawa, 4 juillet 1991.

*Immigration — Pratique — L'arbitre a exclu le public d'une enquête tenue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — La Cour d'appel fédérale a depuis déclaré l'art. 29(3) inconstitutionnel dans l'arrêt McVey — La Loi sur l'immigration confère à l'arbitre la «capacité pratique» de décider si ses dispositions sont incompatibles avec la Charte — Alors que les tribunaux administratifs dont les décisions sont sujettes à appel n'ont pas la compétence de trancher des questions relatives à la Charte, un nombre limité de décisions rendues par l'arbitre sont sujettes à un appel prévu par une loi — Puisque l'effet de l'arrêt McVey est suspendu pour une période d'un an, des directives intérimaires sont énoncées relativement à l'effet de l'art. 29(3) — Les dispositions relatives à l'inversion de la charge de la preuve sont abrogées — L'art. 29(3) protège contre le danger de publicité dans le pays d'origine et non f contre le stress causé au demandeur de statut par la présence des médias.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Demande de révision de la décision de l'arbitre d'exclure le public de l'enquête tenue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — La constitutionnalité de l'art. 29(3) est en litige — Puisque l'arbitre a la «capacité pratique» de décider de la constitutionnalité des dispositions de la Loi sur l'immigration, la Cour en a également la compétence.*

*Contrôle judiciaire — Demandes de révision — L'arbitre a décidé d'exclure le public de l'enquête tenue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — La constitutionnalité de l'art. 29(3) est mise en doute — Les pouvoirs de la Cour sont limités par ceux du tribunal dont la décision est révisée — La révision judiciaire n'apporte aucune réparation pratique à la personne affectée par une loi invalide — Puisqu'il n'existe aucun droit d'appel à l'encontre d'une décision visée à l'art. 29(3), l'arbitre, et par conséquent la Cour, ont compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Enquête tenue en vertu de la Loi sur l'immigration — Exclusion des médias et du public — La présentation d'une preuve médicale selon laquelle la vie ou la santé du demandeur de statut est menacée par une enquête publique est du ressort d'un tribunal compétent conformément à l'art. 24 de la Charte, et non d'un arbitre.*

This was an application to review the Adjudicator's decision to exclude the public from an inquiry under *Immigration Act*, subsection 29(3) because an open inquiry could be too stressful for the subject, who had been detained on a Lieutenant Governor's Warrant after acquittal of homicide on grounds of insanity. Subsection 29(3) provides that inquiries shall be *in camera* unless the adjudicator is satisfied that conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the refugee and his relatives would not be adversely affected if the inquiry were conducted in public. The Adjudicator's decision was made prior to the Federal Court of Appeal's declaration in *McVey* that subsection 29(3) was unconstitutional, although operation of that decision was suspended for one year to "preserve the rule of law".

The Supreme Court of Canada has recently held that an administrative tribunal whose decisions are subject to appeal on questions of law does not have jurisdiction to determine Charter issues, and that consequently this Court does not have jurisdiction to determine the constitutional question in section 28 proceedings.

Two issues were raised by this application: (1) whether the Adjudicator had the power to decide the Charter issue and, consequently, whether this Court has jurisdiction to review such decision; and (2) how subsection 29(3) can continue to operate so as to give effect to its object (protection of refugees and their relatives from the possible consequences of publicity of the claim and testimony in the claimant's country of origin) while protecting the Charter rights which it infringes.

*Held*, the application should be allowed.

(1) The *Immigration Act* vests an adjudicator with the "practical capability" to decide questions of law, including questions touching the application and supremacy of the Charter and nothing in the Act indicates any intention to the contrary. Any other conclusion would result in the wholesale denial of effective Charter remedies in that, while there is a right of appeal from certain adjudicators' decisions on questions of law, others are not subject to appeal. Indeed, decisions under subsection 29(3) are not appealable. That any of these unappealable decisions may be subject to judicial review does not provide a useful remedy to the person who suffers from the application of an invalid or inoperative law, since the Court on review is limited by the powers of the tribunal whose decision is being reviewed. The Court consequently has jurisdiction to determine the Charter issue raised by these proceedings.

(2) In order to prevent infringement of the Charter rights of those in situations such as that at bar, guidelines for the interim operation of subsection 29(3) should be set out. The reverse onus provision cannot survive. Anyone seeking an *in camera* hearing must satisfy the presiding officer that the circumstances justify departure from the general rule that all court and quasi-judicial proceedings be open to the public. The likelihood that the life, liberty or security of the claimant or a relative would be endangered if the hearing were held in public and the details became known in his country of origin would have to be demonstrated. The standard of proof need not be

Il s'agit d'une demande de révision d'une décision de l'arbitre d'exclure le public d'une enquête tenue en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* au motif qu'une enquête publique risquerait de causer un trop grand stress à l'intéressé qui a été détenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur après avoir été acquitté d'une accusation d'homicide pour cause d'aliénation mentale. Le paragraphe 29(3) prévoit que les enquêtes sont tenues à huis clos sauf s'il est démontré à l'arbitre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. La décision de l'arbitre a été rendue avant que la Cour d'appel fédérale ne déclare dans l'arrêt *McVey* que le paragraphe 29(3) est inconstitutionnel, bien que l'effet de cette décision soit suspendu pour une période d'un an afin de «préserver la primauté du droit».

La Cour suprême du Canada a récemment décidé qu'un tribunal administratif dont les décisions sont sujettes à appel sur des questions de droit n'a pas la compétence pour trancher des questions relatives à la Charte, et que, par conséquent, cette Cour n'a pas la compétence pour juger la question constitutionnelle soulevée dans le cadre d'instances introduites en vertu de l'article 28.

Cette demande soulève deux questions: (1) L'arbitre a-t-il le pouvoir de se prononcer sur des questions reliées à la Charte et, par conséquent, cette Cour a-t-elle le pouvoir de réviser une telle décision; (2) dans quelle mesure le paragraphe 29(3) peut-il conserver son effet tout en respectant son objet (la protection des réfugiés et des membres de leur famille contre les conséquences possibles qu'aurait la publicité de la revendication et du témoignage du demandeur de statut dans son pays d'origine) et en protégeant les droits garantis par la Charte qu'il viole?

*Arrêt*: la demande devrait être accueillie.

(1) La *Loi sur l'immigration* confère à l'arbitre la «capacité pratique» de trancher des questions de droit, notamment des questions relatives à l'application et à la suprématie de la Charte, et rien dans la Loi n'indique une intention contraire. Toute autre conclusion écarterait de façon générale les réparations pratiques prévues par la Charte en ce que, bien qu'il existe un droit d'appel à l'encontre de certaines décisions de l'arbitre sur des questions de droit, d'autres ne sont pas sujettes à appel. Effectivement, les décisions visées au paragraphe 29(3) ne sont pas sujettes à appel. Le fait que ces décisions dont on ne peut appeler puissent être sujettes à un contrôle judiciaire n'apporte aucune réparation pratique à la victime de l'application d'une loi invalide ou inopérante puisque la Cour, dans sa révision, est limitée par les pouvoirs du tribunal dont la décision est révisée. Par conséquent, la Cour est compétente pour statuer sur la question relative à la Charte soulevée dans cette instance.

(2) Afin d'empêcher la violation des droits garantis par la Charte de ceux qui sont dans une situation semblable à celle en l'espèce, des directives doivent être énoncées afin d'appliquer, de façon intérimaire, le paragraphe 29(3). La disposition relative à l'inversion de la charge de la preuve ne peut être maintenue. Quiconque cherche à obtenir la tenue d'une enquête à huis clos doit convaincre l'arbitre que les circonstances justifient de passer outre à la règle générale selon laquelle toutes les instances judiciaires et quasi-judiciaires sont tenues en public. Il faut démontrer la vraisemblance du danger que représenterait l'audience pour la vie, la liberté et la sécurité du deman-

high. Since a request to close the hearing can take place only in the context of a refugee claim, the same test should be applied as for the claim itself i.e. the existence of a "reasonable chance" or "good grounds" to fear danger. The adjudicator may base his opinion on any sources of information which he finds to be credible and trustworthy. Where there is a possibility of danger arising from the publicity of the proceeding to determine whether the hearing should be open to the public, written undertakings to keep confidential certain information until it was determined that the hearing should be open could be required of those present, or some information could be given to the adjudicator in writing and kept sealed pending his determination.

The object of subsection 29(3) is to protect the claimant and his family from danger arising from publicity given to his claim in the country of origin. Stress generated by the presence of the media is not the "adverse effect" protected against by subsection 29(3). Although medical evidence showing that the claimant's life or health would be seriously endangered by a public hearing could not be introduced before an adjudicator under section 29, such remedy might be sought under Charter, section 24 before a court of competent jurisdiction.

#### 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. 2(b), 24.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(f), 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 99), 32 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 5; (4th Suppl.), c. 28, ss. 11, 36), 45 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 14), 46.02 (as enacted *idem.*), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 8; (4th Suppl.), c. 28, ss. 18, 35; c. 29, s. 6), 99, 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 27), 112.

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.

*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Tétreault-Gadoury v. Canada Employment and Immigration Commission* (1991), 91 CLLC 14,023 (S.C.C.).

deur de statut ou d'un membre de sa famille si elle était tenue en public et si ses détails étaient dévoilés dans le pays d'origine du demandeur. La norme de preuve n'a pas à être élevée. Puisque la demande visant à tenir l'audience à huis clos ne peut être présentée que dans un contexte d'une revendication du statut de réfugié, le test appliqué devrait être le même que pour la revendication elle-même, soit l'existence de la «possibilité raisonnable» d'un danger ou d'une crainte éprouvée «avec raison». L'arbitre peut fonder son opinion sur toute source de renseignements qu'il juge crédible et digne de foi. Si une possibilité de danger découle de la publicité de l'instance où il est décidé si l'audience sera tenue en public, on pourrait exiger des personnes présentes qu'elles prennent l'engagement écrit de ne pas révéler certains renseignements tant que l'on n'aura pas statué en faveur d'une audition publique, ou certains renseignements pourraient être fournis par écrit à l'arbitre et gardés hors d'atteinte du public jusqu'à ce qu'une décision soit prise.

L'objectif du paragraphe 29(3) est de protéger le demandeur de statut et sa famille contre le danger entraîné par la publicité faite à la demande dans le pays d'origine. Le stress causé par la présence des médias d'information ne constitue pas le «préjudice» contre lequel le paragraphe 29(3) protège. Bien qu'une preuve médicale démontrant que la vie ou la santé du demandeur de statut seraient sérieusement menacées s'il y avait audition publique ne puisse être présentée à l'arbitre en vertu de l'article 29, une telle réparation pourrait être recherchée en vertu de l'article 24 de la Charte devant un tribunal compétent.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 24.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1.

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), chap. I-11.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 3f), 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99), 32 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art. 5; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 11, 36), 45 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14), 46.02 (édicte, *idem.*), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art. 8; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 18, 35; chap. 29, art. 6), 99, 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 27), 112.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Tétreault-Gadoury c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada* (1991), 91 CLLC 14,023 (C.S.C.).

## CONSIDERED:

*Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.).

a

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.).

## COUNSEL:

*James H. Gillis and M. Ian Savage* for applicants. b

*Myra J. Yuzak* for Minister of Employment and Immigration and Attorney General of Canada. c

*William J. Wardell* for Lyle Moffatt.

## AVOCATS:

*James H. Gillis et M. Ian Savage* pour les requérants.

*Myra J. Yuzak* pour le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le procureur général du Canada.

*William J. Wardell* pour Lyle Moffatt.

## SOLICITORS:

*MacDermid Lamarsh*, Saskatoon, Saskatchewan, for applicants. d

*Deputy Attorney General of Canada* for Minister of Employment and Immigration and Attorney General of Canada. e

*Wardell & Worme*, Saskatoon, Saskatchewan, for Lyle Moffatt. f

## PROCUREURS:

*MacDermid Lamarsh*, Saskatoon (Saskatchewan), pour les requérants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le procureur général du Canada.

*Wardell & Worme*, Saskatoon (Saskatchewan), pour Lyle Moffatt. g

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

HUGESSEN J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to review and set aside a decision by an Adjudicator presiding at an inquiry under the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. The subject of the inquiry was one Ziatden Boughanmi who had been charged with homicide and acquitted on grounds of insanity in October of 1990. At the time the inquiry commenced and today Mr. Boughanmi was and is detained on a Lieutenant Governor's Warrant in the Regional Psychiatric Centre in Saskatoon, a maximum security facility. By the decision under attack the adjudicator purported to apply subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985

g

h

i

j

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] cherche à faire réviser et annuler une décision rendue par un arbitre présidant une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2]. La personne faisant l'objet de l'enquête, un certain Ziatden Boughanmi, a été accusée d'homicide et acquittée pour cause d'aliénation mentale en octobre 1990. Au moment où l'enquête a débuté, M. Boughanmi était détenu, et l'est toujours, en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, au Regional Psychiatric Centre de Saskatoon, établissement à sécurité maximale. Dans la décision attaquée, l'arbitre a prétendu appliquer le paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art.

(1st Supp.), c. 31, s. 99] of the *Immigration Act*<sup>1</sup> and to exclude members of the press and public who wished to be present at the inquiry. The applicants, representatives of the media, are among those excluded.

The Adjudicator's decision was given on March 6, 1991 prior to the delivery of the judgment of this Court in *McVey*.<sup>2</sup> In *McVey*, the Court held subsection 29(3) to be invalid and contrary to paragraph 2(b) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The Court, however, suspended the operation of the *McVey* decision for one year "to preserve the rule of the law in this area". The Court also commented on the interpretation of subsection 29(3), and those comments, as well as the Charter ruling, were not, of course, available to the Adjudicator in this case. It is quite clear that the decision under attack cannot be reconciled with *McVey*.

A threshold question as to the power of the adjudicator to decide Charter issues and, consequently, the power of this Court to review those decisions, arises as a result of the recent judgment of the Supreme Court of Canada in *Tétreault-Gadoury*.<sup>3</sup> In that case the Supreme Court found that the Board of Referees, established pursuant to the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1], did not have jurisdiction to determine a Charter issue and that, as a result, this Court also lacked jurisdiction to determine the constitutional

<sup>1</sup> 29. ...

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

<sup>2</sup> *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.), hereinafter "*McVey*".

<sup>3</sup> *Tétreault-Gadoury v. Canada Employment and Immigration Commission* (1991), 91 CLLC 14,023 (S.C.C.), hereinafter "*Tétreault-Gadoury*".

99] de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup> et a refusé l'entrée aux membres de la presse et au public qui souhaitaient être présents à l'enquête. Les requérants, représentants des médias, sont parmi ceux qui ont été exclus.

L'arbitre a rendu sa décision le 6 mars 1991, avant que le jugement de cette Cour dans l'affaire *McVey*<sup>2</sup> ne soit prononcé. La Cour y a conclu que le paragraphe 29(3) était inopérant et contraire à l'alinéa 2b) 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Toutefois, elle a suspendu l'effet de sa décision pour une période d'un an, «la primauté du droit devant être préservée dans ce domaine». La Cour a également fait des commentaires sur l'interprétation du paragraphe 29(3), et ces commentaires, de même que la décision relative à la Charte, n'étaient évidemment pas disponibles pour l'arbitre dans la présente cause. De toute évidence, la décision attaquée ne saurait se concilier avec l'arrêt *McVey*.

Une question préliminaire portant sur le pouvoir de l'arbitre de décider sur des questions reliées à la Charte et, par conséquent, sur le pouvoir de cette Cour de réviser ces décisions découle du jugement récent rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*.<sup>3</sup> La Cour suprême y a conclu que le Conseil arbitral, constitué sous le régime de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), chap. U-1], n'avait pas compétence pour trancher une question reliée à la Charte et, conséquemment, que la présente Cour n'avait pas juridiction pour juger la question constitutionnelle soulevée dans le cadre d'instances introduites en

<sup>1</sup> 29. ...

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

<sup>2</sup> *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.), ci-après "*McVey*".

<sup>3</sup> *Tétreault-Gadoury c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada* (1991), 91 CLLC 14,023 (C.S.C.), ci-après "*Tétreault-Gadoury*".

question in section 28 proceedings taken directly against the Board of Referees.

The issue, thus, is whether an adjudicator under the *Immigration Act* falls into that category of administrative tribunal which, having power to determine questions of law, should be found to be competent to apply the supreme law of the land, at least to the extent of determining whether or not some other legislative provision is inconsistent with it and therefore of no force or effect.

The *Immigration Act* gives to the adjudicator extensive powers to decide important questions of law and of fact. Specific reference may be made to section 32 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, ss. 11, 36] (decisions as to who shall be permitted to remain in the country and, if not permitted, as to how and when they should be obliged to leave), section 46.02 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] (decisions as to who is eligible to make a refugee claim and, if eligible, as to whether such claim has a credible basis) and section 103 [as am. *idem*, s. 27] (decisions as to detention) but there are many others as well. Indeed the very decision here under attack is specifically required to be made by the adjudicator and raises important issues of publicity of hearings, freedom of the press and fundamental justice. In addition the adjudicator is, by section 45 [as am. *idem*, s. 14], the presiding officer at the first stage or screening inquiry for all refugee claimants. It is not without significance that the other member of the tribunal over which the adjudicator presides is a member of the Immigration and Refugee Board. The adjudicator is also vested by section 112 with all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11].

Many of the decisions which an adjudicator is called upon to make, alone or together with a member of the Board, are of critical importance to the persons concerned and can have significant impact on rights which are protected and guaranteed by the Charter. Indeed, all decisions relating to persons seeking admission to Canada are specifically required to be made in accordance

vertu de l'article 28 et dirigées directement à l'encontre du Conseil arbitral.

La question consiste donc à déterminer si un arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* constitue un tribunal administratif qui, compte tenu de son pouvoir de juger des questions de droit, devrait être habilité à appliquer la loi suprême du pays, tout au moins pour déterminer si une disposition législative lui est incompatible et est, par conséquent, inopérante.

La *Loi sur l'immigration* confère à l'arbitre de vastes pouvoirs lui permettant de trancher des questions de droit et de fait importantes. Les articles 32 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art 5; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 11, 36] (décisions portant sur le choix des personnes autorisées à demeurer au pays et sur la façon dont celles qui ne sont pas admissibles doivent partir et le moment où elles doivent le faire), 46.02 [édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14] (décisions relatives à la recevabilité d'une revendication du statut de réfugié et, le cas échéant, décisions portant sur le minimum de fondement d'une telle revendication) et 103 [mod., *idem*, art. 27] (décisions relatives à la garde) n'en sont que quelques exemples. En fait, l'arbitre a le devoir explicite de rendre la décision même que l'on tente de faire annuler en l'espèce et qui soulève d'importantes questions de publicité des audiences, de liberté de la presse et de justice fondamentale. En outre, en vertu de l'article 45 [mod., *idem*, art. 14], l'arbitre préside l'enquête de première étape, l'étape de présélection, pour toutes les personnes revendiquant le statut de réfugié. Le fait que la deuxième personne siégeant au tribunal que l'arbitre préside soit membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'est pas sans importance. De plus, aux termes de l'article 112, l'arbitre est investi des attributions des commissaires nommés en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), chap. I-11].

Plusieurs des décisions que l'arbitre est appelé à rendre, seul ou avec un membre de la Commission, sont d'une importance capitale pour les personnes intéressées et peuvent avoir un impact important sur les droits protégés et garantis par la Charte. En effet, toutes les décisions relatives aux personnes sollicitant leur admission au Canada doivent expressément être rendues en conformité avec la

with the Charter (see paragraph 3(f)). In those circumstances, I think that it is reasonable to conclude that an adjudicator is vested with the "practical capability" to decide questions of law including questions touching the application and supremacy of the Charter.

As I understand the decision in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, however, the critical element in the Court's decision that the Board of Referees was not empowered to determine Charter issues was the existence of a right of appeal from the Board of Referees to the Umpire, a Tribunal manifestly competent and capable of dealing with such issues. La Forest J. speaking for the majority said [at page 14,027]:

... notwithstanding the practical capability of the Board of Referees, the particular scheme set up by the legislature in the *Unemployment Insurance Act, 1971* contemplates that the constitutional question should more appropriately have been presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

and again [at page 14,028]:

... where, as here, the legislature has provided the litigant with the possibility of an administrative appeal before a body which has the power to consider the constitutional arguments, the need for a determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly not as great. In such a situation, the advantages of dealing with the constitutional question within the administrative process are still preserved for the litigant.

The scheme of the *Immigration Act* is not as straight-forward as that of the *Unemployment Insurance Act* in the system of administrative tribunals which it establishes. All decisions of the Board of Referees may be appealed to the Umpire on questions of law and the latter has full power to decide such questions. That is not the case with regard to decisions of the adjudicator. It is true that section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 8; (4th Supp.), c. 28, ss. 18, 35; c. 29, s. 6] of the Act gives a right of appeal on questions of law, and that the Board, to which such appeals are taken, is a court of record with both jurisdiction and capability to decide them. The complicating factor flows from the fact that an appeal can be had only against certain, but not all, removal orders pronounced by an adjudicator; the existence of the right of appeal depends not so

Charte (voir l'alinéa 3f)). Compte tenu de ces circonstances, je crois qu'il est raisonnable de conclure que l'arbitre a la «capacité pratique» de rendre des décisions sur des questions de droit, notamment sur les questions relatives à l'application et à la suprématie de la Charte.

À mon avis, toutefois, la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, précitée, selon laquelle le Conseil arbitral n'a pas le pouvoir de décider des questions relatives à la Charte, avait comme élément décisif l'existence du droit d'interjeter appel d'une décision du Conseil arbitral devant un juge-arbitre, tribunal manifestement capable de trancher de telles questions et compétent pour le faire. Le juge La Forest, se prononçant au nom de la majorité, a déclaré [à la page 14,027]:

... en dépit de la capacité pratique du conseil arbitral, il découle de l'économie de la *Loi sur l'assurance-chômage* qu'il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.

e et également [à la page 14,028]:

... lorsque, comme en l'espèce, le législateur a donné au justiciable la possibilité d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question constitutionnelle par le tribunal de premier ressort n'est manifestement pas aussi grand. En pareil cas en effet, les justiciables jouissent toujours des avantages que présente la résolution de la question constitutionnelle à l'intérieur du processus administratif.

L'économie de la *Loi sur l'immigration* n'est pas aussi explicite que celle de la *Loi sur l'assurance-chômage* à l'égard des tribunaux administratifs qu'elle constitue. Toutes les décisions du Conseil arbitral sont sujettes à appel devant le juge-arbitre sur des questions de droit, et ce dernier possède tous les pouvoirs nécessaires d'en décider. La situation est différente pour les décisions de l'arbitre. L'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art. 8; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 18, 35; chap. 29, art. 6] prévoit, il est vrai, un droit d'appel portant sur des questions de droit, et la Commission, qui entend ces appels, est un tribunal d'archives possédant la compétence et la capacité d'en décider. Mais la situation se complique par le fait qu'un appel ne peut être interjeté qu'à l'encontre d'un nombre limité de mesures de renvoi prononcées par un arbitre; l'existence du droit d'appel

much on the nature of the order made as on the status of the person against whom it is made. Thus, for anyone who has not been granted status as a permanent resident or a Convention refugee or who does not hold a valid visa (and such persons must constitute the vast majority of persons who are removed from Canada) there is no right of appeal at all. Equally, when a first-stage tribunal presided over by an adjudicator makes a decision unfavourable to a refugee claimant, a decision whose consequences and possible Charter impact may be immense, there is no right of appeal. Detention decisions although limited in duration are also not subject to appeal. Indeed, decisions under subsection 29(3), such as the one in issue here, are themselves not appealable and their impact on Charter rights needs no demonstration.

As was made manifest by the result in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, the fact that any of these unappealable decisions may be subject to judicial review under section 28 or otherwise does not provide a useful remedy to the person who suffers from the application of an invalid or inoperative law, since the Court on review is limited by the powers of the tribunal whose decision is being reviewed.

Since, as I have already indicated, the adjudicator has the practical capability to decide Charter issues, it is my view that, on the reading of the whole legislative scheme, there is nothing in the *Immigration Act* to indicate any intention to preclude him from having and exercising the power to find a legislative provision inconsistent with the Charter. Not only does this seem to accord with the economy of the legislation; any other conclusion would result in the wholesale denial of effective Charter remedies. It follows that in my opinion we have jurisdiction to determine the Charter issue raised by these proceedings.

As I have indicated, the Court in *McVey*, while finding subsection 29(3) to be inconsistent with the Charter and therefore inoperative, went on to suspend the effect of that declaration for one year. The Court identified the legislative objective of the provision as being the protection of refugees and

ne dépend pas tant de la nature de la mesure que du statut de la personne en faisant l'objet. Ainsi, il n'existe aucun droit d'appel pour les personnes qui n'ont pas reçu le statut de résident permanent ou de réfugié au sens de la Convention ou qui ne détiennent pas un visa valide (et elles doivent représenter la vaste majorité des personnes renvoyées du Canada). De même, lorsqu'un tribunal de première étape présidé par un arbitre rend une décision défavorable à un demandeur de statut de réfugié, décision dont les conséquences et l'impact possible sur les droits garantis par la Charte peuvent être énormes, il n'existe aucun droit d'appel. Les décisions relatives à la garde, bien que limitées en temps, ne sont pas sujettes à appel non plus. En fait, les décisions visées au paragraphe 29(3), dont celle attaquée en l'espèce, ne sont pas sujettes à appel et il est inutile de démontrer l'impact qu'elles peuvent avoir sur les droits garantis par la Charte.

Comme l'a clairement démontré l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, le fait que ces décisions dont on ne peut appeler puissent tout de même être sujettes à une révision judiciaire en vertu, entre autres, de l'article 28, n'apporte aucune réparation pratique à la victime de l'application d'une loi invalide et inopérante puisque la Cour, dans sa révision, est limitée par les pouvoirs du tribunal dont la décision est révisée.

Puisque, comme je l'ai déjà remarqué, l'arbitre a la capacité pratique de se prononcer sur des questions relatives à la Charte, j'estime que, selon l'interprétation de l'économie d'ensemble de la loi, rien dans la *Loi sur l'immigration* n'indique l'intention d'empêcher l'arbitre d'avoir et d'exercer le pouvoir de juger une disposition législative incompatible avec la Charte. Non seulement cela semble-t-il en accord avec l'économie de la loi, mais toute autre conclusion écarterait de façon générale les réparations pratiques prévues par la Charte. En conséquence, nous sommes, à mon avis, compétents pour statuer sur la question relative à la Charte soulevée dans cette instance.

Comme je l'ai déjà souligné, la Cour, dans l'arrêt *McVey*, a jugé que le paragraphe 29(3) était incompatible avec la Charte et donc inopérant, mais elle a suspendu l'effet de cette conclusion pour une période d'un an. Elle a également constaté que la protection des réfugiés et des mem-



their relatives from the possible consequences of having the claim and the testimony made public in the claimant's country of origin. It is clearly the importance of that objective which moved the Court to leave subsection 29(3) temporarily in effect and to give Parliament another chance to achieve its purpose in a manner compatible with the Charter.

It remains, however, that the present applicants enjoy the same Charter rights as the applicants in *McVey* and are entitled, on a continuing basis, to ask the courts to prevent them from being infringed by the operation of subsection 29(3). No doubt there will be others similarly situated in the coming months. It would seem appropriate, therefore, for us to indicate, on an interim basis, the extent to which the legislation can continue to operate and how its application should be modified in practice so as to give effect as far as possible to its object while at the same time protecting the Charter rights which it infringes. This is especially so in a case such as the present where a refugee claim has been asserted since, unlike *McVey*, that fact clearly engages those interests that have been identified as underlying the provision.

In the first place, I think it clear that the reverse onus provision of subsection 29(3), with its impossible standard of proof, cannot survive, even temporarily. The general rule for all courts and quasi-judicial bodies is that they be open to the public. The natural corollary of that rule is that anyone seeking to have a hearing conducted *in camera* must satisfy the presiding officer that the circumstances are such as to justify departing from it.

Second, given the identified object of the legislation, I think that what must be demonstrated is the likelihood that the claimant or a member of his family would be in danger of life, liberty or security of the person if the hearing were held in public and the details became known in his country of origin.

bres de leur famille contre les conséquences possibles qu'aurait la publicité de la revendication et du témoignage du demandeur de statut dans son pays d'origine constituait l'objectif législatif de la disposition. De toute évidence, l'importance de cet objectif a incité la Cour à laisser le paragraphe 29(3) temporairement en vigueur afin d'accorder au Parlement une chance supplémentaire d'atteindre son but d'une manière qui soit compatible avec la Charte.

Il demeure toutefois que les requérants en l'espèce jouissent des mêmes droits garantis par la Charte que les requérants dans l'affaire *McVey* et qu'ils sont, de façon permanente, en droit de demander aux tribunaux de veiller à ce que ces droits ne soient pas violés par l'application du paragraphe 29(3). Des situations similaires se présenteront sans doute au cours des prochains mois. Il nous semble donc approprié d'indiquer, à titre intérimaire, dans quelle mesure la Loi peut conserver son effet et comment son application doit être modifiée en pratique de sorte que son objet soit, dans la mesure du possible, respecté et que les droits garantis par la Charte qu'elle viole soient protégés. Cela est particulièrement vrai dans le cas où, comme celui qui nous occupe, le statut de réfugié a été revendiqué, puisque, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *McVey*, les intérêts reconnus comme étant le fondement de la disposition y sont mis en cause.

En premier lieu, il m'apparaît évident que l'inversion de la charge de la preuve prévue par le paragraphe 29(3) et imposant une norme de preuve impossible à respecter ne peut être maintenue, même temporairement. La règle générale qui régit tous les tribunaux et organismes quasi judiciaires est leur accessibilité au public. Cette règle implique que quiconque cherche à obtenir la tenue d'une enquête à huis clos doit convaincre l'arbitre que les circonstances justifient d'y passer outre.

En deuxième lieu, compte tenu de l'objectif reconnu de la Loi, je crois que ce qu'on doit démontrer, c'est la vraisemblance du danger que représenterait l'audience pour la vie, la liberté et la sécurité du demandeur du statut de réfugié ou d'un membre de sa famille si elle était tenue en public et si ses détails étaient dévoilés dans le pays d'origine du demandeur.

The standard of proof need not be high, however. Since the request to close the hearing can only take place in the context of a refugee claim, actual or anticipated, it would seem appropriate to apply the same test as for the claim itself. In *Adjei*,<sup>4</sup> this Court identified that test as being the existence of a "reasonable chance" or "good grounds" to fear danger. As in other proceedings before him, the adjudicator may base his opinion on any sources of information which he finds to be credible and trustworthy.

Next there is the difficult question of the publicity of the very proceeding in which it is determined whether or not the hearing is to be open to the public. There will be some circumstances in which the mere fact of asserting danger to the claimant and his family will itself be a source of danger. I do not think this possibility should be overrated for, as the Court indicated in *McVey*, thousands of refugee claimants address themselves publicly and openly to this Court each year without apparently undue fear of the consequences. That said, however, the danger may be there and the problem must be faced. The Court in *McVey* commented on the adjudicator's lack of power to make an order prohibiting publication of some or all of the proceedings. I think, however, that with a little ingenuity other means may be found of protecting truly sensitive information. Persons present at the hearing could be required to give an undertaking (perhaps in writing) not to reveal certain information unless and until it was determined that the hearing should be open. As well, or alternatively, some information could be given to the adjudicator in writing and kept sealed from the public eye pending such determination. There may be other possibilities as well.

Finally, I should say a word about the reasons assigned by the Adjudicator in the present case for refusing access to the inquiry. He said:

The concerns that I have are that Immigration proceedings themselves can prove to be very stressful upon an individual.

<sup>4</sup> *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.).

Néanmoins, la norme de preuve n'a pas à être élevée. Puisque la demande visant à tenir l'audience à huis clos ne peut être présentée que dans un contexte d'une revendication du statut de réfugié, présente ou éventuelle, il semblerait approprié d'appliquer le même test que pour la revendication elle-même. Dans l'arrêt *Adjei*<sup>4</sup>, cette Cour a déclaré que le test consistait en l'existence de «possibilité raisonnable» d'un danger ou d'une crainte éprouvée «avec raison». Comme dans les autres instances introduites devant lui, l'arbitre peut fonder son opinion sur toute source de renseignements qu'il juge crédible et digne de foi.

Vient ensuite la question épineuse de la publicité de l'instance même où il est décidé si l'audience sera tenue en public. Dans certaines circonstances, le simple fait d'invoquer le danger pour le demandeur de statut et pour les membres de sa famille constitue en soi une source de danger. À mon avis, on ne devrait pas surestimer cette possibilité puisque, comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *McVey*, à chaque année des milliers de demandeurs de statut de réfugié s'adressent publiquement à cette Cour apparemment sans crainte induite des conséquences. Ceci étant dit, cependant, le danger peut se présenter et la difficulté doit être envisagée. Dans *McVey*, la Cour a commenté l'incapacité de l'arbitre de rendre une ordonnance interdisant la publication des procédures, en tout ou en partie. Je crois toutefois qu'avec un peu d'ingéniosité, il est possible de concevoir différents moyens de mettre à l'abri les renseignements véritablement compromettants. Les personnes présentes à l'audition pourraient être obligées de prendre l'engagement (peut-être écrit) de ne pas révéler certains renseignements tant que l'on n'aura pas statué en faveur d'une audition publique, le cas échéant. En outre, ou subsidiairement, certains renseignements pourraient être fournis par écrit à l'arbitre et gardés hors d'atteinte du public jusqu'à ce qu'une telle décision soit prise. Il peut y avoir d'autres possibilités.

En dernier lieu, j'aimerais me prononcer sur les motifs pour lesquels l'arbitre dans la présente affaire a prononcé le huis-clos à l'enquête. Il a dit:

[TRADUCTION] Si je suis préoccupé, c'est que les procédures en matière d'immigration peuvent se révéler très éprouvantes pour

<sup>4</sup> *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.).

The *Immigration Act* sets out that there are two conditions upon which the Adjudicator could exclude observers. The first one is that conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry, and in this case, I don't believe that the presence of the individual members of the media would impede the inquiry, as such, but it doesn't stop there. I must also look at the second part, that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any members of that person's family would not be adversely effected [*sic*] if the inquiry were to be conducted in public, and in this case, I think I can deal directly with the person concerned himself, that because of the nature of the institution that he is in, and because of the fact that although it's been limited, I have heard that he is undergoing treatment, and because I am satisfied that an Immigration inquiry could, under conditions, prove to be stressful on the individual, and could exasperate [*sic*] his medical condition or his psychiatric condition, whatever that may be, and in the interests of the person concerned, and because I feel that by the presence of observers, members of the media, which he is opposed to, that he may, in fact, be adversely effected [*sic*] if the members of the media were allowed to remain, and for that reason, gentlemen, I'm going to have to exclude you from the proceedings.

That reasoning clearly cannot stand in the face of *McVey*, where MacGuigan J.A. speaking for the Court said [at page 352]:

In my opinion "stress generated by the presence of the news media," whatever its effect on the health of the participants in the proceeding, is insufficient in law to constitute adverse effect as set out in subsection 29(3). If the effect on the refugee claimant's health was such that he could not be present at the inquiry, then the Adjudicator would have the traditional option of adjournment, but that is not the case here.

I am in full agreement with that statement which follows logically from the identified object of subsection 29(3), namely the protection of the claimant and his family from danger arising from publicity given to the claim in the country of origin. I would not however want to exclude the possibility, perhaps remote, that a claimant might introduce medical evidence to show that his life or health would be seriously endangered by a public hearing. Such a situation would be quite outside the legislative scheme of section 29 and beyond the powers of the adjudicator; the remedy, if any, would be under section 24 of the Charter and could only be given by a court of competent jurisdiction.

For these reasons I would allow the section 28 application, set aside the Adjudicator's decision and remit the matter to the Adjudicator to be decided in a manner not inconsistent with these reasons.

les intéressés. La *Loi sur l'immigration* prévoit deux motifs pour lesquels l'arbitre peut exclure le public. Premièrement, la tenue en public de l'enquête entraverait cette dernière; dans le présent cas, je ne crois pas que la présence des représentants des médias aurait cet effet, mais ce n'est pas tout. Je dois également examiner le second motif, savoir que l'intéressé et les membres de sa famille se trouveraient lésés si l'enquête était tenue en public. Dans le présent cas, je crois pouvoir traiter directement de l'intéressé lui-même; compte tenu de l'institution dans laquelle il se trouve, du fait que, même s'il est limité, on m'a dit qu'il subissait un traitement, étant donné également ma conviction qu'une enquête pourrait, dans ces conditions, être pénible pour l'intéressé et risquerait d'empirer son état de santé ou son état psychiatrique, quel qu'il soit, dans l'intérêt de ce dernier et aussi parce que je crois que la présence des observateurs, représentants des médias, à laquelle il s'oppose, pourrait lui causer du tort, je vais devoir, messieurs, vous exclure des procédures.

Ce raisonnement est, de toute évidence, écarté par l'arrêt *McVey*, où le juge MacGuigan, J.C.A., se prononçant au nom de la Cour, a déclaré [à la page 352]:

À mon avis, le «stress causé par la présence des médias d'information», quel que soit son effet sur la santé des participants à la procédure, ne suffit pas en droit pour constituer un préjudice au sens du paragraphe 29(3). Si l'effet sur la santé du demandeur de statut de réfugié était tel qu'il ne pourrait assister à l'enquête, l'arbitre aurait l'option traditionnelle de l'ajourner, mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

Je suis entièrement d'accord avec cette déclaration qui découle logiquement de l'objectif du paragraphe 29(3), à savoir la protection du demandeur et de sa famille contre le danger entraîné par la publicité faite à la demande dans le pays d'origine. Je ne saurais toutefois exclure la possibilité, peut-être éloignée, qu'un demandeur de statut de réfugié puisse présenter une preuve médicale afin de démontrer que sa vie ou sa santé seraient sérieusement menacées s'il y avait audition publique. Une telle situation n'entrerait aucunement dans le cadre législatif de l'article 29 et serait exorbitante des pouvoirs de l'arbitre; la réparation, s'il y en a, relèverait de l'article 24 de la Charte et ne pourrait être accordée que par un tribunal compétent.

Pour ces motifs, j'accueillerais cette demande fondée sur l'article 28, j'annulerais la décision de l'arbitre et je lui renverrais l'affaire afin qu'il en décide d'une manière conforme aux présents motifs.

STONE J.A.: I agree.

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

DÉCARY J.A.: I agree.

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

T-1940-89

T-1940-89

Philius Guimond, William Bransfield, Alcime Durelle, Ernest Durelle, Corine Cormier, in her own right and on behalf of the Estate of the Deceased, Alyre Durelle, Gerald Dutcher, in his own right and as Litigation Administrator for Arnold Dutcher, William Gulliver, Alda Jenkins, in her own right and on behalf of the Estate of the Deceased, Bernard Jenkins, Thomas P. Lewis, Edward A. MacDonald, Adrian McIntyre, Anathas McIntyre, Charles McKay, David A. McKay, Hazel MacTavish, in her own right and on behalf of the Deceased, Norman MacTavish, Benoit Martin, Alfred Mercure, Matilda Murdoch, in her own right and on behalf of the Deceased, Francis J. Murdoch, Fernand Nowlan, Lloyd Richardson, Robert Robichaud, in his own right and as Litigation Administrator for Arthur Robichaud, Ernest Robichaud, Aime Savoie, Joseph Scott, Hubert Swezey, in his own right and on behalf of the Estate of Benson Swezey, Frances Ireen Williston Reid, in her own right and on behalf of the Deceased, Perley A. Williston, Herbert Williston, in his own right and on behalf of the Deceased, John Williston, Roland Williston and Wendell Williston (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Defendant*)

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

Trial Division, MacKay J.—Halifax, April 9; Ottawa, April 19, 1991.

*Practice — Parties — Appointment of litigation administrator — Whether plaintiff is person under disability — Test whether party capable of instructing counsel and exercising judgment as to settlement as reasonable person would — Application to act as litigation administrator for plaintiff normally granted absent reason to question bona fides of application or characterization of incapacity.*

This was an application for orders appointing representatives of deceased plaintiffs, appointing litigation administrators for plaintiffs said to be incapable, and amending the statement of claim. The defendant contests only the application for an order appointing Gerald Dutcher as litigation administrator for his father, the plaintiff Arnold Dutcher.

Philius Guimond, William Bransfield, Alcime Durelle, Ernest Durelle, Corine Cormier en son nom propre et pour le compte de la succession Alyre Durelle, Gerald Dutcher en son nom propre et en qualité d'administrateur d'instance pour Arnold Dutcher, William Gulliver, Alda Jenkins en son nom propre et pour le compte de la succession Bernard Jenkins, Thomas P. Lewis, Edward A. MacDonald, Adrian McIntyre, Anathas McIntyre, Charles McKay, David A. McKay, Hazel MacTavish en son nom propre et au nom de feu Norman MacTavish, Benoit Martin, Alfred Mercure, Matilda Murdoch en son nom propre et au nom de feu Francis J. Murdoch, Fernand Nowlan, Lloyd Richardson, Robert Robichaud en son nom propre et en qualité d'administrateur d'instance pour Arthur Robichaud, Ernest Robichaud, Aime Savoie, Joseph Scott, Hubert Swezey en son nom propre et pour le compte de la succession Benson Swezey, Frances Ireen Williston Reid en son nom propre et au nom de feu Perley A. Williston, Herbert Williston en son nom propre et au nom de feu John Williston, Roland Williston et Wendell Williston (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: GUIMOND c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 9 avril; Ottawa, 19 avril 1991.

*Pratique — Parties — Constitution d'administrateur d'instance — Il échet d'examiner si un demandeur est incapable — Le critère consiste en la question de savoir si l'intéressé est capable de donner des instructions à son procureur et d'exercer son jugement au sujet d'un règlement au même titre qu'une personne saine d'esprit — Une requête en constitution d'administrateur d'instance pour une partie demanderesse doit normalement être accueillie à moins qu'il n'y ait des raisons pour mettre en doute la bonne foi de la requête ou la qualification de cette partie demanderesse comme personne frappée d'incapacité.*

Requête en ordonnance portant constitution de représentants de demandeurs décédés, ordonnance portant constitution d'administrateurs d'instance pour des demandeurs supposés incapables, et en ordonnance portant modification de la demande. La défenderesse ne conteste que la requête en ordonnance constituant Gerald Dutcher administrateur d'instance pour son père, le demandeur Arnold Dutcher.

According to correspondence from his doctor, Arnold Dutcher is a chronic paranoid schizophrenic. He sometimes imagines that individuals or, indeed, the whole town, are against him. The doctor considers him not capable of representing himself. In examination for discovery, Gerald Dutcher said his father is lucid only at intervals, and gave as his opinion that the older man would not be able to testify at trial.

*Held*, the application should be allowed.

The requirements of Rule 1700 itself must be satisfied before looking to the provincial procedures which it incorporates by reference. It is sufficient, for this purpose, that there be some evidence that the person is incapable. That evidence need not speak to the time at which the action was brought; rather, the relevant time for determining incapacity is the time at which the application is brought. In *Lingley v. Hickman* the significant date was when the action was brought because that was a motion to strike the action on the grounds that the plaintiff was a person under disability. Here there is no challenge to the right to suit by the named plaintiff. Rule 1700(2) provides for continuing an action brought by a party who may since have become incapable.

The test for determining whether a person is under disability as "of unsound mind" was set out by Lord Denning in *Kirby v. Leather*. Rule 1700 is not, however, restricted in its application to persons of unsound mind. The key factors in an application for the appointment of an administrator are whether the person is capable to instruct counsel and to exercise judgment in relation to the claims in issue and their possible settlement, as a reasonable person would be expected to do.

Under the New Brunswick Rules, the requirements for appointing an administrator to represent an incapable plaintiff are lower than those for appointing a person to represent a defendant. In the latter case, a court order is required while a qualified person may act, without Court appointment, as litigation guardian for a plaintiff under a disability. An application for appointment of a litigation administrator on behalf of a plaintiff should ordinarily be accepted, unless there is some reason to question the *bona fides* of the application or the characterization of the plaintiff as a person under disability.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 420, 1700, 1710.

*Rules of Court of New Brunswick*, [N.B. Reg. 81-174], RR. 7.01, 7.02, 7.03.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Lingley v. Hickman*, [1972] F.C. 171; (1972), 33 D.L.R. (3d) 593; 10 C.C.C. (2d) 362 (T.D.); *Bugden v. Bugden*

Selon les attestations de son médecin, Arnold Dutcher souffre de schizophrénie paranoïaque chronique et imagine parfois que des gens, voire la ville entière, sont contre lui. Le médecin estime qu'il n'est pas en mesure de se représenter lui-même. Au cours de l'interrogatoire préalable, Gerald Dutcher fait savoir que son père est lucide par moments; à son avis, son père ne serait pas en état de témoigner au procès.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

Il faut se conformer aux prescriptions de la Règle 1700 des *Règles de la Cour fédérale* avant que ne s'appliquent les règles provinciales incorporées aux premières par référence. Il suffit à cet effet de prouver que l'intéressé est incapable. Il n'est pas nécessaire que la preuve établisse les faits au moment où l'action principale fut intentée; au contraire, la date à laquelle doit se rapporter cette preuve est celle où la requête a été introduite. Dans *Lingley c. Hickman*, la date de l'engagement de la procédure revêtait une importance particulière parce qu'il y avait fin de non-recevoir fondée sur l'incapacité. En l'espèce, il n'y a pas contestation du droit du demandeur nommé de participer au procès. La Règle 1700(2) prévoit la poursuite de l'action dans le cas du demandeur qui devient incapable par la suite.

Le critère applicable pour conclure si une personne est «incapable» a été défini par Lord Denning dans *Kirby v. Leather*. La Règle 1700 s'étend encore à d'autres cas que celui des faibles d'esprit. La principale question à poser en cas de demande de constitution d'administrateur d'instance est de savoir si l'intéressé est capable de donner des instructions à son procureur et d'exercer son jugement au sujet des points litigieux et d'un règlement possible en la matière, comme une personne saine d'esprit devrait être en mesure de le faire.

Selon les Règles de procédure du Nouveau-Brunswick, les conditions de constitution du tuteur d'instance du demandeur incapable sont moins rigoureuses que celles qui s'appliquent à la constitution du tuteur d'instance du défendeur incapable. Dans ce dernier cas, une ordonnance judiciaire est nécessaire alors que toute personne non frappée d'incapacité peut, sans être nommée par la Cour, agir en qualité de tuteur d'instance pour un demandeur frappé d'incapacité. Une requête en constitution d'administrateur d'instance pour un demandeur doit normalement être accueillie, à moins qu'il n'y ait des raisons de mettre en doute la bonne foi de la requête ou de la qualification du demandeur comme personne frappée d'incapacité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 420, 1700, 1710.

*Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, [Règl. N.-B. 81-174]; Règles 7.01, 7.02, 7.03.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Lingley c. Hickman*, [1972] C.F. 171; (1972), 33 D.L.R. (3d) 593; 10 C.C.C. (2d) 362 (1<sup>re</sup> inst.); *Bugden v. Bugden*

(1974), 15 N.S.R. (2d) 535; 52 D.L.R. (3d) 241; 23 R.F.L. 253 (S.C.); *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533; (1990), 81 Sask. R. 237 (Q.B.).

*Bugden* (1974), 15 N.S.R. (2d) 535; 52 D.L.R. (3d) 241; 23 R.F.L. 253 (C.S.); *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533; (1990), 81 Sask. R. 237 (Q.B.).

COUNSEL:

*David N. Rogers* for plaintiffs.  
*Michael F. Donovan* for defendant.

*a* AVOCATS:

*David N. Rogers* pour les demandeurs.  
*Michael F. Donovan* pour la défenderesse.

SOLICITORS:

*Gilbert, McGloan, Gillis*, Saint John, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*b* PROCUREURS:

*Gilbert, McGloan, Gillis*, Saint-Jean, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*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*

MACKAY J.: This application for orders, made on behalf of the plaintiffs, to amend pleadings was heard in Halifax on April 9, 1991. The orders sought include:

*d* LE JUGE MACKAY: Par cette demande en modification des plaidoiries, introduite en leur nom et entendue à Halifax le 9 avril 1991, les parties demanderesses concluent aux ordonnances suivantes:

1) An order that certain named persons be appointed representatives of the estates of other persons now deceased, for purposes of this action, and the pleadings be amended to reflect this, pursuant to Rules 1710 and 420 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] an order to which the defendant/respondent consents;

*e* 1) Ordonnance portant que certaines personnes nommément désignées sont constituées, aux fins de cette action, représentants de la succession d'autres personnes défuntées et que les plaidoiries sont modifiées en conséquence, conformément aux Règles 1710 et 420 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], ordonnance à laquelle la partie demanderesse/intimée consent;

2) An order that certain other named persons be appointed litigation administrators for two other persons named as plaintiffs in the action as originally framed, for purposes of this action and that the pleadings be amended to reflect this pursuant to Rules 1700 and 420 of the *Federal Court Rules*, an order to which the defendant consents in part only and to which in part objection is taken; and

*g* 2) Ordonnance portant que certaines autres personnes nommément désignées sont constituées, aux fins de cette action, administrateurs d'instance pour deux personnes figurant comme parties demanderesses dans la déclaration initiale et que les plaidoiries sont modifiées en conséquence, conformément aux Règles 1700 et 420 des *Règles de la Cour fédérale*, ordonnance à laquelle la partie défenderesse consent en partie et s'oppose en partie;

3) An order that the plaintiffs be entitled to amend the pleadings by a substantive amendment to the statement of claim, pursuant to Rule 420, an order to which the defendant consents subject to its right to file an amended defence.

*i* 3) Ordonnance autorisant les parties demanderesses à apporter une modification de fond à la déclaration conformément à la Règle 420, ordonnance à laquelle la partie défenderesse consent sous réserve de son droit de déposer une défense modifiée.

The orders to which the defendant consents are granted. To the extent these and the disputed order sought, now resolved by these reasons, affect the designation of parties named as plaintiffs in the style of cause, this Court of its own motion directs that the style of cause be changed to reflect the terms of the orders granted.

The requested order which the defendant objects to is in the following terms:

... that Gerald Dutcher and Robert Robichaud, be appointed Litigation Administrators for Arnold Dutcher and Arthur Robichaud, respectively, for the purposes of this action, and that the pleadings be amended to reflect the same, pursuant to Rules 1700 and 420 of the Rules of Court.

The defendant does not object to the appointment of Robert Robichaud as Litigation Administrator for Arthur Robichaud, for the purpose of this action, in accord with Rule 1700, in recognition that Arthur Robichaud is a "person under a disability" as provided for in that Rule, and provided that the requirements of the *Rules of Court of New Brunswick* [N.B. Reg. 81-174], incorporated by reference in Rule 1700(1)(a) are met.

The defendant does object to the proposed appointment of Gerald Dutcher as Litigation Administrator for Arnold Dutcher for the purposes of this action. That objection is based on the submission that there is a lack of evidence before the Court, that at the time this action commenced, September 11, 1989, Arnold Dutcher, originally named as a plaintiff, was a person under a disability as a person of unsound mind.

Federal Court Rule 1700, so far as it relates to this matter, provides as follows:

*Rule 1700.* (1) A proceeding by or against an infant, lunatic, person of unsound mind or other person under disability or not having free exercise of his rights (hereinafter referred to as a "person under disability") may be brought or defended and conducted in the Court,

(a) if the person under disability is resident in a province of Canada, in the manner in which such a proceeding would be brought or defended and conducted in a superior court of the province where the person under disability is resident (as though any reference to that superior court in the laws or rules of court of that province regulating such proceeding in that superior court or regulating any special step to be taken

La Cour fait droit à la requête relative aux ordonnances auxquelles consent la défenderesse. Dans la mesure où ces ordonnances et celle à laquelle s'oppose cette dernière, et dont l'issue est décidée par les présents motifs, affectent la qualité des parties figurant à titre de demandeurs dans l'intitulé de la cause, la Cour ordonne de son propre chef que cet intitulé de cause soit modifié conformément aux dispositions des ordonnances rendues.

L'ordonnance à laquelle s'oppose la défenderesse devait prévoir ce qui suit:

[TRADUCTION] ... que Gerald Dutcher et Robert Robichaud soient, aux fins de cette action, constitués administrateurs d'instance pour Arnold Dutcher et pour Arthur Robichaud respectivement, et que les plaidoiries soient modifiées en conséquence, conformément aux Règles 1700 et 420 des Règles de la Cour.

La défenderesse ne s'oppose pas à ce que Robert Robichaud soit, aux fins de cette action, constitué administrateur d'instance pour Arthur Robichaud conformément à la Règle 1700, par ce motif que ce dernier est «incapable» au sens de cette Règle et à la condition que soient observées les prescriptions des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* [Règl. N.-B. 81-174], incorporées par référence dans la Règle 1700(1)a).

La défenderesse s'oppose cependant à ce que Gerald Dutcher soit, aux fins de cette action, constitué administrateur d'instance pour Arnold Dutcher, par ce motif qu'au moment où l'action fut intentée, savoir le 11 septembre 1989, la Cour n'a été saisie d'aucune preuve établissant que ce dernier était incapable parce que faible d'esprit.

Voici les dispositions applicables de la Règle 1700 des *Règles de la Cour fédérale*:

*Règle 1700.* (1) Une procédure engagée par ou contre un mineur, un aliéné, un faible d'esprit ou une autre personne n'ayant pas pleine capacité ou n'ayant pas le libre exercice de ses droits (ci-après désignés sous le nom de «incapable») peut être engagée et conduite devant la Cour et la défense peut y être assumée,

a) si l'incapable réside dans une province du Canada, de la façon dont une telle procédure serait engagée et conduite et dont la défense serait assumée devant une cour supérieure de la province où l'incapable réside (comme si une mention de cette cour supérieure dans les dispositions du droit ou les règles de pratique judiciaire de cette province réglementant la procédure devant cette cour supérieure ou réglementant



concerning a person under disability in relation to such a proceeding were a reference, with necessary modifications to the Federal Court of Canada).

(2) Any failure to comply with the requirements imposed by paragraph (1) may be remedied with effect retroactive to the commencement of the proceeding at any stage of the proceeding or of any appeal.

Counsel for the defendant relies upon the opinion of Mr. Justice Heald, then of the Trial Division, in *Lingley v. Hickman*, [1972] F.C. 171 (T.D.), at pages 182-183, for two propositions. The first, with which I agree, is that the party raising the issue of disability must satisfy Federal Court Rule 1700 before the provincial rules, in this case the *Rules of Court of New Brunswick*, incorporated by reference in the Federal Court Rule, apply to the appointment of a litigation administrator. In this case the applicable New Brunswick Rules provide for a litigation guardian to act on behalf of a plaintiff or applicant who is under a disability. Secondly, it is urged that evidence supporting the conclusion that a party is a "lunatic, person of unsound mind, or other person under a disability or not having free exercise of his rights" as set out in Rule 1700, must be provided and that the significant date of that evidence is the date on which the party commenced this action.

While I agree that there must be evidence upon which a Court could conclude that a person is under a disability, I do not agree that the significant time for such evidence is limited to the date of the initiation of the action. For example, an action may be initiated by a plaintiff who only subsequently is considered to be a person under a disability, a circumstance which would seem to be provided for under Rule 1700(2). The date of the initiation of the action was significant in *Lingley* because the issue was there raised by the defendant's motion that an action be struck, among other reasons because it was alleged that the plaintiff was a person under disability. In this application by the plaintiffs to appoint a litigation administrator for Arnold Dutcher, in an action commenced September 1989 and for which trial is anticipated some months hence, the time to which evidence of disability is most clearly relevant is at the time of this application.

toute mesure spéciale à prendre au sujet d'un incapable relativement à une telle procédure s'entendait, avec les modifications qui s'imposent, d'une mention à la Cour fédérale du Canada); . . .

a

(2) Il peut être remédié, à tout stade de la procédure ou d'un appel, avec effet rétroactif à compter du moment où la procédure a été engagée, à toute omission de se conformer aux prescriptions de l'alinéa (1).

b

L'avocat de la défenderesse se fonde sur la conclusion tirée par le juge Heald, qui siégeait à l'époque à la Section de première instance, dans sa décision *Lingley c. Hickman*, [1972] C.F. 171 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 182 et 183, pour faire valoir deux arguments. Le premier, auquel je souscris, veut que la partie invoquant l'incapacité se conforme aux prescriptions de la Règle 1700 des *Règles de la Cour fédérale* avant que les règles provinciales, en l'espèce les *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* incorporées par référence aux premières, ne s'appliquent à la constitution de l'administrateur d'instance. Le second veut que soit administrée la preuve à l'appui de la conclusion qu'une partie est «un aliéné, un faible d'esprit ou une autre personne n'ayant pas pleine capacité ou n'ayant pas le libre exercice de ses droits» au sens de la Règle 1700, et que la date importante relativement à cette preuve soit celle de l'introduction de la présente action.

Tout en convenant que la Cour ne peut conclure à l'incapacité d'une personne qu'à la lumière des preuves produites à cet effet, je ne saurais accepter que la date importante en la matière ne puisse être que celle de l'introduction de l'action. Par exemple, il se peut qu'une action ait été intentée par un demandeur qui n'est frappé d'incapacité que par la suite, et c'est ce cas que semble prévoir la Règle 1700(2). La date de l'engagement de la procédure revêtait une importance particulière dans *Lingley* parce que la partie défenderesse faisait valoir entre autres, à titre de fin de non-recevoir, que la partie demanderesse était incapable. En l'espèce, les demandeurs cherchent à constituer un administrateur d'instance pour Arnold Dutcher dans une action intentée en septembre 1989 et dont l'audition doit avoir lieu dans quelques mois, et c'est certainement à l'introduction de la requête qu'il faut produire les preuves en la matière.

Counsel for the parties essentially agreed that the test to be applied in determining whether a person be considered a "person under disability" within Rule 1700 is that set out by Lord Denning, M.R. in *Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.), at page 444, there stated in relation to a statutory requirement concerning a person "of unsound mind", that is, whether the person by reason of mental illness is incapable of managing his affairs in relation to the action as a reasonable person would do, including the capacity of instructing a solicitor properly and of exercising any reasonable judgment on a possible settlement. I point out that Rule 1700 does provide for circumstances broader than those of persons of unsound mind. In my view, the key factors in an application for the appointment of a litigation administrator on behalf of a person named as plaintiff are whether the person in question is capable, aside from any disability established by law, such as infancy, to instruct counsel and to exercise judgment in relation to the claims in issue and their possible settlement, as a reasonable person would be expected to do.

Counsel for the defendant refers to two cases which, it is submitted, support the conclusion that the evidence here before the Court does not meet the necessary test. In *Bugden v. Bugden* (1974), 15 N.S.R. (2d) 535 (S.C.), a divorce case in which the Court itself raised questions of the capacity of the respondent who had been diagnosed as a "schizophrenic paranoid type". On the basis of testimony from a medical doctor, the Court concluded that it was satisfied that the respondent in that case was "mentally competent to appreciate the legal aspects of the divorce process, to weigh its probable consequences upon her and to make a reasoned judgment on what action she should take with respect thereto". Counsel also referred to *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533 (Sask. Q.B.), at pages 535-536, a case involving the application of the *Limitation of Actions Act* of Saskatchewan to a delayed claim for damages alleged as a result of medical treatment more than thirty years before. There the Court heard evidence that the plaintiff was abnormally preoccupied with the state of her arm and that it affected her social behaviour adversely and "[h]er psychiatrist expressed the view that she

Les avocats des parties conviennent essentiellement que le critère à appliquer pour conclure si une personne doit être considérée comme «incapable» au sens de la Règle 1700 est celui qu'a défini lord Denning, M.R., dans *Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.), à la page 444, à propos de la qualification juridique du «faible d'esprit», savoir si par suite de maladie mentale, une personne est incapable de gérer ses propres affaires dans le cadre de l'action comme le ferait une personne saine d'esprit, ce qui s'entend également de l'aptitude à donner des instructions convenables à son procureur et à exercer un jugement raisonnable au sujet d'un règlement possible. Il y a lieu de noter que la Règle 1700 s'étend à d'autres cas encore que celui des faibles d'esprit. À mon avis, la principale question à poser en cas de demande de constitution d'un administrateur d'instance pour représenter une partie demanderesse est de savoir si, sauf les incapacités légales comme la minorité, cette personne est capable de donner des instructions à son procureur et d'exercer son jugement au sujet des points litigieux et d'un règlement possible en la matière, comme une personne saine d'esprit devrait être en mesure de le faire.

L'avocat de la défenderesse cite deux précédents à l'appui de sa conclusion que les preuves produites devant la Cour ne satisfont pas au critère établi. Le premier est *Bugden v. Bugden* (1974), 15 N.S.R. (2d) 535 (C.S.), affaire de divorce dans laquelle la Cour a soulevé elle-même la question de la capacité de l'intimée chez qui un état de «schizophrénie paranoïaque» avait été diagnostiqué. Sur la foi du témoignage d'un médecin, la Cour a conclu dans cette affaire que l'intimée était [TRADUCTION] «mentalement capable de juger des questions juridiques ainsi que des conséquences possibles de la procédure de divorce, et de former un jugement raisonné sur la ligne de conduite qu'elle devrait suivre à ce sujet». Le second précédent cité est *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533 (Sask. Q.B.), aux pages 535 et 536, affaire portant sur l'application de la *Limitation of Actions Act* (loi sur la prescription) de la Saskatchewan à une action tardive en dommages-intérêts pour traitement médical administré plus de trente ans auparavant. Malgré les témoignages selon lesquels la demanderesse était anormalement préoccupée de l'état de son bras au point que son comportement en souffrait et «son psychiatre pen-

would have had difficulty discussing the matter with a lawyer". Nevertheless, the Court concluded that despite her distress there was not evidence of unsoundness of mind following the plaintiff's attainment of her majority which would be required to suspend the application of the regular limitation of actions provisions. In my view, neither of these cases is directly referable to the situation before the Court. At this stage this is not a trial with oral testimony but rather is an interlocutory application on behalf of plaintiffs for the Court to name a litigation administrator to represent a party originally named as one plaintiff, where there is no challenge to the right to suit by that party and no question of that party's capacity in terms of being bound by any decision of the Court.

In this application the following evidence about the disability of Arnold Dutcher is presented with an affidavit in support of the motion by counsel for the plaintiffs. First, there is a note dated May 25, 1990 from his doctor, Paul E. L. Christensen, M.D., as follows:

To Whom It May concern:

This is to verify that Mr. Arnold Dutcher is unable to testify because of his physical & mental health. I hope you can assist my patient in this matter.

Second, there is a further letter from Dr. Paul E. L. Christensen, M.D. dated July 16, 1990, addressed to the law firm of counsel for the plaintiffs, which includes the following:

Re: Mr. Arnold Dutcher

To Whom It May Concern:

This 60-year-old gentleman has a long history of chronic paranoid schizophrenia with multiple episodes of acute psychosis requiring hospitalization. His treatment initially goes back to Dr. Duffy in 1971, . . . He received multiple hospital admissions, which you can tell from the Discharge Summaries and see that the patient was on multiple medications . . . At that time his firm diagnosis wasn't clear but in recent years he's been assessed by Psychiatrist, Dr. Ali on several occasions and felt to be a long-term chronic paranoid schizophrenic, and in retrospect this is clear this has been going on a long, long time. Over the last 5 to 10 years he's had multiple delusions and psychosis, such as neighbors in Loggieville were harassing him on the phone. He actually had police action against [sic] him for harassing a fellow neighbor and we felt justified in doing so, as he felt that she was harassing him. He has come in multiple times complaining about the whole town against [sic] him and hundreds of people out against [sic] him. The gentleman is a very nervous individual, as mentioned earlier had previous episodes of psychosis.

sait qu'elle aurait eu du mal à en discuter avec un avocat», la Cour a conclu que malgré son affliction, il n'y avait aucune preuve de faiblesse d'esprit après que la demanderesse eut atteint la majorité, qui eût justifié la suspension du délai de prescription légale. À mon avis, ni l'une ni l'autre de ces affaires n'a aucun rapport direct avec l'affaire en instance. Il ne s'agit pas en cet état de la cause d'un procès avec témoignage oral, mais d'une requête introduite pour le compte des parties demandereses, en constitution d'un administrateur d'instance pour représenter une partie initialement nommée comme demandeur, et il n'y a contestation ni du droit de cette partie de participer au procès ni de sa capacité pour ce qui est d'être soumise à une décision de la Cour.

Voici les preuves relatives à l'incapacité d'Arnold Dutcher, qui ont été produites au moyen de l'affidavit déposé à l'appui de la requête des avocats des demandeurs. En premier lieu, une note en date du 25 mai 1990 de son médecin, le Dr Paul E. L. Christensen, porte ce qui suit:

[TRADUCTION] À qui de droit:

Je certifie par les présentes que M. Arnold Dutcher n'est pas en mesure de témoigner en raison de son état de santé physique et mentale. Prière de l'aider en cette matière.

En deuxième lieu, une autre lettre en date du 16 juillet 1990 du Dr Paul E. L. Christensen, adressée à l'étude d'avocats représentant les demandeurs, porte entre autres:

[TRADUCTION] Objet: M. Arnold Dutcher

À qui de droit:

Cette personne, qui a 60 ans, souffre depuis longtemps de schizophrénie paranoïaque chronique avec de nombreux épisodes de psychose aiguë nécessitant l'hospitalisation. Il a été traité pour la première fois par le Dr Duffy en 1971 . . . Il a été hospitalisé plusieurs fois, comme en témoignent les sommaires de sortie d'hôpital qui indiquent aussi que le patient a subi de nombreuses médications . . . À l'époque le diagnostic n'était pas clair, mais ces dernières années, il a été évalué à plusieurs reprises par le Dr Ali, psychiatre, qui a diagnostiqué une schizophrénie paranoïaque chronique, et avec le recul, il est manifeste que cet état existe depuis longtemps. Au cours des cinq à dix dernières années, il a eu de nombreuses crises de psychose paranoïaque, étant persuadé par exemple que ses voisins de Loggieville le harcelaient au téléphone. Il a même reçu un avertissement de la police pour avoir harcelé une voisine dont il pensait qu'elle le harcelait. Il s'est plaint à moi à plusieurs reprises que la ville entière était contre lui et que des centaines de gens lui voulaient du mal. Cette personne est très nerveuse et, comme indiqué plus haut, a eu auparavant des crises de psychose.

His present medications include monthly injections of an antipsychotic, as well as Valium for anxiety, Restoril for sleep, and Buscopam for his chronic stomach problems.

In summary, it is very clear that this patient has had a long history of disability and the question in time re. 1979 to '81, the patient was also very ill from the same illness he suffers from now. It's also obvious that this patient is not capable or suitable to stand in court or represent himself in any adequate fashion.

Third, there is an excerpt from examination for discovery, conducted by counsel for the defendant, of Gerald Dutcher, now proposed as litigation administrator for his father Arnold Dutcher, relevant portions of which are:

Q.2 You are going to be seeking to be appointed litigation administrator for your father, Arnold Dutcher?

A. Yes.

Q.3 And exhibit 84 indicates that Arnold Dutcher has physical and mental health problems which would prevent him from testifying. Could you indicate what those problems are?

A. He suffers from colitis, which is a physical — and mental anxiety, stress. Depression. There is a number of others, but I am not — I will have to check with his doctor. I am not quite familiar with them all, but there are a number of disorders that he has.

Q.4 Is he lucid?

A. Pardon me?

Q.5 Is he lucid? Is he able to answer questions and to understand questions that are put to him?

A. At times he is but at others he is not. Like, he had been prepared, he thought that he might be able to go through this, and he was here earlier this morning and he, because of his nerves and a lot of other things, he had to leave, and I just got that form from his doctor at 1:00 o'clock or 1:30.

Q.6 So the information that you are going to be supplying, is this information derived from documents, or derived from questions that you asked your father?

A. It could be from both.

Q.7 The difficulty in this case is that he appears to be still in a position to supply evidence on an ongoing basis as to his particular case.

A. Due to his condition I don't think that he would be able to testify, regardless of what time it would be, right now, whether it be two months from now or six months from now or whatever. Like, due to his physical condition and his mental condition is — you know — regardless of when it is, I don't think he would be able to do this. And this is why when he came in this morning he had to leave.

Q.8 Well I understand that, but what I am trying to determine is whether if I asked you a question and you don't know

Son traitement actuel comprend des injections mensuelles d'un antipsychotique, du Valium pour l'anxiété, du Restoril pour l'insomnie et du Buscopam pour ses troubles peptiques chroniques.

*a* En résumé, ce patient a eu une longue histoire d'incapacité et à l'époque en question, de 1979 à 1981, il souffrait de façon très aiguë du mal dont il souffre actuellement. Il est aussi manifeste qu'il n'est pas en mesure de comparaître en justice ou de se représenter convenablement.

*b* La troisième preuve est la transcription de l'interrogatoire préalable, mené par l'avocat de la défenderesse, de Gerald Dutcher, que les demandeurs souhaitent voir constitué administrateur d'instance pour son père Arthur Dutcher. En voici les passages applicables:

*c* [TRADUCTION] Q.2 Vous allez demander à être constitué administrateur d'instance pour votre père Arthur Dutcher?

R. Oui.

*d* Q.3 Et selon la pièce 84, Arnold Dutcher souffre de troubles physiques et mentaux qui l'empêchent de témoigner. Pourriez-vous nous dire quels sont ces troubles?

*e* R. Il souffre de colite, qui est une maladie physique . . . et d'anxiété mentale, de tension nerveuse. De dépression. Il y en a d'autres, mais je ne . . . il faudra que je vérifie avec son médecin. Je ne les connais pas toutes, mais il est affligé de différentes maladies.

Q.4 Est-il lucide?

R. Pardon?

*f* Q.5 Est-il lucide? Est-il en mesure de répondre aux questions et de comprendre les questions qu'on lui pose?

*g* R. Il l'est par moments. Par exemple, il avait été préparé pour cette séance et pensait qu'il pourrait y participer, il est arrivé de bonne heure ce matin mais à cause de ses nerfs et d'un tas d'autres choses, il a dû s'en aller. C'est son médecin qui vient de me l'apprendre à 13 heures ou à 13 h 30.

Q.6 Donc les renseignements que vous allez produire, les tenez-vous des documents ou de la réponse de votre père à vos questions?

*h* R. Cela pourrait être des deux.

Q.7 La difficulté dans cette affaire, c'est qu'il semble toujours en mesure de donner un témoignage soutenu pour ce qui est de son propre intérêt dans l'action.

*i* R. Vu son état, je ne pense pas qu'il soit en mesure de témoigner, que ce soit maintenant ou dans deux ou dans six mois. Vu son état physique et mental, eh bien, quel que soit le moment, je ne pense pas qu'il soit capable de témoigner. C'est d'ailleurs pourquoi il est venu ce matin puis a dû s'en aller.

*j* Q.8 Ça, je le comprends, mais ce que je cherche à savoir, c'est si je vous pose une question et que vous ne connaissiez pas

the answer can you go to him and ask the question and he will tell you?

A. Certainly. Well, as a matter of fact, I asked him a number of questions yesterday which was in regards to this discovery and I — he submitted to me several answers to the questions I had asked.

It is submitted for the defendant that this evidence does not meet the test for the appointment of a litigation administrator or guardian, that it is clear that Arnold Dutcher can explain his situation to his son, though I construe the comments of his son during examination for discovery as indicating that this was not consistently the case. Counsel also urges that there is no evidence that Dutcher is unable to instruct counsel and that the final sentence in the second letter from his doctor, a letter which counsel characterizes as vague, does not meet any legal test. Counsel for the applicants urges that the evidence of Dr. Christensen, particularly the stress in the second letter on a long history of chronic paranoid schizophrenia with multiple episodes of acute psychosis requiring hospitalization, supported by the reference to his continuing treatment and the doctor's conclusion about his ability to represent himself in any adequate fashion, all goes to satisfy the test for the appointment of a litigation administrator or guardian.

In my view, in this application, made by counsel for the plaintiffs essentially on behalf of Gerald Dutcher who seeks to act as litigation administrator for his father Arnold Dutcher, who was named in the statement of claim and style of cause as originally framed as one of the plaintiffs, it is sufficient under Rule 1700 that there be evidence that Arnold Dutcher, said to be "a person under disability", is incapable of managing his own affairs in relation to this action by instructing counsel or exercising any reasonable judgment on a possible settlement as a reasonable person would be expected to do. This is a different situation from that in *Lingley* where the defendant sought to have the action struck in part on the argument that the plaintiff was a person under disability at the time the action commenced. In my view, the latter situation might require evidence of a fairly high standard where the Court is invited, without the consent or implicit acceptance of the person to

la réponse, est-ce que vous pourrez lui relayer la question et qu'il vous donnera la réponse.

R. Certainement. En fait, je lui ai posé hier des questions qui intéressent cet interrogatoire préalable et je ... il m'a donné plusieurs réponses à ces questions.

L'avocat de la défenderesse soutient qu'il ressort de ce témoignage que les conditions ne sont pas réunies pour la constitution d'un administrateur ou tuteur d'instance, qu'il est manifeste qu'Arthur Dutcher peut donner les explications nécessaires à son fils, bien que je conclue des réponses de ce dernier à l'interrogatoire préalable qu'il n'en était pas toujours ainsi. Cet avocat soutient aussi qu'il n'y a aucune preuve établissant que M. Dutcher n'est pas en mesure de donner des instructions à son avocat, et que la dernière phrase de la seconde lettre de son médecin (lettre que l'avocat qualifie de vague) ne répond à aucun critère juridique. L'avocat des requérants soutient de son côté que le témoignage du Dr Christensen, en particulier l'insistance dans la seconde lettre sur la longue histoire de schizophrénie paranoïaque chronique avec de multiples épisodes de psychose aiguë nécessitant l'hospitalisation, renforcée par la mention du traitement continu du patient et la conclusion du médecin quant à l'inaptitude de ce dernier à se représenter convenablement, satisfait pleinement aux conditions de constitution d'un administrateur ou tuteur d'instance.

J'estime que dans cette requête, introduite par l'avocat des demandeurs essentiellement pour le compte de Gerald Dutcher qui cherche à se faire constituer administrateur d'instance pour son père Arnold Dutcher, lequel figurait parmi les demandeurs dans la déclaration initiale, il suffit, sous le régime de la Règle 1700, de prouver que Arnold Dutcher, qu'on dit «incapable», est incapable de gérer ses propres affaires dans le cadre de cette action en donnant des instructions à son avocat ou en formant un jugement raisonnable quant à un règlement possible, comme le ferait une personne saine d'esprit. Les faits de la cause sont différents de ceux de l'affaire *Lingley*, où la partie défenderesse faisait valoir, à titre de fin de non-recevoir, que la partie demanderesse était frappée d'incapacité au moment où elle intenta l'action. Cette dernière affaire devrait, à mon avis, requérir des preuves bien strictes car la Cour devait, sans le

be affected, to make a determination that a party is a person under disability.

That somewhat different criteria may be appropriate when a person seeks to act as litigation guardian for a plaintiff who is a person under disability from those where a defendant is a person under disability seems clearly reflected in New Brunswick Rules which provide, *inter alia*:

#### 7.01 Representation

Unless ordered otherwise or provided otherwise by an Act, a proceeding by or against a person under disability shall be commenced, continued or defended, in the case of

- (d) a person who is mentally incompetent or incapable of managing his own affairs, not so declared, by a litigation guardian. . . .

#### 7.02 Litigation Guardian for Plaintiff or Applicant

(1) Without being appointed by the court, any person who is not under disability may act as litigation guardian for a plaintiff or applicant who is under disability.

(2) A person shall not act as litigation guardian for a plaintiff or applicant who is under disability until he has filed an affidavit in which he

- (a) consents to act in that capacity,  
 (b) confirms that he has given written authority to a solicitor to act and specifies the name of that solicitor,  
 (c) sets out his place of residence and that of the person under disability,  
 (d) sets out his relationship, if any, to the person under disability,  
 (e) states that he has no interest in the proceeding adverse to that of the person under disability, and  
 (f) acknowledges that he has been informed of his liability to pay personally any costs awarded against him or against the party under disability.

#### 7.03 Litigation Guardian for Defendant or Respondent

(1) Until he has been appointed by the court, a person shall not act as a litigation guardian for a defendant or respondent who is under disability.

[Then follow the procedural steps to be followed by one to be appointed by the Court as litigation guardian for a defendant or respondent who is under disability.]

Under these Rules as I understand them, a qualified person may act, without being appointed by the Court, as litigation guardian for a plaintiff or applicant who is under a disability, but to act in the same representative capacity for a defendant or respondent who is under disability requires appointment by the Court. The Court must consid-

consentement ou l'acquiescence implicite de l'intéressé, décider si une partie était incapable.

Que les critères applicables au cas de la personne qui cherche à se faire constituer tuteur d'instance pour un demandeur incapable soient différents de ceux applicables au cas du défendeur incapable ressort clairement des Règles de procédure du Nouveau-Brunswick qui portent, entre autres:

#### 7.01 Représentation

Sauf ordonnance contraire ou disposition contraire d'une loi, les personnes suivantes sont chargées d'introduire, de continuer ou de contester l'instance engagée par une personne frappée d'incapacité ou contre celle-ci:

- d) le tuteur d'instance, pour une personne atteinte d'incapacité mentale ou incapable de gérer ses propres affaires mais qui n'est pas reconnue comme telle . . .

#### 7.02 Tuteur d'instance du demandeur ou du requérant

(1) Toute personne qui n'est pas frappée d'incapacité peut, sans être nommée par la cour, agir en qualité de tuteur d'instance d'un demandeur ou d'un requérant frappé d'incapacité.

(2) Nul ne peut agir en qualité de tuteur d'instance d'un demandeur ou d'un requérant frappé d'incapacité avant d'avoir déposé un affidavit dans lequel

- a) il consent à agir en cette qualité,  
 b) il confirme avoir donné un mandat écrit à un avocat pour le représenter, en indiquant le nom de l'avocat,  
 c) il indique son lieu de résidence ainsi que celui de la personne frappée d'incapacité  
 d) il indique, le cas échéant, son lien de parenté avec la personne frappée d'incapacité  
 e) il indique n'avoir dans l'instance aucun intérêt opposé à celui de la personne frappée d'incapacité et  
 f) il reconnaît avoir été informé qu'il pourrait être tenu personnellement responsable de tous les dépens auxquels lui-même et la personne frappée d'incapacité auront été condamnés.

#### 7.03 Tuteur d'instance d'un défendeur ou d'un intimé

(1) À moins d'être nommé par la cour, nul ne peut agir en qualité de tuteur d'instance d'un défendeur ou d'un intimé frappé d'incapacité.

[Cette disposition énumère ensuite la procédure à suivre par la personne nommée par la cour tuteur d'instance d'un défendeur ou intimé frappé d'incapacité.]

Il ressort de ces règles de procédure qu'une personne qualifiée peut, sans y être nommée d'ordre de justice, agir en qualité de tuteur d'instance d'un demandeur ou requérant frappé d'incapacité, mais que le tuteur d'instance d'un défendeur ou intimé incapable doit être nommé par la juridiction compétente. Celle-ci doit prendre en considération,

er, among other factors, the circumstances of the proceedings before it. An application for appointment of a litigation administrator or guardian on behalf of a plaintiff, in my view, should ordinarily be accepted, unless there is some reason to question the *bona fides* of the application or the characterization of the plaintiff as a person under disability.

I am satisfied on the basis of the written statements of Dr. Christensen emphasized by counsel for the applicants, already referred to, and from the description of his son Gerald Dutcher given in examination for discovery that Arnold Dutcher at times is lucid but at other times he is not, and that Gerald Dutcher did not believe that his father would be able to testify in this matter at any time. I acknowledge that it is not solely his ability to testify that is at issue here. I am not persuaded that the fact that he may answer questions asked by his son leads to the conclusion that he would be able with consistency, as a reasonable person might be expected to do, to instruct counsel and to appreciate the implications of this action and any proposals for settlement that might arise. I am prepared to interpret Dr. Christensen's description of Arnold Dutcher as a person who could not be expected with any reasonable consistency to appreciate his situation in relation to matters here in issue and to instruct counsel adequately. I conclude for purposes of this action that he is a "person under disability" as provided for in Rule 1700.

Thus, in addition to the orders referred to earlier in these reasons, an order goes appointing Gerald Dutcher as litigation administrator for Arnold Dutcher, for the purposes of this action and that the pleadings be amended to reflect this, pursuant to Rules 1700 and 420 of the *Federal Court Rules*. It should be understood that to fully meet the requirements of Rule 1700(1)(a) Gerald Dutcher, as litigation administrator, is expected to meet the requirements established for one so acting on behalf of a plaintiff by the New Brunswick Rules of Court.

entre autres, les faits de la cause dont elle est saisie. À mon avis, une requête en constitution d'administrateur ou de tuteur d'instance pour une partie demanderesse doit normalement être accueillie, à moins qu'il y ait des raisons pour mettre en doute la bonne foi de la requête ou la qualification de cette partie demanderesse comme personne frappée d'incapacité.

Je conclus, sur la foi des attestations ci-dessus du D<sup>r</sup> Christensen sur lesquelles insiste l'avocat des requérants, et du témoignage donné par Gerald Dutcher durant l'interrogatoire préalable, que son père Arnold Dutcher n'est lucide que par moments et que selon Gerald Dutcher, il ne serait pas en mesure de témoigner dans cette affaire à quelque moment que ce soit. Je prends note qu'il n'y a pas que son incapacité à témoigner qui soit en question en l'espèce. Je ne suis pas persuadé que, du fait qu'il peut répondre aux questions posées par son fils, on peut conclure qu'il serait tout le temps en mesure, comme toute personne saine d'esprit devrait l'être, de donner des instructions à son avocat, de saisir les ramifications de cette action et de juger des propositions de règlement qui pourraient se faire jour. J'incline à souscrire à la description faite par le D<sup>r</sup> Christensen et selon laquelle M. Arnold Dutcher est une personne dont on ne saurait attendre qu'elle soit tout le temps en mesure de juger de sa situation vis-à-vis du litige en l'espèce et de donner des instructions à son avocat en conséquence. Je conclus aux fins de cette action qu'il est «incapable» au sens de la Règle 1700.

En conséquence, outre les ordonnances mentionnées au début des présents motifs, une ordonnance sera rendue qui constitue Gerald Dutcher administrateur d'instance pour Arnold Dutcher aux fins de cette action et modifie les plaidoiries à cet effet, conformément aux Règles 1700 et 420 des *Règles de la Cour fédérale*. Il est entendu que pour satisfaire pleinement aux impératifs de la Règle 1700(1)a), Gerald Dutcher doit, en qualité d'administrateur d'instance, se conformer aux prescriptions des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* pour tout tuteur d'instance de demandeur.

90-T-823

90-T-823

**Robert Blackwood (Applicant)**

v.

**Minister of Employment and Immigration (Respondent)**

and

**Toronto Sun Publishing Corporation (Intervenor)***INDEXED AS: BLACKWOOD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, January 8; Ottawa, May 7, 1991.

*Immigration — Practice — Application for certiorari to quash Immigration and Refugee Board's decision to hold refugee status hearing in public under Immigration Act, s. 69(2) and for mandamus to reconsider issue of public hearing in accordance with law — Whether test of serious possibility of harm unreasonable — Applicant found to have credible basis for refugee claim — Proceedings to be conducted in camera unless claimant or member of public requests otherwise — Onus of proof for exclusion of press upon refugee claimant — No persuasive evidence or argument offered by claimant as to serious possibility of harm if inquiry in public.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Applicant fearing reprisals if testimony at refugee hearing made public — Whether Board having correctly balanced applicant's Charter s. 7 rights against right to freedom of press — When right of access asserted, burden shifting to one seeking to exclude press — Burden of showing serious possibility of harm to him or family not met.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Application by publisher to have refugee hearing conducted in public pursuant to Immigration Act, s. 69(2) — When right of access asserted, onus shifting to one seeking to exclude press — Refugee claimant unable to meet burden of showing serious possibility of harm to him or family if hearing held public — Freedom of press not to be impaired in judicial or quasi-judicial proceeding without evidentiary basis.*

**Robert Blackwood (requérant)**

c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)**

et

**Toronto Sun Publishing Corporation (intervenant)***RÉPERTORIÉ: BLACKWOOD c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> inst.)*

c Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 8 janvier; Ottawa, 7 mai 1991.

*Immigration — Pratique — Requête visant à obtenir un bref de certiorari annulant la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné, en vertu de l'art. 69(2) de la Loi sur l'immigration, que l'audience relative au statut de réfugié du requérant ait lieu en public, et à obtenir un bref de mandamus ordonnant le réexamen de la question de la publicité de l'audience conformément à la loi — Le critère de la possibilité sérieuse de préjudice est-il déraisonnable? — Il a été jugé que la revendication du statut de réfugié du requérant avait un minimum de fondement — L'audience doit avoir lieu à huis clos à moins que le requérant ou un simple citoyen ne demande le contraire — Le fardeau de la preuve repose sur le demandeur du statut de réfugié en ce qui concerne l'exclusion de la presse — Celui-ci n'a pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments convaincants démontrant qu'il existe une possibilité sérieuse qu'il subisse un préjudice si l'enquête est publique.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le requérant craint des représailles si le témoignage qu'il donnera au cours de l'audience relative à son statut de réfugié est rendu public — La Commission a-t-elle correctement soupesé l'importance respective des droits garantis par l'art. 7 de la Charte et du droit à la liberté de la presse — Lorsque le droit d'accès est affirmé, le fardeau de la preuve est alors imposé à la personne qui demande que la presse soit exclue — Le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il existait une sérieuse possibilité que lui-même ou les membres de sa famille subissent un préjudice.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de la presse — Requête présentée par un éditeur en vue d'obtenir, en vertu de l'art. 69(2) de la Loi sur l'immigration, la publicité d'une audience relative au statut de réfugié — Lorsqu'un droit d'accès est affirmé, le fardeau de la preuve est alors imposé à la personne qui demande que la presse soit exclue — Le revendicateur du statut de réfugié n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il existait une sérieuse possibilité que la publicité des débats porte préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille — Il faut présenter des éléments de preuve pour justifier de porter atteinte à la liberté de la presse dans une procédure judiciaire ou quasi judiciaire.*



This was an application for a writ of *certiorari* to quash the Immigration and Refugee Board's decision to hear the applicant's refugee claim in public pursuant to subsection 69(2) of the *Immigration Act* and for a writ of *mandamus* directing Board members to reconsider this issue in accordance with the law. The applicant is a citizen of Jamaica who claimed to be a Convention refugee in Canada. After it was found that he had a credible basis for his claim, he held a press conference at which he stated that he feared attempts upon his life as a result of evidence he would give at his refugee hearing. Subsequently, two Toronto newspapers made an application before the Immigration and Refugee Board to have the hearing conducted in public. Applicant told the Board that at this refugee hearing he would be naming high level Jamaican police and politicians and also that the publicity could adversely affect his career as a musician. Having found that the claimant had failed to provide details supporting his fear of reprisals, the Board allowed the application for a public hearing, saying that the applicant had not met the burden of showing a serious possibility that he or his family could be harmed as a result of a public hearing.

The issue before the Court was whether the Board erred in deciding to hold a public hearing and in requiring the applicant to meet a test of "serious possibility" that he or his family could suffer harm if the hearing were held in public. The applicant submitted that the Board erred in law by requiring him to meet such test and that he could have satisfied a less onerous test by offering some credible and trustworthy evidence relating to the issues of "impediment" of the hearing and "adversely affected". He also argued that the Board erred in failing to balance the respective Charter freedoms of the applicant and the press. He suggested that the United Nations *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* assumes that the refugee determination process will be everywhere conducted *in camera*. The applicant also argued that while the Charter rights of the press are important in a democratic society, they are not absolute and must be balanced against the unique rights of a claimant in a refugee hearing, particularly the section 7 Charter rights to life, liberty and security of the person. His submission was that the Board erred in failing to balance these interests. Applicant's final argument was that the Board erred when it released its reasons to the press as that had the effect of retroactively declaring the hearing open to the public, the possibility of which had not been made known to him.

The respondent submitted that the onus on a refugee claimant seeking to exclude the press from a hearing is to show that on the balance of probabilities, harm could come to him or his family as a result of the disclosure of certain facts. The test of a

Il s'agit d'une requête visant à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné, en vertu du paragraphe 69(2) de la *Loi sur l'immigration*, que l'audience relative au statut de réfugié du requérant soit entendue en public, et à obtenir un bref de *mandamus* enjoignant à certains membres de la Commission de réexaminer cette question conformément à la loi. Le requérant est un citoyen de la Jamaïque qui a demandé qu'on lui reconnaisse au Canada le statut de réfugié au sens de la Convention. Après qu'il fut jugé que sa revendication avait un minimum de fondement, il a tenu une conférence de presse au cours de laquelle il a déclaré qu'il craignait qu'on attente à sa vie à la suite du témoignage qu'il donnerait à l'audience relative à son statut de réfugié. Par la suite, deux journaux de Toronto ont présenté à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié une requête visant à obtenir la publicité des débats. Le requérant a déclaré à la Commission qu'au cours de l'enquête relative à son statut de réfugié, il nommerait des policiers et des hommes politiques jamaïquains de haut niveau et que la publicité pourrait nuire à sa carrière musicale. Ayant conclu que le requérant n'avait pas fourni de détails justifiant sa crainte de représailles, la Commission a accueilli la requête visant à obtenir la publicité des débats en concluant que le requérant ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il existait une sérieuse possibilité que la publicité des débats porte préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille.

La question litigieuse à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si la Commission a commis une erreur en décidant de tenir une audience publique et en obligeant le requérant à satisfaire au critère de la «possibilité sérieuse» que la publicité des débats porte préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille. Le requérant prétend que la Commission a commis une erreur de droit en l'obligeant à satisfaire à ce critère et affirme qu'il aurait pu satisfaire à un critère moins exigeant en présentant des éléments de preuve crédibles et dignes de foi sur la question de l'«entrave» causée au déroulement de l'enquête et sur celle du «préjudice». Il prétend en outre que la Commission a commis une erreur en ne soupesant pas l'importance respective des droits et libertés que la Charte accorde au requérant et à la presse. Il signale que le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* des Nations Unies présume que la procédure de reconnaissance du statut de réfugié se déroule partout à huis clos. Le requérant fait aussi valoir que même s'ils sont importants dans le cadre d'une société démocratique, les droits que la Charte reconnaît à la presse ne sont pas absolus et qu'ils doivent s'apprécier en comparaison avec les droits uniques que possède le requérant dans le cadre de l'audience relative à son statut de réfugié, particulièrement les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui reconnaît l'article 7. Il prétend que la Commission a commis une erreur en ne soupesant pas l'importance respective des intérêts en question. Finalement, le requérant prétend que la Commission a commis une erreur en communiquant ses motifs à la presse, car cela a eu pour effet de déclarer rétroactivement la publicité des débats alors que le requérant n'avait pas été mis au courant de cette possibilité.

L'intimé prétend que le fardeau de la preuve qui incombe au revendicateur du statut de réfugié qui demande que la presse soit exclue de la salle d'audience consiste à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation de certains

“serious possibility” imposed by the Board was, in fact, a lesser burden of proof. The intervenor argued that the applicant had to rely on a balance of probabilities in order to establish a violation of a section 7 Charter right, pointing out that a burden less onerous than that applied by the Board would effectively negate the media’s constitutionally-guaranteed right of access to judicial and quasi-judicial proceedings. The Board had balanced the competing Charter rights and the media’s right of access was found to outweigh the applicant’s right to an *in camera* hearing.

*Held*, the application should be dismissed.

A review of the legislative history of subsection 29(3) of the *Immigration Act* (which is similar to the provision at issue here) made by Martin J. in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney* indicated that both the principle and the practice of allowing a Convention refugee claimant the benefit of *in camera* proceedings have been part of immigration law for some time. The determination of Martin J. that subsection 29(3) was constitutionally sound was, however, rejected by MacGuigan J.A. in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (McVey No.2)* who concluded that the purpose of subsection 29(3) was to infringe the freedom of the press as set out in Charter, paragraph 2(b). The question whether subsection 69(2) is constitutionally sound was not here under attack. The decisions in *Toronto Star, Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (McVey No. 1)* and now *McVey No. 2* nevertheless established that freedom of the press cannot be impaired in a judicial or quasi-judicial proceeding without an evidentiary basis and that once the paragraph 2(b) right of access is asserted, the onus shifts to the person seeking to exclude the press.

The Board must afford a refugee claimant an *in camera* hearing unless the claimant or a member of the public requests otherwise. The Board having complied with that obligation, the procedure followed was unassailable. Considering subsection 69(2) in positive terms and in the context of this case, the Board could open the hearing if it concluded that to do so would not adversely affect the claimant or his family. This was precisely what it did. The Board did not err in law in formulating or applying the test. Applicant’s submission, that the word “serious” provides justification for setting the decision aside, was untenable. A fair interpretation of the Board’s decision was that applicant had not put forward evidence that was persuasive in any way. That disposed of the submission that by publishing its decision, the Board had failed in its duty of fairness or obligation of confidentiality to the applicant. It had not been shown that harm would befall the applicant as a result of publication.

fais risquerait de porter préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille. Le critère de la «possibilité sérieuse» que la Commission a imposé était en fait un fardeau de preuve moins exigeant. L’intervenante prétend que, pour établir une violation d’un droit garanti par l’article 7 de la Charte, le requérant doit se fonder sur la prépondérance des probabilités, et elle souligne qu’un fardeau moins lourd que celui qu’a appliqué la Commission nierait effectivement le droit d’accès aux procédures judiciaires et quasi judiciaires que la constitution garantit aux médias. La Commission a soupesé l’importance respective des droits opposés qui sont prévus par la Charte et a conclu que le droit d’accès des médias l’emportait sur le droit du requérant à une audience à huis clos.

*Jugement*: la requête devrait être rejetée.

Il ressort de l’examen de l’historique législatif du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l’immigration* (qui est très semblable à la disposition en litige en l’espèce) que le juge Martin a fait dans *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney* que le principe et la coutume d’accorder aux revendicateurs du statut de réfugié l’avantage d’une audience à huis clos font partie du droit de l’immigration depuis un certain temps. La conclusion du juge Martin suivant laquelle le paragraphe 29(3) était conforme à la constitution a toutefois été rejetée dans l’arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (McVey n° 2)* par le juge MacGuigan, J.C.A., qui a conclu que le paragraphe 29(3) avait pour objectif de porter atteinte à la liberté de la presse prévue à l’alinéa 2b) de la Charte. La constitutionnalité du paragraphe 69(2) n’est pas contestée en l’espèce. Les décisions *Toronto Star, Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (McVey n° 1)* et, maintenant, *McVey n° 2* établissent néanmoins qu’on ne peut porter atteinte à la liberté de la presse dans le cadre d’une instance judiciaire ou quasi judiciaire sans invoquer des éléments de preuve le justifiant, et que la simple affirmation du droit d’accès prévu par l’alinéa 2b) déplace le fardeau de la preuve sur la personne qui demande l’exclusion de la presse.

La Commission est tenue d’accorder aux revendicateurs du statut de réfugié une audience à huis clos à moins que le revendicateur ou un simple citoyen ne demande le contraire. Comme la Commission a respecté cette obligation, la procédure suivie est inattaquable. Si l’on examine le paragraphe 69(2) en termes positifs et en tenant compte du contexte de la présente affaire, la Commission pourrait ordonner la publicité des débats si elle concluait que cela ne porterait pas préjudice au revendicateur ou aux membres de sa famille. C’est précisément ce qu’elle a fait. La Commission n’a pas commis d’erreur de droit en formulant ou en appliquant le critère. La prétention du requérant suivant laquelle le mot «sérieuse» justifie l’annulation de cette décision est mal fondée. Il est permis d’interpréter la décision de la Commission en disant que le requérant n’a pas présenté d’éléments de preuve ou d’arguments qui ont convaincu de quelque façon que ce soit la Commission. Cela règle le sort de la prétention qu’en publiant la décision, la Commission a manqué à son obligation d’équité ou à son devoir de confidentialité envers le requérant. Il n’a pas été démontré que le requérant a été victime d’un préjudice par suite de la publication.

## 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. 2(b), 7.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99), 46.01(6) (as added by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 69(2) (as am. *idem*, s. 18).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney*, [1990] 1 F.C. 425; (1990), 33 F.T.R. 194; 10 Imm. L.R. (2d) 22 (T.D.); *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 42; 104 N.R. 228 (C.A.); *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.); *Osei v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 49 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, January 1988.

## COUNSEL:

*Maureen N. Silcoff* for applicant.  
*Claire Le Riche* for respondent.  
*David A. Shiller* for intervenor.

## SOLICITORS:

*Maureen N. Silcoff*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*Goodman & Goodman*, Toronto, for intervenor.

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

JEROME A.C.J.: This application came on for hearing at Toronto, Ontario on January 8, 1991 at which time I reserved my decision concerning the

## 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, chap. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 7.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99), 46.01(6) (ajouté par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14), 69(2) (mod. *idem*, art. 18).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney*, [1990] 1 C.F. 425; (1990), 33 F.T.R. 194; 10 Imm. L.R. (2d) 22 (1<sup>re</sup> inst.); *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 42; 104 N.R. 228 (C.A.); *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.); *Osei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 49 (C.A.F.).

## DOCTRINE

Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, janvier 1988.

## AVOCATS:

*Maureen N. Silcoff* pour le requérant.  
*Claire Le Riche* pour l'intimé.  
*David A. Shiller* pour l'intervenante.

## PROCUREURS:

*Maureen N. Silcoff*, Toronto, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.  
*Goodman & Goodman*, Toronto, pour l'intervenante.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente requête a été entendue à Toronto (Ontario) le 8 janvier 1991, date à laquelle j'ai remis le

following relief requested by the applicant in his notice of motion dated November 29, 1990:

1. A writ of *certiorari* to quash the decision of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division, made by members E. Teitelbaum and H. Aulach, on November 14, 1990, such decision having been communicated to the applicant on November 14, 1990, to open the applicant's refugee hearing to the public pursuant to subsection 69(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)].
2. A writ of *mandamus* directing Board members E. Teitelbaum and H. Aulach to reconsider the issue of a public hearing in accordance with the law.

#### FACTS

The applicant, a citizen of Jamaica, is seeking recognition as a Convention refugee in Canada. It was initially determined that, pursuant to subsection 46.01(6) of the *Immigration Act* [as added by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14], the applicant had a credible basis for his claim. Following this decision, the applicant attended a press conference on March 23, 1990 wherein it was reported *inter alia* that he feared people would try to kill him as a result of evidence he would give at his refugee hearing.

At the hearing before the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division (the "Board"), on October 18, 1990, an application was made by the Toronto Sun Publishing Corporation (the "intervenor") and the Toronto Star pursuant to subsection 69(2) of the Act to have the hearing conducted in public. Counsel for the intervenor and the Toronto Star gave undertakings that they would not disclose any evidence during the hearing to their clients and they were, therefore, present before the Board when the application was considered.

The evidence presented with respect to the application consisted of the testimony of the applicant and certain newspaper articles. The applicant

prononcé de ma décision concernant les réparations suivantes demandées par le requérant dans son avis de requête daté du 29 novembre 1990:

1. Un bref de *certiorari* annulant la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a été rendue par MM. E. Teitelbaum et H. Aulach le 14 novembre 1990 et qui a été communiquée le même jour au requérant, par laquelle la publicité de l'audience relative au statut de réfugié du requérant a été ordonnée en vertu du paragraphe 69(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 18)];
2. Un bref de *mandamus* enjoignant à MM. E. Teitelbaum et H. Aulach de réexaminer la question de la publicité de l'audience conformément à la loi.

#### LES FAITS

Le requérant, qui est citoyen de la Jamaïque, demande qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada. Il a initialement été jugé, en vertu du paragraphe 46.01(6) de la *Loi sur l'immigration* [ajouté par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14], que sa revendication avait un minimum de fondement. À la suite de cette décision, le requérant a assisté le 23 mars 1990 à une conférence de presse au cours de laquelle il a notamment été déclaré qu'il craignait que des gens essaient de le tuer à la suite du témoignage qu'il donnerait à l'audience relative à son statut de réfugié.

À l'audience qui s'est déroulée le 18 octobre 1990 devant la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission»), la Toronto Sun Publishing Corporation (l'«intervenante») et le Toronto Star ont présenté une requête fondée sur le paragraphe 69(2) de la Loi en vue d'obtenir la publicité des débats. Les avocats de l'intervenante et du Toronto Star se sont engagés à ne divulguer aucun des éléments de preuve à leurs clients au cours de l'audience et ils étaient donc présents devant la Commission lorsque la requête a été examinée.

La preuve présentée relativement à la requête était constituée du témoignage du requérant et de certains articles de journaux. Le requérant a

testified that he is the father of eleven children by as many mothers, spread throughout Jamaica, the United States and England. He asserted, despite the mother's disclaimer of his paternity, that he had a twelfth child in Canada. His father lives "somewhere" in Jamaica, as do a sister and brother. He stated that during his refugee hearing he would name high level Jamaican police and politicians and that he fears reprisals to him and his family if this were made public. He would not, however, give any names or other details during the *in camera* proceeding to consider the application. The applicant also stated that he was a musician by trade and that he believed that the publicity could hurt his music career.

The Board found that, despite having been given wide latitude in the claimant's examination and despite several reminders that the claimant had a responsibility to show why the press should not have access to his hearing, the claimant's representative was unable to elicit specific details from the applicant to support his alleged fear of reprisal should he divulge certain information. The Board, therefore, allowed the application for a public hearing. It found that the applicant had not met the burden of showing that there is a serious possibility that harm could come to him or his family as a result of a public hearing. The relevant portions of the Board's decision, given by E. Teitelbaum and concurred in by H. Aulach, are as follows:

I have carefully examined all the evidence and arguments and conclude that in spite of the seriousness of his situation, Mr. Blackwood still failed to discharge the burden placed upon him. Mr. Blackwood claims that his and his family's lives would be in danger were he to reveal publicly the information he has about public figures in Jamaica.

Mr. Blackwood indicated that were the media to be present at the hearing into his claim for refugee status, he would feel restrained and unable to disclose names and other details. This may be so, but to enable this panel to determine that this limitation exists, a claimant is obliged to give some clearer indication of the specific nature of the areas he or she would be talking about, rather than the generalities Mr. Blackwood

témoigné qu'il est le père d'onze enfants qui sont nés d'autant de mères et qui sont dispersés en Jamaïque, aux États-Unis et en Angleterre. Il a affirmé, malgré les prétentions contraires de la mère, qu'il était le père d'un douzième enfant au Canada. Son père vit [TRADUCTION] «quelque part» en Jamaïque, ainsi qu'une sœur et un frère. Il a déclaré qu'au cours de l'enquête relative à son statut de réfugié, il nommerait des policiers et des hommes politiques jamaïquains de haut niveau et qu'il craignait que des représailles soient exercées sur lui-même et les membres de sa famille si ces renseignements étaient rendus publics. Il a toutefois refusé de communiquer des noms ou d'autres détails au cours de l'audience à huis clos portant sur l'examen de sa requête. Le requérant a également déclaré qu'il était musicien de métier et qu'il croyait que la publicité pourrait nuire à sa carrière musicale.

Malgré le fait qu'on lui a donné beaucoup de latitude dans son interrogatoire du requérant et qu'on lui a rappelé à plusieurs reprises qu'il incombait au requérant de démontrer pourquoi la presse devait être exclue de la salle d'audience, la Commission a conclu que le représentant du requérant n'avait pas réussi à obtenir des détails précis du requérant à l'appui de sa présumée crainte de représailles qui seraient exercées s'il divulguait certains renseignements. La Commission a donc accueilli la requête visant à obtenir la publicité des débats. Elle a conclu que le requérant ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il existait une sérieuse possibilité que la publicité des débats porte préjudice au requérant ou aux membres de sa famille. Voici les extraits pertinents de la décision de la Commission, rendue par E. Teitelbaum avec l'appui de H. Aulach:

[TRADUCTION] J'ai attentivement examiné l'ensemble de la preuve et des moyens invoqués et je conclus que malgré la gravité de sa situation, M. Blackwood n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait. M. Blackwood prétend que sa vie et celle des membres de sa famille seraient en danger s'il devait révéler publiquement les renseignements qu'il possède au sujet de personnes très en vue de la Jamaïque.

M. Blackwood a déclaré que si les médias devaient être présents à l'audience relative à sa revendication du statut de réfugié, il ne se sentirait pas libre de parler et qu'il serait incapable de révéler des noms et d'autres détails. Il a peut-être raison, mais pour permettre au présent tribunal de conclure que cette restriction existe, le revendicateur doit donner certains indices plus clairs au sujet de la nature précise des sujets qu'il abordera, au

offered. Merely requesting an in camera hearing is not sufficient to ensure that a claimant will have one.

In short, Mr. Blackwood alleged that threats were made against him and his family by Jamaican authorities, specifically politicians and police, as a result of the application in Jamaica of certain facts regarding his claim to refugee status. Notwithstanding assurance of complete confidentiality at his hearing of this application, Mr. Blackwood failed to disclose sufficient information upon which the panel could favourably consider his refusal to allow the press access to his hearing into his claim. Mr. Blackwood was urged to focus on the issue of how his ability to disclose facts would be diminished by the presence of the press. Seven months have elapsed since he held a press conference. Public disclosure of certain facts has clearly not precipitated the repercussions he asserts would ensue from press reports of his hearing into his claim.

For a claim to be accepted it is not necessary for the claimant to demonstrate that he or she already has or in the future, would, suffer persecution. A variety of factors could conceivably lead to a finding that a serious possibility of persecution exists. Similarly, where a claimant attempts to bar the media from a hearing he or she has only to show that there is a serious possibility that, as a result of disclosure of certain facts, harm could come to him or his family. While the Refugee Division sympathizes with Mr. Blackwood's desire for privacy, he failed to provide sufficient reasons to override the public's right to attend. [Emphasis added.]

## ISSUE

The issue before this Court is whether the Board made a reviewable error in deciding, pursuant to subsection 69(2) of the *Immigration Act*, to hold the applicant's hearing in public.

## ARGUMENT

The applicant submits that this application raises questions concerning the proper burden of proof to be placed upon the applicant to maintain the hearing *in camera* and the Board's responsibility to balance the respective 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 of the press and the applicant. The applicant submits that the Board erred in law by requiring the applicant to meet a test of "serious possibility" that he or his family

lieu des généralités auxquelles M. Blackwood s'en est tenu. Le seul fait de demander une audience à huis clos ne suffit pas à garantir que le revendicateur en obtiendra une.

En résumé, M. Blackwood a allégué que lui-même et des membres de sa famille faisaient l'objet de menaces de la part des autorités jamaïcaines, plus précisément de la part d'hommes politiques et de policiers, à la suite de l'application à la Jamaïque de certains faits concernant sa revendication du statut de réfugié. Malgré le fait qu'on l'a assuré qu'il jouirait d'une entière confidentialité à l'audience relative à la présente requête, M. Blackwood n'a pas communiqué suffisamment de renseignements pour que le tribunal puisse donner une suite favorable à son refus d'admettre la presse à l'audience relative à sa revendication. On a prié M. Blackwood de se concentrer sur la question de savoir en quoi sa capacité de divulguer des faits serait diminuée par la présence de la presse. Il s'est écoulé sept mois depuis la tenue de sa conférence de presse. La divulgation au public de certains faits n'a de toute évidence pas entraîné les conséquences qui, selon ce qu'il prétend, devaient découler des reportages concernant l'audience relative à sa revendication.

Pour que sa revendication soit acceptée, il n'est pas nécessaire que le revendicateur démontre qu'il a déjà souffert de persécution ou qu'il en souffrira. Un grand nombre de facteurs pourraient en théorie permettre de conclure qu'il existe une sérieuse possibilité de persécution. De même, lorsqu'un revendicateur essaie d'empêcher les médias d'assister à une audience, il lui suffit de démontrer qu'il existe une sérieuse possibilité que la divulgation de certains faits porte préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille. Bien qu'elle comprenne le désir de M. Blackwood de préserver sa vie privée, la section du statut de réfugié constate qu'il n'a pas invoqué de raisons suffisantes pour qu'on puisse écarter le droit du public d'assister aux débats. [C'est moi qui souligne.]

## QUESTION EN LITIGE

La question litigieuse à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si la Commission a commis une erreur susceptible d'examen judiciaire en décidant, en vertu du paragraphe 69(2) de la *Loi sur l'immigration*, de tenir l'audience du requérant en public.

## PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Le requérant prétend que la présente requête soulève des questions concernant le fardeau de preuve qu'il y a lieu d'imposer au requérant pour que le huis clos soit maintenu et la responsabilité qu'a la Commission de soupeser l'importance respective des droits que 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] accorde à la presse et au requérant. Le requérant prétend que la Commission a commis une erreur de droit en

could suffer harm if the hearing were made public. It is contended that the proper test is less onerous and that the lower threshold is satisfied by the applicant offering some credible and trustworthy evidence relating to the issues of "impediment" of the hearing and "adversely affected". As the applicant did offer some evidence that was not rejected by the Board as lacking credibility or trustworthiness, he submits that the Board erred in failing to find that he met the burden placed upon him.

In addition, the applicant submits that the Board erred in failing to balance the respective Charter freedoms of the applicant and the press. He notes that section 3 of the *Immigration Act* requires that it be interpreted in the light of the Charter and in recognition of Canada's international legal obligations. The applicant suggests that the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, January 1988, paragraph 200, assumes that the refugee determination process of each state will be conducted *in camera*. The applicant also submits that a refugee determination hearing is a unique quasi-judicial or judicial proceeding in that, according to subsection 69(2), there is a right to an *in camera* hearing. This is because the claimant must be ensured an air of confidentiality when testifying about persecution and human rights abuses of a foreign government. While the paragraph 2(b) Charter rights of the press are important in a democratic society, the applicant submits that these rights are not absolute but must be balanced against the unique rights of the applicant in a refugee hearing, particularly his section 7 Charter rights to life, liberty and security of the person. The applicant submits that where two interests are competing and otherwise equal, discretion should be exercised in favour of the person whose rights are at stake as opposed to the person whose freedoms are at issue. As the Board simply opened the hearing to the public once it found that the applicant did not offer

l'obligéant à satisfaire au critère de la «possibilité sérieuse» que la publicité des débats porte préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille. Il prétend que le critère applicable est moins exigeant et que le critère préliminaire moins exigeant est satisfait lorsque le requérant présente des éléments de preuve crédibles et dignes de foi sur la question de «l'entrave» causée au déroulement de l'audience et sur celle du «préjudice». Comme il a effectivement présenté certains éléments de preuve qui n'ont pas été écartés par la Commission au motif qu'ils n'étaient pas suffisamment crédibles ou dignes de foi, le requérant affirme que la Commission a commis une erreur en ne concluant pas qu'il s'était déchargé du fardeau qui lui incombait.

En outre, le requérant prétend que la Commission a commis une erreur en ne soupesant pas l'importance respective des droits et libertés que la Charte accorde au requérant et à la presse. Il fait remarquer que l'article 3 de la *Loi sur l'immigration* exige que celle-ci soit interprétée en tenant compte de la Charte et en reconnaissant les obligations légales internationales du Canada. Le requérant signale que le paragraphe 200 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, janvier 1988, présume que la procédure de reconnaissance du statut de réfugié de chaque État se déroule à huis clos. Le requérant prétend également que l'audience relative au statut de réfugié est une procédure quasi judiciaire ou judiciaire unique en ce que le paragraphe 69(2) accorde le droit à une audience à huis clos. Cela tient au fait qu'on doit garantir au revendicateur un climat de confidentialité lorsqu'il témoigne au sujet de la persécution et des violations des droits de la personne commises par un État étranger. Le requérant fait valoir que même s'ils sont importants dans le cadre d'une société démocratique, les droits que l'alinéa 2b) de la Charte reconnaît à la presse ne sont pas absolus mais qu'ils doivent s'apprécier en comparaison avec les droits uniques que possède le requérant dans le cadre de l'audience relative à son statut de réfugié, particulièrement les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui reconnaît l'article 7 de la Charte. Le requérant prétend que lorsque deux intérêts par ailleurs

enough evidence to discharge its burden, it therefore erred in failing to balance these interests.

Finally, the applicant submits that the Board erred when it released its reasons to the press on November 14, 1990. This had the effect of retroactively declaring the hearing open to the public, the possibility of which was not made known to the applicant nor provided for in the undertakings.

The respondent submits that the onus upon a refugee claimant when seeking to exclude the press from a hearing is to show that on the "balance of probabilities" harm could come to him or his family as a result of the disclosure of certain facts. While the Board stated that the burden of proof upon a claimant attempting to bar the media was that of a "serious possibility", the respondent suggests that this was in fact a lesser burden of proof. The fact then that the Board used a lower test than the ordinary civil standard does not warrant intervention by the Court in this instance. The respondent also provides some assistance with respect to the interpretation of "adversely affect" and "impede", based on the relevant jurisprudence to date. It is suggested that there must be some direct link between the publicity and the personal danger to refugee claimants or their families before the claimant will be "adversely affected" and that the presence of the public will prejudice or "impede" the fair hearing of the claimant, i.e. because he will not be able to divulge all of the facts in support of his claim for refugee status.

The intervenor submits that to establish a violation of a section 7 Charter right, the applicant would have to establish, on a balance of probabilities, that his life, liberty or security of the person

égaux sont en opposition, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en faveur de la personne dont les droits sont en jeu par opposition à ceux de la personne dont les libertés sont en cause. Comme la Commission a ordonné la publicité des débats seulement après avoir conclu que le requérant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour s'acquitter de son fardeau, elle a par conséquent commis une erreur en ne soupesant pas l'importance respective des intérêts en question.

Finalement, le requérant prétend que la Commission a commis une erreur en communiquant ses motifs à la presse le 14 novembre 1990. Cela a eu pour effet de déclarer rétroactivement la publicité des débats, alors que le requérant n'avait pas été mis au courant de cette possibilité et que cette éventualité n'était pas prévue dans les engagements.

L'intimé prétend que le fardeau de preuve qui incombe au revendicateur du statut de réfugié qui demande que la presse soit exclue de la salle d'audience consiste à démontrer, selon la «prépondérance de probabilités» que la divulgation de certains faits risquerait de porter préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille. Bien que la Commission ait déclaré que le fardeau de preuve qui incombait au revendicateur qui essaie d'exclure la presse était celui d'une «possibilité sérieuse», l'intimé affirme qu'il s'agissait en fait d'un fardeau de preuve moins exigeant. Le fait que la Commission ait employé un critère moins exigeant que la norme civile habituelle ne justifie donc pas l'intervention de la Cour en l'espèce. L'intimé invoque également de la jurisprudence récente pertinente à l'appui de l'interprétation des notions de «préjudice» et d'«entrave». Il affirme qu'il doit exister un lien direct entre la publicité et le danger personnel que courent les revendicateurs du statut de réfugié ou les membres de leur famille avant que l'on puisse dire que le revendicateur subira un «préjudice» et que la présence du public entravera ou «compromettra» l'audition impartiale du revendicateur parce qu'il ne pourra pas divulguer tous les faits à l'appui de sa revendication du statut de réfugié.

L'intervenante prétend que, pour établir une violation d'un droit garanti par l'article 7 de la Charte, il faudrait que le requérant établisse, suivant la prépondérance des probabilités, que sa vie,



would be threatened if his refugee hearing were held in public. A refugee claimant is required to establish that harm to him or his family resulting from the disclosure of certain facts is beyond the realm of speculation and mere possibility. The intervenor submits that a burden less onerous than that applied by the Board would effectively negate the media's constitutionally guaranteed right of access to judicial and quasi-judicial proceedings as a refugee claimant could almost always establish a mere possibility of harm to him or his family. The intervenor submits that the Board did indeed balance the competing Charter rights and that in this instance, in view of the applicant's failure to discharge the burden placed upon him by subsection 69(2) of the Act, the media's right of access outweighed the applicant's right to an *in camera* hearing.

Finally, the intervenor submits that the Board was justified in deciding to make the evidence offered by the applicant during the *in camera* hearing public in its reasons for decision. In any event it is submitted that the Board's actions do not affect its decision to allow the media access to the applicant's refugee hearing. The intervenor notes that the applicant did not offer any evidence at the hearing other than that which he personally disclosed at his press conference on March 23, 1990.

### STATUTORY PROVISIONS

The statutory provision relevant to this application is subsection 69(2) of the *Immigration Act*, and sections 2 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

69. ...

(2) Subject to subsection (3), proceedings before the Refugee Division shall be conducted *in camera* unless it is established to the satisfaction of the Division, on application by a member of the public, that the conduct of the proceedings in public would not impede the proceedings and that the person who is the subject of the proceedings or any member of that person's

sa liberté ou la sécurité de sa personne serait menacée si l'audience relative à son statut de réfugié se déroulait en public. Le revendicateur du statut de réfugié est tenu d'établir que le préjudice qui sera causé à lui ou aux membres de sa famille par suite de la divulgation de certains faits n'est pas d'ordre purement conjectural et qu'il ne constitue pas une simple possibilité. L'intervenante prétend qu'un fardeau moins lourd que celui qu'a appliqué la Commission nierait effectivement le droit d'accès aux procédures judiciaires et quasi judiciaires que la constitution garantit aux médias, étant donné qu'un revendicateur du statut de réfugié pourrait presque toujours établir qu'il existe une simple possibilité que lui-même ou les membres de sa famille subissent un préjudice. L'intervenante prétend que la Commission a effectivement soupesé l'importance respective des droits opposés qui sont prévus par la Charte et qu'en l'espèce, compte tenu du fait que le requérant n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombaux termes du paragraphe 69(2) de la Loi, le droit d'accès des médias l'emporte sur le droit du requérant à une audience à huis clos.

Enfin, l'intervenante prétend que la Commission était justifiée de décider de rendre publics dans les motifs de sa décision les éléments de preuve présentés par le requérant au cours de l'audience à huis clos. En tout état de cause, elle prétend que les actes de la Commission n'ont aucune incidence sur sa décision d'accorder aux médias l'accès à l'audience relative au statut de réfugié du requérant. L'intervenante fait remarquer que le requérant n'a présenté à l'audience aucun autre élément de preuve que ceux qu'il avait personnellement communiqués à sa conférence de presse du 23 mars 1990.

### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Les dispositions législatives pertinentes en l'espèce sont le paragraphe 69(2) de la *Loi sur l'immigration*, et les articles 2 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

69. ...

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la section du statut tient ses séances à huis clos sauf si, à la suite d'une demande émanant du public, il lui est démontré que la publicité des

family would not be adversely affected if the proceedings were conducted in public.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

## ANALYSIS

There are a number of recent decisions in our Court which are most helpful here. I should first refer to the very comprehensive analysis of my colleague, Martin J. in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney*, [1990] 1 F.C. 425 when he considered the interpretation of and purpose behind subsection 29(3) of the *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99], a provision which is similar to the provision at issue here. Subsection 29(3) provides:

29. ...

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

Mr. Justice Martin's review of the legislative history of subsection 29(3), which included excerpts from House of Common Debates, has very recently been referred to at length in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.), (hereinafter "*McVey No. 2*") and is very helpful in establishing the purpose behind the provision. His review indicates that both the principle and the practice of allowing a Convention refugee claiming the comfort of *in camera* proceedings have been part of immigration law for some time. MacGuigan J.A. in *McVey No. 2* commented:

It seems clear from this account of the genesis of this legislative provision that its very purpose was to prevent access to immigration inquiries by the press and the public, except in limited circumstances, in order to enable Convention refugees to speak freely of their experiences, without danger of reprisals from those from whom they have fled.

débats ne compromettrait pas la procédure en cours ni ne porterait préjudice à l'intéressé ou aux membres de sa famille.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de presse et des autres moyens de communication;

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

## ANALYSE

Il existe plusieurs décisions récentes de notre Cour qui sont très utiles en l'espèce. Je me reporte d'abord à l'analyse fort détaillée qu'on trouve dans le jugement *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney*, [1990] 1 C.F. 425, dans lequel mon collègue le juge Martin a examiné l'interprétation et l'objectif du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99], qui est une disposition semblable à celle qui est en litige en l'espèce. Le paragraphe 29(3) dispose:

29. ...

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

L'examen de l'historique législatif du paragraphe 29(3) que fait le juge Martin et dans lequel il cite des extraits des débats de la Chambre des communes a été très récemment cité au long dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.) (ci-après appelé "*McVey n° 2*") et est très utile pour cerner l'objectif de la disposition. Il ressort de son analyse que le principe et la coutume d'accorder aux revendicateurs du statut de réfugié l'avantage d'une audience à huis clos font partie du droit de l'immigration depuis un certain temps. Le juge MacGuigan, J.C.A., a fait observer, dans l'arrêt *McVey n° 2*:

Il ressort de l'exposé de la genèse de cette disposition législative que son but véritable était d'empêcher l'accès par la presse et le public aux enquêtes en matière d'immigration, sauf dans des circonstances restreintes, pour permettre aux réfugiés au sens de la Convention de parler librement de leurs expériences, sans craindre de faire l'objet de représailles de la part de ceux qu'ils ont fuies.

I should also refer to the very instructive analysis of Mr. Justice Mahoney in an earlier decision, *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419 (hereinafter "*McVey No. 1*"). In *McVey No. 1*, Mahoney J.A., for the Court, found that the onus placed on a member of the public by subsection 29(3) of the Act to show that a hearing should not be held *in camera* was a slight burden that could be inferentially satisfied by the assertion of a right of access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter. The onus would then shift to the person seeking to exclude the press to establish an evidentiary basis to support the lawful impairment of the paragraph 2(b) right in such a proceeding. He reasoned that [at pages 422-423]:

Subsection 29(3) does give the Adjudicator a discretion. It places on a member of the public, interested in doing so, the onus of establishing two negatives: that the conduct of the inquiry in public would not impede it and that neither the person concerned nor any member of that person's family would be thereby adversely affected. The latter limitation is odd. What, for example of the prison guard, policeman or soldier who, through friendship, bribery or sympathy, has facilitated a refugee claimant's escape and what of resident foreigners, perhaps missionaries or business people, willing to testify only if their opportunity to return is not prejudiced?

It may be arguable that the onus is misplaced. Again, I think it best, in the circumstances, not to express a concluded opinion on that aspect of the provision. The practical consequence seems not, in my view of the question, to be particularly significant since the standard properly to have been applied by the Adjudicator was as stated by Aylesworth, J.A., in *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.), at page 498 D.L.R.:

Where, however, the onus lies upon the Crown to prove a negative as an element of the charge, little proof will often suffice. Such proof often must be drawn by inference from other proven facts.

It seems to me that the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter must, of itself, inferentially satisfy the slight burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press.

Whatever freedom of the press entails, there must surely be an evidentiary basis to support its lawful impairment in a judicial or quasi-judicial proceeding.

Je signale également l'analyse très instructive qu'a faite le juge Mahoney dans une décision antérieure, l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419 (ci-après appelé «*McVey n° 1*»). Dans l'arrêt *McVey n° 1*, le juge Mahoney, J.C.A., a conclu, au nom de la Cour, que le fardeau que le paragraphe 29(3) de la Loi impose aux simples citoyens de démontrer qu'une audience ne devrait pas avoir lieu à huis clos est un fardeau léger auquel on pouvait répondre par déduction en affirmant un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire sur le fondement de l'alinéa 2b) de la Charte. Le fardeau de la preuve serait ensuite imposé par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue et qui aurait l'obligation de présenter des éléments de preuve pour justifier qu'on porte légitimement atteinte au droit garanti par l'alinéa 2b) dans une telle instance. Il a soutenu que [aux pages 422 et 423]:

Le paragraphe 29(3) confère à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire. Il impose au membre du public intéressé le fardeau d'établir deux conditions négatives: que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. Cette dernière restriction est étrange. Qu'en est-il par exemple du gardien de prison, du policier ou du soldat qui par amitié, corruption ou sympathie a facilité la fuite d'un revendicateur du statut de réfugié, et qu'en est-il des résidents étrangers, peut-être des missionnaires ou des gens d'affaires, qui n'acceptent de témoigner que si leur possibilité de retour n'est pas compromise?

On peut prétendre que le fardeau est mal placé. Encore une fois, je pense qu'il est préférable dans les circonstances de ne pas exprimer une opinion définitive sur cet aspect de la disposition. Compte tenu de ma façon d'aborder la question, j'estime que les conséquences pratiques ne sont pas particulièrement importantes puisque la norme que l'arbitre a correctement appliquée est celle formulée par le juge Aylesworth de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; [1966] 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (C.A. Ont.), à la page 498 D.L.R.:

[TRADUCTION] Cependant, lorsque la Couronne a le fardeau d'établir une condition négative comme élément de l'accusation, il suffit souvent que peu d'éléments de preuve soient apportés. Ces éléments de preuve doivent souvent être déduits des autres faits prouvés.

Il me semble que l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doive en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau et imposer celui-ci par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue.

Peu importe ce que comporte la liberté de la presse, il doit certainement y avoir des éléments de preuve pour justifier qu'on y porte atteinte dans une instance judiciaire ou quasi judiciaire.

Relying on the above interpretation of subsection 29(3), Martin J. in *Toronto Star*, determined that subsection 29(3) was constitutionally sound. In *McVey No. 2*, however, MacGuigan J.A. concluded that the “possible constitutional problems with subsection 29(3) are not limited to the question of onus” and he determined that the constitutional validity of the provision had not been finally resolved in *McVey No. 1*. MacGuigan J.A. then concluded that the legislative purpose behind subsection 29(3) was designed to and did indeed infringe the freedom of the press as set out in paragraph 2(b) of the Charter. Although he reasons that the objective behind subsection 29(3) “is of sufficient stature to warrant overriding freedom of expression and of the press” he nevertheless concludes that it could not be justified under section 1 of the Charter. He held that “in my opinion subsection 29(3), as written, is seriously excessive legislation, and should be held to be of no force or effect under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*”. However, in order to preserve the rule of law in this area he deemed subsection 29(3) to be temporarily valid for a period of one year to allow Parliament sufficient time to amend the law in accordance with his decision.

Whether subsection 69(2) has similar failings remains unanswered and in any event, the constitutionality of subsection 69(2) is not under attack here. If anything, this most recent decision would strengthen the position of those who seek to have the applicant’s Convention refugee hearing open to the public. Although Mr. Justice Martin’s conclusion that subsection 29(3) was constitutionally sound has now been shown to be incorrect, I believe that the decisions in *Toronto Star*, *McVey No. 1* and now *McVey No. 2* nevertheless establish that freedom of the press cannot be impaired in a judicial or quasi-judicial proceeding without an evidentiary basis and that once the paragraph 2(b) right of access is asserted the onus shifts to the person seeking to exclude the press.

Se fondant sur l’interprétation qui précède du paragraphe 29(3), le juge Martin a statué, dans le jugement *Toronto Star*, que le paragraphe 29(3) était conforme à la constitution. Dans l’arrêt *McVey n° 2*, le juge MacGuigan, J.C.A., a toutefois conclu que «les problèmes constitutionnels possibles relatifs au paragraphe 29(3) ne sont pas limités à la question du fardeau de la preuve» et il a statué que la question de la constitutionnalité de cette disposition n’avait pas été tranchée de façon définitive dans l’arrêt *McVey n° 1*. Le juge MacGuigan, J.C.A., a ensuite conclu que le paragraphe 29(3) avait pour objectif et effet pratique de porter atteinte à la liberté de la presse prévue à l’alinéa 2b) de la Charte. Même s’il a soutenu que l’objectif du paragraphe 29(3) «est suffisamment important pour justifier de passer outre à la liberté d’expression et à la liberté de la presse», il a néanmoins conclu qu’il ne pouvait se justifier en vertu de l’article premier de la Charte. Il a statué: «J’estime que le paragraphe 29(3), tel qu’il a été formulé, est une disposition législative qui va beaucoup trop loin et qu’il devrait être déclaré inopérant en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*». Cependant, pour préserver la primauté du droit dans ce domaine, il a considéré le paragraphe 29(3) temporairement valide pour une période d’un an afin d’accorder suffisamment de temps au législateur fédéral pour qu’il modifie la loi conformément à sa décision.

On ne sait pas si le paragraphe 69(2) comporte des défauts semblables et, en tout état de cause, la constitutionnalité du paragraphe 69(2) n’est pas contestée en l’espèce. Cette décision très récente renforcerait plutôt la thèse de ceux qui demandent la publicité de l’audience relative au statut de réfugié du requérant. Même s’il a depuis été démontré que la conclusion du juge Martin suivant laquelle le paragraphe 29(3) était conforme à la constitution est mal fondée, j’estime que les décisions *Toronto Star*, *McVey n° 1* et, maintenant, *McVey n° 2*, établissent néanmoins qu’on ne peut porter atteinte à la liberté de la presse dans le cadre d’une instance judiciaire ou quasi judiciaire sans invoquer des éléments de preuve le justifiant, et que la simple affirmation du droit d’accès prévu par l’alinéa 2b) déplace le fardeau de la preuve sur la personne qui demande l’exclusion de la presse.

On the basis of these decisions then, it is the obligation of the Board to afford a refugee claimant *in camera* proceedings unless, of course, the claimant or a member of the public requests otherwise. Where interested parties appear and seek to open the proceedings to the public, as in the present case, the tribunal must hear both evidence and argument, again preferably *in camera*, and render their decision. In my view, this is precisely what the Board did. There is, therefore, no basis for success on the present application in the procedure followed by the Board.

It is argued that the Board made two errors which justify the present relief: the first in improperly requiring the applicant to establish a serious possibility of harm; the second in making public the decision which is under attack. There is no issue here about the possibility of impeding the inquiry, only that of prospective harm to the applicant or members of his family.

The concluding words of subsection 69(2) are as follows:

... the conduct of the proceedings in public would not impede the proceedings and that the person who is the subject of the proceedings or any member of that person's family would not be adversely affected if the proceedings were conducted in public.

As has already been emphasized in the jurisprudence to which I have referred, the section includes more than one negative. In positive terms and in the context of this case, the Board can open the hearing if it concludes that to do so would not adversely affect the claimant or his family.

The portion in issue here occurs in the final quoted paragraph of the Board's decision:

For a claim to be accepted it is not necessary for the claimant to demonstrate that he or she already has or in the future, would, suffer persecution. A variety of factors could conceivably lead to a finding that a serious possibility of persecution exists. Similarly, where a claimant attempts to bar the media from a hearing he or she has only to show that there is a serious possibility that, as a result of disclosure of certain facts, harm could come to him or his family. While the Refugee Division sympathizes with Mr. Blackwood's desire for privacy, he failed

Ainsi donc, sur le fondement de ces décisions, la Commission est tenue d'accorder aux revendicateurs du statut de réfugié une audience à huis clos à moins, évidemment, que le revendicateur ou un simple citoyen ne demande le contraire. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des personnes intéressées comparaissent et demandent la publicité des débats, le tribunal doit entendre à la fois les éléments de preuve et les plaidoiries — en les entendant, je le répète, de préférence à huis clos — et rendre sa décision. À mon avis, c'est précisément ce qu'a fait la Commission. La procédure qu'a suivie la Commission ne permet donc pas d'accueillir la présente requête.

La Commission aurait commis deux erreurs qui justifient les présentes réparations: la première, en obligeant à tort le requérant à faire la preuve d'une possibilité sérieuse de préjudice, la seconde, en rendant publique la décision qui est maintenant contestée. Il n'est pas contesté en l'espèce que l'enquête risque d'être compromise: seul est contesté le préjudice que risquent de subir le requérant ou les membres de sa famille.

Le paragraphe 69(2) se termine par ces mots:

[...] la publicité des débats ne compromettrait pas la procédure en cours ni ne porterait préjudice à l'intéressé ou aux membres de sa famille.

Comme on l'a déjà souligné dans la jurisprudence que j'ai citée, l'article comprend plusieurs propositions négatives. En termes positifs et dans le contexte de la présente affaire, la Commission peut ordonner la publicité des débats si elle conclut que cela ne porterait préjudice ni au revendicateur ni aux membres de sa famille.

La passage en litige en l'espèce se trouve dans le dernier paragraphe cité de la décision de la Commission:

Pour que sa revendication soit acceptée, il n'est pas nécessaire que le revendicateur démontre qu'il a déjà souffert de persécution ou qu'il en souffrira. Un grand nombre de facteurs pourraient en théorie permettre de conclure qu'il existe une sérieuse possibilité de persécution. De même, lorsqu'un revendicateur essaie d'empêcher les médias d'assister à une audience, il lui suffit de démontrer qu'il existe une sérieuse possibilité que la divulgation de certains faits porte préjudice à lui-même ou aux membres de sa famille. Bien qu'elle comprenne le désir de M. Blackwood de préserver sa vie privée, la section du statut de réfugié constate qu'il n'a pas invoqué de raisons suffisantes

to provide sufficient reasons to override the public's right to attend. [Emphasis added.]

What the Board appears to have done in the first two sentences is to establish the test for success in a claim for refugee status and, in the next two sentences which are under attack, to draw a parallel with Mr. Blackwood's onus here with respect to a subsection 69(2) application. The earlier reference to the reasoning of Mahoney J.A. in *Pacific Press Ltd.*, *supra*, makes it clear that once access is requested, there is an onus upon the claimant. Exclusion of the press, if it is done, must have an evidentiary basis. Does Mr. Blackwood discharge that onus by raising any possibility of harm whatsoever? In my opinion, so low a standard would have effectively relieved him of any obligation. The Board added the word "serious" and having regard to the sense of their decision in its entirety, that does not justify the relief sought.

I note as well the very helpful reasoning of Décary J.A., in *Osei v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 49 (F.C.A.). He noted that [at page 51] "[i]n the same way as an improper formulation of the test by the tribunal may be obviated by a proper application, a proper formulation may be obviated by an improper application." Here, even if the Board incorrectly stated the test to be applied, they reached an appropriate result. A fair interpretation of the Board's resolution of this dispute is that the applicant did not offer evidence or argument that persuaded the Board in any way. I conclude, therefore, that the Board did not err in law in formulating or applying the test as has been submitted by the applicant. I cannot accept the submission that the word "serious" provides justification to set this decision aside. Even if it did, the finding of the Board that Mr. Blackwood did not adduce any persuasive evidence or argument supports their conclusion whether they had used the offending word or not.

pour qu'on puisse écarter le droit du public d'assister aux débats. [C'est moi qui souligne.]

Ce que la Commission semble avoir fait dans les deux premières phrases, c'est d'établir le critère permettant d'accueillir une revendication du statut de réfugié et, dans les deux phrases suivantes qui sont contestées, d'avoir fait un parallèle avec le fardeau qui incombe à M. Blackwood en l'espèce dans le cas d'une requête fondée sur le paragraphe 69(2). Il ressort à l'évidence du raisonnement précité formulé par le juge Mahoney, J.C.A. dans l'arrêt *Pacific Press Ltd.* que dès que l'accès est demandé, le fardeau de la preuve incombe au revendicateur. Pour qu'elle puisse être ordonnée, l'exclusion de la presse doit être fondée sur des éléments de preuve. M. Blackwood s'acquitte-t-il de ce fardeau en invoquant une quelconque possibilité de préjudice? À mon avis, une norme aussi peu élevée l'aurait en fait dégagé de toute obligation. La Commission a ajouté le qualificatif «sérieuse» et, compte tenu du sens général de sa décision, cela ne justifie pas les réparations demandées.

Je signale également le raisonnement très utile suivi par le juge Décary, J.C.A., dans l'arrêt *Osei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 49 (C.A.F.). Il a fait remarquer [à la page 51] que «[d]e la même façon que l'effet de l'énonciation incorrecte du critère par le tribunal peut être annulé si celui-ci est appliqué comme il convient, l'effet d'une énonciation correcte peut être annulé s'il est mal appliqué». En l'espèce, même si elle a énoncé incorrectement le critère à appliquer, la Commission en est arrivée à un résultat approprié. Il est permis d'interpréter la solution que la Commission a donnée au différend en disant que le requérant n'a pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments qui ont convaincu de quelque façon que ce soit la Commission. Je conclus donc que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en formulant ou en appliquant le critère comme le prétend le requérant. Je ne puis accepter la prétention que le mot «sérieuse» justifie l'annulation de cette décision. Même si c'était le cas, la conclusion de la Commission suivant laquelle M. Blackwood n'a pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments convainquants appuie la conclusion à laquelle elle en est venue peu importe qu'elle ait employé ou non le mot contesté.

Finally, with respect to the submission that by publishing the decision the Board had failed in its duty of fairness or obligation of confidentiality to the applicant, the result must be the same. The decision makes reference to a press conference several months earlier in which the applicant apparently made extensive disclosures. Granted, the context of that observation is the absence of harm to the applicant in the interim, but it is an important fact with respect to the possibility of prejudice or harm by the publication of the decision in issue here. When I couple that reference with the Board's conclusion that Mr. Blackwood offered no evidence or persuasive argument of a serious possibility of harm resulting from the open conduct of the inquiry, I am unable to conclude that any harm befell the applicant as a result of publication.

#### CONCLUSION

For these reasons, this application is dismissed. No order as to costs.

Finally, en ce qui concerne la prétention qu'en publiant la décision, la Commission a manqué à son obligation d'équité ou à son devoir de confidentialité envers le requérant, le résultat doit être le même. Dans sa décision, la Commission fait allusion à une conférence de presse tenue plusieurs mois plus tôt au cours de laquelle le requérant aurait divulgué des faits importants. Certes, cette remarque est formulée en tenant compte du fait que le requérant n'a pas subi de préjudice dans l'intervalle, mais c'est un fait important en ce qui a trait à la possibilité de préjudice causé par la publication de la décision en litige en l'espèce. Lorsque j'ajoute cette allusion à la conclusion de la Commission suivant laquelle M. Blackwood n'a pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments convaincants quant à l'existence d'une possibilité sérieuse de préjudice découlant de la publicité des débats, je suis incapable de conclure que le requérant a été victime d'un préjudice par suite de la publication.

#### DISPOSITIF

Par ces motifs, la requête est rejetée. Il n'y a pas d'adjudication de dépens.

T-442-88

T-442-88

**Robert Casden (Plaintiff)****Robert Casden (demandeur)**

v.

**Cooper Enterprises Ltd., Cooper Yachts Ltd., John Forbes Cooper, Dan Thain and the 60 Foot Custom Maple Leaf Pilothouse Sailboat Hull No. CEL 6000 2A787 (Defendants)**

INDEXED AS: CASDEN v. COOPER ENTERPRISES LTD. (T.D.)

Trial Division, Stinson T.O.—Vancouver, February 20 and May 3, 1991.

*Practice — Costs — Taxation — Judgment in principal action directing each party to pay own costs — Appeal outstanding — Defendants awarded costs on three motions brought after trial judgment — Orders not providing for payment forthwith — Taxation premature in view of R. 1214 — Accounts relating to “interlocutory” proceedings — Trial judgment not superseding principle of one taxation of costs in relation to cause of action — Taxing Officer entitled to benefit of final (decision not subject to further appeal) conclusion on substantive issues — Costs of interlocutory proceedings taxable at conclusion of action — Awarded forthwith after taxation only in extraordinary circumstances as where motion devoid of merit.*

The defendants presented for taxation three bills of costs in respect of orders made subsequent to judgment in an action. The plaintiff objected that taxation would be premature because the orders followed a judgment directing each side to bear its own costs, they did not direct payment forthwith, and there was an outstanding appeal. Plaintiff relied on Orkin's *The Law of Costs* in asserting that the defendants must wait until final disposition of the appeal. It was submitted that to allow taxation of these accounts would create a precedent for a multiplicity of taxations in an action. The defendants argued that there were no rules of practice, case law or orders precluding immediate taxation. Their submission was that the cases relied upon by the plaintiff were distinguishable in that they addressed interlocutory decisions which necessarily occurred prior to trial. They urged that notwithstanding the appeal, the trial judgment was operative, and therefore there has been final disposition of the action, extinguishing all interlocutory awards of “costs in the cause”. The defendants further argued that, in the absence of a stay of execution for costs pending appeal, the accounts were payable. The plaintiff replied that “interlocutory” means “not final” and there was no authority for restricting its meaning to matters before trial. It was argued that the orders were interlocutory because they addressed matters which were other than the final adjudication of the substantive issues generated by the action. Determination of the preliminary

c.

**Cooper Enterprises Ltd., Cooper Yachts Ltd., John Forbes Cooper, Dan Thain et la coque sur mesure de 60 pieds équipée d'un kiosque de veille et de navigation du voilier de classe «Maple Leaf» n° CEL 6000 2A787 (défendeurs)**

RÉPERTORIÉ: CASDEN c. COOPER ENTERPRISES LTD. (1<sup>re</sup> INST.)

c Section de première instance, officier taxateur Stinson—Vancouver, 20 février et 3 mai 1991.

*Pratique — Frais et dépens — Taxation — Aux termes du jugement rendu dans l'action principale, chaque partie devait assumer ses propres dépens — Appel en instance — Les défendeurs se sont vu adjuger les dépens relatifs à trois requêtes présentées après le jugement de première instance — Les ordonnances n'obligeaient pas à payer les dépens immédiatement — La taxation était prématurée, vu la Règle 1214 — Mémoires de frais relatifs aux procédures «interlocutoires» — Le jugement de première instance n'a pas préséance sur le principe selon lequel la cause d'action doit faire l'objet d'une seule taxation des dépens — L'officier taxateur doit pouvoir connaître la manière définitive dont les questions de fond ont été résolues (c'est-à-dire la décision en dernier ressort) — Les dépens relatifs aux procédures interlocutoires sont taxables à la fin de l'action — Ils ne sont adjugés immédiatement après la taxation que dans des cas exceptionnels, par exemple, lorsque la requête est dénuée de fondement.*

Les défendeurs ont présenté pour taxation trois mémoires de frais à l'égard d'ordonnances rendues après le jugement dans une action. Le demandeur s'y est opposé au motif que la taxation serait prématurée du fait que les ordonnances avaient été rendues à la suite d'un jugement selon lequel chaque partie devait assumer ses propres dépens, qu'aux termes de ces ordonnances, les dépens n'étaient pas payables immédiatement et qu'il y avait un appel en instance. Le demandeur a invoqué l'ouvrage d'Orkin, *The Law of Costs*, au soutien de sa thèse selon laquelle les défendeurs doivent attendre qu'il soit statué définitivement sur l'appel. Selon lui, le fait de permettre la taxation de ces mémoires de frais créerait un précédent autorisant la multiplicité de taxations dans une action. Les défendeurs ont soutenu qu'aucune règle de pratique, jurisprudence ou ordonnance n'empêchait la taxation immédiate. Selon eux, une distinction pouvait être faite avec les décisions invoquées par le demandeur dans la mesure où elles portaient sur des décisions interlocutoires, lesquelles étaient nécessairement rendues avant l'instruction. Les défendeurs ont plaidé que, malgré l'appel, la décision de première instance était effective et qu'en conséquence, il avait été statué définitivement sur l'action, si bien que cette décision a eu pour effet de rendre caduques toutes les adjudications interlocutoires selon lesquelles «les dépens suivraient l'issue de la cause». En outre, selon les défendeurs, vu que la suspension de l'exécution à l'égard des



objection thus turned on the meaning of the word "interlocutory".

*Held*, the objection should be sustained.

The authority of a judgment of the Trial Division should not supersede or vary the established and practical principle that one taxation of costs should occur in relation to the cause of an action. The Taxing Officer should have, in assessing accounts, the benefit of the final (meaning the decision not subject to any further appeal) conclusion on the substantive issues generated by the action. Upon an analysis of Rule 1214 (which provides that Part III of the Rules, dealing with costs, applies "as though the appeal were a continuation" of the "proceeding in which the judgment appealed against was given") it appeared that taxation would be premature. Costs awarded on interlocutory proceedings should be taxed with any other taxation that might follow the conclusion of the action. Costs of an interlocutory motion should be awarded forthwith after taxation only in extraordinary circumstances such as where a motion was so frivolous that it ought not to have been brought forward.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1006(2)(e), 1214.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Sibo Inc. v. Posi-Slope Enterprises Inc.*, T-2449-83, Jerome A.C.J., order dated 21/3/85, F.C.T.D., not reported; *Centaur Cycle Co. v. Hill* (1902), 4 O.L.R. 92 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*IBM Canada Ltd. v. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 F.C. 181; (1976), 12 N.R. 440 (C.A.); *Allied Collection Agencies Ltd v Wood*, [1981] 3 All ER 176 (Q.B.D.).

##### CONSIDERED:

*Casden v. Cooper Enterprises Ltd. et al.* (1990), 34 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.*, T-442-88, Collier J., judgment dated 24/7/90, F.C.T.D., not yet reported; *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.*, T-442-88, Cullen J., judgment dated 26/9/90, F.C.T.D., not yet reported; *Eastern Canada Towing Ltd.*

dépens n'a pas été ordonnée en attendant qu'il y ait appel, les mémoires de frais étaient payables. Le demandeur a répliqué que le mot «interlocutoire» s'entend de «ce qui n'est pas définitif» et qu'il n'existait aucune autorité tendant à restreindre la signification de ce mot aux questions qui précèdent l'instruction. Le demandeur a soutenu que les ordonnances étaient interlocutoires dans la mesure où elles portaient sur des questions autres que l'adjudication définitive des questions de fond soulevées dans l'action. Par conséquent, l'issue de l'objection préliminaire dépendait de l'interprétation qu'il fallait donner au mot «interlocutoire».

*Jugement*: l'objection devrait être accueillie.

L'autorité d'un jugement de la Section de première instance ne devrait pas avoir préséance sur le principe établi et pratique selon lequel la cause d'action doit faire l'objet d'une seule taxation des dépens et elle ne devrait pas pouvoir modifier ce principe. L'officier taxateur appelé à taxer un mémoire de frais devrait connaître la manière définitive dont les questions de fond soulevées par l'action ont été résolues, c'est-à-dire la décision en dernier ressort. Après une analyse de la Règle 1214 (selon laquelle la Partie III des Règles, qui traite des dépens, s'applique «comme si l'appel était un prolongement de la procédure qui a abouti au jugement porté en appel»), la taxation semblait prématurée. La taxation des dépens adjugés pour des procédures interlocutoires devrait avoir lieu au même moment que toute autre taxation subséquente à la fin de l'action. Les dépens relatifs à une requête interlocutoire ne devraient être adjugés immédiatement après taxation que dans des cas exceptionnels, par exemple, dans le cas où une requête était si frivole au point qu'elle n'aurait pas dû être présentée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 1006(2)e, 1214.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Sibo Inc. c. Posi-Slope Enterprises Inc.*, T-2449-83, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 21-3-85, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publiée; *Centaur Cycle Co. v. Hill* (1902), 4 O.L.R. 92 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*IBM Canada Ltée. c. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 C.F. 181; (1976), 12 N.R. 440 (C.A.); *Allied Collection Agencies Ltd v Wood*, [1981] 3 All ER 176 (Q.B.D.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Casden c. Cooper Enterprises Ltd. et autres* (1990), 34 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.*, T-442-88, juge Collier, jugement en date du 24-7-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié; *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.*, T-442-88, juge Cullen, jugement en date du 26-9-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié; *Eastern*

v. *The Algobay*, [1980] 2 F.C. 366 (T.D.); *Maple Leaf Lumber Co. v. Caldbick and Pierce* (1918), 14 O.W.N. 99 (App. Div.); *Leonard v. Wharton* (1921), 20 O.W.N. 440 (H.C.); *Rossiter v. Toronto R.W. Co.* (1907), 11 O.W.R. 189; *Paulson v. Murray* (1922), 32 Man. L.R. 327; 68 D.L.R. 643; [1922] 2 W.W.R. 654 (K.B.); *Leonard v. Burrows* (1904), 7 O.L.R. 316 (C.A.); *Justik v. Brosseau* (1979), 9 Alta. L.R. (2d) 89; 9 C.P.C. 97 (App. Div.); *United Church of Can. Trustees v. Teale* (1979), 11 C.P.C. 167 (N.S.C.A.); *Canadian National Railway Co. et al. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. and Tug "Jervis Crown" et al.* (1990), 113 N.R. 4 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Ford v. C.N.R.*, [1937] 2 W.W.R. 216 (Sask. C.A.); *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630; 21 C.P.C. 231 (H.C.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 "interlocutory", "interlocutory decision", "final", "final appealable order or judgment", "final decision or judgment", "final disposition", "final hearing", "final judgment", "interlocutory judgment", "judgment".

*Canadian Encyclopedic Digest*. Western, vol. 9, 3rd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1981, § 272.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 26, 4th ed., London: Butterworths, 1979, paras. 504, 505, 506; vol. 37, 4th ed., London: Butterworths, 1982, para. 713.

*Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, 2nd ed., by John Burke, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "interlocutory".

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., Loose Leaf Ed., 1990-91.

Osborne, P.G. *A Concise Law Dictionary*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 1964, "interlocutory order", "interlocutory proceeding".

*Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, vol. 3, 4th ed. by John S. James, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973, "interlocutory order".

*The Canadian Law Dictionary* 1980, "final", "final judgment", "interlocutory".

## COUNSEL:

David F. McEwen for plaintiff.  
Frits E. Verhoeven for defendants.

*Canada Towing Ltd. c. L'Algobay*, [1980] 2 C.F. 366 (1<sup>re</sup> inst.); *Maple Leaf Lumber Co. v. Caldbick and Pierce* (1918), 14 O.W.N. 99 (Div. App.); *Leonard v. Wharton* (1921), 20 O.W.N. 440 (H.C.); *Rossiter v. Toronto R.W. Co.* (1907), 11 O.W.R. 189; *Paulson v. Murray* (1922), 32 Man. L.R. 327; 68 D.L.R. 643; [1922] 2 W.W.R. 654 (K.B.); *Leonard v. Burrows* (1904), 7 O.L.R. 316 (C.A.); *Justik v. Brosseau* (1979), 9 Alta. L.R. (2d) 89; 9 C.P.C. 97 (Div. App.); *United Church of Can. Trustees v. Teale* (1979), 11 C.P.C. 167 (C.A.N.-É.); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada et autres c. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. et Tug «Jervis Crown» et autres* (1990), 113 N.R. 4 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ford v. C.N.R.*, [1937] 2 W.W.R. 216 (C.A. Sask.); *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630; 21 C.P.C. 231 (H.C.).

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 «interlocutory» (interlocutoire), «interlocutory decision» (décision interlocutoire), «finals» (définitif), «final appealable order or judgment» (ordonnance ou jugement définitif susceptible d'appel), «final decision or judgment» (décision ou jugement définitif), «final disposition» (conclusion définitive), «final hearing» (audition définitive), «final judgment» (jugement définitif), «interlocutory judgment» (jugement interlocutoire), «judgment» (jugement).

*Canadian Encyclopedic Digest*. Western, vol. 9, 3rd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1981, § 272.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 26, 4th ed., London: Butterworths, 1979, paras. 504, 505, 506; vol. 37, 4th ed., London: Butterworths, 1982, para. 713.

*Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, 2nd ed., by John Burke, London: Sweet & Maxwell, 1977, «interlocutory» (interlocutoire).

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed., Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., Loose Leaf Ed., 1990-91.

Osborne, P.G. *A Concise Law Dictionary*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 1964, «interlocutory order» (ordonnance interlocutoire), «interlocutory proceeding» (instance interlocutoire).

*Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, vol. 3, 4th ed., by John S. James, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973, «interlocutory order» (ordonnance interlocutoire).

*The Canadian Law Dictionary* 1980, «final» (définitif), «final judgment» (jugement définitif), «interlocutory» (interlocutoire).

## AVOCATS:

David F. McEwen pour le demandeur.  
Frits E. Verhoeven pour les défendeurs.

## SOLICITORS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for plaintiff.

*Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, for defendants. a

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

STINSON T.O.: Defendants present three bills of costs for taxation on a party and party basis. One bill is for the defendant Cooper Enterprises Ltd. only. The Honourable Mr. Justice Walsh ruled on the distinction in law between the various defendants [(1990), 34 F.T.R. 241 (F.C.T.D.)], at pages 274-276. Defendants' solicitor signs documents on their behalf collectively. I have taken the bills of costs as presented collectively on behalf of the defendants.

Plaintiff made a preliminary objection that this taxation was premature. These bills, relating to orders dealing with delivery of the defendant vessel as a consequence of judgment, are for amounts that pale in significance next to the dollars associated with the substantive issues of the action. At taxation, I expressed surprise that the parties had not settled these accounts. Counsel indicated that it was the principle that was important here. f

The action addressed problems arising out of the construction of a 60-foot fibreglass sailing yacht by defendant Cooper Enterprises Ltd. for plaintiff. After plaintiff had invested several hundred thousand dollars, he refused to accept delivery of the vessel because he believed it was unfit for his purposes. Walsh D.J. (page 252) noted that defendants had not profited by receipt of said monies because all had been spent on the construction itself and a balance for extras was still owed. Walsh D.J. alluded to the considerable expense for both sides of the litigation itself (pages 242-243) i.e. numerous motions, over 1,100 pages of discovery transcript, 29 days of trial. Plaintiff sought (page 242) "to repudiate and rescind the contract" for construction to avoid being compelled to accept delivery of the vessel. Defendants sought a requirement, on terms relating to further work and out-

## PROCUREURS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour le demandeur.

*Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

L'OFFICIER TAXATEUR STINSON: Les défendeurs présentent trois mémoires de frais pour taxation entre parties. L'un de ces mémoires de frais est établi à l'égard de la défenderesse Cooper Enterprises Ltd. seulement. M. le juge Walsh a statué sur la distinction en droit entre les défendeurs [(1990), 34 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], aux pages 274 à 276. L'avocat de ces derniers signe les documents en leur nom collectif. J'ai décidé de statuer sur les mémoires de frais tels qu'ils sont présentés collectivement au nom des défendeurs. b

Le demandeur a présenté une objection préliminaire selon laquelle la présente taxation serait prématurée. Ces mémoires de frais, qui se rapportent tous à des ordonnances concernant la livraison du navire défendeur en conséquence du jugement, portent sur des montants insignifiants par rapport aux sommes en cause dans l'action principale. À l'instruction de la taxation, j'ai exprimé mon étonnement que les parties n'aient pas réglé ces comptes. Selon leurs avocats, il s'agirait, en l'espèce, d'une question de principe. e

L'action portait sur les problèmes qui ont entouré la construction, par la défenderesse Cooper Enterprises, d'un voilier de fibre de verre d'une longueur de 60 pieds pour le demandeur. Après que celui-ci eut versé plusieurs centaines de milliers de dollars, il a refusé de prendre possession du navire, lequel, selon lui, était impropre aux fins auxquelles il comptait l'utiliser. À la page 252 de ses motifs, le juge suppléant Walsh a signalé que les défendeurs n'avaient pas profité des sommes citées qu'ils avaient reçues du fait qu'elles avaient toutes été dépensées pour la construction elle-même et qu'il restait un solde impayé imputable à d'autres travaux. Le juge a souligné que les parties avaient engagé des frais considérables relativement au litige lui-même (aux pages 242 et 243), notamment pour les nombreuses requêtes qu'elles avaient présentées, les quelques 1 100 pages de notes g

standing expenses, that plaintiffs accept delivery of the vessel. The judgment of Walsh D.J. dated June 6, 1990 read:

The contract dated November 21, 1985 for the construction of the Maple Leaf 60 yacht for Plaintiff has not been cancelled nor can it be rescinded, the vessel now being substantially fit and suitable for ocean cruising and chartering for which it was intended.

Defendants Cooper Enterprises Ltd. and/or Cooper Yachts Ltd. are directed to commence forthwith whatever further work is necessary to fully complete the vessel, including installation of the specially designed mirror and navigation equipment acquired by Plaintiff for the vessel and now in Defendants' possession, unless he prefers the return of same to him, to complete sea trials when they are ready for same at which Dr. Casden or his representative may be present if he so desires, provided that this does not delay the sea trials, and to make any adjustments or alterations indicated as necessary by these sea trials.

This must be accomplished within 6 weeks of the date of this judgment at which date the vessel must be tendered to Plaintiff for delivery upon payment by him of \$30,000 (U.S.) which sum shall be in settlement of all claims whether by Plaintiff for damages or by Defendants for extras installed to date or otherwise, save for sharing of insurance costs provided for by interlocutory judgment dated January 25, 1990.

Should Plaintiff require any further extras or changes, these need only be done by Defendants if they agree to do so and agree with Plaintiff as to the price which will be payable in advance, and only if this work will in no way delay the completion and delivery of the vessel after sea trials within the aforementioned 6 week period.

No personal judgment is rendered against Defendants John Forbes Cooper or Dan Thain.

Each party shall pay his or their own costs.

Plaintiff filed an appeal which remains outstanding.

Plaintiff sought a stay of execution against that portion of the judgment requiring payment of \$30,000 (U.S.). On July 24, 1990, the Honourable Mr. Justice Collier ordered:

sténographiques prises aux interrogatoires préalables et les 29 jours consacrés à l'instruction. Le demandeur a cherché à «résilier le contrat» de construction pour éviter d'être tenue de prendre possession du navire (à la page 242). Les défendeurs ont sollicité une ordonnance pour contraindre le demandeur à prendre possession du navire conformément à certaines modalités relatives aux travaux supplémentaires à effectuer et aux frais en souffrance. La décision du juge, en date du 6 juin 1990, était libellée en ces termes:

Le contrat de fabrication, pour le demandeur, du yacht Maple Leaf 60, en date du 21 novembre 1985 n'a pas été annulé et il ne peut être résilié. En effet, le navire est actuellement, dans l'ensemble, en état et adapté aux croisières océaniques et au nolisement auxquels il était destiné.

La Cour ordonne aux défenderesses Cooper Enterprises Ltd. et Cooper Yachts Ltd. d'entreprendre sur-le-champ les travaux supplémentaires qui permettront de parachever le navire, notamment la pose du miroir et de l'équipement de navigation spécialement conçus, dont le demandeur a fait l'acquisition pour le navire et qui sont actuellement en la possession des défenderesses, à moins qu'il ne préfère que tout lui soit remis, pour qu'il puisse faire des essais en mer au moment opportun, essais auxquels le docteur Casden ou son représentant pourra assister s'il le désire, pourvu que cela n'ait pas pour effet de retarder ces essais, et d'effectuer les mises au point ou les modifications jugées nécessaires par la suite.

Les travaux ordonnés ci-dessus devront être terminés dans un délai de six semaines à compter de la date du présent jugement. Le navire devra alors être offert au demandeur pour qu'il en prenne livraison moyennant le paiement de la somme de 30 000 \$ (US), lequel paiement aura pour effet de régler tout recours du demandeur en dommages-intérêts et tout recours des défendeurs fondé sur la pose d'équipement supplémentaire en date du présent jugement ou autrement, sous réserve du partage des frais d'assurance prévu dans le jugement interlocutoire en date du 25 janvier 1990.

Le demandeur ne pourra pas contraindre les défendeurs à effectuer d'autres travaux ou à faire d'autres modifications. Le prix de ces travaux, le cas échéant, devra être versé à l'avance, conformément à l'entente des parties. En aucun cas, ces travaux ne doivent retarder l'achèvement et la livraison du navire après les essais en mer dans le délai de six semaines, susmentionné.

Aucun jugement n'est rendu contre les défendeurs John Forbes Cooper ou Dan Thain, à titre personnel.

Chaque partie est tenue d'acquitter ses propres frais.

Le demandeur a déposé un appel qui est toujours en instance.

Le demandeur a sollicité la suspension de l'exécution de la partie de ce jugement qui l'obligeait à verser la somme de 30 000 \$ (US). Le 24 juillet 1990, M. le juge Collier a rendu l'ordonnance suivante:

1. Execution of the judgment of Walsh, J., dated June 6, 1990, against the plaintiff for \$30,000 (U.S.) (on the tendering of the vessel by the defendants), is stayed, pending the outcome of the appeal, on the following terms:

(a) The plaintiff shall pay into court to the credit of this action, the sum of \$30,000 U.S. dollars or

(b) Shall post security in this action, in the form of a bond, guarantee, or other financial document in the sum of \$30,000 U.S. The bond, guarantee or other financial document shall be in a form satisfactory to the District Administrator of this Court at Vancouver, B.C.

2. The plaintiff shall have 30 days from the date of the tendering of the vessel to comply with paragraphs 1(a) or (b) of this order. The vessel shall, however, not be turned over to the plaintiff, nor released from arrest, until the terms of paragraph (a) or (b) have been complied with.

3. There are no costs of this motion to any party.

That same day, his Lordship dismissed defendants' application for a show cause order for contempt but gave them costs of the motion after taxation. Defendants present an account for \$181.46.

Plaintiff then sought orders for a reference as to whether the defendant vessel was in deliverable condition and for directions as to care and custody of said vessel from its deliverable date to the date of disposition of the outstanding appeal. On September 26, 1990 [T-442-88, not yet reported], the Honourable Mr. Justice Cullen refused to order a reference, refused to issue directions except to give liberty to defendants to tender the vessel to plaintiff and to assign responsibility for said vessel, after delivery, to plaintiff, and directed payment of the \$30,000 security forthwith and awarded costs of the motion to the defendants. Defendants present an account for \$148.

Defendants then sought an order for release from arrest of the vessel after the Registry had refused to issue a release under Rule 1006(2)(e) [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663]. On October 25, 1990, the Honourable Mr. Justice Strayer granted the application with costs to the defendants who present an account at \$142.

1. L'exécution du jugement du juge Walsh en date du 6 juin 1990 condamnant le demandeur à payer la somme de 30 000 \$ (US) (pourvu que les défendeurs offrent de remettre le navire) est suspendue à l'une des deux conditions suivantes:

a) le demandeur devra consigner au tribunal la somme de 30 000 \$ (US), laquelle sera portée au crédit de la présente action;

b) le demandeur devra déposer en garantie, dans la présente action un acte de cautionnement ou une autre forme de garantie ou effet financier pour la somme de 30 000 \$ (US) en la forme qui convient à l'administrateur de district de cette Cour à Vancouver (C.-B.).

2. Le demandeur devra satisfaire aux exigences prévues à l'alinéa a) ou b) de la présente ordonnance dans un délai de trente jours à partir de la date à laquelle le navire lui aura été offert. Toutefois, celui-ci ne sera pas remis au demandeur et levée de la saisie ne sera pas accordée tant que ce dernier n'aura satisfait aux exigences prévues à l'alinéa a) ou b).

3. La Cour n'adjudge pas de dépens relativement à la présente requête.

Le même jour, le juge a rejeté la demande des défendeurs tendant à obtenir une ordonnance de justification pour outrage au tribunal. Cependant, il lui a adjugé les frais de la requête après taxation. Les défendeurs présentent un mémoire de frais de 181,46 \$ à ce titre.

Le demandeur a ensuite sollicité des ordonnances tendant à obtenir un renvoi pour déterminer si le navire défendeur était en état d'être livré et des directives quant à l'entretien et à la garde de celui-ci à partir de la date à laquelle il était en état d'être livré jusqu'à la date à laquelle il serait statué sur l'appel en instance. Le 26 septembre 1990 [T-442-88, encore inédit], M. le juge Cullen a refusé d'ordonner un renvoi. Il a également refusé de donner les directives demandées. Cependant, il a autorisé les défendeurs à offrir le navire au demandeur et à lui céder la responsabilité à son égard après sa livraison. Il a en outre ordonné au demandeur de verser la garantie de 30 000 \$ sur-le-champ. Les dépens relatifs à la requête ont été adjugés aux défendeurs. Ceux-ci présentent un mémoire de frais de 148 \$ à ce titre.

Les défendeurs ont ensuite sollicité une ordonnance visant à obtenir la levée de la saisie du navire après que le greffe eut refusé d'émettre une mainlevée en application de la Règle 1006(2)(e) [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663]. Le 25 octobre 1990, M. le juge Strayer a accueilli la demande avec dépens en faveur des défendeurs lesquels présentent un mémoire de frais de 142 \$ à ce titre.

The key issue, according to plaintiff, is the lack of any right to tax these accounts at this time because the three orders occurred after a judgment directing each side to bear its own costs, said orders did not provide for payment forthwith and there is an outstanding appeal. Plaintiff relied on *The Law of Costs*, (2nd ed.) 1990-91, Mark M. Orkin, Q.C., chapter 4, section 402 at pages 4-2 and 4-3 to assert that, as these orders did not require payment forthwith, defendants must wait until final disposition of the appeal because "a requirement that costs of a motion be payable forthwith may prevent a meritorious action from coming to trial and, of lesser importance, it is preferable to have only one assessment of costs in an action at which time all aspects of the litigation can be considered by the assessment officer." In relying on this text, plaintiff submitted that I should consider disposition of the appeal in the same context as disposition at trial, that is, the final disposition of the issues raised by the action. In that sense, these three orders precede said final disposition and therefore the three related accounts are not yet eligible for taxation. Plaintiff referred to two cases cited in the Orkin text reinforcing the above-stated principle that, in the absence of a requirement to pay costs forthwith, taxation and payment of said costs must await final disposition of the substantive issues of the action: *Ford v. C.N.R.*, [1937] 2.W.W.R. 216 (Sask. C.A.), at pages 217-218 and *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630 (H.C.). To allow defendants to tax these three accounts would be tantamount to creating precedent for a multiplicity of taxations in the course of an action.

In reply, defendants argued that there are no Rules of Court or practice, applicable cases or orders precluding immediate taxation. Plaintiff's cases are distinguishable because they address interlocutory decisions which necessarily occur

Selon le demandeur, la question essentielle en litige est l'absence totale du droit de taxer ces mémoires de frais à cette étape des procédures. En effet, les trois ordonnances en cause ont été rendues à la suite d'un jugement selon lequel chaque partie devait assumer ses propres dépens; en outre, aux termes de ces ordonnances, les dépens n'étaient pas payables sur-le-champ et, enfin un appel est en instance. Le demandeur a invoqué l'ouvrage *The Law of Costs*, (2<sup>e</sup> éd.) 1990-91, de Mark M. Orkin, c.r., chapitre 4, article 402, aux pages 4-2 et 4-3 au soutien de sa thèse selon laquelle les défendeurs doivent attendre qu'il soit statué définitivement sur l'appel puisque ces ordonnances n'obligeaient pas à payer les dépens sur-le-champ car, d'après cet ouvrage [TRADUCTION] «le fait qu'un tribunal oblige une partie à payer sur-le-champ les dépens relatifs à une requête peut empêcher une action bien fondée d'être instruite. Au demeurant, il est préférable que l'évaluation des dépens relatifs à une action se fasse en un seul temps, pendant lequel l'officier évaluateur pourra tenir compte de tous les aspects du litige». En invoquant ce texte, le demandeur a soutenu que les questions soulevées dans l'action ne seraient pas définitivement réglées tant qu'il ne sera pas statué sur l'appel du jugement de première instance. Dans cette mesure, les trois ordonnances en cause précèdent le règlement définitif de l'instance, si bien qu'il est trop tôt pour taxer les trois mémoires de frais y afférents. Le demandeur a invoqué deux jugements cités dans le texte d'Orkin au soutien du principe énoncé ci-dessus selon lequel les dépens ne sauraient être taxés ou payés avant qu'il ne soit statué définitivement sur les questions de fond soulevées dans l'action en l'absence d'obligation de les payer sur-le-champ: voir les arrêts *Ford v. C.N.R.*, [1937] 2 W.W.R. 216 (C.A. Sask.), aux pages 217 et 218, et *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630 (H.C.). Le fait de permettre aux défendeurs de faire taxer ces trois mémoires de frais reviendrait à créer un précédent autorisant la multiplicité de taxations dans le cours d'une action.

En réponse à cet argument, les défendeurs ont soutenu qu'aucune règle de la Cour, règle de pratique, jurisprudence pertinente ou ordonnance n'empêchait la taxation immédiate. Selon eux, une distinction peut être faite avec les décisions citées

prior to trial. Defendants took no issue with the principle that taxation of interlocutory awards of costs should await final trial. However, notwithstanding an outstanding appeal, the judgment of Walsh D.J. is operative, there has been no stay of execution and therefore there has been final disposition of the action extinguishing all interlocutory awards of "costs in the cause" and presumably (not asserted by defendants in their argument) now permitting taxation of interlocutory or otherwise awards of "costs" in any event of the cause. These three accounts relate to post-judgment matters and therefore it is the plaintiff who should have requested special directions to delay taxation. Defendants asserted that I should rely on the jurisprudence of this Court, even if not addressed specifically to the issue before me, for matters of practice as opposed to plaintiff's cases from other jurisdictions. Defendants cited Walsh J. (as he then was) in *Eastern Canada Towing Ltd. v. The Algobay*, [1980] 2. F.C. 366 (T.D.) addressing a motion for special directions as to costs relating to a motion in the Trial Division for moderation of bail. The Honourable Mr. Justice Mahoney, P.C., had heard this interlocutory motion for bail, reduced the bail and awarded costs in the cause. The owners appealed and the other parties cross-appealed. By judgment dated December 11, 1979, the appeal was allowed with costs in both Courts, the cross-appeals were dismissed with costs, the order of Mahoney J. (as he then was) was set aside, the appellant's application in the Trial Division was granted and bail was further reduced. At page 367, Walsh J. concluded that said judgment varied the award of costs by Mahoney J. "so that

par le demandeur dans la mesure où elles portent toutes sur des décisions interlocutoires, lesquelles sont nécessairement rendues avant l'instruction. Les défendeurs ne contestent pas le principe selon lequel la taxation d'adjudications interlocutoires de dépens ne saurait avoir lieu avant l'instruction définitive. Toutefois, malgré l'appel en instance, la décision du juge suppléant Walsh est effective et n'a fait l'objet d'aucune suspension d'exécution. En conséquence, il a été statué définitivement sur l'action si bien que cette décision a eu pour effet de rendre caduques toutes les adjudications interlocutoires selon lesquelles «les dépens suivraient l'issue de la cause». On peut présumer (bien que les défendeurs ne l'allèguent pas dans leur plaidoirie) que la taxation des adjudications, interlocutoires ou autres, de «dépens», quelle que soit l'issue de la cause, peut maintenant avoir lieu. Ces trois mémoires de frais se rapportent à des questions postérieures au jugement. Par conséquent, il revenait au demandeur de demander des directives spéciales pour surseoir à la taxation. Selon les défendeurs, je devrais suivre la jurisprudence de cette Cour en matière de pratique, même si elle ne porte pas spécialement sur la question dont je suis saisi par opposition aux décisions invoquées par le demandeur, lesquelles ont été rendues par d'autres juridictions. Les défendeurs ont cité les propos du juge Walsh (tel était alors son titre) dans le jugement *Eastern Canada Towing Ltd. c. L'Algobay*, [1980] 2 C.F. 366 (1<sup>re</sup> inst.). Cette décision portait sur une demande de directives spéciales au sujet des frais relatifs à une demande en réduction de cautionnement présentée devant la Section de première instance. Le juge Mahoney, C.P., après avoir entendu la requête interlocutoire en question, avait réduit le cautionnement et statué que les dépens suivraient l'issue de la cause. Les propriétaires ont interjeté appel de ce jugement et les parties adverses ont interjeté un appel incident. Aux termes d'un arrêt en date du 11 décembre 1979, l'appel a été accueilli avec dépens devant les deux instances, les appels incidents ont été rejetés avec dépens, l'ordonnance du juge Mahoney (tel était alors son titre) a été annulée, la demande de la partie appelante devant la Section de première instance a été accueillie et le cautionnement a été réduit davantage. À la page 367, le juge Walsh a conclu que le jugement précité avait modifié l'adjudication des dépens rendue par le juge Mahoney. «Ainsi, les appelantes ayant eu gain de cause ont

the successful appellants became entitled to have their bill of costs taxed forthwith.”

Defendants relied on *IBM Canada Ltd. v. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 F.C. 181 (C.A.). This decision addressed a bill of costs for an interlocutory motion in the Trial Division. The Honourable Mr. Justice Urie wrote for the Court at pages 183-184:

Counsel for the appellant indicated from the outset that he was not attacking the quantum of the bill as taxed or any particular item or items therein, but was challenging the right of the respondents to tax its bill at this stage of the proceedings or, in other words, he argued that the taxation was premature. The order of the Trial Division dismissed the appellant’s motion “with costs”. Similarly, the appellant’s appeal from that order was dismissed “with costs”. Counsel’s argument, as I understand it, was that the expression “with costs” must mean “with costs to the Plaintiff in the cause”. He argued that if this were not so the learned Trial Judge who heard the motion would have made some other disposition of the costs such as “costs to the Plaintiffs in any event of the cause” or “costs forthwith after taxation thereof”. Since no such direction was given, he submitted that the costs must follow the final outcome of the litigation and since the action has not yet come to trial, there has been no determination of the issues between the parties and thus the bill cannot yet be taxed.

This argument is not supported by what I deem to be the correct interpretation of Rule 344(1), irrespective of the meaning attributed to the phrase “with costs”. The applicable portion of that Rule reads as follows:

(1) The costs of and incidental to all proceedings in the Court shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless otherwise ordered. [The emphasis is ours.]

Clearly this definition does not exclude an interlocutory proceeding and since the word “action” was not used in Rule 344(1), the phrase “shall follow the event unless otherwise ordered” must mean in this instance, “shall follow the result of each interlocutory proceeding unless otherwise ordered”. If I am correct in this view, since in neither the order of the learned Trial Judge nor the order of this Court was there a disposition of the costs in a contrary manner, the costs were to follow the result of the interlocutory motion and subsequent appeal. In each case the appellant lost and thus the respondents were entitled to tax their bill of costs following the dismissal of the motion and subsequently their costs on the appeal . . .

and defendants asserted that the principle enunciated, although referring to provisions for costs no longer in force, has not been varied in the jurisprudence. Finally, defendants relied upon the *Canadian Encyclopedic Digest*, Western (3rd ed.), vol. 9, 1981, pages 38-107, § 272, which read, in part, that the “court may order a stay of execution for costs pending an appeal”, to assert that, in the

eu droit à la taxation immédiate de leur mémoire de frais».

Les défendeurs ont invoqué l’arrêt *IBM Canada Ltd. c. Xerox of Canada Ltée*, [1977] 1 C.F. 181 (C.A.). Cette décision portait sur un mémoire de frais établi à l’égard d’une requête interlocutoire présentée devant la Section de première instance. M. le juge Urie a écrit ce qui suit au nom de la Cour, aux pages 183 et 184:

Dès le début, l’avocat de l’appelante a indiqué qu’il n’attaquait pas le montant du mémoire de frais taxés, ni aucune des rubriques de celui-ci, mais qu’il contestait le droit des intimés de taxer leur mémoire à cette étape des procédures; en d’autres termes, il soutient que la taxation est prématurée. L’ordonnance de la Division de première instance a débouté l’appelante de sa requête «avec dépens». De même, l’appel interjeté par l’appelante à l’encontre de cette ordonnance a été rejeté «avec dépens». L’avocat prétend, semble-t-il, que l’expression «avec dépens» signifie «dépens à la demanderesse en l’espèce». Il prétend que si ce n’était pas le cas, le savant juge de première instance qui a entendu la requête se serait exprimé différemment et aurait précisé, par exemple, [TRADUCTION] «dépens aux demanderesse quelle que soit l’issue de la cause» ou [TRADUCTION] «les dépens seront exigibles immédiatement après leur taxation». Vu l’absence de directives de cette nature, l’avocat soumet que les dépens doivent suivre l’issue du litige et que l’action n’ayant pas encore été entendue, le litige n’est pas tranché et le mémoire de frais ne peut donc pas être taxé.

Indépendamment de la signification donnée à l’expression «avec dépens», cette thèse est incompatible, à mon avis, avec l’interprétation correcte de la Règle 344(1), dont voici l’extrait pertinent:

(1) Les dépens et autres frais de toutes les procédures devant la Cour sont laissés à la discrétion de la Cour et suivent le sort de l’affaire sauf ordonnance contraire. [C’est moi qui souligne.]

Il est évident que cette définition n’exclut pas les procédures interlocutoires et, puisque la Règle 344(1) n’emploie pas le terme «action», l’expression «suivent le sort de l’affaire sauf ordonnance contraire» doit signifier en l’espèce, «suivent l’issue de chaque procédure interlocutoire sauf ordonnance contraire». Si mon interprétation est exacte, puisque ni le savant juge de première instance ni cette cour n’ont tranché la question des dépens de manière contraire, les dépens doivent suivre l’issue de la requête interlocutoire et de l’appel subséquent. Dans les deux cas l’appelante a perdu; les intimés avaient donc droit à la taxation de leur mémoire de frais à la suite du rejet de la requête, puis de leurs dépens dans l’appel.

Selon les défendeurs, le principe énoncé précédemment, bien qu’il se rapporte à des dispositions relatives aux dépens qui ne sont plus en vigueur, n’a pas été modifié depuis par la jurisprudence. Enfin, ils invoquent l’ouvrage *Canadian Encyclopedic Digest*, Western (3<sup>e</sup> éd.), vol. 9, 1981, pages 38 à 107, § 272, qui prévoit notamment que [TRADUCTION] «le tribunal peut ordonner la sus-



absence here of such a stay and regardless of an outstanding appeal, the three accounts are taxable and payable now.

In rebuttal, plaintiff argued that the term “interlocutory” simply means “not final” and there is no authority to restrict its meaning to matters before the trial. The three orders in issue are interlocutory because, given an outstanding appeal, they address matters which are other than the final adjudication of the substantive issues generated by the action. The cases in the *Canadian Encyclopedic Digest* are not applicable as they appear to relate to final dispositions. The *Eastern Canada Towing Ltd.* and *Xerox* cases revolved about significantly different facts and, more importantly, Rules which were removed and replaced by others incorporating radical changes particularly with regard to the phrase “shall follow the event unless otherwise ordered”. The Honourable Mr. Justice Stone in reasons issued on March 30, 1990 in *Canadian National Railway Co. et al. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. and Tug “Jervis Crown” et al.* [(1990), 113 N.R. 4 (F.C.A.)] dealt with an application to remove tariff limits, noted a number of cases under the old Tariff addressing said point, quoted from one enunciating the relevant principle before the old Rules were displaced and concluded (at page 6) “[t]hat position appears to have been displaced by the 1987 revision of the **Federal Court Rules**, for those **Rules** now provide much greater latitude for allowing costs beyond the maximum amounts specified in Tariff B.” Plaintiff argued that said conclusion, by extension, precluded reliance on defendants’ cases based as they were on significantly changed legislation (I cannot help but note that this argument cuts both ways: the underlying

pension de l’exécution à l’égard des dépens en attendant qu’il y ait appel». Ainsi, vu qu’une telle suspension n’a pas été ordonnée en l’espèce et indépendamment du fait qu’un appel soit en instance, les trois mémoires de frais seraient taxables et payables dès maintenant.

En guise de réplique, le demandeur a soutenu que le mot «interlocutoire» s’entend simplement de «ce qui n’est pas définitif». Selon lui, il n’existe aucune autorité tendant à restreindre la signification de ce mot aux questions qui précèdent l’instruction. Les trois ordonnances en cause sont interlocutoires dans la mesure où, compte tenu de l’appel en instance, elles portent sur des questions autres que l’adjudication définitive des questions de fond soulevées dans l’action. Les décisions citées dans le *Canadian Encyclopedic Digest* ne s’appliquent pas en l’espèce puisqu’elles semblent se rapporter à des cas où le litige avait été définitivement tranché. Le jugement *Eastern Canada Towing Ltd.* et l’arrêt *Xerox* portaient sur des faits tout à fait différents et, ce qui est plus important encore, sur des règles qui ont été abrogées depuis et remplacées par d’autres qui sont fondamentalement différentes, notamment en ce qui concerne la phrase «suivent le sort de l’affaire sauf ordonnance contraire». Dans des motifs rendus le 30 mars 1990 dans l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada et autres c. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. et Tug “Jervis Crown” et autres*, [(1990), 113 N.R. 4 (C.A.F.)], M. le juge Stone a statué sur une demande pour que puissent être accordés des dépens supérieurs aux montants maximaux prévus au tarif. Le juge a cité un certain nombre de jugements qui portaient sur cette question rendus en application de l’ancien tarif, notamment un passage qui énonçait le principe pertinent à suivre avant la modification des anciennes Règles. Le juge a conclu en ces termes (à la page 6): «[c]ette position semble avoir été modifiée par la révision apportée en 1987 aux **Règles de la Cour fédérale**, puisque celles-ci accordent désormais une beaucoup plus grande latitude pour ce qui est d’attribuer des dépens supérieurs aux montants maximaux prévus au Tarif B». Selon le demandeur, il faut en déduire que l’on ne saurait se fonder sur la jurisprudence citée par les défendeurs dans la mesure où elle a été établie en application de dispositions législatives qui ont fait l’objet de modifications importantes. (Je ne puis m’empêcher

legislation for plaintiff's cases might not duplicate our present legislation).

Finally, defendants argued that the three orders addressed the fate of a vessel which has been released, had responsibility for its care and custody assigned and has been delivered. Any relief that the Court of Appeal could give would not change that history. Plaintiff asserted that said proposition was untenable because, by it, every decision becomes final and irreversible. Here, a key issue for the Court of Appeal will be whether the vessel should have been delivered.

At taxation, I indicated that my inclination was to reserve on the preliminary objection and defer submissions on the particulars of the accounts. Plaintiff concurred particularly given the lack of a supporting affidavit. Defendants, however, wished to proceed and, as it was their taxation, I received their submissions on the particulars. Given my disposition below, there is no need to outline them.

### MY CONCLUSIONS

My first inclination was to factor into my analysis a consideration of whether acceptance of plaintiff's proposition would constitute, in effect, stay of execution of the operation of a judgment: a remedy or effect normally beyond the jurisdiction of any Taxing Officer. I rejected that inclination. The issue here revolves solely about the meaning to be given the term "interlocutory". If I affirm plaintiff's proposition, the principles in the jurisprudence are clear, save as discussed below, and require that I refuse to tax as there has not effectively been final adjudication of the substantive issues raised by the action.

Interlocutory and final judgments can exhibit different and significant procedural implications

de souligner que cet argument vaut dans les deux sens: en effet, il se peut que les dispositions législatives aux termes desquelles les jugements invoqués par le demandeur ont été rendus soient différentes des dispositions actuelles).

Enfin, les défendeurs ont souligné que les trois ordonnances portaient sur le sort du navire: sa saisie a été levée, la responsabilité quant à son entretien et sa garde a été attribuée et il a été livré. L'arrêt de la Cour d'appel ne modifierait en rien ces faits, quelle que soit la réparation accordée. Selon le demandeur, cette proposition était intenable dans la mesure où elle signifierait que toute décision est définitive et irréversible. En l'espèce, l'une des principales questions dont connaîtra la Cour d'appel sera de savoir si le bateau aurait dû être livré.

À l'instruction de la taxation, j'ai fait savoir que j'aurais préféré réserver ma décision sur l'objection préliminaire et remettre à plus tard l'audition des arguments sur les divers postes des mémoires de frais. Le demandeur a souscrit à cette manière de procéder, notamment en raison de l'absence d'affidavit déposé à l'appui de la demande de taxation. Cependant, les défendeurs tenaient à ce que l'audition se poursuive. Puisque ce sont eux qui demandent la taxation, j'ai entendu leurs arguments relatifs aux divers postes de leurs mémoires de frais. Vu ma décision en l'instance, il est inutile de les rapporter ici.

### MES CONCLUSIONS

J'avais d'abord voulu aborder la question de savoir si le fait d'accepter l'argument du demandeur reviendrait à suspendre l'exécution d'un jugement, une mesure qui ne relèverait pas normalement de la compétence de l'officier taxateur. J'ai décidé de ne pas suivre cette approche. La résolution du présent litige dépend uniquement de l'interprétation qu'il faut donner au mot «interlocutoire». Si j'accepte l'argument du demandeur, les principes jurisprudentiels sont clairs, sous réserve de ce qui est exposé ci-dessous: je dois refuser de taxer les mémoires de frais demandés puisqu'il n'y a effectivement pas été définitivement statué sur les questions de fond soulevées dans l'action.

Les jugements interlocutoires et définitifs peuvent entraîner diverses conséquences au plan de la

for litigants i.e. different time limits to appeal, different rights of appeal (that is, whether leave is required). I raise this only to demonstrate that legal systems have not casually conceived the distinction, by means of the terms "final" and "interlocutory", between decisions of a court. Defendants' position, in effect, would create yet another characterization of decisions neither "final" nor "interlocutory" and I considered carefully whether I should affirm said position. The term "interim" is sometimes used to describe decisions of specified and limited duration but they are essentially still interlocutory in nature.

With respect, I have difficulty with the conclusion noted above in *Eastern Canada Towing Ltd.* (that appellants could tax forthwith) because, as I see it, the Court of Appeal simply exercised its jurisdiction under subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] to change the result of an interlocutory proceeding but in such a manner as not to disturb the ordinary practice and principles applicable to such proceedings. In particular, the Court of Appeal did not provide for payment of costs forthwith in the Trial Division and Walsh J. noted the Court of Appeal "made no special direction". Therefore, I do not understand the basis for a conclusion effectively varying, for this particular interlocutory proceeding i.e. the motion for moderation of bail, the common practice of delaying taxation until final judgment. As for the *Xerox* case, I think it important to note that, in stating at page 184 that "the respondents were entitled to tax their bill of costs following the dismissal of the motion", the Court was not addressing the point in time at which a bill of costs for an interlocutory proceeding may be taxed but rather was simply affirming, by use of the phrase "tax their bill of costs", an entitlement in law to costs. I think that I am on solid ground in so surmising given Urie J.A.'s characterization of the issue (page 183) before the Court. His Lordship said that the appellant asserted taxation was premature because of the meaning to be given the term "with costs". Appellants apparently argued that the meaning of said term was bound up in the final outcome of litigation and, as no trial had yet

procédure. Celles-ci peuvent parfois revêtir beaucoup d'importance pour les parties en litige, par exemple, en ce qui concerne les délais d'appel différents et le droit d'appel (avec ou sans autorisation). Je soulève ce point uniquement pour démontrer que la distinction entre les décisions judiciaires «définitives» et «interlocutoires» n'a pas été conçue de façon arbitraire dans les divers régimes juridiques. L'argument des défendeurs, s'il devait être entériné, tendrait à créer une nouvelle catégorie de décisions qui ne seraient ni «définitives» ni «interlocutoires». J'ai soigneusement considéré l'opportunité d'admettre cette thèse. On emploie parfois l'expression «provisoire» pour décrire des décisions dont l'exécution est d'une durée déterminée. Néanmoins, de telles décisions sont quand même de nature interlocutoire.

En toute déférence, j'ai de la difficulté à admettre la conclusion précitée à laquelle la Cour est arrivée dans le jugement *Eastern Canada Towing Ltd.* (selon laquelle les parties appelantes avaient droit à la taxation immédiate). En effet, j'estime que la Cour d'appel exerçait simplement sa compétence aux termes du sous-alinéa 52 b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] en vue de modifier le résultat d'une instance interlocutoire, mais de manière à ne pas déroger à la pratique et aux principes courants applicables à de telles instances. Je remarque notamment que la Cour d'appel n'a pas ordonné le paiement immédiat des dépens devant la Section de première instance et que d'après le juge Walsh, la Cour d'appel «(n'avait) donné aucune directive spéciale» à cet égard. Par conséquent, je ne comprends pas pourquoi la Cour, saisie de cette instance interlocutoire particulière, c'est-à-dire la demande en réduction de cautionnement, a jugé bon de rendre une ordonnance qui a effectivement eu pour effet de déroger à la pratique courante de surseoir à la taxation jusqu'au jugement définitif. Pour ce qui est de l'arrêt *Xerox*, je crois qu'il est important de signaler que la Cour saisie de cette affaire n'avait pas voulu préciser le moment auquel un mémoire de frais d'une instance interlocutoire pouvait être taxé lorsqu'elle a affirmé, à la page 184, que «les intimées avaient donc droit à la taxation de leur mémoire de frais à la suite du rejet de la requête». J'estime plutôt que la Cour, en employant l'expression «taxation de leur mémoire de frais» affirmait simplement leur droit aux

occurred and therefore no entitlement to costs contingent on the cause yet existed, taxation was premature. The problem before Urie J.A. did not resemble mine in that I am not asked to affirm an entitlement to costs. § 272 of the *Canadian Encyclopedic Digest* cited three cases as footnotes: *Maple Leaf Lumber Co. v. Caldbick and Pierce* (1918), 14 O.W.N. 99 (App. Div.); *Leonard v. Wharton* (1921), 20 O.W.N. 440 (H.C.); and *Rossiter v. Toronto R.W. Co.* (1907), 11 O.W.R. 189. In the first, there had been judgment at the trial and appellate levels. One of three plaintiffs had an outstanding appeal to the Supreme Court of Canada and defendants sought to tax and retain costs against the other two. The Court concluded that, as costs are an indemnity and not a debt due between litigants, the right to costs was contingent upon the appeal. An order went requiring payment into Court of the costs pending the appeal (that is, the result might vary the entitlement to costs as against the other two plaintiffs). In the second, a similar result occurred but in relation to a reference. As well, in the third, a similar result occurred. These cases effectively suggest that taxation to crystallize amount may occur prior to the disposition of appeal but that effective execution for said dollars must await the outcome of appeal. That principle predates the cases noted above in *The Law of Costs*, allows litigants to put one another to potentially unnecessary costs in proving accounts and, assuming that a normal right of review exists, exposes the Court to unnecessary expenditures of its time in resolving challenges to taxed costs. I assume that the Ontario courts in the later cases were aware of but did not follow the

dépens, au plan juridique. J'estime que cette interprétation est bien fondée, vu la manière dont le juge Urie, J.C.A., a caractérisé la question en litige dont la Cour était saisie (à la page 183).

a Selon le juge, l'appelante soutenait que la taxation était prématurée à cause du sens qu'il fallait donner à l'expression «avec dépens». Apparemment, les appelantes avaient plaidé que le sens de cette expression dépendait de l'issue du litige.

b Selon elles, puisque l'action n'avait pas encore été entendue, aucun droit aux dépens lié à l'issue de la cause n'avait encore pris naissance, de sorte que la taxation était prématurée. Le juge Urie, J.C.A., était donc saisi d'une question différente de celle

c en l'espèce puisque je ne suis pas appelé à confirmer le droit d'une partie aux dépens. Trois décisions sont citées, sous forme de renvois, à § 272 du *Canadian Encyclopedic Digest: Maple Leaf Lumber Co. v. Caldbick and Pierce* (1918), 14 O.W.N. 99 (Div. App.); *Leonard v. Wharton* (1921), 20 O.W.N. 440 (H.C.); et *Rossiter v. Toronto R.W. Co.* (1907), 11 O.W.R. 189. Dans la première affaire, des jugements avaient été rendus en première instance et en appel. L'une des

e trois parties demandresses avait formé un pourvoi, toujours en instance, devant la Cour suprême du Canada. Les parties défenderesses ont sollicité la taxation des dépens contre les deux autres.

f Selon le tribunal, puisque les dépens participent d'une indemnité plutôt que d'une créance entre les parties au litige, le droit aux dépens dépendait de l'issue de l'appel. Le tribunal a rendu une ordonnance portant consignation des dépens en attendant l'issue de l'appel. Autrement dit, celle-ci pouvait avoir une incidence sur le droit aux dépens

g contre les deux autres parties demandresses. La deuxième affaire, laquelle portait sur un renvoi, était au même effet. Il en était de même dans la troisième affaire. Ces jugements laissent effectivement entendre qu'une taxation visant à fixer le montant des dépens peut avoir lieu avant qu'il ne soit statué sur l'appel mais que son exécution effective pour le montant ainsi fixé doit attendre

h l'issue de l'appel. Selon ce principe, lequel a été établi avant que ne soient rendues les décisions précitées dans l'ouvrage *The Law of Costs*, les parties au litige peuvent contraindre la partie adverse à engager des dépenses parfois inutiles

i pour faire la preuve de leur mémoire de frais. En outre, dans la mesure où il existe un droit ordinaire de révision, les tribunaux risquent d'avoir à consacrer

implied principle in the earlier cases from these two texts.

I noted the following authorities: *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1979, Butterworths, vol. 26, page 240, paragraph 506:

**506. Interlocutory judgments and orders.** An order which does not deal with the final rights of the parties, but either (1) is made before judgment, and gives no final decision on the matters in dispute, but is merely on a matter of procedure, or (2) is made after judgment, and merely directs how the declarations of right already given in the final judgment are to be worked out, is termed "interlocutory".

An interlocutory order, even though not conclusive of the main dispute, may be conclusive as to the subordinate matter with which it deals.

The phrase "interlocutory judgment" is also used to describe a judgment for damages to be assessed. [Footnote references deleted.]

*Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed.), John Burke, 1977, vol. 1, page 999:

**Interlocutory.** A proceeding in an action is said to be interlocutory when it is incidental to the principal object of the action, namely, the judgment. Thus, interlocutory applications in an action include all steps taken for the purpose of assisting either party in the prosecution of his case, whether before or after final judgment; or of protecting or otherwise dealing with the subject-matter of the action before the rights of the parties are finally determined; or of executing the judgment when obtained. Such are applications for time to take a step (*e.g.*, to deliver a pleading), for discovery, for an interim injunction, for the appointment of a receiver, for obtaining a garnishee order, etc. So an order giving a plaintiff leave to sign judgment is interlocutory, because he must sign judgment before he can issue execution. The question whether an order is interlocutory is of importance with reference to the time during which it may be appealed against . . .

*A Concise Law Dictionary* (5th ed.) P. G. Osborn, 1964, page 172:

**interlocutory order.** While a final order determines the rights of the parties an interlocutory order leaves something further to be done to determine those rights. (Ord. 58, r. 4 notes).

**interlocutory proceeding.** One taken during the course of an action and incidental to the principal object of the action,

crer inutilement leur temps à résoudre les contestations quant aux frais taxés. J'en déduis de ces deux textes que les tribunaux ontariens saisis des affaires postérieures connaissaient le principe entériné implicitement dans les affaires antérieures mais qu'ils ne l'ont pas suivi.

J'ai pris connaissance des ouvrages de doctrine suivants: *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd.) 1979, Butterworths, vol. 26, page 240, paragraphe 506:

[TRADUCTION] **506. Jugements et ordonnances interlocutoires.** Est qualifiée d'«interlocutoire» l'ordonnance qui ne statue pas sur les droits définitifs des parties. Elle est rendue soit (1) avant jugement, auquel cas elle ne tranche pas définitivement les questions en litige mais porte simplement sur une question de procédure, soit (2) après jugement, auquel cas, elle indique simplement comment mettre en oeuvre les droits déjà accordés dans le jugement définitif.

L'ordonnance interlocutoire, même si elle ne résout pas le litige principal, peut résoudre la question subsidiaire qui y est visée.

L'expression «jugement interlocutoire» est également employée pour nommer un jugement qui condamne une partie à des dommages-intérêts dont le montant reste à évaluer. [Les renvois ont été supprimés.]

*Jowitt's Dictionary of English Law* (2<sup>e</sup> éd.), John Burke, 1977, vol. 1, page 999:

[TRADUCTION] **Interlocutoire.** Se dit de l'instance engagée dans le cadre d'une action et qui est incidente au principal objet de celui-ci, c'est-à-dire le jugement. Ainsi, les demandes interlocutoires engagées dans une action comprennent toutes les procédures engagées dans le but d'aider l'une ou l'autre des parties à exercer son droit en justice, que ce soit avant ou après le jugement définitif, afin de prendre des mesures relativement à l'objet de l'action, notamment de le protéger avant qu'il ne soit définitivement statué sur les droits des parties ou dans le but d'exécuter le jugement une fois qu'il est rendu. Il s'agit notamment des demandes visant à obtenir un délai pour faire quelque chose (par exemple, de remettre une pièce de procédure), à mener un interrogatoire préalable, à obtenir une injonction provisoire, à faire nommer un séquestre ou à obtenir une ordonnance de saisie-arrêt. Est donc interlocutoire l'ordonnance qui autorise la partie demanderesse à signer le jugement dans la mesure où elle doit remplir cette formalité avant de pouvoir en demander l'exécution. La question de savoir si une ordonnance est interlocutoire revêt de l'importance en ce qui concerne les délais d'appel contre celle-ci . . .

*A Concise Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd.) P.G. Osborn, 1964, page 172:

[TRADUCTION] **ordonnance interlocutoire.** Alors que l'ordonnance définitive détermine les droits des parties, l'ordonnance interlocutoire doit être suivie d'autres mesures avant d'arriver à cette fin. (Ord. 58, r. 4 notes).

**instance interlocutoire.** Se dit de l'instance engagée dans le cadre d'une action et qui est incidente au principal objet de

namely, the judgment. Thus, interlocutory applications in an action include all steps taken for the purpose of assisting either party in the prosecution of his case; or of protecting or otherwise dealing with the subject-matter of the action, or of executing the judgment when obtained.

*Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases* (4th ed.) John S. James, 1973 vol. 3, page 1410:

(6) "Interlocutory order" (Judicature Act 1873 (c. 66), s. 25(8)) was not confined to an order made between writ and final judgment, but meant an order other than final judgment; and, therefore, a receiver might be appointed under that section after final judgment . . . .

*The Canadian Law Dictionary* Datinder S. Sodhi pub. R.S. Vasan ed. 1980, page 199:

**interlocutory:** Provision; temporary; not final; a proceeding, order or judgment taken, made or pronounced between the commencement and the final disposition of an action. However, in certain exceptional cases, application made after final judgment is given in the action may be considered as an interlocutory application. The term 'interlocutory' may be applied to applications made to satisfy, by equitable execution or otherwise, the judgment obtained. See *Paulson v Murray* (1922) 68 D.L.R. 643 (Man.) and *Leonard v Burrows*, (1904) 7 O.L.R. 316 (C.A.).

I noted the exception in *The Canadian Law Dictionary* and read the *Paulson* [*Paulson v. Murray* (1922), 68 D.L.R. 643 (K.B.)] case cited. With respect, the statement of principle in the former seems inconsistent with the conclusions in the latter. In *Paulson*, the headnote (page 643) and the analysis of contempt proceedings (pages 646 and 649) suggest that to not characterize applications made after final judgment is given in the action as interlocutory would be the exception as opposed to the proposition in the *Canadian Law Dictionary*. I had the same reaction to *Leonard v. Burrows* [(1904), 7 O.L.R. 316 (C.A.)].

Generally, the authorities cited by me appear to undercut defendants' position. In so concluding, I recognize that they are based on varied legislation and practice in a number of different jurisdictions. I can ignore them if circumstances so warrant i.e. if the facts are distinguishable or the principle to be applied is shown to be faulty. Here, I surmise

celui-ci, c'est-à-dire le jugement. Ainsi, les demandes interlocutoires engagées dans une action comprennent toutes les procédures engagées dans le but d'aider l'une ou l'autre des parties à exercer son droit en justice, dans le but de prendre des mesures relativement à l'objet de l'action, notamment de le protéger ou pour exécuter le jugement une fois qu'il est rendu.

*Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases* (4<sup>e</sup> éd.) John S. James, 1973, vol. 3, page 1410:

[TRADUCTION] (6) L'expression «ordonnance interlocutoire» (Judicature Act 1873 (chap. 66), par. 25(8)) ne visait pas uniquement les ordonnances rendues entre l'émission du bref et le prononcé du jugement définitif. Cette expression s'entendait plutôt d'une ordonnance autre que le jugement définitif. Par conséquent, aux termes de ce paragraphe, un séquestre peut être nommé après le prononcé du jugement définitif . . . .

*The Canadian Law Dictionary*, Datinder S. Sodhi, éditeur, R.S. Vasan, rédacteur 1980, page 199:

[TRADUCTION] **interlocutoire:** Provisoire; temporaire; qui n'est pas définitif; une instance, une ordonnance ou un jugement formé, rendu ou prononcé, selon le cas, entre le moment où l'action est engagée et celui où elle est définitivement tranchée. Cependant, dans certains cas exceptionnels, la demande présentée après le prononcé du jugement définitif dans l'action peut être assimilée à une demande interlocutoire. On peut qualifier d'«interlocutoire» les demandes formées en vue de satisfaire au jugement obtenu, par voie d'exécution en *equity* ou autrement. Voir les décisions *Paulson v Murray* (1922) 68 D.L.R. 643 (Man.) et *Leonard v Burrows* (1904), 7 O.L.R. 316 (C.A.).

J'ai noté l'exception dont il est question dans le *Canadian Law Dictionary* et j'ai lu le jugement *Paulson* [*Paulson v. Murray* (1922), 68 D.L.R. 643 (K.B.)], précité. En toute déférence, j'estime que le principe énoncé dans l'ouvrage susmentionné semble contredire les conclusions du jugement *Paulson*. En effet, le sommaire de cette décision (à la page 643), ainsi que l'analyse de l'instance en outrage au tribunal (aux pages 646 et 649), laissent entendre que l'exception serait plutôt de ne pas qualifier d'interlocutoire les demandes formées après le prononcé du jugement définitif dans une action, contrairement à ce qui est exposé dans le *Canadian Law Dictionary*. J'ai eu la même impression en lisant le jugement *Leonard v. Burrows* [(1904), 7 O.L.R. 316 (C.A.)].

Dans l'ensemble, la jurisprudence que j'ai citée semble réfuter l'argument des défendeurs. En arrivant à cette conclusion, je reconnais que ces décisions portent sur diverses dispositions législatives et règles de pratique en vigueur dans plusieurs juridictions différentes. Je peux choisir de ne pas en tenir compte si les circonstances le justifient,

that plaintiff's intention, by his appeal, is to not remain in possession of the vessel. Although that portion of the judgment requiring further work by defendants may be, for practical purposes, irreversible if the work was actually performed, the effort represented by said work could be quantified for the purposes of a credit, if appropriate, should the appeal be successful. In all other respects, the terms of the judgment could be reversed. Plaintiff's cases and my series of excerpts suggest that the three accounts before me relate to interlocutory proceedings and therefore their taxation would be premature. However, I was bothered by the fact that the various authorities did not specifically address the distinction in terms of finality, if any, between a judgment at trial disposing of all substantive issues generated by the action as opposed to a judgment by the last possible appellate Court disposing, once and for all whether by confirming, reversing or setting aside the lower Court's judgment in whole or in part, of all substantive issues generated by the action. I looked again at the authorities specifically for the terms "final" and "judgment" and further noted:

*Halsbury's Laws of England, supra*, vol. 26, pages 238-239:

**504. Final and interlocutory judgments and orders.** There is no definition in the Judicature Acts or the rules of court made under them of the terms "final" and "interlocutory", and a judgment or order may be final for one purpose and interlocutory for another, or final as to part and interlocutory as to part. It is impossible to lay down principles about what is final and what is interlocutory. It is better to look at the nature of the application and not at the nature of the order eventually made. In general, orders in the nature of summary judgment where there has been no trial of the issues are interlocutory. It is in relation to the issue of a bankruptcy notice and to appeals to the Court of Appeal that the question whether a judgment is final or interlocutory usually arises.

**505. Final judgments and orders.** In general a judgment or order which determines the principal matter in question is termed "final". A final judgment has been defined as "a

c'est-à-dire si les faits permettent de faire une distinction ou s'il est démontré que le principe à appliquer est défectueux. En l'espèce, je présume que l'intention du demandeur, vu son appel, est de ne pas rester en possession du navire. Bien que la partie du jugement enjoignant aux défendeurs d'exécuter les travaux supplémentaires puisse être, à toutes fins pratiques, irréversible si les travaux ont effectivement été effectués, la valeur de ces travaux pourrait être quantifiée aux fins d'établir un crédit, s'il y a lieu, dans l'éventualité où l'appel serait accueilli. À tous les autres égards, le dispositif du jugement pourrait être infirmé. D'après la jurisprudence citée par le demandeur et la série de passages que j'ai moi-même cités, les trois mémoires de frais dont je suis saisi se rapportent à des instances interlocutoires, si bien que leur taxation serait prématurée. Cependant, il m'a paru regrettable que les divers ouvrages de doctrine et la jurisprudence précitées n'aient pas spécialement abordé la distinction, en termes de leur caractère définitif, le cas échéant, entre un jugement de première instance qui tranche toutes les questions de fond soulevées dans l'action et un arrêt prononcé par l'instance de dernier ressort, lequel tranche pour de bon toutes ces questions en confirmant, en infirmant ou en annulant le jugement du tribunal d'instance inférieure, en tout ou en partie. J'ai donc consulté une fois de plus la doctrine, pour savoir comment étaient définis les mots «définitif» et «jugement» et j'ai pu relever ce qui suit:

Dans *Halsbury's Laws of England*, précité, vol. 26, pages 238 et 239:

**504. Jugements et ordonnances définitifs et interlocutoires.** Ces expressions ne sont pas définies dans les Judicature Acts ou les règles de la Cour prises sous leur régime. Un jugement ou une ordonnance peut être définitif à certains égards et interlocutoire à d'autres. Ils peuvent être définitifs pour partie et interlocutoires pour une autre. Il est impossible d'énoncer une règle d'application générale qui permettrait de faire la distinction entre ce qui est définitif et ce qui est interlocutoire. Il est préférable de considérer la nature de la demande et non la nature de l'ordonnance rendue en conséquence. En règle générale, sont interlocutoires les ordonnances qui participent d'un jugement sommaire et qui ont été rendues sans que les questions en litige n'aient fait l'objet d'une instruction. La question de savoir si un jugement est définitif ou interlocutoire se pose habituellement en matière d'avis de faillite et d'appels portés devant la Cour d'appel.

**505. Jugements et ordonnances définitifs.** En règle générale, est qualifié de «définitif» le jugement ou l'ordonnance qui tranche la principale question en litige. Le jugement définitif a

judgment obtained in an action by which a previously existing liability of the defendant to the plaintiff is ascertained or established” and as “a judgment obtained in an action by which the question whether there was a pre-existing right of the plaintiff against the defendant is finally determined in favour either of the plaintiff or of the defendant”. A final order is none the less final by reason that it is subject to appeal, and a judgment may be final even though it directs inquiries, or deals with costs only, or is made on an interlocutory application, or reserves liberty to apply.

Although a judgment dismissing the plaintiff’s action is final, it may be accompanied by a direction that the dismissal is to be without prejudice to the plaintiff’s right to bring another action. Formerly, where an order was made dismissing an action unless within a specified time the plaintiff took a certain step, and the plaintiff failed to do so, the action was held to be at an end, but in modern cases the court takes a more liberal view. The reasoning behind the old cases is that the time limit is included in the order which has been passed and entered and such an order cannot be recalled. By the order the action is dismissed and at an end. The modern view is that the court has an inherent jurisdiction and also power under rules of court to extend the time within which a person is required to do any act in any proceedings. If an order stipulates a time within which a person is required or authorised to do such an act the court has power to extend the time. [Footnote references deleted.]

*The Canadian Law Dictionary, supra*, page 149:

**final:** Last, conclusive. See *Final Judgment*.

**final judgment:** The decision of the court which completely determines all the disputes between the parties before it and sets at rest the cause of action. The term ‘final’ in this context does not mean that all legal remedies are exhausted but only that, as far as the court that is passing the judgment is concerned, the matter is at an end. If there is a superior court empowered to review the ‘final judgment’ of the inferior court, the judgment may be appealed.

The term may be defined as meaning any judgment, rule, order or decision whereby an action, suit, cause, matter or other judicial proceeding is finally determined and concluded.

This last excerpt supports defendants’ position but I note that it links “final” to the Court in which the judgment is given and not to the Court giving that “final” judgment disposing once and for all of the substantive issues of the action. The other texts contained references to “final”, “judgment” or “final judgment” but did not add anything. How-

été défini comme étant «un jugement obtenu par voie d’action dans lequel une obligation déjà existante de la partie défenderesse envers la partie demanderesse est vérifiée ou établie» et comme «un jugement obtenu par voie d’action dans lequel la question de savoir si la partie demanderesse possédait déjà un droit contre la partie défenderesse est définitivement tranchée en faveur de l’une ou l’autre des parties». L’ordonnance qui peut être portée en appel ne perd pas pour autant son caractère définitif. De même, le jugement qui ordonne la tenue d’une enquête, qui porte seulement sur les dépens, qui est rendu sur demande interlocutoire ou qui réserve le droit de présenter une demande peut être définitif.

Bien que le jugement qui rejette l’action de la partie demanderesse soit définitif, il peut néanmoins être accompagné d’une directive selon laquelle le rejet ne porte pas atteinte aux droits de la partie demanderesse d’engager une autre action. Par le passé, lorsqu’une ordonnance portait rejet de l’action sous réserve de la faculté, pour la partie demanderesse, d’entreprendre certaines procédures dans un délai fixé et que celle-ci faisait défaut de le faire, l’action était tenue pour terminée. Cependant, de nos jours, les tribunaux ont adopté une approche plus libérale. Selon le raisonnement suivi dans les anciens jugements, le délai fixé fait partie de l’ordonnance qui a été rendue et consignée au dossier. Or, le tribunal ne peut revenir sur cette ordonnance. Celle-ci entraîne le rejet et la fin de l’action. De nos jours, d’aucuns admettent que les tribunaux ont la compétence inhérente, ainsi que le pouvoir, en vertu des règles de pratique de proroger les délais dans lesquels une personne est tenue de faire quelque chose dans une instance. Si une ordonnance fixe le délai dans lequel une personne est tenue ou autorisée à faire quelque chose, le tribunal a le pouvoir de proroger ce délai. [Les renvois ont été supprimés.]

Dans *The Canadian Law Dictionary*, précité, page 149:

[TRADUCTION] **définitif:** dernier, concluant. Voir *jugement définitif*.

**jugement définitif:** la décision du tribunal qui tranche complètement tous les litiges entre les parties devant lui et règle la cause de l’action. Dans ce contexte, le mot «définitif» ne veut pas dire que tous les recours judiciaires sont épuisés. Néanmoins, en ce qui concerne le tribunal qui rend le jugement, la question est réglée. Il peut être interjeté appel du jugement devant un tribunal d’instance supérieure ayant le pouvoir de contrôler le «jugement définitif» du tribunal d’instance inférieure, le cas échéant.

Cette expression peut s’entendre de tout jugement, ordonnance ou décision par lequel une action, une poursuite, une cause, une affaire ou autre instance judiciaire est définitivement tranchée et terminée.

Ce dernier passage corrobore la thèse des défendeurs. Cependant, je note qu’il emploie le mot «définitif» pour qualifier le dernier jugement d’un tribunal donné et non pour qualifier le jugement du tribunal de dernier ressort qui permet de trancher pour de bon toutes les questions soulevées dans l’action. Les expressions «définitif», «juge-



ever, I did examine *Black's Law Dictionary* (6th ed.), 1990 under the headings "Interlocutory" and "Interlocutory decision" (page 815); "Final", "Final appealable order or judgment", "Final decision or judgment", "Final disposition" and "Final hearing" (pages 629-630) and the subheadings "Final judgment" and "Interlocutory judgment" (page 843) within "Judgment" (page 841). They did not tend to support a conclusion that "final" as opposed to "interlocutory" should refer exclusively to the decision by the last possible appellate court on the substantive issues of the action. An additional passage from *Halsbury's Laws of England, supra*, does not clarify this issue. Volume 37 paragraph 713, page 548 re: **Jurisdiction to award costs** addresses "forthwith" in relation to unrepresented litigants. Footnote no. 11 (page 549) suggests no specific direction is necessary to tax an interlocutory matter forthwith. The case cited therein, *Allied Collection Agencies Ltd v Wood*, [1981] 3 All ER 176 (Q.B.D.), addressed the difference in meaning between the phrases "with costs" and "costs in any event of the cause" and concluded that the former had effectively acquired, in exceptional circumstances, the special characteristic of entitlement to immediate taxation. The Court, in an *obiter* comment, lamented (page 181) the necessity for this conclusion and called for a change in the Rules so as to prescribe the form of order for instances warranting immediate taxation. I am not aware of jurisprudence, and in particular since the amendment in 1987 [SOR/87-221] to our Rules and Tariff, in this Court attributing the special characteristic, "forthwith", to the phrase "with costs" as opposed to "costs in any event of the cause". Overall, the authorities placed me in a quandary because, from the technical perspective of the Court in which it was given, the judgment of Walsh D.J. would appear to trigger the right to tax the interlocutory proceedings including those in issue before me (on this latter point, the authorities clearly preclude creation of some new and third characterization of judgments in addition to "final" and "interlocutory"). I hesitate to suggest that the powers of the Court of Appeal under section 52 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] mean that the judgment of Walsh D.J. is not final because there is nothing in the legislation to invoke an automatic stay pending appeal at the instant of delivery of

ment» et «jugement définitif» sont définies dans les autres textes mais ceux-ci n'ajoutent rien de nouveau. Cependant, j'ai consulté le *Black's Law Dictionary* (6th ed.), 1990 sous les rubriques a [TRADUCTION] «interlocutoire», «décision interlocutoire» (à la page 815), «définitif», «ordonnance ou jugement définitif susceptible d'appel», «décision ou jugement définitif», «conclusion définitive» et «audition définitive» (aux pages 629 et 630) b ainsi que les sous-rubriques [TRADUCTION] «jugement définitif» et «jugement interlocutoire» (à la page 843) sous la rubrique «jugement» (à la page 841). Ces définitions ne tendent pas à confirmer la conclusion selon laquelle le mot «définitif», par c opposition à «interlocutoire», doit s'entendre exclusivement d'une décision rendue par le tribunal de dernier ressort sur les questions de fond soulevées dans l'action. Un autre passage tiré du *Halsbury's Laws of England*, précité, ne permet pas non plus d'éclaircir ce point. Sous la rubrique [TRADUCTION] «Compétence pour adjuger les dépens», volume 37, paragraphe 713, page 548, la portée du mot «immédiatement» est analysée en rapport avec des parties au litige non représentées par avocat. e D'après le renvoi n°11 (page 549), aucune directive particulière n'est nécessaire pour pouvoir taxer immédiatement une affaire interlocutoire. Le jugement qui y est cité, *Allied Collection Agencies Ltd v Wood*, [1981] 3 All ER 176 (Q.B.D.), portait sur f la différence de sens entre les expressions «avec dépens» et «avec dépens quelle que soit l'issue de la cause». Le tribunal saisi de cette affaire a conclu que la première expression avait effectivement acquis, dans certains cas exceptionnels, la caractéristique spéciale de donner droit à la taxation g immédiate. Dans une remarque incidente, le tribunal a estimé qu'il était regrettable d'être obligé d'en arriver à cette conclusion (à la page 181) et a demandé que les règles soient modifiées de h manière à prescrire la forme de l'ordonnance qui pourrait être rendue dans les cas qui justifient la taxation immédiate. À ma connaissance, cette Cour n'a jamais statué que l'expression «avec dépens» laissait entendre que ceux-ci pouvaient être taxés «immédiatement», par opposition à l'expression «avec dépens quelle que soit l'issue de la cause», notamment depuis les modifications apportées à nos Règles et à notre tarif, en 1987 i [DORS/87-221]. Dans l'ensemble, la doctrine a été pour moi une source d'embarras car, du point j

said judgment. Counsel did not raise it before me, but I noted Rule 1214:

*Rule 1214.* The attorney or solicitor on the record and the address for service of a party on an appeal from the Trial Division shall continue to be the same as they were in the proceeding in which the judgment appealed against was given and, for these and similar purposes, Parts I, II and III are applicable to such an appeal as though the appeal were a continuation of that proceeding.

and, in particular, its concluding clause relating to Part III of the Rules being applicable “as though the appeal were a continuation” of the “proceeding in which the judgment appealed against was given.” Part III of the Rules contains the provisions for costs in this Court. With all due respect to the authority carried by a judgment of the Trial Division, I cannot conclude that said authority should supersede or vary the established and, in my view, practical principle that one taxation of costs should occur in relation to the cause of an action. That is, the Taxing Officer should have, in assessing accounts, the benefit of the final (by that, I mean that decision not subject to any further appeal) conclusion on the substantive issues generated by the action. Given my analysis of Rule 1214, I conclude that defendants’ presentation of these accounts is premature. In so concluding, I had in mind several cases, from other jurisdictions, not cited above. I did not cite them because they set out contradictory positions and I was already satisfied that no universal principle had crystallized. For example, in *Justik v. Brosseau* (1979), 9 Alta. L.R. (2d) 89, at page 90, the Alberta Supreme Court (Appellate Division) concluded (January 16, 1979) that the term “costs” is au-

de vue technique de l’instance devant laquelle elle a été rendue, la décision du juge suppléant Walsh semblerait consacrer le droit de taxer des instances interlocutoires, notamment celle dont je suis saisi.

*a* À cet égard, il est clair que la doctrine ne nous autorise pas à créer une sorte de troisième type inédit de jugement, qui viendrait s’ajouter aux jugements «définitifs» et «interlocutoires». J’hésite à conclure que les pouvoirs de la Cour d’appel aux *b* termes de l’article 52 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] signifient que la décision du juge suppléant Walsh n’est pas définitive du fait qu’aucune disposition législative ne prévoit la suspension automatique de son exécution *c* en attendant l’appel dès que cette décision est rendue. Même si les avocats ne l’ont pas invoquée devant moi, j’ai pris connaissance de la Règle 1214 qui dispose:

*Règle 1214.* Le procureur ou *solicitor* inscrit au dossier ainsi *d* que l’adresse aux fins de signification d’une partie à un appel d’une décision de la Section de première instance demeurent les mêmes que dans la procédure qui a abouti au jugement porté en appel et, à ces fins et autres fins analogues, les Parties I, II et III sont applicables à un tel appel comme si celui-ci était un prolongement de cette procédure.

*e* Je remarque notamment la dernière partie de cette disposition selon laquelle la Partie III des Règles est applicable «comme si (l’appel) était un prolongement» de «la procédure qui a abouti au jugement porté en appel». La Partie III des Règles traite des dépens devant cette Cour. En toute déférence à l’égard de l’autorité dont jouit un jugement de la Section de première instance, je ne puis conclure que cette autorité doit avoir préséance sur le principe établi — et, à mon avis, pratique, selon lequel la cause d’action doit faire l’objet d’une seule taxation des dépens ou qu’elle puisse modifier ce principe. En d’autres mots, l’officier taxateur *f* appelé à taxer un mémoire de frais doit connaître la manière définitive dont les questions de fond soulevées par l’action ont été résolues. J’entends par là la décision en dernier ressort. Vu mon analyse de la Règle 1214, je conclus que les défendeurs ont présenté ces mémoires de frais de façon *g* prématurée. Cette conclusion découle de plusieurs jugements rendus par des tribunaux d’autres juridictions, lesquels n’ont pas été cités précédemment. Je n’ai pas jugé bon de les invoquer dans les *h* présents motifs du fait qu’ils exposent des thèses contradictoires et aussi parce que j’étais déjà convaincu qu’aucun principe universel n’avait été

thority, without the necessity for “forthwith” to appear in the order, to tax and receive said costs immediately. In *United Church of Can. Trustees v. Teale* (1979), 11 C.P.C. 167, at page 168, the Nova Scotia Supreme Court (Appeal Division) cited the Orkin text in concluding (June 22, 1979) that costs are payable before the end of a case only if specifically ordered to be paid forthwith. I felt that the Associate Chief Justice enunciated, on March 21, 1985 in T-2449-83 *Sibo Inc. v. Posi-Slope Enterprises Inc.*, at page 2 [of the supplementary reasons for order]:

Awarding of costs upon an interlocutory motion forthwith after taxation is, at least in my experience, extraordinary. I would only consider it in cases where a motion is frivolous or without merit to such an extent that it ought not to have been brought forward. Otherwise, it would be expected that costs awarded on interlocutory proceedings be taxed together with any other taxation that might follow the conclusion of the action. It is usually expressed as “costs to the Plaintiff in any event of the cause”, a phrase which normally accompanies this kind of order but which I failed to add in this case.

Costs will therefore go to the plaintiffs in any event of the cause so that taxation will take place at the time the parties tax any other costs following the conclusion of the action.

(not specifically addressing the variable of an outstanding appeal), the preferred and practical principle. I simply extended that logic to embrace the concept of “conclusion of the action” as conclusion without further remedies by way of appeal. Said extension of logic is consistent with a case cited in *Rossiter, supra*, page 190 [*Centaur Cycle Co. v. Hill* (1902), 4 O.L.R. 92 (C.A.), at page 95] in which judgment had been entered in the lower Court and said judgment was characterized as “not yet . . . final . . ., the appeal being a step in the cause”.

I cannot issue a certificate of taxation that I have taxed the bills of costs and allowed them at nil dollars because I have no jurisdiction to tax

établi à cet égard. Par exemple, dans l’arrêt *Justik v. Brosseau* (1979), 9 Alta. L.R. (2d) 89, à la page 90, la section d’appel de la Cour suprême de l’Alberta a conclu (le 16 janvier 1979) que le mot «dépens» permet à lui seul de taxer et de recevoir ces dépens immédiatement, et ce, sans qu’il ne soit nécessaire d’ajouter le mot «immédiatement» dans l’ordonnance. Dans l’arrêt *United Church of Can. Trustees v. Teale* (1979), 11 C.P.C. 167, à la page 168, la section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a cité l’ouvrage d’Orkin pour étayer sa conclusion (le 22 juin 1979) selon laquelle les dépens sont payables avant la fin d’une affaire seulement s’il a été expressément ordonné qu’ils soient payés immédiatement. J’ai estimé que le juge en chef adjoint avait énoncé le principe consacré à cet égard le 21 mars 1985, dans l’affaire *Sibo Inc. c. Posi-Slope Enterprises Inc.*, n° du greffe T-2449-83, à la page 2 [des motifs supplémentaires de l’ordonnance]:

Il est exceptionnel, à tout le moins selon mon expérience, que les dépens relatifs à une enquête interlocutoire soient adjugés immédiatement après taxation. Pour ma part, je n’étudierais cette possibilité que dans le cas d’une requête frivole ou dénuée de fondement au point qu’elle n’eût pas dû être présentée. Dans les autres cas, la taxation des dépens adjugés pour des procédures interlocutoires aura lieu au moment où sera faite toute autre taxation subséquente à la fin de l’action. On exprime habituellement ceci en disant [TRADUCTION] «dépens adjugés au demandeur quelle que soit l’issue du litige». Cette phrase accompagne normalement ce genre d’ordonnance; toutefois, j’ai omis de l’ajouter en l’espèce.

Les dépens seront donc adjugés aux demandeurs quelle que soit l’issue du litige, et leur taxation aura lieu au moment où les parties feront taxer tous leurs autres dépens une fois que l’action aura pris fin.

Bien que le juge, dans ce passage, n’ait pas abordé la question de l’appel en instance, j’ai simplement étendu la portée de ce principe de manière à ce que la notion de «fin de l’action» sous-entende que celle-ci ne puisse pas faire l’objet d’un appel. Une telle interprétation est corroborée par une décision rapportée dans l’affaire *Rossiter*, précitée, à la page 190 [*Centaur Cycle Co. v. Hill* (1902), 4 O.L.R. 92 (C.A.), à la page 95], où le tribunal a statué que le jugement qui avait été rendu par le tribunal d’instance inférieure [TRADUCTION] «n’avait pas encore un caractère définitif du fait que l’appel constituait une étape de l’instance».

Je ne puis décerner de certificat de taxation attestant que j’ai taxé les mémoires de frais et que ceux-ci sont fixés à 0 \$ parce que je n’ai pas

said accounts at this time. Thus, I have simply issued a certificate to the effect that plaintiff's preliminary objection to taxation of the three accounts was allowed.

compétence pour les taxer à cette étape des procédures. En conséquence, j'ai simplement décerné un certificat selon lequel j'ai accueilli l'objection préliminaire du demandeur par laquelle il s'oppose à la taxation des trois mémoires de frais en cause.

T-2679-89

T-2679-89

**Westcoast Energy Inc. (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

INDEXED AS: WESTCOAST ENERGY INC. v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Denault J.—Vancouver, November 13 and 14, 1990; Ottawa, April 25, 1991.

*Income tax — Income calculation — S. 12(1)(x) requiring inclusion in income of reimbursement received in respect of cost of property — Action for negligence and breach of contract for manufacture and testing of defective pipeline settled — Settlement amount, equivalent to cost of replacing pipeline, not included in income — “Reimbursement” in s. 12(1)(x) not including damage award — Ordinary meaning “to repay” — Other legal relationships (i.e. agency, guaranty) contemplated by “reimbursement”, wherein flow of benefits between parties, distinguished — S. 12(1)(x) not intended to include case law on damage awards — Departure from previous law to remedy situation in Canada v. Consumers’ Gas Co., [1987] 2 F.C. 60 (C.A.) — Not up to Court to remedy taxation inequity in that undepreciated capital cost of Class 10 property not reduced by damage award, but cost of replacing pipeline included therein.*

This was an appeal from a reassessment of the plaintiff’s 1985 income tax return. Interprovincial Steel and Pipeline Corporation (IPSCO) had manufactured and tested a pipeline to transmit unprocessed gas for the plaintiff. Three years after installation the pipeline failed because of cracking on the inside weld of the pipe. The plaintiff built a new pipeline and included the costs of replacing the defective pipe in the undepreciated capital cost of its Class 10 property. It then commenced an action against IPSCO claiming damages for breach of contract and negligence. The case was settled, IPSCO paying the plaintiff approximately \$20 million in complete and full satisfaction of all claims. The plaintiff did not include the amount received from IPSCO in income, and did not reduce its undepreciated capital cost of Class 10 property. On reassessment the \$20 million was included in income, under subparagraph 12(1)(x)(iv), as reimbursement for the cost of the replacement pipe. Subparagraph 12(1)(x)(iv) requires that any amount received in the course of earning income from a business or property as reimbursement in respect of the cost of the property be included in income. The plaintiff suggested that the cases on taxing damage awards could be distinguished from what paragraph 12(1)(x) intended to capture through the word “reimbursement”, and argued that the measurement of the amount of the payment does not determine its character, and that the amount received was not a reimbursement under either the ordinary or legal meaning of the word. The defendant submit-

**Westcoast Energy Inc. (demanderesse)**

c.

**a Sa Majesté la Reine (défenderesse)**RÉPERTORIÉ: WESTCOAST ENERGY INC. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Denault—  
b Vancouver, 13 et 14 novembre 1990; Ottawa, 25 avril 1991.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — L’art. 12(1)x exige que le remboursement reçu à l’égard du coût d’un bien soit inclus dans le revenu — Règlement à l’amiable d’une action pour négligence et inexécution d’un contrat de fabrication et de mise à l’essai d’un gazoduc défectueux — Le montant de la transaction, qui équivaut au coût de remplacement du gazoduc, n’a pas été inclus dans le revenu — Les dommages-intérêts ne sont pas des «remboursements» au sens de l’art. 12(1)x — Le sens courant du mot «rembourser» est a «rendre» — Distinction faite avec d’autres rapports juridiques (c.-à-d. le mandat, le cautionnement) qui sont visés par le mot «remboursement» et qui supposent un échange d’avantages entre les parties — Le législateur n’avait pas l’intention d’inclure à l’art. 12(1)x la jurisprudence relative aux dommages-intérêts — Il s’agit d’une dérogation à la loi antérieure pour e corriger la situation qui existait dans l’arrêt Canada c. Consumers Gas Co., [1987] 2 C.F. 60 (C.A.) — Il n’appartient pas à la Cour de corriger l’iniquité fiscale créée par le fait que le montant accordé à titre de dommages-intérêts n’est pas soustrait de la fraction non amortie du coût en capital des biens de la catégorie 10 alors que le coût de remplacement du gazoduc f y est inclus.*

Il s’agit d’un appel d’une nouvelle cotisation relative à la déclaration d’impôt sur le revenu de 1985 de la demanderesse. L’Interprovincial Steel and Pipeline Corporation (IPSCO) a fabriqué et mis à l’essai pour la demanderesse un gazoduc devant servir à transporter du gaz non traité. Le gazoduc est g tombé en panne trois ans après son installation à cause d’un fendillement de la soudure à l’intérieur du gazoduc. La demanderesse a construit un nouveau gazoduc et a inclus les coûts engagés pour remplacer le tuyau défectueux dans la fraction non amortie du coût en capital de ses biens de la catégorie 10. Elle a ensuite introduit contre IPSCO une action en dommages-intérêts pour inexécution de contrat et négligence. L’affaire a h été réglée à l’amiable: IPSCO a versé à la demanderesse environ 20 millions de dollars en règlement complet et intégral de toutes les réclamations. La demanderesse n’a pas inclus la somme reçue d’IPSCO dans son revenu et elle n’a pas réduit la fraction non amortie du coût en capital de ses biens de catégorie i 10. La demanderesse a fait l’objet d’une nouvelle cotisation par laquelle la somme de 20 millions de dollars a été incluse dans son revenu en vertu du sous-alinéa 12(1)x)(iv) à titre de remboursement du coût du tuyau de remplacement. Le sous-alinéa 12(1)x)(iv) exige que toute somme reçue en tirant un j revenu d’une entreprise ou d’un bien à titre de remboursement à l’égard du coût d’un bien soit incluse dans le revenu. La demanderesse prétend qu’il y a lieu d’établir une distinction entre la jurisprudence relative à l’imposition des dommages-

ted that although the plaintiff sought compensation for the wrong committed, the replacement factor weighed heavily in its recourse against IPSCO; as the settlement did not admit liability, the plaintiff's action was in reimbursement, not damages; and, the use of "reimbursement" in paragraph 12(1)(x) incorporated recent tax law characterizing damages to a large extent as reimbursement. The issue was whether the settlement award was a "reimbursement" within subparagraph 12(1)(x)(iv).

*Held*, the appeal should be allowed.

The lawsuit against IPSCO was an action in damages for failure of the old pipeline and not in reimbursement. Its aim was to put the plaintiff in the same position as if IPSCO had built the pipeline according to the contract specifications. That there was no admission of liability did not prevent the payment from being a damage award. The only reason for the settlement payment was to remedy the wrong IPSCO had committed in constructing the old pipeline. That the measure of damages with respect to the old pipeline was based on what it cost to replace the pipeline and that the new pipeline was commenced before the action, did not change the character of the lawsuit. The replacement cost was a factor only in so far as it established the amount of damages.

"Reimbursement" does not include damage awards. Its ordinary meaning is "to repay". It contemplates other legal relationships than parties to a law suit (i.e. agency, guaranty), all of which involve a flow of benefits between the parties. There was here no flow of benefits. The plaintiff expended a sum of money to replace a defective pipeline emanating from a breach of contract. IPSCO had no legal obligation to pay back the money. Its legal obligation arose when the action was settled out of court.

As to legislative intent, paragraph 12(1)(x) was designed to capture the amount received for the cost of an asset by any reimbursement or similar payment that relates to the acquisition of the asset or the incurring of the expense. Parliament did not intend to include the case law on damage awards within paragraph 12(1)(x). It was not just another provision to include capital amounts in damage awards. It was a departure from previous law rather than a clarification of existing law as evidenced by the existence of a transitional provision. Moreover, the new section introduced a choice to the taxpayer either to reduce the undepreciated capital cost or include the amount in income. The word "reimbursement" was included to remedy the situation in *Canada v. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 F.C. 60 (C.A.), wherein the taxpayer was neither required to include in income payments from third parties in respect of certain

intérêts et ce que l'alinéa 12(1)(x) vise par le mot «reimbursement». Elle affirme que la détermination du montant du paiement n'en détermine pas la nature, et ajoute que la somme reçue ne constitue pas un remboursement au sens courant ou au sens juridique du terme. La défenderesse prétend que même si la demanderesse demande d'être indemnisée pour l'acte fautif qui a été commis, le facteur de remplacement compte beaucoup dans son recours contre IPSCO, que, comme la transaction ne comporte aucun aveu de responsabilité, l'action de la demanderesse est une action en remboursement et non une action en dommages-intérêts, et qu'en employant le mot «reimbursement» à l'alinéa 12(1)(x), le législateur a incorporé le droit fiscal récent qui qualifie dans une large mesure les dommages-intérêts de remboursements. Il s'agit de savoir si la somme reçue dans le cadre de la transaction constitue un «reimbursement» au sens du sous-alinéa 12(1)(x)(iv).

*Jugement*: l'appel devrait être accueilli.

Le procès intenté contre IPSCO est une action en dommages-intérêts introduite à la suite de la panne de l'ancien gazoduc et non une action en remboursement. Le procès vise à mettre la demanderesse dans la même position que si IPSCO avait construit le gazoduc conformément aux dispositions du contrat. Le fait qu'il n'y pas eu d'aveu de responsabilité n'empêche pas le paiement de constituer des dommages-intérêts. IPSCO a versé la somme dans le cadre de la transaction uniquement pour réparer le tort qu'elle avait causé en construisant l'ancien gazoduc. Le fait que le calcul des dommages-intérêts relatifs à l'ancien gazoduc était fondé sur le coût de remplacement du gazoduc et que la construction du nouveau gazoduc a été commencée avant l'action ne change en rien la nature du procès. Le coût de remplacement ne constituait un facteur que dans la mesure où il permettait d'établir le montant des dommages-intérêts.

Les dommages-intérêts ne sont pas des remboursements. Le sens courant du mot «rembourser» est «rendre». Il envisage des rapports juridiques différents de ceux qui existent entre les parties à un procès (c.-à-d. le mandat, le cautionnement) et qui supposent tous un échange d'avantages entre les parties. En l'espèce, il n'y a pas eu d'échange d'avantages. La demanderesse a dépensé une somme d'argent pour remplacer le gazoduc défectueux à la suite de l'inexécution d'un contrat. IPSCO n'était pas légalement tenue de rembourser l'argent dépensé. L'obligation légale qu'elle a contractée est née au moment où l'action a été réglée à l'amiable.

Quant à l'intention du législateur, l'alinéa 12(1)(x) vise à soustraire du montant reçu pour le coût d'un bien le remboursement ou paiement similaire qui se rapporte à l'acquisition d'un bien ou à l'engagement de la dépense. Le législateur fédéral n'avait pas l'intention d'inclure à l'alinéa 12(1)(x) la jurisprudence relative aux dommages-intérêts. Ce n'est pas simplement une autre disposition visant à inclure les montants de capital dans les dommages-intérêts. Cet alinéa constitue une dérogation à la loi antérieure et non une clarification de la loi existante, comme le démontre l'existence d'une disposition transitoire. En outre, le nouvel article permet au contribuable de choisir de réduire la fraction non amortie du coût en capital ou d'inclure le montant dans le revenu. Le mot «reimbursement» a été inclus pour corriger la situation qui existait dans l'arrêt *Canada c. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 C.F. 60 (C.A.) dans

pipeline relocations carried out at the latter's request nor to adjust its capital cost base.

Although there existed a taxation inequity in that the plaintiff was able to add the costs of rebuilding its pipeline to its undepreciated capital cost, but did not reduce its undepreciated capital cost by the amount recovered from IPSCO, the Court was not prepared to expand the legal meaning of "reimbursement" to make the tax system fair. Parliament could have been more specific if the intention was to include commercial damage awards in paragraph 12(1)(x).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 5(1), 9, 12(1)(x) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 6), 13(21)(c),(d),(f), 54(h)(iii), 248(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*The Queen v. Atkins* (1976), 68 D.L.R. (3d) 187; [1976] CTC 497; 76 DTC 6258; 13 N.R. 338 (F.C.A.); *Woodward Stores Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 233; (1991), 91 DTC 5090 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Canada v. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 F.C. 60; [1987] 1 C.T.C. 79; (1986), 87 DTC 5508; 8 F.T.R. 321; 72 N.R. 206 (C.A.); affg [1986] 1 C.T.C. 380; (1986), 86 DTC 6132; 2 F.T.R. 30 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Henley v. Murray* (1949), 31 T.C. 351 (K.B.); *R. v. Consumers' Gas Company Ltd.*, [1984] 1 F.C. 779; [1984] CTC 83; (1983), 84 DTC 6058; 52 N.R. 106 (C.A.); *Bayker Construction Ltd. v. M.N.R.* (1974), 74 DTC 1236 (T.R.B.).

##### REFERRED TO:

*Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 Ex. C.R. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Johnston (R. M.) v. M.N.R.*, [1987] 2 C.T.C. 2374; (1987), 87 DTC 632 (T.C.C.); *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *Courrier MH Inc v The Queen*, [1976] CTC 567; (1976), 76 DTC 6331 (F.C.T.D.); *R. v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208; [1985] 1 CTC 186; (1985), 85 DTC 5150; 57 N.R. 364 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1968, "reimburse".  
Budget 1985, *Canada Tax Service*, 2nd ed., Special

lequel la Cour a statué que le contribuable n'était pas tenu d'inclure dans son revenu les paiements reçus de tiers relativement à certains travaux de déplacement de pipelines effectués à la demande des tiers en question, ou de rectifier sa déduction pour amortissement.

<sup>a</sup> Bien qu'il existe une iniquité fiscale en raison du fait que la demanderesse a pu ajouter les coûts de reconstruction du gazoduc à la fraction non amortie de son coût en capital sans soustraire la somme qu'elle a obtenue d'IPSCO de la fraction non amortie de son coût en capital, la Cour n'est pas disposée à étendre le sens juridique du mot «remboursement» pour rendre le système fiscal équitable. Le législateur fédéral aurait pu être plus précis s'il avait l'intention d'inclure les dommages-intérêts adjugés en matière commerciale à l'alinéa 12(1)(x).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3, 5(1), 9, 12(1)(x) (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 6), 13(21)(c),(d),(f), 54(h)(iii), 248(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*La Reine c. Atkins* (1976), 68 D.L.R. (3d) 187; [1976] CTC 497; 76 DTC 6258; 13 N.R. 338 (C.A.F.); *Woodward Stores Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 233; (1991), 91 DTC 5090 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canada c. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 C.F. 60; [1987] 1 C.T.C. 79; (1986), 87 DTC 5508; 8 F.T.R. 321; 72 N.R. 206 (C.A.); conf. [1986] 1 C.T.C. 380; (1986), 86 DTC 6132; 2 F.T.R. 30 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Henley v. Murray* (1949), 31 T.C. 351 (K.B.); *R. c. Consumers' Gas Company Ltd.*, [1984] 1 C.F. 779; [1984] CTC 83; (1983), 84 DTC 6058; 52 N.R. 106 (C.A.); *Bayker Construction Ltd. c. M.R.N.* (1974), 74 DTC 1236 (C.R.I.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 R.C.É. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Johnston (R. M.) c. M.R.N.*, [1987] 2 C.T.C. 2374; (1987), 87 DTC 632 (C.C.I.); *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *Courrier MH Inc c La Reine*, [1976] CTC 567; (1976), 76 DTC 6331 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208; [1985] 1 CTC 186; (1985), 85 DTC 5150; 57 N.R. 364 (C.A.).

#### DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1968, «reimburse».  
Budget 1985, *Canada Tax Service*, 2nd ed., Special

Release, Toronto: DeBoo, May 23, 1985.  
 McGregor, Harvey, *McGregor on Damages*, 15th ed.  
 London: Sweet & Maxwell Ltd., 1988.  
*Shorter Oxford English Dictionary*, vol. II, 3rd ed.,  
 Oxford: Clarendon Press, 1978, "reimburse".

## COUNSEL:

*W. J. A. Mitchell, Q.C.* and *Karen R. Sharlow*  
 for plaintiff.  
*T. I. McAuley* for defendant.

## SOLICITORS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
 defendant.

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

DENAULT J.: This is an appeal from a reassessment by Revenue Canada of the plaintiff's corporate income tax return. It involves a sum of \$20,250,000 received by the plaintiff from Interprovincial Steel and Pipeline Corporation (hereinafter referred to as "IPSCO") in settlement of a court action. The parties have narrowed the issue to a question of whether the amount is a reimbursement pursuant to paragraph 12(1)(x) of the *Income Tax Act* (the "Act") [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 6)]. If the settlement award falls under paragraph 12(1)(x), it should have either been included in the plaintiff's corporate income or the undepreciated capital cost of the plaintiff should have been reduced by the amount received in the taxation year 1985.

FACTS

The facts are not in dispute and the material ones were agreed to by the parties.

The plaintiff is a company with its head office in Vancouver B.C. It is involved in buying unprocessed gas in B.C., Alberta, the Yukon and the Northwest Territories. It sells processed gas to customers in B.C. and the U.S. In 1977, the plaintiff required a line approximately 100 miles long to transmit unprocessed gas from a number of gas fields to its Pine River processing plant. The

Release, Toronto: DeBoo, May 23, 1985.  
 McGregor, Harvey, *McGregor on Damages*, 15th ed.,  
 London: Sweet & Maxwell Ltd. 1988.  
*Shorter Oxford English Dictionary*, vol II, 3rd ed.,  
 Oxford: Clarendon Press, 1978, «reimburse».

## AVOCATS:

*W. J. A. Mitchell, c.r.* et *Karen R. Sharlow*  
 pour la demanderesse.  
*T. I. McAuley* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE DENAULT: Il s'agit d'un appel d'une nouvelle cotisation par laquelle Revenu Canada a établi l'impôt sur le revenu de la compagnie demanderesse. Il met en cause une somme de 20 250 000 \$ que la demanderesse a reçue de l'Interprovincial Steel and Pipeline Corporation (ci-après appelée «IPSCO») en règlement d'une action en justice. Les parties ont limité le débat à la question de savoir si cette somme constitue un remboursement au sens de l'alinéa 12(1)x) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la «Loi») [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 6)]. Si la somme reçue au cours de l'année d'imposition 1985 dans le cadre de la transaction tombe sous le coup de l'alinéa 12(1)x), elle aurait dû soit être incluse dans le revenu de la compagnie demanderesse, soit être soustraite de la fraction non amortie du coût en capital.

LES FAITS

Les faits ne sont pas contestés et les parties se sont entendues sur ceux qui sont essentiels.

La demanderesse est une compagnie dont le siège social est situé à Vancouver (C.-B.). Ses activités consistent à acheter du gaz brut en Colombie-Britannique, en Alberta, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest. Elle vend du gaz épuré à des clients situés en Colombie-Britannique et aux États-Unis. En 1977, la demanderesse avait besoin d'un tuyau d'une longueur d'environ



line became known as the Grizzly Pipeline. The plaintiff hired IPSCO to manufacture and test the pipe to be used in the Grizzly Pipeline. The plaintiff installed the pipeline in 1978. The line was first used to transmit sweet gas and commencing January 1980, the pipe began to carry sour gas.

The Grizzly Pipeline failed on July 20, 1981 after which it was shut down for repair. It failed again on July 27, 1981 after which its use was restricted by the National Energy Board on the grounds of public safety. Both of these failures occurred as a result of cracking on the inside of the longitudinal weld of the pipe.

On March 29, 1982 the plaintiff's Board of Directors approved the expenditure to replace the Grizzly Pipeline after which the plaintiff constructed a new pipeline to carry out the transmission of sour gas on approximately 27 kilometres of the existing Grizzly Pipeline. The costs incurred by the plaintiff in replacing the defective pipe were included in the undepreciated capital cost of the plaintiff's Class 10 property.

The plaintiff commenced an action against IPSCO and others on May 4, 1982 alleging that the failed pipe was defective and did not meet contract specifications. It claimed damages for breach of contract, negligence and breach of duty of IPSCO to warn the plaintiff. The plaintiff's claim was estimated to be \$22,032,000. On October 30, 1985 before the trial, an agreement of release and settlement was entered into whereby the plaintiff was paid \$20,250,000 in complete and full satisfaction of all claims and demands set forth in the further amended statement of claim. Upon joint application by the plaintiff and IPSCO the terms of the agreement were incorporated by reference to an order of the Supreme Court of British Columbia on October 30, 1985 and entered on November 7, 1985.

100 milles pour transporter jusqu'à son usine de transformation de Pine River du gaz non traité provenant de plusieurs champs de gaz. Ce tuyau est désigné sous le nom de gazoduc Grizzly. La demanderesse a engagé IPSCO pour fabriquer et mettre à l'essai le tuyau qui devait être utilisé dans le gazoduc Grizzly. La demanderesse a installé le gazoduc en 1978. Le tuyau a d'abord été utilisé pour transporter du gaz non corrosif, puis, à partir de janvier 1980, du gaz sulfureux.

Le gazoduc Grizzly est tombé en panne le 20 juillet 1981, à la suite de quoi il a été fermé pour réparations. Il est à nouveau tombé en panne le 27 juillet 1981, après quoi son utilisation a été restreinte par l'Office national de l'énergie pour des raisons de sécurité publique. Ces deux pannes sont survenues à la suite d'un fendillement à l'intérieur de la soudure longitudinale du gazoduc.

Le 29 mars 1982, le conseil d'administration de la demanderesse a approuvé une dépense visant à remplacer le gazoduc Grizzly. La demanderesse a ensuite construit un nouveau gazoduc pour effectuer le transport du gaz sulfureux sur environ 27 kilomètres du gazoduc Grizzly existant. Les coûts engagés par la demanderesse pour remplacer le tuyau défectueux ont été inclus dans la fraction non amortie du coût en capital des biens de catégorie 10 de la demanderesse.

La demanderesse a introduit une action contre IPSCO et d'autres personnes le 4 mai 1982 en alléguant que le tuyau défectueux comportait des vices de fabrication et ne répondait pas aux stipulations du contrat. Elle a réclamé des dommages-intérêts pour inexécution de contrat, négligence et violation de l'obligation d'IPSCO d'avertir la demanderesse. La réclamation de la demanderesse était évaluée à 22 032 000 \$. Le 30 octobre 1985, avant le procès, une convention de désistement et de transaction a été signée. Aux termes de cette convention, la demanderesse a reçu 20 250 000 \$ en règlement complet et intégral de toutes les réclamations et demandes formulées dans la déclaration modifiée. À la suite d'une demande conjointe de la demanderesse et d'IPSCO, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a prononcé le 30 octobre 1985 une ordonnance qui a été inscrite le 7 novembre 1985 par laquelle elle a donné acte de la convention.

In its income calculation for the 1985 taxation year, the plaintiff excluded the amount received from IPSCO as being damages, and therefore, not subject to taxation pursuant to any of the provisions of the Act. The plaintiff did not reduce the undepreciated capital cost of Class 10 property by the amount received by IPSCO.

By notice of reassessment dated August 2, 1989, Revenue Canada reassessed the plaintiff including in its income the amount of \$20,250,000 as "Reimbursement re: Grizzly Pipeline" alleging that this was an amount received by the plaintiff as a reimbursement in respect of the cost of replacement pipe in the Grizzly Pipeline and on that basis was required to be included in the income of the plaintiff for 1985 pursuant to subparagraph 12(1)(x)(iv) of the Act.

By notification filed the 21st day of September 1989, the plaintiff objected to the reassessment which the defendant confirmed November 8, 1989. The plaintiff appeals this reassessment.

### PLAINTIFF'S ARGUMENT

The plaintiff submits that the \$20,250,000 paid to the plaintiff by IPSCO was a payment of damages and as such it was not a reimbursement as the word is used in subparagraph 12(1)(x)(iv). The money was given to the plaintiff to compensate it for the defendant's wrongdoing. The plaintiff spent between 22 and 25 million dollars on putting in new pipe where the old pipe was damaged. The cause of action against IPSCO was for the damage that was done to the old pipe and it was based on breach of contract and negligence.

The plaintiff's reasoning is threefold. First, counsel for the plaintiff reviews the history of taxing damage awards and distinguishes these authorities from what paragraph 12(1)(x) was designed to capture through the word reimbursement. It draws the analogy between damages for personal injury. If damages are included in the word reimbursement, there is no distinction when

Dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1985, la demanderesse a exclu la somme reçue d'IPSCO au motif que cette somme constituait des dommages-intérêts, et par conséquent, qu'elle ne pouvait être imposée en vertu de l'une quelconque des dispositions de la Loi. La demanderesse n'a pas soustrait la somme reçue d'IPSCO de la fraction non amortie du coût en capital de ses biens de catégorie 10.

Par avis de nouvelle cotisation daté du 2 août 1989, Revenu Canada a établi de nouveau l'impôt dû par la demanderesse en incluant dans son revenu la somme de 20 250 000 \$ à titre de [TRANSDUCTION] «Remboursement. Objet: gazoduc Grizzly» au motif qu'il s'agissait d'une somme reçue par la demanderesse à titre de remboursement du coût d'un tuyau de remplacement installé dans le gazoduc Grizzly et au motif que cette somme devait pour cette raison être incluse dans le revenu de la demanderesse pour 1985 conformément au sous-alinéa 12(1)(x)(iv) de la Loi.

Par notification produite le 21 septembre 1989, la demanderesse s'est opposée à la nouvelle cotisation, que la défenderesse a confirmée le 8 novembre 1989. La demanderesse en appelle de cette nouvelle cotisation.

### THÈSE DE LA DEMANDERESSE

La demanderesse prétend que la somme de 20 250 000 \$ qu'IPSCO lui a payée était un paiement de dommages-intérêts et qu'en tant que telle, elle ne constituait pas un remboursement au sens où ce mot est employé au sous-alinéa 12(1)(x)(iv). L'argent a été remis à la demanderesse pour l'indemniser de l'acte fautif de la défenderesse. La demanderesse a dépensé entre 22 et 25 millions de dollars pour installer un nouveau tuyau à l'endroit où l'ancien tuyau avait été endommagé. La cause d'action contre IPSCO était fondée sur le dommage qui avait été causé à l'ancien tuyau et sur une inexécution de contrat et sur la négligence.

Le raisonnement de la demanderesse comporte trois volets. En premier lieu, l'avocat de la demanderesse passe en revue l'historique de l'imposition des dommages-intérêts et établit une distinction entre cette jurisprudence et ce que l'alinéa 12(1)(x) vise par le mot «remboursement». Il fait une analogie avec les dommages-intérêts accordés pour lésions corporelles. Si les dommages-intérêts sont

someone is injured by a truck and sues for damages.

The fact that it was a settlement award does not change its character as a damage award in law.<sup>1</sup> Furthermore, the agreement between Westcoast and IPSCO was incorporated by reference into an order of the B.C. Supreme Court. Therefore, it was a judgment.

Second, the measurement of the amount of the payment does not determine its character. The fact that the amount of the claim for damages was based on the cost to the plaintiff of putting itself in a right position does not change the character of the award which was damages for the wrongdoing committed by IPSCO against the plaintiff.

Third, it states that the amount received is not a reimbursement under either the ordinary or legal meaning of the word. The dictionary meaning of reimbursement is "to repay or make up to a (person) the sum expended: to repay, recompense (a person)". The damage award is distinguished from the ordinary meaning of the word reimbursement which connotes a restoration of a flow of benefits between the parties. IPSCO was not recompensing the plaintiff for any benefit IPSCO derived from an expenditure made by the plaintiff; IPSCO's payment was for the wrongdoing it had committed with respect to the old pipe. In other words it was not repaying an amount to the plaintiff, it was simply compensating for its own wrong.

Along this line of argument, Mr. Macintosh, the lawyer for the plaintiff in its suit against IPSCO, framed the action in breach of contract, negligence and failure of the duty to warn. In Mr. Macintosh's opinion, there was no basis for an action in reimbursement with respect to the new pipe. Therefore, the damages cannot be considered a reimbursement under subparagraph 12(1)(x)(iv) of the Act.

compris dans les «remboursements», il n'y a pas de différence lorsqu'une personne est blessée par un camion et qu'elle poursuit en dommages-intérêts.

<sup>a</sup> Le fait qu'il s'agissait d'une somme accordée dans le cadre d'une transaction ne change en rien sa nature de dommages-intérêts en droit<sup>1</sup>. Qui plus est, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a donné acte de la convention conclue entre Westcoast et IPSCO. C'était donc un jugement.

<sup>b</sup> En deuxième lieu, la détermination du montant du paiement n'en détermine pas la nature. Le fait que le montant de la demande de dommages-intérêts était calculé d'après le coût supporté par la demanderesse pour se remettre dans la bonne position appropriée ne change pas la nature du montant adjugé, qui constituait des dommages-intérêts pour l'acte fautif commis par IPSCO contre la demanderesse.

<sup>c</sup> En troisième lieu, elle prétend que la somme reçue ne constitue pas un remboursement au sens courant ou au sens juridique du terme. Le dictionnaire donne la définition suivante de ce terme: [TRADUCTION] «Payer (qqch.) pour faire rentrer (quelqu'un) dans ses débours; rendre (à quelqu'un)». Les dommages-intérêts se distinguent du sens ordinaire du mot «remboursement», lequel <sup>d</sup> dénote le rétablissement d'un échange d'avantages entre les parties. IPSCO ne dédommageait pas la demanderesse en raison d'un avantage procuré à IPSCO à la suite d'une dépense faite par la demanderesse; le paiement d'IPSCO visait l'acte fautif qu'elle avait commis à l'égard de l'ancien tuyau. En d'autres termes, elle ne rendait pas une somme à la demanderesse, elle l'indemnisait simplement pour son propre acte fautif.

<sup>e</sup> Dans le même ordre d'idées, M<sup>e</sup> Macintosh, l'avocat qui occupe pour la demanderesse dans l'action intentée par celle-ci contre IPSCO, a formulé l'action comme une action en inexécution de contrat, en négligence et en manquement à l'obligation de prévenir. Selon M<sup>e</sup> Macintosh, il n'y a pas ouverture à une action en remboursement à l'égard du nouveau tuyau. Par conséquent, les dommages-intérêts ne peuvent être considérés comme un remboursement au sens du sous-alinéa <sup>f</sup> 12(1)(x)(iv) de la Loi.

<sup>1</sup> *Henley v. Murray* (1949), 31 T.C. 351 (K.B.), at p. 366.

<sup>1</sup> *Henley v. Murray* (1949), 31 T.C. 351 (K.B.), à la p. 366.

## DEFENDANT'S ARGUMENT

The defendant's position is that the \$20,250,000 was a reimbursement, and therefore taxable income pursuant to paragraph 12(1)(x) of the Act. It reads as follows:

**12. (1)** There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

(x) any amount (other than a prescribed amount) received by the taxpayer in the year, in the course of earning income from a business or property, from

(iv) as a reimbursement, contribution, allowance or as assistance, whether as a grant, subsidy, forgivable loan, deduction from tax, allowance or any other form of assistance, in respect of the cost of property or in respect of an expense

to the extent that the amount

(v) was not otherwise included in computing the taxpayer's income for the year or a preceding taxation year,

(vi) except as provided by subsection 127(11.1), does not reduce, for the purposes of this Act, the cost or capital cost of the property or the amount of the expense, as the case may be,

(vii) does not reduce pursuant to subsection 13(7.4) or paragraph 53(2)(s), the cost or capital cost of the property, as the case may be, or

(viii) may not reasonably be considered to be a payment in respect of the acquisition by the payor or the public authority of an interest in the taxpayer, his business or his property.

The defendant's submission centres around its interpretation of the section. The purpose of the section is to require a taxpayer to apply reimbursements against either the costs of the property by reducing the undepreciated capital cost or alternatively to have the amount included in income.

This section was implemented in response to certain court cases, in particular *Consumers' Gas*<sup>2</sup> in which the taxpayer was in the business of

<sup>2</sup> *Canada v. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 F.C. 60 (C.A.). The Federal Court of Appeal decided in *R. v. Consumers' Gas Company Ltd.*, [1984] 1 F.C. 779 that the reimbursements did not affect the undepreciated capital cost. In the 1987 case, the Federal Court of Appeal upheld the Federal Court Trial Division [1986] 1 C.T.C. 380 finding that reimbursements do not have to be included in the taxpayer's income.

## THÈSE DE LA DÉFENDERESSE

La défenderesse soutient que la somme de 20 250 000 \$ était un remboursement et qu'elle constituait par conséquent un revenu imposable aux termes de l'alinéa 12(1)x) de la Loi, dont voici le libellé:

**12. (1)** Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

x) un montant (à l'exclusion d'un montant prescrit) reçu par le contribuable dans l'année, en tirant un revenu d'une entreprise ou d'un bien,

(iv) à titre de remboursement, contribution ou indemnité ou à titre d'aide, sous forme de prime, subvention, prêt à remboursement conditionnel, déduction de l'impôt, indemnité ou sous toute autre forme, à l'égard du coût d'un bien ou à l'égard d'une dépense,

dans la mesure où:

(v) le montant n'est pas déjà inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure,

(vi) il ne réduit pas, pour l'application de la présente loi, le coût ou coût en capital du bien ou le montant de la dépense, selon le cas, sous réserve du paragraphe 127(11.1),

(vii) il ne réduit pas, conformément au paragraphe 13(7.4) ou à l'alinéa 53(2)s), le coût ou coût en capital du bien, selon le cas, ou

(viii) il ne peut être raisonnablement considéré comme un paiement fait au titre de l'acquisition par le débiteur ou par l'organisme public d'un droit sur le contribuable, dans son entreprise ou dans son bien.

La thèse de la défenderesse tourne autour de l'interprétation qu'elle donne de cet article. L'article a pour objet d'obliger le contribuable soit à déduire les remboursements du coût des biens en réduisant la fraction non amortie du coût en capital soit à inclure le montant dans le revenu.

Cet article a été adopté en réponse à certaines décisions judiciaires, notamment l'arrêt *Consumers' Gas*<sup>2</sup>, dans lequel le contribuable s'occupait

<sup>2</sup> *Canada c. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 C.F. 60 (C.A.). La Cour d'appel fédérale a décidé, dans l'arrêt *R. c. Consumers' Gas Company Ltd.*, [1984] 1 C.F. 779, que les remboursements n'avaient pas d'incidence sur la fraction non amortie du coût en capital. Dans l'arrêt de 1987, la Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement par lequel la Section de première instance de la Cour fédérale avait conclu ([1986] 1 C.T.C. 380) qu'il n'était pas nécessaire d'inclure les remboursements dans le revenu du contribuable.

distributing natural gas. The taxpayer received certain payments from third parties in respect of certain pipeline relocation carried out at the latter's request. The taxpayer treated the reimbursements as capital receipts which resulted in reducing the annual depreciation of the assets and the taxpayer's income was higher than it would have been had the reimbursements been taken into account. The Federal Court of Appeal held that 1) the corporation was not required to include that amount in its income and 2) it was also not required to adjust its capital cost base. This decision created an inequity to which Parliament addressed its attention. This is evidenced by the budget speech for 1985:

It is a generally accepted commercial principal [*sic*] that the cost of an asset or the amount of an expense should be reduced by any reimbursement or similar payment received that relates to the acquisition of the asset or the incurring of the expense. For example, a commercial tenant who was reimbursed by a landlord for part or all of the cost of making leasehold improvements would subtract the payment in computing the cost of such property. A similar result would arise with respect to the manufacturers' rebates.

Recent court decisions have indicated that this principle [*sic*] may not apply for all income tax purposes.

The budget proposes to require that all payments in the nature of reimbursements or inducements in respect of the acquisition of an asset or the incurring of a deductible expense be included in income for tax purposes unless the recipient elects to reduce the cost basis of the related property or the amount of related expense.<sup>3</sup>

Since Parliament directed its mind to solving this inequity, the plaintiff must either include the \$20,250,000 as income or adjust its capital cost base.

In support of its position, the defendant submits that the evidence indicates that the replacement cost and reimbursement of the old pipe were inextricably linked. In other words while the plaintiff sued for the wrong committed by IPSCO and sought compensation for its wrong, the replacement factor weighed heavily in its cost summaries for the pipe replacement and in its recourse against IPSCO. The defendant refers to the position paper prepared by Mr. Kavanagh who is the Vice President of Engineering and Construction at

<sup>3</sup> Budget 1985, *Canada Tax Service*, Special Release, May 23, 1985, at p. 79.

de la distribution de gaz naturel. Le contribuable recevait certains paiements de la part de tiers relativement à certains travaux de déplacement de pipelines effectués à la demande de ces derniers. Le contribuable a considéré les remboursements comme des rentrées de capital, ce qui a eu pour effet de réduire l'amortissement annuel des biens. Le revenu du contribuable s'en est trouvé plus élevé qu'il ne l'aurait été si l'on avait tenu compte des remboursements. La Cour d'appel fédérale a statué que 1) la compagnie n'était pas tenue d'inclure cette somme dans son revenu et 2) elle n'était pas non plus tenue de rectifier sa déduction pour amortissement. Cette décision a créé une iniquité sur laquelle le législateur fédéral s'est penché, comme en fait foi le discours du budget de 1985:

[TRADUCTION] C'est un principe commercial généralement accepté que le coût d'un bien ou le montant d'une dépense devraient être diminués du remboursement ou paiement similaire qui a été reçu et qui se rapporte à l'acquisition du bien ou à l'engagement de la dépense. Par exemple, un locataire commercial qui a été remboursé par un propriétaire d'une partie ou de la totalité du coût des améliorations locatives qu'il a effectuées soustrairait le paiement lors du calcul du coût de ce bien. Il en irait de même dans le cas des rabais du fabricant.

Il ressort de la jurisprudence récente en la matière que ce principe peut ne pas s'appliquer à toutes les fins fiscales.

Le budget propose d'exiger que tous les paiements de la nature d'un remboursement ou d'un paiement incitatif se rapportant à l'acquisition d'un bien ou à l'engagement d'une dépense déductible soient inclus dans le revenu aux fins de l'impôt à moins que le bénéficiaire ne choisisse de réduire le prix de base du bien qui s'y rapporte ou le montant de la dépense qui s'y rapporte<sup>3</sup>.

Étant donné que le législateur fédéral s'est attaqué au règlement de cette iniquité, la demanderesse doit inclure la somme de 20 250 000 \$ dans son revenu ou rectifier sa déduction pour amortissement.

À l'appui de sa thèse, la défenderesse prétend que la preuve indique que le coût de remplacement et le remboursement de l'ancien tuyau sont inextricablement liés. En d'autres termes, même si la demanderesse a intenté une action fondée sur l'acte fautif commis par IPSCO et qu'elle demande d'en être indemnisée, le facteur de remplacement comptait beaucoup dans sa récapitulation du coût de remplacement du tuyau et dans son recours contre IPSCO. La défenderesse cite le document d'orientation rédigé par M. Kavanagh,

<sup>3</sup> Budget 1985, *Canada Tax Service*, communiqué spécial du 23 mai 1985, à la p. 79.

Westcoast. He recommended that “[r]ecourse be sought from IPSCO for the replacement of the pipe and installation for all of the pipeline constructed . . .”.

Furthermore, the defendant submits that the settlement does not make any admission of liability. This supports the conclusion that the plaintiff’s action was in reimbursement and not damages.

With respect to the plaintiff’s argument that the amount represents a damage award and is therefore not taxable, the defendant argues that whether it is labelled a reimbursement or damages does not matter, because recent tax law goes beyond this distinction to characterize damages as reimbursements to a large extent.

The defendant withdrew its alternative arguments. It had alternatively argued that the \$20,250,000 constituted compensation for property injuriously affected or compensation for property damages pursuant to paragraphs 13(21)(c), 13(21)(d) and 13(21)(f) [as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 3; 1977-78, c. 1, s. 6] and that it therefore should reduce the undepreciated capital cost claimed by the plaintiff. It withdrew its further alternative argument that the amount is taxable as compensation for repairing damaged property pursuant to paragraph 12(1)(f). Therefore, the sole issue in this trial is whether the \$20,250,000 is a reimbursement pursuant to subparagraph 12(1)(x)(iv).

## FINDINGS

In an income tax appeal by the taxpayer, the onus is on the plaintiff to discharge the basis of the Minister’s assessment.<sup>4</sup> In the present appeal, Revenue Canada took the view that the amount received from IPSCO was intended to reimburse the plaintiff for the cost of the new pipe and not for the damages relating to the cost of the old pipe

<sup>4</sup> *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 Ex. C.R. 676; *Johnston (R. M.) v. M.N.R.*, [1987] 2 C.T.C. 2374 (T.C.C.).

le vice-président du service de l’ingénierie et de la construction de Westcoast. Il a recommandé [TRANSDUCTION] «que l’on s’adresse à IPSCO pour le remplacement du tuyau et l’installation de tout le gazoduc construit [ . . . ]»

De plus, la défenderesse prétend que la transaction ne comporte aucun aveu de responsabilité, ce qui appuie la conclusion que l’action de la demanderesse est une action en remboursement et non une action en dommages-intérêts.

Quant à l’argument de la demanderesse suivant lequel la somme payée représente des dommages-intérêts et qu’elle n’est donc pas imposable, la défenderesse fait valoir qu’il importe peu qu’on la qualifie de remboursement ou de dommages-intérêts, parce que le droit fiscal récent va au-delà de cette distinction et qualifie dans une large mesure les dommages-intérêts de remboursements.

La défenderesse a retiré ses moyens subsidiaires. Elle avait soutenu à titre subsidiaire que la somme de 20 250 000 \$ constituait une indemnité afférente à des biens ayant subi un préjudice ou une indemnité afférente aux dommages causés à des biens au sens des alinéas 13(21)c), 13(21)d) et 13(21)f) [mod. par S.C. 1976-77, chap. 4, art. 3; 1977-78, chap. 1, art. 6] et qu’elle devait par conséquent réduire la fraction non amortie du coût en capital réclamée par la demanderesse. Elle a retiré l’autre moyen subsidiaire par lequel elle prétendait que la somme en question était imposable en vertu de l’alinéa 12(1)f) à titre d’indemnité visant à réparer des dommages causés à des biens. Par conséquent, la seule question en litige dans le présent procès est celle de savoir si la somme de 20 250 000 \$ constitue un remboursement au sens du sous-alinéa 12(1)x)(iv).

## CONCLUSIONS

Dans un appel interjeté par le contribuable en matière d’impôt sur le revenu, c’est au demandeur qu’il incombe de démontrer que la cotisation du ministre est mal fondée<sup>4</sup>. Dans le présent appel, Revenu Canada a adopté le point de vue selon lequel la somme reçue d’IPSCO visait à rembourser à la demanderesse le coût du nouveau tuyau et

<sup>4</sup> *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 R.C.É. 676; *Johnston (R. M.) c. M.R.N.*, [1987] 2 C.T.C. 2374 (C.C.I.).

and secondly that the amount received was not damages, but was a reimbursement.

Having reviewed the evidence, including the testimonies of Messrs. Kavanagh and Macintosh, I have reached the conclusion that the lawsuit against IPSCO was an action in damages and not in reimbursement. I find as a fact that it was an action for breach of contract and negligence.

Counsel for the defendant emphasized the fact that the release and settlement agreement with IPSCO made no admission of liability. However, for several reasons, this argument does not support his submission that the action was one for reimbursement. Rarely does a settlement agreement make any admission of liability. Mr. Macintosh indicated in his testimony that the main concern was a clause in the contract limiting IPSCO's liability to the cost of the pipeline. In the action, Westcoast attempted to recover all of the costs including the replacement of the damaged pipeline, as well as the cost of all of the research and studies that it had conducted. In short, the objective of the lawsuit was to put Westcoast in the same position as if IPSCO had built the pipeline according to the contract specifications. The limitation of liability clause was one of the motivating factors to settle the matter out of court because Westcoast was concerned that the Court might apply the clause, thereby reducing the claim. However, Mr. Macintosh testified that he is certain that the plaintiff would have obtained judgment at trial.

As a legal principle, the fact that there was no admission of liability does not prevent the payment from being an award for a damage claim.<sup>5</sup> In *Her Majesty the Queen v. Atkins*,<sup>6</sup> J. J. (as he then was) reiterated the legal principle as follows:

<sup>5</sup> *Supra*, note 1 at pp. 366-367.

<sup>6</sup> *The Queen v. Atkins* (1976), 68 D.L.R. (3d) 187 (F.C.A.), at pp. 188-189.

non à l'indemniser des dommages découlant du coût de l'ancien tuyau et, en second lieu, que la somme reçue ne constituait pas des dommages-intérêts, mais un remboursement.

a

Après avoir examiné la preuve, et notamment les témoignages de MM. Kavanagh et Macintosh, j'en suis arrivé à la conclusion que le procès intenté contre IPSCO est une action en dommages-intérêts et non une action en remboursement. Je conclus qu'il s'agit d'une action fondée sur une inexécution de contrat et sur la négligence.

b

L'avocat de la défenderesse souligne le fait que la convention de désistement et de transaction conclue avec IPSCO ne contient aucun aveu de responsabilité. Cependant, pour diverses raisons, cet argument n'appuie pas sa prétention que l'action est une action en remboursement. Il est rare qu'une transaction contienne un aveu de responsabilité. M. Macintosh a précisé dans son témoignage que la principale préoccupation portait sur une clause du contrat qui limitait la responsabilité d'IPSCO à l'égard du coût du gazoduc. Dans son action, Westcoast tentait de récupérer la totalité des coûts, y compris celui du remplacement du gazoduc endommagé, ainsi que le coût de toutes les recherches et études auxquelles elle avait procédé. En résumé, le procès visait à mettre Westcoast dans la même position que si IPSCO avait construit le gazoduc conformément aux dispositions du contrat. La clause de limitation de responsabilité est l'un des facteurs qui ont motivé les parties à régler l'affaire à l'amiable, parce que Westcoast craignait que la Cour applique la clause, réduisant ainsi la réclamation. M. Macintosh a cependant témoigné qu'il était certain que la demanderesse aurait obtenu gain de cause au procès.

c

d

e

f

g

h

Sur le plan des principes juridiques, le fait qu'il n'y a pas eu d'aveu de responsabilité n'empêche pas le paiement d'être une indemnité accordée en règlement d'une action en dommages-intérêts.<sup>5</sup> Dans l'arrêt *Sa Majesté la Reine c. Atkins*<sup>6</sup>, le juge J. J. (qui était alors juge en chef) a répété le principe juridique dans les termes suivants:

<sup>5</sup> *Supra*, note 1, aux p. 366 et 367.

<sup>6</sup> *La Reine c. Atkins* (1976), 68 D.L.R. (3d) 187 (C.A.F.), aux p. 188 et 189.

Once it is conceded, as the appellant does, that the respondent was dismissed "without notice", moneys paid to him (pursuant to a subsequent agreement) "in lieu of notice of dismissal" cannot be regarded as "salary", "wages" or "remuneration" or as a benefit "received or enjoyed by him ... in respect of, in the course of, or by virtue of the office or employment". Moneys so paid (*i.e.*, "in lieu of notice of dismissal") are paid in respect of the "breach" of the contract of employment and are not paid as a benefit under the contract or in respect of the relationship that existed under the contract before that relationship was wrongfully terminated. The situation is not altered by the fact that such a payment is frequently referred to as so many months' "salary" in lieu of notice.

In the present case, even if it was settled, the British Columbia Supreme Court issued an order requiring the defendant IPSCO to pay the impugned sum "in complete and full satisfaction of all claims". Therefore, the overwhelming evidence shows that IPSCO was paying the \$20,250,000 for the wrong it had committed in constructing the old pipeline. There is no other reason why IPSCO would give the plaintiff this sum of money.

This finding is consistent with the intention of damage awards. Harvey McGregor in his treatise *McGregor on Damages*<sup>7</sup> demonstrates the historical object of an award of damages:

The object of an award of damages is to give the plaintiff compensation for the damage, loss or injury he has suffered.

And later on [at pages 7-8] he elaborates:

The statement of the general rule from which one must always start in resolving a problem as to the measure of damages, a rule equally applicable to tort and contract, has its origin in the speech of Lord Blackburn in *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* He there defined the measure of damages as "that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation."

In the present case, the amount received by the plaintiff from IPSCO went towards putting it in the same position that it should have been in if the latter had not committed the wrong in the first place. The fact that the cost of replacing the

En admettant, comme le fait l'appelante, que l'intimé a été congédié «sans préavis», on ne peut considérer les sommes d'argent qui lui ont été payées (à la suite d'une entente subséquente) pour tenir «lieu de préavis» de congédiement comme un «traitement», «salaire» ou «rémunération», ou comme des prestations «qu'il reçoit ou dont il jouit [...] à l'égard, dans le cours ou en vertu de la charge ou de l'emploi». Les sommes payées à cet égard (c.-à-d. pour tenir «lieu de préavis») l'ont été à cause de la «rupture» du contrat d'emploi et non pas en tant que prestations qui découlent du contrat ou de la relation qui existait en vertu du contrat avant que cette relation ne prenne fin de façon injustifiée. Le fait que l'on se réfère souvent à ce paiement en parlant de tant de mois de «salaire» qui tiennent lieu de préavis ne change rien à la situation.

En l'espèce, même s'il y a eu transaction, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a prononcé une ordonnance enjoignant à la défenderesse IPSCO de payer la somme contestée [TRADUCTION] «en règlement complet et intégral de toutes les réclamations». Par conséquent, la preuve démontre à l'évidence qu'IPSCO versait la somme de 20 250 000 \$ pour le tort qu'elle avait causé en construisant l'ancien gazoduc. Il n'y a aucune autre raison pour laquelle IPSCO donnerait à la demanderesse cette somme d'argent.

Cette conclusion s'accorde avec l'objet des dommages-intérêts. Dans son traité intitulé *McGregor on Damages*<sup>7</sup>, Harvey McGregor démontre l'objectif historique des dommages-intérêts:

[TRADUCTION] Les dommages-intérêts ont pour objet d'indemniser le demandeur du dommage, de la perte ou du préjudice qu'il a subis.

Il poursuit plus loin [aux pages 7 et 8] en expliquant:

[TRADUCTION] L'énoncé de la règle générale de laquelle on doit toujours partir pour résoudre un problème en matière de calcul des dommages-intérêts — règle qui s'applique autant en matière délictuelle qu'en matière contractuelle — tire son origine des propos formulés par lord Blackburn dans l'arrêt *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* Dans cet arrêt, le juge a statué que les dommages-intérêts à accorder correspondent à «la somme d'argent qui mettra la personne qui a subi un préjudice dans la même situation que celle dans laquelle elle aurait été si elle n'avait pas subi le préjudice pour lequel elle obtient maintenant une indemnité ou une réparation».

En l'espèce, la somme que la demanderesse a reçue d'IPSCO a contribué à la remettre dans la même situation que celle dans laquelle elle aurait dû être si IPSCO n'avait pas commis le tort au départ. Le fait que le coût de remplacement du

<sup>7</sup> McGregor, H. *McGregor on Damages*, (1988) London: Sweet & Maxwell Ltd., 15th ed., at p. 7.

<sup>7</sup> McGregor, H. *McGregor on Damages*, (1988) London: Sweet & Maxwell Ltd., 15th ed., à la p. 7.



pipeline weighed heavily in the cost summaries for the pipeline replacement does not change the character of the award which is the crucial factor. In this case, the measure of damages with respect to the old pipe is based on what it cost to replace the pipeline. The fact that Mr. Kavanagh once recommended that “recourse be sought from IPSCO for the replacement of the pipe and for installation for all of the pipeline” does not change the character of the lawsuit. The lawsuit against IPSCO was in relation to the failure of the old pipe. The replacement cost was a factor only in so far as it established the amount of damages.

Having found that the \$20,250,000 received by the plaintiff from IPSCO was an award of damages, the question is whether the word damages falls within the meaning of reimbursement as set out in subparagraph 12(1)(x)(iv).

Both parties in their oral arguments have referred to jurisprudence on the issue of including damage awards as taxable income. I will review briefly the history of damage awards. The issue is the relationship between previous case law relating to the taxation of an award of damages and paragraph 12(1)(x).

Prior to 1971, there was no taxation on capital gains income. Thereafter, the question of whether a damage award was taxable focused on the issue of whether the amount was for income or for capital. In 1972, the new *Income Tax Act* began to tax capital gains, and more specifically some types of damage awards. Subparagraph 54(h)(iii) defines “proceeds of disposition” as including compensation for property destroyed.

If the damage award was compensation for loss of profits, it was taxable. The reason for this rule was that the performance of a business contract will result in income and accordingly damages for non-performance will also be income, thereby attracting taxation consequences. On the other hand if the contract was of sufficient importance to constitute part of the company’s business structure, compensation paid on its termination was

gazoduc comptait beaucoup dans la récapitulation du coût de remplacement du gazoduc ne change pas la nature du montant adjudgé, lequel constitue le facteur crucial. En l’espèce, le calcul des dommages-intérêts relatifs à l’ancien tuyau se fonde sur le coût de remplacement du gazoduc. Le fait que M. Kavanagh ait déjà recommandé que «l’on s’adresse à IPSCO pour le remplacement du tuyau et l’installation de tout le gazoduc» ne change en rien la nature du procès. Le procès intenté contre IPSCO porte sur la défaillance de l’ancien tuyau. Le coût de remplacement ne constituait un facteur que dans la mesure où il permettait d’établir le montant des dommages-intérêts.

Comme j’ai conclu que les 20 250 000 \$ que la demanderesse a reçus d’IPSCO étaient des dommages-intérêts, il s’agit de savoir si les mots «dommages-intérêts» répondent à la définition du terme «remboursement» qu’on trouve au sous-alinéa 12(1)(x)(iv).

Au cours du débat, les deux parties ont cité de la jurisprudence portant sur la question de l’inclusion des dommages-intérêts à titre de revenu imposable. Je passerai brièvement en revue l’historique des dommages-intérêts. La question en litige porte sur le rapport entre la jurisprudence antérieure relative à l’imposition des dommages-intérêts et l’alinéa 12(1)(x).

Avant 1971, le revenu tiré de gains en capital n’était pas imposé. Par la suite, la question de savoir si les dommages-intérêts étaient imposables tournait autour de la question de savoir si la somme était imputable au revenu ou au capital. En 1972, la nouvelle *Loi de l’impôt sur le revenu* a commencé à imposer les gains en capital, et plus spécialement certains types de dommages-intérêts. Le sous-alinéa 54(h)(iii) assimile toute indemnité afférente à la destruction de biens à un «produit de disposition».

Si les dommages-intérêts visaient à réparer un manque à gagner, ils étaient imposables. La raison d’être de cette règle s’explique par le fait que l’exécution d’un contrat commercial donne lieu à un revenu et que, par conséquent, les dommages-intérêts versés pour l’inexécution constituent également un revenu, comportant de ce fait des incidences fiscales. En revanche, si le contrat était suffisamment important pour constituer une partie de

capital in nature and not taxable. An example of a taxable damage award was in *Bayker Construction*,<sup>8</sup> wherein the taxpayer was compensated for its loss of inventory or loss of profits. The damage award was considered income from the conduct of the taxpayer's business. On the other hand, the termination of a mail transportation contract materially crippled the structure of a delivery company's profit-making apparatus.<sup>9</sup> The Court found that the compensation award was capital in nature and not taxable.

In *The Queen v. Atkins*, the taxpayer received a lump sum amount for wrongful dismissal. The Federal Court of Appeal held that damages for wrongful dismissal were not salary pursuant to subsection 5(1) of the Act.<sup>10</sup> Parliament changed the Act; in 1980 [S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 128], the definition of "retiring allowance" was amended to include an amount received "(b) in respect of a loss of an office or employment of a taxpayer, whether or not received as, on account or in lieu of payment of, damages or pursuant to an order or judgment of a competent tribunal".

Counsel for the defendant has referred me to the *R. v. Manley*<sup>11</sup> which involved the issue of damages for breach of warranty of authority. The issue was whether the damages for breach of warranty of authority were required to be included as income pursuant to sections 3, 9 and 248(1) of the Act. The issue was characterized as whether the taxpayer's income was profit from an adventure in the nature of trade. The Federal Court of Appeal held that it was. It applied the test articulated by Lord Diplock in *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*,

la structure commerciale de la compagnie, l'indemnité versée à sa résiliation était considérée comme étant afférente au capital et comme non imposable. On trouve un exemple de dommages-intérêts imposables dans la décision *Bayker Construction*<sup>8</sup>, dans laquelle le contribuable a été indemnisé de la perte de son inventaire ou de son manque à gagner. Les dommages-intérêts ont été considérés comme un revenu tiré de l'entreprise du contribuable. Par contre, dans une affaire où la résiliation d'un contrat de transport du courrier paralysait matériellement la structure du processus de réalisation de bénéfices d'une compagnie de livraison<sup>9</sup>, la Cour a conclu que le montant adjugé à titre d'indemnité était imputable au capital et qu'il n'était pas imposable.

Dans l'affaire *La Reine c. Atkins*, le contribuable avait reçu un montant forfaitaire à la suite d'un congédiement injustifié. La Cour d'appel fédérale a statué que les dommages-intérêts versés pour le congédiement injustifié ne constituaient pas un salaire au sens du paragraphe 5(1) de la Loi<sup>10</sup>. Le législateur fédéral a modifié la Loi en 1980 [S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 128] en modifiant la définition de l'expression «allocation de retraite» pour inclure les sommes reçues «(b) à l'égard de la perte par un contribuable d'une charge ou d'un emploi, qu'elle ait été reçue ou non à titre ou au titre de dommages ou conformément à une ordonnance ou sur jugement d'un tribunal compétent».

L'avocat de la défenderesse m'a cité l'arrêt *R. c. Manley*<sup>11</sup> qui portait sur la question des dommages-intérêts pour assertion fautive de la qualité d'agent. Le débat tournait autour de la question de savoir si les dommages-intérêts accordés pour assertion fautive de la qualité d'agent devaient être inclus dans le revenu aux termes des articles 3 et 9 et du paragraphe 248(1) de la Loi. On a considéré que le point litigieux portait sur la question de savoir si le revenu du contribuable constituait un bénéfice provenant d'une affaire de caractère commercial. La Cour d'appel fédérale a répondu par

<sup>8</sup> *Bayker Construction Ltd. v. M.N.R.* (1974), 74 DTC 1236 (T.R.B.).

<sup>9</sup> *Courrier MH Inc v The Queen*, [1976] CTC 567 (F.C.T.D.).

<sup>10</sup> *Supra*, note 6.

<sup>11</sup> *R. v. Manley*, [1985] 2 F.C. 208 (C.A.).

<sup>8</sup> *Bayker Construction Ltd. c. M.R.N.* (1974), 74 DTC 1236 (C.R.I.).

<sup>9</sup> *Courrier MH Inc c La Reine*, [1976] CTC 567 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>10</sup> *Supra*, note 6.

<sup>11</sup> *R. c. Manley*, [1985] 2 C.F. 208 (C.A.).

[[1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), at page 134], which is as follows:

Where pursuant to a legal right, a trader receives from another person compensation for the trader's failure to receive a sum of money which, if it had been received, would have been credited to the amount of profits, (if any) arising in any year from the trade carried on by him at the time when the compensation is so received, the compensation is to be treated for income tax purposes in the same way as that sum of money would have been treated if it had been received instead of the compensation.

And further on, Lord Diplock stated:

If the solution to the first problem is that the compensation was paid for the failure of the trader to receive a sum of money, the second problem involved is to decide whether, if that sum of money has been received by the trader, it would have been credited to the amounts of profits (if any) arising in any year from the trade carried on by him at the date of receipt, i.e., would have been what I shall call for brevity an income receipt of that trade.

Counsel for the defendant submits that this case is authority for the legal position that damage awards are taxable. His reasoning is that damage awards are split into two parts, the income stream and the capital stream. If an award falls within the income stream, and it can be proven that the damages relate to lost profits, or for example, salary, then it attracts taxation. However, if the award falls within the capital stream, the issue is not as clear cut. There are clear cut examples such as damages relating to a capital gain which attract taxation. With the issue of capital, the issue is more complicated, and there are various provisions in the Act which include capital damage awards as taxable income. In the defendant's submission, paragraph 12(1)(x) is the most recent provision to tax capital stream damage awards. Effectively what he is arguing is that the word reimbursement in paragraph 12(1)(x) incorporates the case law on taxing damage awards in the capital stream of income. However, it is necessary to examine the plain and ordinary meaning of the word reimbursement, as well as the legislative intent in enacting paragraph 12(1)(x).

To recapitulate, the relevant portions are as follows:

l'affirmative à cette question. Elle a appliqué le critère suivant que lord Diplock a posé dans l'arrêt *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)* [[1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), à la page 134]:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un commerçant reçoit, en vertu d'un droit, de quelqu'un d'autre, une indemnité au lieu d'une somme d'argent qui aurait été comptabilisée dans les profits réalisés au cours d'une année, dans le commerce qu'il exploitait à l'époque où il a reçu l'indemnité, il y a lieu de traiter cette indemnité pour fin d'impôt de la même manière que la somme d'argent l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée.

Et plus loin, lord Diplock déclare:

[TRADUCTION] Si l'on conclut que l'indemnité a été payée au commerçant parce qu'il n'a pas reçu une certaine somme d'argent, la deuxième question qui se pose est de savoir si cette somme, eut-elle été versée au commerçant, aurait été comptabilisée dans les profits réalisés, au cours d'une année, dans le commerce qu'il exploitait au moment du versement, c'est-à-dire, pour être bref, aurait-elle constitué ce que j'appellerais un produit de ce commerce.

L'avocat de la défenderesse soutient que cet arrêt appuie le principe juridique que les dommages-intérêts sont imposables. Son raisonnement est que les dommages-intérêts se scindent en deux parties, le volet «revenu» et le volet «capital». Si une indemnité fait partie du volet revenu, et que l'on peut prouver que les dommages-intérêts se rapportent au manque à gagner ou, par exemple, au salaire, elle donne lieu à une imposition. Cependant, si l'indemnité fait partie du volet capital, la question n'est pas aussi nettement définie. Il existe des exemples précis comme celui des dommages-intérêts qui se rapportent à un gain en capital et qui sont imposables. Dans le cas du capital, la question est plus complexe, et il existe diverses dispositions de la Loi qui prévoient que les dommages-intérêts constituent un revenu imposable. Suivant la défenderesse, l'alinéa 12(1)(x) est la disposition la plus récente en matière d'imposition du volet capital des dommages-intérêts. En fait, ce qu'il prétend c'est que le mot «reimbursement» que l'on trouve à l'alinéa 12(1)(x) incorpore la jurisprudence sur l'imposition des dommages-intérêts dans le volet capital du revenu. Il est toutefois nécessaire d'examiner le sens courant du mot «reimbursement» ainsi que l'intention qu'avait le législateur en édictant l'alinéa 12(1)(x).

Pour récapituler, les dispositions pertinentes sont les suivantes:

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

(x) any amount (other than a prescribed amount) received by the taxpayer in the year, in the course of earning income from a business or property, from

(iv) as a reimbursement, contribution, allowance or as assistance, whether as a grant, subsidy, forgivable loan, deduction from tax, allowance or any other form of assistance, in respect of the cost of property or in respect of an expense

to the extent that the amount

(v) was not otherwise included in computing the taxpayer's income for the year or a preceding taxation year,

(vi) except as provided by subsection 127(11.1), does not reduce, for the purposes of this Act, the cost or capital cost of the property or the amount of the expense, as the case may be,

(vii) does not reduce pursuant to subsection 13(7.4) or paragraph 53(2)(s), the cost or capital cost of the property, as the case may be, or

(viii) may not reasonably be considered to be a payment in respect of the acquisition by the payor or the public authority of an interest in the taxpayer, his business or his property;

Paragraph 12(1)(x) was added in 1986.<sup>12</sup> The section included a transitional provision as follows:

... with respect to amounts received after May 22, 1985 other than amounts received after that date pursuant to the terms of an agreement in writing entered into before May 23, 1985 or to the terms of a prospectus, preliminary prospectus or registration statement filed before May 24, 1985 with a public authority in Canada pursuant to and in accordance with the securities legislation of Canada or of any province and, where required by law, accepted for filing by such authority.

The section was designed to capture the amount received for the cost of an asset by any reimbursement or similar payment received that relates to the acquisition of the asset or the incurring of the expense. Examples given include reimbursement to a commercial tenant by the landlord for leasehold improvements. To accomplish this, the budget required that "all payments in the nature of reimbursements or inducements in respect of the acquisition of an asset or the incurring of a deductible expense be included in income for tax purposes unless the recipient elects to reduce the cost basis of the related property or the amount of related

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

x) un montant (à l'exclusion d'un montant prescrit) reçu par le contribuable dans l'année, en tirant un revenu d'une entreprise ou d'un bien,

(iv) à titre de remboursement, contribution ou indemnité ou à titre d'aide, sous forme de prime, subvention, prêt à remboursement conditionnel, déduction de l'impôt, indemnité ou sous toute autre forme, à l'égard du coût d'un bien ou à l'égard d'une dépense,

dans la mesure où:

(v) le montant n'est pas déjà inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure,

(vi) il ne réduit pas, pour l'application de la présente loi, le coût ou coût en capital du bien ou le montant de la dépense, selon le cas, sous réserve du paragraphe 127(11.1),

(vii) il ne réduit pas, conformément au paragraphe 13(7.4) ou à l'alinéa 53(2)s, le coût ou coût en capital du bien, selon le cas, ou

(viii) il ne peut être raisonnablement considéré comme un paiement fait au titre de l'acquisition par le débiteur ou par l'organisme public d'un droit sur le contribuable, dans son entreprise ou dans son bien.

L'alinéa 12(1)x) a été ajouté en 1986<sup>12</sup>. L'article comprenait la disposition transitoire suivante:

... aux montants reçus après le 22 mai 1985, à l'exclusion des montants reçus après cette date conformément à un accord écrit conclu avant le 23 mai 1985 ou à un prospectus, un prospectus préliminaire ou une déclaration d'enregistrement, produit avant le 24 mai 1985 auprès d'un organisme public au Canada suivant la législation fédérale ou provinciale sur les valeurs mobilières et, si la loi le prévoit, approuvé par un tel organisme.

L'article vise à soustraire du montant reçu pour le coût d'un bien le remboursement ou paiement similaire qui a été reçu et qui se rapporte à l'acquisition du bien ou à l'engagement de la dépense.

Parmi les exemples cités, mentionnons celui du remboursement accordé à un locataire commercial pour les améliorations locatives. Pour atteindre cet objectif, le budget exigeait que [TRADUCTION] «tous les paiements de la nature d'un remboursement ou d'un paiement incitatif se rapportant à l'acquisition d'un bien ou à l'engagement d'une dépense déductible soient inclus dans le revenu aux fins de l'impôt à moins que le bénéficiaire ne

<sup>12</sup> An Act to amend the Income Tax Act and related statutes, S.C. 1986, c. 6, s. 6(2), amending S.C. 1970-71-72, c. 63.

<sup>12</sup> Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la législation connexe, S.C. 1986, chap. 6, art. 6(2), modifiant S.C. 1970-71-72, chap. 63.

expense".<sup>13</sup> Obviously, the Court is not bound by Parliamentary debates, and it must interpret the legislation as it is, in its final form.

I refer to a decision of my colleague Joyal J. in which he held that paragraph 12(1)(x) was a departure from the previous law rather than a clarification of existing law. In *Woodward Stores Ltd. v. Canada*,<sup>14</sup> Joyal J. considered whether inducements to attract the retail tenant Woodward Stores were taxable prior to the enactment of paragraph 12(1)(x). Joyal J. held that the provisions of paragraph 12(1)(x) represent a statutory departure from generally accepted accounting principles. At page 246, he held that the existence of a transitional provision seemed to rebut a presumption that the legislator intended merely to clarify the existing state of law when that paragraph was enacted. Moreover, Joyal J. reasoned, the new section introduced a choice to the taxpayer either to reduce the undepreciated capital cost or include the amount in income. "This is definitely a change in the law, as it was held by the Federal Court of Appeal in *Consumers' Gas*, *supra*, that the capital cost of depreciable property need not be reduced by the amount of the payment for capital cost allowance purposes".<sup>15</sup>

The facts in the case at bar are different from *Woodward Stores Ltd.* However, the reasoning with respect to the legislative intent of paragraph 12(1)(x) is applicable. Paragraph 12(1)(x) represents a statutory departure from existing law to include in the taxpayer's income money as a reimbursement. The same choice is available to the taxpayer, and the same transitional provision applies. The inclusion of the word reimbursement was designed to remedy the situation as found in *Consumers' Gas*. I conclude that the word reimbursement is a change in the law. However, the

<sup>13</sup> *Supra*, note 3.

<sup>14</sup> *Woodward Stores Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 233 (F.C.T.D.); appeal filed.

<sup>15</sup> *Ibid.*, at p. 246.

choisisse de réduire le prix de base du bien qui s'y rapporte ou le montant de la dépense qui s'y rapporte"<sup>13</sup>. De toute évidence, la Cour n'est pas liée par les débats parlementaires, et elle doit interpréter la loi telle qu'elle est, dans sa forme définitive.

Je me reporte à une décision dans laquelle mon collègue le juge Joyal a statué que l'alinéa 12(1)(x) représentait une dérogation à la loi antérieure plutôt qu'une clarification de la loi existante. Dans le jugement *Woodward Stores Ltd. c. Canada*<sup>14</sup>, le juge Joyal s'est penché sur la question de savoir si les paiements incitatifs faits pour attirer le locataire détaillant Woodward Stores étaient imposables avant l'adoption de l'alinéa 12(1)(x). Le juge Joyal a statué que les dispositions de l'alinéa 12(1)(x) représentent une dérogation législative aux principes comptables généralement reconnus. À la page 246, il a statué que l'existence d'une disposition transitoire semblait réfuter la présomption que le législateur voulait simplement clarifier la loi telle qu'elle existait au moment où cet alinéa avait été adopté. En outre, le juge Joyal a signalé que le nouvel article permettait maintenant au contribuable de choisir de réduire la fraction non amortie du coût en capital ou d'inclure le montant dans le revenu. «Le fait qu'il ne soit pas nécessaire de réduire le coût en capital d'un bien amortissable du montant du paiement pour le calcul de la déduction pour amortissement constitue, à coup sûr, un changement dans la loi, ainsi que la [Cour d'appel fédérale] l'a statué dans l'arrêt *Consumers' Gas*<sup>15</sup>.

Les faits de l'espèce sont différents de ceux de l'affaire *Woodward Stores Ltd.* Cependant, le raisonnement relatif à l'intention poursuivie par le législateur à l'alinéa 12(1)(x) s'applique. L'alinéa 12(1)(x) représente une dérogation législative à la loi existante et cette dérogation a pour effet d'inclure dans le revenu du contribuable l'argent que celui-ci a reçu à titre de remboursement. Le même choix est offert au contribuable, et la même disposition transitoire s'applique. L'inclusion du mot «remboursement» visait à remédier à la situation constatée dans l'arrêt *Consumers' Gas*. Je conclus

<sup>13</sup> *Supra*, note 3.

<sup>14</sup> *Woodward Stores Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 233 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); jugement porté en appel.

<sup>15</sup> *Ibid.*, à la p. 246.

question is whether the statutory change was intended to capture damage awards, as it has developed through statutory change and case law.

The word reimbursement in the ordinary sense, as defined in the *Shorter Oxford English Dictionary*, is as follows:

**Reimburse** ... To repay or make up to a person (a sum expended.) **2.** To repay, recompense (a person). ... **Reimbursement**, the act of reimbursing, repayment.

*Black's Law Dictionary* also defines the word reimburse as: "to pay back, to make restoration, to repay that expended; to indemnify or make whole".

Examples of the word reimbursement in different legal relationships were cited. First, there is a compulsory payment. This is a situation where a person has been compelled by law to pay and pays money for which another is ultimately liable. The payer can make a claim for reimbursement from the latter individual. Second, there is the example of where a person makes repairs or improvements to property which he believes to be his own. He can claim a reimbursement against the owner of the property. Third, there is the situation where a person, such as a guarantor, discharges more than his proportionate part of a debt. He can take action for reimbursement against the co-guarantors. Finally, in the law of agency, a principal is liable to reimburse his agent for reasonable expenses incurred in an emergency, even if the agent exceeded his actual authority.

Based on the above analysis, I accept these examples as an accurate reflection of what the word means and the meaning that Parliament intended to capture by enacting paragraph 12(1)(x). The budget debates referred to similar situations, such as the landlord/tenant leasehold improvements. Moreover, as previously discussed, the amendment was designed to capture a situation such as in *Consumers' Gas*, wherein the taxpayer made an improvement to its property at the request of ratepayers and was later reimbursed for

que le mot «reimbursement» représente un changement dans la loi. Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si la modification législative visait à inclure les dommages-intérêts, ainsi qu'il ressort de l'évolution des modifications législatives et de la jurisprudence.

Voici le sens courant que le *Shorter Oxford English Dictionary* donne du mot anglais *reimbursement* («reimbursement»):

[TRADUCTION] **Reimbouser**. Payer (qqch.) pour faire rentrer qqn dans ses débours; rendre (à qqn). ... **Reimbursement**. Action de rembourser.

Le *Black's Law Dictionary* définit également le mot anglais *reimburse* («reimbouser») comme suit: [TRADUCTION] «remettre, restituer, rendre une somme d'argent qui a précédemment été payée; indemniser ou réparer».

Des exemples du mot «reimbursement» dans différents rapports juridiques ont été cités. Il y a tout d'abord le cas du paiement obligatoire. Cette situation se présente lorsqu'une personne a été forcée par la loi de payer une somme d'argent dont la charge définitive incombe à une autre personne. La personne qui a payé peut demander d'être remboursée par cette dernière personne. Deuxièmement, il y a le cas de la personne qui effectue des réparations ou des améliorations sur un bien qu'elle croit être le sien. Elle peut réclamer un remboursement du propriétaire du bien. Troisièmement, il y a la situation dans laquelle une personne, par exemple une caution, acquitte plus que sa quote-part d'une dette. Elle peut intenter une action en remboursement contre les autres cautions. Finalement, en droit du mandat, le mandant est tenu de rembourser son mandataire des dépenses raisonnables qu'il a engagées en cas d'urgence, même si le mandataire a excédé le mandat qui lui avait été effectivement confié.

Sur le fondement de l'analyse qui précède, j'estime que ces exemples reflètent fidèlement la signification de ce mot et le sens que le législateur voulait lui donner en adoptant l'alinéa 12(1)x). Le débat sur le budget faisait allusion à des situations analogues, comme par exemple celle des améliorations locatives dans la relation entre le locataire et le propriétaire. De plus, comme je l'ai déjà signalé, la modification visait à embrasser une situation comme celle qui existait dans l'arrêt *Consumers' Gas*, dans lequel le contribuable avait effectué une

its expenditure. It was also the case in *Consumers' Gas* that the taxpayer frequently relocated pipelines and it always sought reimbursement from the requesting party up to the maximum amount permitted by law. In this case, the damage award was a one-time payment and it was not made at the behest of the party paying the sum. Rather, it was paid in order to release the defendant IPSCO from liability for its breach of contract.

In all of the examples of the word reimbursement, there exists a flow of benefits between the respective parties. The person who benefits is under a legal obligation to pay back the amount expended. In this case, the plaintiff expended a sum of money to replace a defective pipeline emanating from a breach of contract. There is no other reason why the plaintiff would have expended the money. Nor was there any legal obligation on the part of IPSCO to pay back the money expended. The legal obligation that IPSCO incurred arose when the action was settled out of court. I have found as a fact that the court settlement represented a damage award. There is no other reason why the defendant IPSCO would have given the plaintiff \$20,250,000.

The strongest factor supporting the defendant's position is that the failed pipeline was replaced and the replacement factor weighed heavily in the plaintiff's lawsuit against IPSCO. The plaintiff paid over \$6 million for the original pipeline, while it received more than \$20 million in the settlement. Moreover, the plaintiff first built the new pipeline and then sought recovery for damages from IPSCO. These factors, in the defendant's submission constitute a reimbursement for the monies expended. However, this course of action does not nullify the reason for which the plaintiff sought damages, which was for the negligence and breach of contract of IPSCO.

It is my conclusion that reimbursement does not include damage awards. It is not based on the evidence to say that the plaintiff received a reim-

amélioration sur son bien à la demande de tiers et avait par la suite été remboursé de sa dépense. Il convient également de souligner que dans l'affaire *Consumers' Gas*, le contribuable déplaçait fréquemment des pipelines et qu'il demandait toujours d'être remboursé par la personne qui demandait ce déplacement jusqu'à concurrence du montant maximal permis par la loi. En l'espèce, les dommages-intérêts ont été accordés en un seul versement et il n'ont pas été payés à la demande de la personne qui payait la somme. Ils ont plutôt été payés pour dégager IPSCO de toute responsabilité pour l'inexécution de son contrat.

Dans tous les exemples cités du mot «reimbursement», il existe un échange d'avantages entre les parties respectives. La personne qui reçoit un avantage est tenue de par la loi de rembourser la somme dépensée. En l'espèce, la demanderesse a dépensé une somme d'argent pour remplacer un gazoduc défectueux à la suite de l'inexécution d'un contrat. Il n'y a pas d'autre raison pour laquelle la demanderesse aurait dépensé cette somme d'argent. Par ailleurs, IPSCO n'était pas légalement tenue de rembourser l'argent dépensé. L'obligation légale qu'IPSCO a contractée est née au moment où l'action a été réglée à l'amiable. J'en suis venu à la conclusion que le règlement à l'amiable représentait des dommages-intérêts. Il n'y a aucune autre raison pour laquelle la défenderesse IPSCO aurait donné 20 250 000 \$ à la demanderesse.

Le facteur qui appuie le plus solidement la thèse de la défenderesse est le fait que le gazoduc défectueux a été remplacé et que le facteur du remplacement comptait beaucoup dans le procès intenté par la demanderesse contre IPSCO. La demanderesse a versé plus de six millions de dollars pour le premier gazoduc, et a reçu plus de vingt millions de dollars dans le cadre de la transaction. De plus, la demanderesse a d'abord construit le nouveau gazoduc et a ensuite poursuivi IPSCO en dommages-intérêts. Suivant la défenderesse, ces facteurs constituent un remboursement des sommes dépensées. Cependant, cette ligne de conduite ne fait pas disparaître la raison pour laquelle la demanderesse a réclamé des dommages-intérêts, à savoir la négligence et l'inexécution de contrat d'IPSCO.

Je conclus que les dommages-intérêts ne sont pas des remboursements. La preuve ne permet pas d'affirmer que la demanderesse a reçu un rem-

boursement as defined in paragraph 12(1)(x). The ordinary and legal meaning of the word does not contemplate an award of damages. In this case, the plaintiff did not rebuild its pipeline at the request of IPSCO, to be reimbursed later by the cost as occurred in the *Consumers' Gas* case. Nor is it analogous to a landlord/tenant situation whereby the tenant will make a leasehold improvement which benefits him during his tenancy and which amounts to a leasehold improvement, thereby benefitting the landlord. In short, there was no flow of benefits between the parties.

I find that it was not Parliament's intention to include the jurisprudence on damage awards which I have outlined within paragraph 12(1)(x). I do not accept the defendant's submission that paragraph 12(1)(x) is just another provision to include capital amounts in damage awards. The section represented a legislative change and it was intended to remedy a particular gap in the law of taxation, which is exemplified in the *Consumers' Gas* case. There is no evidence that Parliament intended the section to include the jurisprudence on damage awards under the word reimbursement. It is not necessary for me to decide whether the plaintiff's damage award shall be taxable or whether the plaintiff's undepreciated capital cost should be reduced by the amount under other provisions of the *Act*. The parties have narrowed the issue to reimbursement under subparagraph 12(1)(x)(iv).

For example, in changing the definition of "retiring allowance" Parliament intended to remedy the income taxation vacuum as a result of the *Atkins* case. The case law which I have reviewed dealt with specific sections of the *Act*. Paragraph 12(1)(x) is a change in the existing law, for the reasons I have outlined. Parliament has not evidenced any intent that the word includes reimbursement commercial damage awards. Moreover, the ordinary and legal meaning of the word reimbursement contemplates different legal relationships than that of parties in a law suit. Therefore, I cannot accept the defendant's

boursement au sens de l'alinéa 12(1)(x). Dans son sens courant et juridique, ce mot n'englobe pas les dommages-intérêts. En l'espèce, la demanderesse n'a pas reconstruit son gazoduc à la demande d'IPSCO, pour être ensuite remboursée comme cela s'est produit dans l'affaire *Consumers' Gas*. La présente affaire n'est pas non plus analogue à la situation dans laquelle le locataire effectue une amélioration locative dont il jouit pendant la durée de la location et qui équivaut à une amélioration locative, dont le propriétaire bénéficiera par conséquent. En résumé, il n'y a pas d'échange d'avantages entre les parties.

Je conclus que le législateur fédéral n'avait pas l'intention d'inclure la jurisprudence que j'ai exposée dans mon analyse de l'alinéa 12(1)(x) au sujet des dommages-intérêts. Je n'accepte pas la prétention de la défenderesse suivant laquelle l'alinéa 12(1)(x) est tout simplement une autre disposition visant à inclure les montants de capital dans les dommages-intérêts. L'article représente un changement législatif et il visait à combler une lacune particulière du droit fiscal dont on trouve un exemple dans l'arrêt *Consumers' Gas*. Rien ne permet de penser que le législateur fédéral voulait que l'article incorpore dans le mot «reemboursement» la jurisprudence relative aux dommages-intérêts. Il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si le montant que la demanderesse a obtenu à titre de dommages-intérêts sera imposable ou si la fraction non amortie du coût en capital de la demanderesse devrait être diminuée de ce montant en vertu d'autres dispositions de la Loi. Les parties ont limité le débat à la question du remboursement visé au sous-alinéa 12(1)(x)(iv).

Ainsi, en modifiant la définition de l'expression «allocation de retraite», le législateur fédéral voulait combler le vide que l'arrêt *Atkins* avait créé en matière d'impôt sur le revenu. La jurisprudence que j'ai examinée portait sur des articles précis de la Loi. L'alinéa 12(1)(x) constitue un changement dans la loi existante, pour les raisons que j'ai exposées. Le législateur n'a aucunement manifesté son intention que l'expression englobe les remboursements dans le cas des dommages-intérêts adjugés en matière commerciale. Qui plus est, dans son sens courant et juridique, le mot «reemboursement» envisage des rapports juridiques différents de ceux



submission that the word reimbursement under paragraph 12(1)(x) includes damage awards.

However, I do not accept the plaintiff's analogy between its loss and a personal injury award. The pain and debilitation that a person suffers as a result of a personal injury cannot be compared to a failed pipeline. Moreover, a damage award cannot compensate the loss of a limb, for example. It can only go part way to alleviating the harm that a tortfeasor commits on a victim. In pure monetary terms, the plaintiff's witness Mr. Kavanagh testified that the plaintiff is a cost-of-service company and that it did not suffer any loss of profits in the wake of the failed pipeline. Westcoast was able to replace the pipeline, make it operational and recover damages for the failure of the first pipeline. The two types of actions are completely different. If commercial damage awards are not reimbursement, then *a fortiori* a personal injury award does not constitute a reimbursement.

I can appreciate the defendant's position that this situation creates a taxation inequity. The plaintiff in this case added the costs of rebuilding the failed pipeline to its undepreciated capital cost, sought recovery from IPSCO for breach of contract, recovered monies for the reconstruction, and then did not reduce its undepreciated capital cost by the amount recovered, as well as not including its damage award in its corporate income. However, I am not prepared to expand the legal meaning of the word reimbursement to capture this inequity. It is not the function of this Court to expand the meaning of a word to make the tax system fair. Parliament could have been more specific if the intention was to include commercial damage awards in paragraph 12(1)(x). If there is any ambiguity in legislative intent to tax, the taxpayer is entitled to the benefit of the doubt.

qui existent entre les parties à un procès. Par conséquent, la prétention de la défenderesse suivant laquelle les dommages-intérêts sont assimilés à un «remboursement» au sens de l'alinéa 12(1)x) est mal fondée.

Cependant, je ne retiens pas l'analogie que la demanderesse fait entre le préjudice qu'elle a subi et l'indemnité qui est accordée en cas de lésions corporelles. Les souffrances qui affligent une personne à la suite d'une lésion corporelle ne sauraient se comparer à un gazoduc défectueux. De plus, des dommages-intérêts ne peuvent réparer la perte d'un membre, par exemple. Il ne peuvent que soulager en partie le préjudice que l'auteur du délit a fait subir à la victime. Sur le plan purement monétaire, le témoin de la demanderesse, M. Kavanagh, a témoigné que la demanderesse est une compagnie de services et qu'elle n'a subi aucun manque à gagner en raison de la défectuosité du gazoduc. Westcoast a réussi à remplacer le gazoduc, à le faire fonctionner et à obtenir des dommages-intérêts pour la défectuosité du premier gazoduc. Les deux types d'actions sont complètement différents. Si les dommages-intérêts adjugés en matière commerciale ne constituent pas un remboursement, à plus forte raison l'indemnité accordée en cas de lésions corporelles ne constitue-t-elle pas un remboursement.

Je peux comprendre le point de vue de la défenderesse, qui affirme que cette situation crée une iniquité fiscale. La demanderesse a ajouté les coûts de reconstruction du gazoduc défectueux à la fraction non amortie de son coût en capital, a demandé à IPSCO de l'indemniser de l'inexécution du contrat, a récupéré les sommes d'argent de la reconstruction, mais elle n'a pas ensuite réduit la fraction non amortie de son coût en capital de la somme récupérée et n'a pas inclus dans son revenu d'entreprise les dommages-intérêts qu'elle a obtenus. Je ne suis cependant pas disposé à étendre la portée juridique du mot «remboursement» pour résoudre cette iniquité. Il n'appartient pas à notre Cour d'étendre le sens d'un mot pour rendre le système fiscal équitable. Le législateur fédéral aurait pu être plus précis s'il avait l'intention d'inclure les dommages-intérêts adjugés en matière commerciale à l'alinéa 12(1)x). Toute ambiguïté concernant l'intention du législateur d'imposer doit être résolue en faveur du contribuable.

CONCLUSION

The appeal is allowed and the reassessment for the income tax year 1985 is vacated. The plaintiff is entitled to the costs of this action.

DISPOSITIF

L'appel est accueilli et la nouvelle cotisation de l'année d'imposition 1985 est annulée. La demande a droit aux dépens de la présente action.



T-2300-86

T-2300-86

**Mary Bland** (*Applicant*)

v.

**National Capital Commission** (*Respondent*)

and

**Privacy Commissioner of Canada** (*Intervener*)

and

**Information Commissioner of Canada** (*Intervener*)INDEXED AS: *BLAND v. NATIONAL CAPITAL COMMISSION (T.D.)*

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, May 14, 1990 and May 17, 1991.

*Access to information — Application to review complaint against NCC's refusal to allow access to certain records requested under Access to Information Act — Meaning of "personal information" under Privacy Act, s. 3 — Information sought concerning properties rented from respondent, tenants' names and rents paid — Public interest in disclosure outweighing invasion of privacy resulting therefrom — Crown Corporation conferring discretionary benefit of financial nature by charging lower than market value rents — Information sought by applicant excluded from statutory definition of "personal information".*

*Privacy — NCC, Crown corporation, refusing to disclose information as to tenants' names, addresses and rents on ground of privacy — Whether information sought "personal information" not to be disclosed under Privacy Act, s. 3 — Public interest in disclosure of information outweighing invasion of tenants' privacy within meaning of Act, s. 8(2)(m)(i) — Non-disclosure generating suspicion, cynicism in democratic society.*

*Crown — Real property — Crown properties administered by National Capital Commission — Newspaper researcher, working on story political party "hacks" rented premises at less than fair market value, denied information as to tenants' names, rents — Access to information versus privacy interests — Where Crown corporation conferring discretionary benefit of financial nature, information not protected from disclosure as "personal information" — Much information of nature sought publicly available under land registration systems, rent control legislation — Public interest in not eroding public trust*

**Mary Bland** (*requérante*)

c.

<sup>a</sup> **La Commission de la capitale nationale** (*intimée*)

et

<sup>b</sup> **Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada** (*intervenant*)

et

**La Commissaire à l'information du Canada** (*intervenante*)<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: *BLAND c. COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 14 mai 1990 et 17 mai 1991.

<sup>d</sup> *Accès à l'information — Demande de révision à la suite d'une plainte contre le refus de la CCN de communiquer certains dossiers dont communication avait été demandée en application de la Loi sur l'accès à l'information — Signification de «renseignements personnels» au sens de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Les renseignements demandés portaient sur l'identité des locataires de l'intimée et sur leurs loyers — L'intérêt public dans la divulgation justifie l'atteinte à la vie privée qui en résulte — La société de la Couronne accordait des avantages financiers facultatifs sous forme de loyers inférieurs aux taux du marché*

<sup>e</sup> *— Les renseignements recherchés par la requérante sont exclus de la définition légale de «renseignements personnels».*

*Protection des renseignements personnels — La CCN, société de la Couronne, invoquait la protection des renseignements personnels pour refuser de communiquer les renseignements sur les noms, adresses et loyers de ses locataires — Il échet d'examiner si les renseignements recherchés sont des «renseignements personnels» protégés par l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L'intérêt public dans la divulgation de ces renseignements justifie l'atteinte à la vie privée des locataires conformément à l'art. 8(2)(m)(i) de la Loi — La non-divulgation suscite les suspicions et le*

<sup>f</sup> *cynisme dans une société démocratique.*

*Couronne — Biens immeubles — Biens de la Couronne administrés par la Commission de la capitale nationale — Une documentaliste de journal, faisant des recherches sur les rumeurs concernant la location d'appartements à des partisans politiques à des loyers inférieurs aux taux du marché, s'est vu refuser la communication des renseignements relatifs aux noms des locataires et aux loyers par eux payés — Accès à l'information et protection de la vie privée — En cas d'avantages financiers facultatifs accordés par une société de la Couronne, les renseignements y relatifs ne sont pas protégés contre la divulgation à titre de «renseignements personnels» — Les renseignements du genre recherché en l'espèce sont publiquement disponibles grâce aux régimes d'enregistrement immobilier et dans le cadre de la réglementation des loyers d'habita-*

by cover up of facts where rumours of favouritism, mismanagement of taxpayers' property.

This was an application to review a complaint against the refusal by the National Capital Commission (NCC) to allow access to certain records requested by the applicant pursuant to the *Access to Information Act*. As a researcher for *The Ottawa Citizen*, a daily newspaper, the applicant sought a list of all properties owned and administered by the NCC as well as the names and rental charges of the tenants of said properties. She was given the list but not the other information on the ground that it was protected under the *Privacy Act*. She then wrote to the Information Commissioner, making the point that commercial transactions between a tax financed body and an individual or a corporation could not be regarded as "personal information". The Information Commissioner would be content if the properties and rentals, but not tenants' names, were disclosed.

Counsel agreed that there were three main issues to be decided: 1) What is "personal information" under section 3 of the *Privacy Act*? 2) Are tenants' names and rents charged personal information? 3) If yes, does the public interest in disclosure clearly outweigh any resulting invasion of privacy? A further issue was whether, if rents charged by the NCC were less than fair market value, was this "information relating to any discretionary benefit of a financial nature . . . conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit", in which case the latter would be excepted from "personal information". As to whether tenants' names, addresses and rental payments constitute "personal information", the applicant and the Information Commissioner argued that if tenants had contracted with the NCC for lower rents than were exacted for comparable residential properties, the NCC would have conferred a benefit upon such tenants and, *ipso facto*, a discretionary benefit: this is precisely what is prescribed by paragraph 3(l) of the *Privacy Act* to be excluded from the "personal information" within the ambit of subsection 19(1) of the *Access to Information Act*. As justification for her decision to refuse disclosure, the NCC chairman made representations to the Information Commissioner that the public interest in disclosure is less than apparent as there would be no general benefit for the public to be provided with that information. She added that the mere fact that public lands are being leased certainly does not imply under the legislation that the public has a right to know.

*Held*, the application should be allowed.

The NCC being a "government institution" as defined in section 3 of the *Privacy Act*, its conduct should be an open book and any information relating to rental levels and the process of establishing them should be available to the public. This is why Parliament promulgated the *Access to Information Act*, the purpose of which was to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. The independent review of the decision to refuse access to the

tion — L'intérêt public veut que la confiance du public ne soit pas minée par la dissimulation des faits en cas de rumeurs de favoritisme et de mauvaise gestion de biens du domaine public.

Il s'agit d'une demande de révision d'une plainte contre le refus de la part de la Commission de la capitale nationale (CCN) de communiquer certains dossiers demandés par la requérante en application de la *Loi sur l'accès à l'information*. Documentaliste au journal *The Ottawa Citizen*, la requérante avait demandé communication de la liste de tous les immeubles locatifs appartenant à la CCN et administrés par elle ainsi que les noms des locataires de ces immeubles et le loyer qu'ils payaient. Elle reçut la liste mais non pas les autres renseignements par ce motif qu'ils étaient protégés en application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle écrivit alors à la Commissaire à l'information en faisant remarquer qu'un contrat commercial passé entre un organisme financé par l'impôt et un individu ou une société ne pouvait être considéré comme «personnel». La Commissaire à l'information se contenterait de la divulgation des lieux loués et de leurs loyers respectifs, sans communication du nom des locataires.

Les avocats des parties sont convenus qu'il y avait trois principaux points litigieux: 1) Que signifie «renseignements personnels» au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*? 2) Les noms des locataires et les loyers qu'ils doivent payer sont-ils des renseignements personnels? 3) Dans l'affirmative, y a-t-il des raisons d'intérêt public qui justifieraient nettement une violation éventuelle de la vie privée? Il y a une autre question litigieuse, savoir si, au cas où le loyer payable à la CCN serait inférieur aux taux du marché, il s'agit là d'un renseignement concernant des avantages financiers facultatifs . . . accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature de ces avantages, auquel cas ce renseignement est exclu de la définition de «renseignements personnels». Quant à la question de savoir si les noms des locataires, leurs adresses et les loyers qu'ils paient constituent des «renseignements personnels», la requérante et la Commissaire à l'information soutiennent que si certains locataires ont conclu avec la CCN un bail prévoyant le paiement d'un montant inférieur à ce qui est exigé d'habitations comparables, cela signifie que la CCN accorde à ces locataires un avantage et, de ce fait même, un avantage facultatif; c'est précisément ce que l'alinéa 3l) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exclut des «renseignements personnels» protégés par le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. À l'appui de sa décision de refuser la communication, la présidente de la CCN a soutenu auprès de la Commissaire à l'information que l'intérêt public dans la divulgation n'était pas évident en l'espèce puisque le public ne gagnerait rien à obtenir ces renseignements. Elle a ajouté que le simple fait que les baux concernaient des terres domaniales ne signifiait pas que le public avait le droit d'être informé par application de la loi.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

La CCN étant une «institution fédérale» au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, sa conduite doit être comme un livre ouvert, et tous les renseignements au sujet des taux de loyer et de leur mode de fixation doivent être à la disposition du public. Voilà la raison pour laquelle la *Loi sur l'accès à l'information* a été adoptée, qui prévoit le droit d'accès aux dossiers relevant des institutions fédérales. Le recours indépendant du pouvoir exécutif contre le

information sought by the applicant is provided in section 41 of the Act. Since the NCC was entrusted with the management of the taxpayers' money and property and in view of the fact that rumours had circulated for years that certain tenants were the beneficiaries of "sweetheart deals", the question of public interest was a most important consideration. It is always in the public interest to dispel rumours of corruption or mismanagement of the taxpayers' money and property.

The key statutory provision here was subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*, which is to the effect that personal information under the control of a government institution may be disclosed where, in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. In the case of *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, Heald J.A. stated that the general rule is disclosure; the exception is exemption and the onus of proving the entitlement to the benefit of the exception rests upon he who claims it. His Lordship added that the Court had the obligation of ensuring that the discretion given to the administrative head has been exercised within proper limits and on proper principles. One could then ask whether the decision of the NCC chairman to bar disclosure in regard to invasion of privacy versus public interest was taken "within proper limits and on proper principles" in deference to the "general intent and purpose of the Act, as expressed in section 2 *supra*". Upon review of the chairman's written representations, which was the only evidence of what was considered by the respondent in weighing the statutory factors before deciding not to disclose the information, it was obvious that the NCC had evinced no weighing of the factor of invasion of privacy against that of the public interest in disclosure. The simple assertions that "the public interest in disclosure is less than apparent" and that "there would be no general benefit for or advantage to the public to be provided with that information" did not constitute any weighing of one statutory factor against the other. The "public interest in disclosure" is a paramount value which is to be suppressed only when and if it clearly does not outweigh any invasion of privacy.

The evidence and arguments indicated that the tenants' privacy interest in the non-disclosure of their rental obligations was so negligible that any invasion of it, resulting from disclosure, was clearly outweighed by the public interest. Whether or not a tenant of a government institution, the NCC, pays rent is not a matter of privacy for it must be presumed that every tenant pays rent in money or in kind. If a tenant had an arrangement whereby no legal consideration flowed to the NCC for the use of rented premises, it would be in the public interest to disclose that information and not to cover up the facts, even more so when there were rumours of favouritism and consequent mismanagement of the taxpayers' money and property. Much information of the type sought by applicant is available to the public under land registration systems and provincial rent control legislation. Accordingly, the NCC and the Privacy Commissioner had failed to demonstrate that any real harm would befall tenants as a result of disclosure. In view of the fact that non-disclosure would generate the corrosion of public trust, suspicion and public cynicism in a free and

refus de communiquer les renseignements recherchés par la requérante est prévu à l'article 41 de la Loi. Étant donné que la CCN était chargée de la gestion de deniers et de biens publics et que les rumeurs avaient circulé pendant des années au sujet de traitements de faveur accordés à certains locataires, la question de l'intérêt public était l'un des facteurs les plus importants. Il est toujours conforme à l'intérêt public de dissiper les rumeurs de corruption ou de mauvaise gestion de deniers et de biens publics.

Le texte de loi en jeu en l'espèce est le sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, aux termes duquel la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée si, de l'avis du responsable de cette institution, des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Dans *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, le juge Heald, J.C.A. conclut que la communication est la règle générale et l'exemption, l'exception, et qu'il incombe à ceux qui réclament l'exemption de prouver leur droit à cet égard. Sa Seigneurie ajoute que la Cour est tenue de s'assurer que le pouvoir discrétionnaire conféré au responsable administratif a été exercé dans les limites appropriées et selon les principes appropriés. On peut en conséquence se demander si la décision de la présidente de la CCN de refuser la divulgation eu égard au poids relatif de l'atteinte à la vie privée et de l'intérêt public a été prise «dans les limites appropriées et selon les principes appropriés» et dans le respect de «l'objet général de la Loi, tel qu'il est énoncé à l'article 2 précité». Il ressort à l'évidence d'un examen des observations écrites de la présidente, qui constituent la seule preuve des facteurs légaux que l'intimée avait pris en considération pour décider de ne pas communiquer les renseignements recherchés, que la CCN n'a nullement mis dans la balance la violation de la vie privée et l'intérêt public dans la divulgation. De simples assertions telles que «l'intérêt public dans la divulgation n'est pas évident en l'espèce» et que «le public ne gagnerait rien à obtenir ces renseignements» ne sont pas l'aboutissement d'une considération du poids relatif de deux facteurs légaux. L'intérêt public dans la divulgation est une valeur primordiale qui ne peut être ignorée que dans le cas où, de toute évidence, il ne justifierait pas la violation de la vie privée.

Il ressort des preuves produites et des arguments présentés que l'intérêt des locataires dans la non-divulgation de leurs loyers est négligeable au point que les raisons d'intérêt public justifieraient nettement la violation de la vie privée en cas de divulgation. Qu'un locataire d'une institution fédérale, la CCN, paie un loyer ou non, voilà qui n'est nullement une question de vie privée, car on doit présumer que tout locataire paie un loyer en espèces ou en nature. Si le locataire bénéficie d'une convention en vertu de laquelle il ne doit rien payer à la CCN pour la jouissance des lieux, alors l'intérêt public exige que ce renseignement soit divulgué et que les faits ne soient pas dissimulés, d'autant plus qu'il y a des rumeurs de favoritisme et de mauvaise gestion de deniers et de biens publics. La plupart des renseignements du genre recherché par la requérante sont à la disposition du public grâce aux régimes d'enregistrement immobilier et aux régimes provinciaux de réglementation des loyers. La CCN et le Commissaire à la protection de la vie privée n'ont donc pu prouver aucun préjudice véritable pour les locataires en cas de divulgation. Attendu que la non-divulgation

democratic society, the public interest in disclosure clearly outweighed any invasion of privacy resulting from disclosure.

minerait la confiance du public, engendrerait la suspicion et le cynisme publics dans une société libre et démocratique, l'intérêt public dans la divulgation justifierait sans réserve toute violation de la vie privée que pourrait entraîner cette divulgation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I, ss. 2(1), 3, 41.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63.  
*Land Titles Act*, R.S.O. 1980, c. 230, s. 110.  
*Ontario Regulations*, 449/88.  
*Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II, ss. 2, 3(l), 8(1), (2)(m)(i), 41.  
*Registry Act*, R.S.O. 1980, c. 445.  
*Residential Rent Regulation Act*, 1986, S.O. 1986, c. 63, s. 5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*R. v. Pollock* (1983), 29 Sask. R. 70 (Q.B.).

##### REFERRED TO:

*Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] S.C.R. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232.

##### COUNSEL:

*Richard G. Dearden* and *Neil Wilson* for applicant.  
*Barbara A. McIsaac, Q.C.*, for respondent.  
*Simon Noël* for intervener Privacy Commissioner.  
*Michael Phalen, Pat Wilson* and *Paul Tetro* for intervener Information Commissioner.

##### SOLICITORS:

*Gowling, Strathy and Henderson*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*Noël, Berthiaume, Aubry*, Hull, Quebec, for intervener Privacy Commissioner.

*Osler, Hoskin and Harcourt*, Ottawa, for intervener Information Commissioner.

#### a LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63.  
*Loi de 1986 sur la réglementation des loyers d'habitation*, L.O. 1986, chap. 63, art. 5.  
*Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I, art. 2(1), 3, 41.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II, art. 2, 3(l), 8(1), (2)(m)(i), 41.  
*Loi sur l'enregistrement des actes*, L.R.O. 1980, chap. 445.  
*Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1980, chap. 230, art. 110.  
*Règlements de l'Ontario*, 449/88.

#### JURISPRUDENCE

##### d

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.).

##### e

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*R. v. Pollock* (1983), 29 Sask. R. 70 (Q.B.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] R.C.S. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232.

##### AVOCATS:

*Richard G. Dearden* et *Neil Wilson* pour la requérante.  
*Barbara A. McIsaac, c.r.*, pour l'intimée.  
*Simon Noël* pour l'intervenant, le Commissaire à la protection de la vie privée.  
*Michael Phalen, Pat Wilson* et *Paul Tetro* pour l'intervenante, la Commissaire à l'information.

##### PROCUREURS:

*Gowling, Strathy et Henderson*, Ottawa, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.  
*Noël, Berthiaume, Aubry*, Hull, Québec, pour l'intervenant, le Commissaire à la protection de la vie privée.  
*Osler, Hoskin et Harcourt*, Ottawa, pour l'intervenante, la Commissaire à l'information.

## EDITOR'S NOTE

The Executive Editor has decided that His Lordship's 40 page reasons for order herein should be reported as abridged. The omitted material concerns the background of the case, the arguments and the issue as to whether NCC tenants' names, addresses and rental payments were "personal information" and accordingly not to be disclosed upon application under the Access to Information Act. This case is of particular interest for the discussion of the public interest in disclosure which outweighed any resulting invasion of privacy. Summaries of the deleted portions of the reasons are provided.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: Despite the great weight of paper filed in this case, counsel aver that there are few litigious issues. Counsel for the applicant enumerates as follows: 1) What is "personal information" defined in section 3 of the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II? 2) Are the tenants' names and rental charged for their premises personal information? 3) If the previous question be answered against the applicant's contentions, then is there that degree of public interest in such disclosures which would clearly outweigh any resulting invasion of privacy? The respondent's counsel agrees, in effect, saying that the legal issue is the meaning of "personal information" and what is involved in it. There is yet another issue such that, if it be established that the rent payable to the NCC by the residential tenants is less than fair market rent, does that reduction constitute "information relating to any discretionary benefit of a financial nature . . . conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit"? If so, the identity and the exact nature of the benefit are excepted from "personal information" "for the purposes of sections 7, 8 and 26 [of the *Privacy Act*] and section 19 of the *Access to Information Act* [S.C. 1980-

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

Le directeur général des Recueils de la Cour fédérale a décidé qu'il y avait lieu de publier une version abrégée des motifs de l'ordonnance de Sa Seigneurie, qui occupent 40 pages de texte. Les éléments omis sont les faits incidents de la cause, l'argumentation des avocats et la question de savoir si les noms des locataires de la CCN, leurs adresses et les loyers qu'ils paient constituent des «renseignements personnels» à ne pas divulguer en cas de demande faite en application de la Loi sur l'accès à l'information. Cette cause présente un intérêt particulier par l'analyse de l'intérêt public dans la divulgation qui justifie la violation de la vie privée du fait de cette même divulgation. Les passages sautés sont remplacés par leur résumé respectif.

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

LE JUGE MULDOON: Malgré la documentation volumineuse qui a été déposée en l'espèce, les avocats des parties affirment que les points litigieux sont peu nombreux. L'avocat de la requérante les énumère comme suit: 1) Que signifie «renseignements personnels» au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II? 2) Les noms des locataires et le loyer qu'ils doivent payer sont-ils des renseignements personnels? 3) Si la réponse à la question précédente va à l'encontre des conclusions de la requérante, y a-t-il des raisons d'intérêt public qui justifieraient nettement une violation éventuelle de la vie privée? L'avocate de l'intimée partage ce point de vue en concluant que le litige est centré sur ce que signifie «renseignements personnels» et ce qu'embrasse cette notion. Il y a cependant une autre question litigieuse, savoir si, au cas où il serait établi que le loyer payable à la CCN par des locataires d'habitations est inférieur aux taux du marché, il s'agit là d'un renseignement concernant des avantages financiers facultatifs . . . accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages», auquel cas le nom et la nature précise de ces avantages sont exclus de la définition de «renseignements personnels» «pour l'application des articles 7, 8 et 26 [de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*] et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*»



81-82-83, c. 111, Schedule I]”, as provided in paragraph 3(1) of the *Privacy Act*.

*The National Capital Commission, a Crown corporation, is the landlord of residential, commercial, institutional and recreational properties in the National Capital Region. For some years rumours had circulated that certain of its tenants — said to be political “hacks” of the party which had been in power federally prior to 1984 — were the beneficiaries of “sweetheart deals” in that they were tenants of NCC properties at below market value rentals. One of the persons who had drawn these rumours to the attention of the media (in particular, to the author of The Ottawa Citizen column “The Bureaucrats”) was Jean E. Pigott, since named NCC Chairman. It was ironic that she now was resisting the very disclosure which she once sought.*

*The applicant herein, Mary Bland, was a researcher with The Ottawa Citizen, a daily newspaper. She had written the NCC for a list of its rental properties along with the tenants’ names and rental charges. The Commission disclosed the properties list but declined to divulge the other information as personal information protected under section 3 of the Privacy Act. Much of the requested information was subsequently disclosed and at the date of the hearing of this motion it was information concerning residential properties that was still being sought. In cross-examination upon her affidavit, the applicant referred to “a conversation with Jean Pigott herself who mentioned that look, tell Frank [Howard — an The Ottawa Citizen columnist] I am glad he is onto this because it is common knowledge around Ottawa that there are quite a few Liberals that — and Liberal hacks that have been getting benefit of these properties . . .”.*

*It was not reasonable to assume that notable personages such as Pigott would have conveyed these rumours only to the media. By making such allegations to friends and acquaintances they*

[S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I], ainsi que le prévoit l’alinéa 3l) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

*a La Commission de la capitale nationale, qui est une société de la Couronne, est chargée de l’exploitation d’immeubles de rapport (habitations, usage commercial, organisations à but non lucratif et usage récréatif) dans la région de la capitale nationale. Des rumeurs avaient circulé pendant des années au sujet des «traitements de faveur» et des loyers inférieurs au taux du marché, accordés aux partisans du parti politique dont les membres jouissaient de la majorité au Parlement antérieurement à 1984. L’une des personnes qui avaient porté ces rumeurs à l’attention des médias (en particulier au responsable de la chronique «The Bureaucrats» du journal The Ottawa Citizen) était Jean E. Pigott, devenue par la suite présidente de la CCN. L’ironie c’est qu’elle s’oppose maintenant à la divulgation qu’elle avait recherchée naguère.*

*e La requérante en l’espèce, Mary Bland, est documentaliste au quotidien The Ottawa Citizen. Elle avait demandé par écrit à la CCN de lui communiquer la liste de ses immeubles locatifs ainsi que les noms des locataires et les loyers qu’ils payaient. La Commission lui communiqua la liste des immeubles mais refusa de divulguer les autres renseignements, lesquels étaient à son avis des renseignements personnels protégés par l’article 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels. Une grande partie des renseignements recherchés fut divulguée par la suite et à l’audition de cette requête, le litige ne portait plus que sur les habitations. Lors du contre-interrogatoire relatif à son affidavit, la requérante déclare avoir «parlé avec Jean Pigott qui a appelé f pour dire qu’elle était contente de voir Frank [Howard, qui est un chroniqueur du journal The Ottawa Citizen] s’occuper de l’affaire parce qu’il était de notoriété publique à Ottawa qu’il y avait de nombreux Libéraux qui . . . des politicards h Libéraux qui bénéficiaient de ces immeubles . . .».*

*j Il n’est pas raisonnable de présumer que des notabilités comme Jean Pigott n’ont transmis ces rumeurs qu’aux médias. En répandant ces assertions dans le cercle de leurs propres amis et*

could create public turmoil in regard to the administration of the taxpayers' lands.

Reference was made to a memo from an NCC official acknowledging that the Commission was essentially subsidizing tenants who were occupying properties costing more to operate than was being recovered in rent.

All of the mitigating factors in fixing rents (other than observation of the Government's 6 and 5 anti-inflation policy) set out in the Chairman's representations pursuant to subsection 35(2) of the Access to Information Act were discretionary benefits of a financial nature.

The Court could not accept the submissions of NCC counsel that the rumours were unfounded and widespread as a result of Mr. Howard's columns. The evidence was that they had been circulating for years before their publication in "The Bureaucrats". Counsel's submission was amazing as it implied that Mrs. Pigott was wrong to have spread rumours of serious wrongdoing prior to becoming NCC Chairman.

All this silliness certainly could, and did, have an effect upon the public interest. In Canada it is not permitted to any appointed, or even elected, officials to assume aristocratic airs in the management of public money or property by telling the citizen-taxpayers that the officials' stewardship is just none of the citizens' business. There is a well known compulsiveness on the part of government officials to keep secret matters which are of interest to the public in regard to the management of the taxpayers' money and property. Is that a gratuitous assumption? It is an inference from the fact that despite the powers and activities of the Auditor General of Canada and of the committees of Parliament, and of the responsibility of the government-of-the-day to possess the confidence of the House of Commons, Parliament still thought fit to enact, and to promote its stated purpose in promulgating the *Access to Information Act*:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance

connaissances, elles ont pu créer le brouhaha public au sujet de l'administration d'immeubles du domaine public.

a Une note de service émanant d'un cadre dirigeant de la CCN a été citée, qui reconnaît que la Commission subventionnait en fait les locataires occupant des propriétés dont l'exploitation coûtait plus cher que ce que rapportaient les loyers.

b Tous les facteurs pris en considération pour la fixation des loyers (à part l'observation du programme gouvernemental 6 et 5 de lutte contre l'inflation) et cités dans les observations faites par la présidente en application du paragraphe 35(2) de la Loi sur l'accès à l'information constituaient des avantages financiers facultatifs.

c La Cour rejette l'argument de l'avocate de la CCN, selon lequel ces rumeurs sans fondement ont été propagées par suite des chroniques de M. Howard. Il ressort des preuves produites qu'elles avaient circulé pendant des années avant d'être rapportées dans la chronique «The Bureaucrats». Cette conclusion de l'avocate est pour le moins stupéfiante car elle laisse entendre que Mme Pigott avait tort de répandre ces rumeurs de graves agissements répréhensibles, avant qu'elle ne devienne présidente de la CCN.

d Il est indéniable que ces enfantillages ne pouvaient manquer d'avoir un effet sur l'intérêt public. Au Canada, il n'est permis à aucune autorité publique nommée, voire élue, de prendre des airs aristocratiques dans la gestion des deniers ou des biens publics en disant au citoyen contribuable que cette gestion ne le regarde en aucune façon. Il est bien connu que les autorités publiques éprouvent le besoin compulsif de garder secrètes les questions de gestion de deniers et de biens publics, qui intéressent justement le public. Est-ce là une hypothèse gratuite? C'est là la conclusion qu'on peut tirer du fait que malgré les pouvoirs et activités du vérificateur général du Canada et des comités du Parlement, malgré l'obligation qui incombe au gouvernement de l'heure de jouir de la confiance de la Chambre des communes, le législateur a jugé indiqué de mettre en œuvre et de promouvoir son objectif déclaré en promulguant la *Loi sur l'accès à l'information*:

e 2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispen-

with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

That definite purpose is expressed no less resolutely in the other official language of this statute. Both versions are equally definite and assertive.

The NCC is a "government institution" as defined in section 3 of the Act and designated in Schedule I thereto. The independent review of the decision to refuse access to the information sought by the applicant is provided in section 41, and exemplified in these very proceedings.

Now this matter of the rumours is emplaced in this litigation because of their alleged impact on the public interest, their potential for diluting public confidence in the administration of the government in general, and of the NCC in particular. The destruction of public confidence never leaves a vacuum in its place.

History, as the Court is entitled to note, notoriously demonstrates that destroyed public confidence is soon replaced by that most accursed, corrosive, dangerous and pernicious of all public attitudes, cynicism. So, what in this situation is in the public interest? That is abundantly clear. It is that, whatever and whenever rumours fly, the conduct of the NCC should be an open book, with all the explanations it cares or needs to make about rental levels, the process of establishing them, or whatever.

It is always in the public interest to dispel rumours of corruption or just plain mismanagement of the taxpayers' money and property. Naturally, if there has been negligence, somnolence or wrongdoing in the conduct of a government institution's operations it is, by virtual definition, in the public interest to disclose it, and not to cover it up in wraps of secrecy. In that case government officials arrogate to themselves, by their refusal to give requested information, the role of judges in their own cause. In this free and democratic society nothing, apart from a direction from the responsible Minister, prevents the government institution

sables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

<sup>a</sup> Cet objet précis est exprimé de façon tout aussi déterminée dans le texte de l'autre langue officielle. Les deux versions sont aussi précises et péremptoires l'une que l'autre.

<sup>b</sup> La CCN est une «institution fédérale» au sens de l'article 3 et désignée telle à l'annexe I de la Loi. Le recours indépendant du pouvoir exécutif contre le refus de communiquer les renseignements recherchés par la requérante est prévu à l'article 41, et illustré par cette instance même.

<sup>c</sup> La question des rumeurs se pose en l'espèce en raison des effets que ces dernières pourraient avoir sur l'intérêt public, du fait qu'elles pourraient miner la confiance du public dans l'administration du gouvernement en général, et de la CCN en particulier. La destruction de la confiance du public ne laisse jamais un vide à la place.

<sup>d</sup> L'histoire, ainsi que la Cour a le droit de le rappeler, montre que la confiance du public, une fois détruite, laisse vite la place à cette mentalité publique la plus exécrationnelle, la plus corrosive, la plus dangereuse et la plus pernicieuse d'entre toutes, le cynisme. Donc, dans cette situation, qu'est-ce qui est conforme à l'intérêt public? C'est quelque chose de parfaitement clair. Ce qui est conforme à l'intérêt public, c'est que, dès qu'il y a des rumeurs quelles qu'elles soient, la conduite de la CCN doit être comme un livre ouvert, avec toutes les explications qu'elle veut bien ou doit donner au sujet des taux de loyer, du mode de fixation de ces taux, etc.

<sup>e</sup> Il est toujours conforme à l'intérêt public de dissiper les rumeurs de corruption ou de mauvaise gestion pure et simple de deniers et de biens publics. Naturellement, s'il y a faute, négligence ou agissements répréhensibles dans le fonctionnement d'une institution fédérale, il est, par définition virtuelle, conforme à l'intérêt public de les révéler, et non pas de les entourer de secret. Autrement, cela signifierait que les autorités gouvernementales s'instituent, par leur refus de communiquer les renseignements demandés, juges de leur propre cause. Dans cette société libre et démocratique rien, à part l'ordre du ministre compétent,

from giving whatever explanations it judges appropriate, along with the requested information lawfully disclosed. The Court is not here adjudicating on the validity of the NCC's explanations about its rental levels. The true explanations themselves might in many situations amply dispel the rumours, as it appears from the confidential record placed before this Court.

The Court, in any event does not relish, but can hardly ignore, the NCC Chairman's personal involvement in the generation of this litigation. The interpretation of those paired statutes *in pari materia*, the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* deserves a better, less personal basis of elaboration by the Court. So, while the Court is forced not to disregard that personal element, it will attempt to proceed as far as possible along regular, basic lines, just as if the Chairman had evinced no personal connection with the rumours alleged to bear on the determination of the public interest versus any alleged invasion of privacy which results from disclosure of the information.

Is the Court empowered by law to prefer the Court's view of the public interest over that of the NCC? The statutory provision under consideration here is enplaced in the *Privacy Act*, thus:

8. ...

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or ... [Emphasis not in original text.]

What outweighs something else is clearly a matter of opinion — and oftentimes a very subtle adjustment of opinion — which, in the statute, resides primarily at least in the head (or Chairman) of the government institution, (here, the NCC). In the *Access to Information Act* and in the *Privacy Act* the respective sections numbered 41 both begin with the headline, "Review by the Federal Court" and they both provide, in the same words, for a "person" or an "individual" to "apply

n'empêche une institution fédérale de donner les explications qu'elle juge indiquées en même temps que les renseignements demandés et légalement divulgués. La Cour ne juge pas en l'espèce la validité des explications données par la CCN au sujet des taux de loyer qu'elle applique. Les explications véritables suffiraient dans plusieurs cas à dissiper les rumeurs, comme il appert du dossier confidentiel produit devant la Cour.

Quoi qu'il en soit, si la Cour ne se réjouit pas de mettre en relief le rôle personnel de la présidente de la CCN dans la genèse de ce litige, elle ne peut pas l'ignorer non plus. L'interprétation de ces deux textes de loi parallèles, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mérite une meilleure démarche, moins *ad hominem*, de la Cour. Ainsi donc, alors que la Cour est obligée de ne pas négliger l'élément personnel, elle essaiera, autant que faire se peut, d'instruire l'affaire conformément aux principes fondamentaux, comme si la présidente n'avait rien à voir avec les rumeurs qui obligent à mettre dans la balance l'intérêt public et l'atteinte à la vie privée qu'est la divulgation des renseignements.

La Cour est-elle habilitée par la loi à préférer sa propre conception de l'intérêt public à celle de la CCN? Le texte de loi en jeu est celui qui se trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*:

8. ...

(2) Sous réserve d'autres lois du Parlement, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée, ... [Mots non soulignés dans l'original.]

Que quelque chose justifie quelque chose d'autre est certainement affaire d'opinion — et bien souvent d'ajustement très subtil d'opinion — qui, aux termes de la loi, relève principalement au moins du responsable (ou de la présidente) de l'institution fédérale (en l'occurrence la CCN). Dans la *Loi sur l'accès à l'information* comme dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l'article 41 qui porte l'indication marginale «Révision par la Cour fédérale», prévoit pour la «personne» ou

to the Court for a review of the matter". This, then, is the review of the matter which subsection 2(1) of the information legislation exacts "be reviewed independently of government, (*recours indépendants du pouvoir exécutif*)."

The meaning of this latter provision for the matter to be reviewed independently of government in the total context of the legislation — that is, independently of the decision made or discretion exercised by the head of the government institution, was conveyed forcefully and lucidly by Mr. Justice Heald J.A., for the unanimous Appeal Division of this Court in *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265.

At page 272 of the *Rubin* case, Heald J.A. is recorded as discoursing on paragraph 21(1)(b) of the Act, in an example which serves present purposes, by analogy, thus:

The Assistant Information Commissioner of Canada in his letter to the respondent dated September 3, 1986, expressed the very definite opinion, based on his review of the sample records that: "disclosure of the vast majority of the minutes would be innocuous to the interests of the Corporation."

Here, the Information Commissioner herself, in her scrupulously painstaking 29-page Report on Results of Investigation (exhibit B to applicant's affidavit sworn October 21, 1986 — public application record, vol. I, tab 2) devoted the last 17 pages to the matter of public interest. Here are two passages from pages 26-27:

To sum up, this is not an instance in which an applicant is merely fishing for information of tenuous relevance based on totally unsubstantiated allegations. There is clear *prima facie* evidence, eventually confirmed by public statements from the NCC itself, that some — perhaps most — NCC rents are or were below market value.

The public interest in this case is based on the public's right to have its concerns about the NCC leasing arrangements laid to rest — not in chasing a moving target.

The facts revealed by this investigation, in my opinion, give rise to a legitimate, overriding public interest in determining whether subsidized rents have been established and subsidized rental properties allocation [*sic*] in an open and equitable manner by the NCC. That public interest arises whether or not the rents below market value constitute a "discretionary benefit of a financial nature."

l'«individu» concerné le droit d'«exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour». Il s'agit ici du recours prévu au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* sous la formulation «recours indépendants du pouvoir exécutif».

La signification de cette dernière disposition sur les recours indépendants du pouvoir exécutif, considérée dans le contexte de la loi — savoir recours indépendants de la décision prise ou du pouvoir discrétionnaire exercé par le responsable de l'institution fédérale concernée — a été exposée avec vigueur et clarté par le juge Heald, J.C.A. dans l'arrêt rendu à l'unanimité de la Cour d'appel fédérale dans *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265.

À la page 272 de l'arrêt *Rubin*, le juge Heald, J.C.A. fait l'analyse de l'alinéa 21(1)b) de la Loi, dans un exemple comparable à l'espèce, comme suit:

Dans la lettre qu'il a envoyée à l'intimé le 3 septembre 1986, le commissaire adjoint à l'information du Canada a exprimé le très clair avis, qui se fonde sur son examen de l'échantillon des documents, que [TRADUCTION] «la divulgation de la plus grande partie des procès-verbaux ne nuirait pas aux intérêts de la Société».

En l'espèce, la Commissaire à l'information elle-même, dans son minutieux rapport d'enquête de 29 pages (pièce B de l'affidavit en date du 21 octobre 1986 — dossier public de la demande, vol. I, onglet 2), a consacré les 17 dernières pages à la question de l'intérêt public. En voici deux passages, pages 26 et 27:

[TRADUCTION] En bref, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la requérante recherche au hasard des renseignements sans intérêt véritable et sur la foi d'allégations dénuées de tout fondement. Il y a à tout le moins preuve *prima facie*, subsequmment confirmée par des déclarations publiques de la CCN elle-même, que le loyer pratiqué par la CCN pour certains — peut-être pour la plupart — de ses logements est ou était inférieur aux taux du marché.

L'intérêt public en l'espèce tient au droit du public de voir dissipées ses préoccupations au sujet des baux consentis par la CCN — et non pas de poursuivre une cible fuyante.

Les faits révélés par cette enquête donnent lieu, à mon avis, à un intérêt public légitime et primordial qui commande qu'on détermine s'il y a des loyers subventionnés et si la répartition des locaux à loyer subventionné a été faite de façon ouverte et équitable par la CCN. Cet intérêt public s'affirme peu importe que les loyers inférieurs aux taux du marché constituent ou non des «avantages financiers facultatifs».

So wrote the Information Commissioner in this matter, and here is what Mr. Justice Heald J.A. continued (at page 272) to write in the *Rubin* case:

This considered opinion from a senior and responsible public official should not be ignored. Furthermore, the broad exemption claimed in this case by the respondent does violence to the purposes of the Act as expressed in section 2 of the Act. [above recited]

The passages of the *Rubin* decision which are applicable in the case at bar continue on pages 273-274 as follows:

In my view, section 49 clothes the Court with jurisdiction to determine whether the head of the institution is authorized to refuse disclosure. The discretion given to the institutional head is not unfettered. It must be exercised in accordance with recognized legal principles. It must also be used in a manner which is in accord with the conferring statute. (Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.) at pages 1030, 1034). The applicable legal principles are well stated by Wilson J. in the *Oakwood* case when she said that an administrative decision-maker "must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function." In the *Padfield* case, *supra*, Lord Reid said, at page 1030:

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 . . . 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.

Accordingly, it is incumbent upon the institutional head (or his delegate) to have regard to the policy and object of the *Access to Information Act* when exercising the discretion conferred by Parliament pursuant to the provisions of subsection 21(1). When it is remembered that subsection 4(1) of the Act confers upon every Canadian citizen and permanent resident of Canada a general right to access and that the exemptions to that general rule must be limited and specific, I think it clear that Parliament intended the exemptions to be interpreted strictly.

The issue then is whether, in the circumstances of this case, the delegate of the respondent did exercise properly the discretion conferred upon her, in promotion of the policy and objects of this Act.

The passage beginning on page 276 of the *Rubin* case is of great import here. It runs:

C'était là la conclusion tirée par la Commissaire à l'information en l'espèce, et voici ce que le juge Heald, J.C.A. a ajouté dans la décision *Rubin* (à la page 272):

a On devrait tenir compte de cet avis mûrement réfléchi d'un fonctionnaire supérieur et digne de confiance. De plus, l'exemption générale réclamée en l'espèce par l'intimée fait effectivement violence aux objets de la Loi tels qu'ils sont énoncés à l'article 2 de celle-ci [supra].

b Les passages de la décision *Rubin* qui s'appliquent en l'espèce se trouvent aux pages 273 et 274, comme suit:

À mon avis, l'article 49 confère à la Cour le pouvoir de déterminer si le responsable de l'institution peut refuser de donner communication. Le pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution n'est pas absolu. Il doit être exercé conformément aux principes de droit reconnus. On doit en faire usage d'une manière compatible avec la loi habilitante (lord Reid dans l'affaire *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), aux pages 1030, 1034). Dans l'affaire *Oakwood*, le juge Wilson a bien formulé les principes juridiques applicables lorsqu'elle a dit que: «Il faut donc non seulement (qu'un organisme de décision administrative) ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi.» Dans l'affaire *Padfield* susmentionnée, lord Reid s'est prononcé en ces termes à la page 1030:

[TRADUCTION] 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 . . . 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.

En conséquence, il incombe au responsable d'une institution (ou à son délégué) de tenir compte de la politique et de l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il tient du législateur en vertu du paragraphe 21(1). Lorsqu'on se rappelle que le paragraphe 4(1) de la Loi confère aux citoyens canadiens et aux résidents permanents un droit général d'accès et que les exemptions à cette règle doivent être précises et limitées, le législateur a, à mon avis, clairement voulu que les exemptions fassent l'objet d'une interprétation stricte.

La question se pose alors de savoir si, compte tenu des faits de l'espèce, la déléguée de l'intimé a, de façon appropriée, exercé le pouvoir discrétionnaire qu'on lui a conféré en application de la politique et des objets de la Loi.

Le passage qui commence en haut de la page 276 de la décision *Rubin* revêt une grande importance pour la cause en instance:

In approving of the course of action of the respondent's delegate herein, the Motions Judge followed the decision . . . in the *CRTC* case, *supra*. Specifically, he relied on the statement . . . at page 420, *supra*, which I repeat hereunder for convenience:

Once it is determined that a record falls within the class of records referred to in subsection 21(1) the applicant's right to disclosure becomes subject to the head of the government institution's discretion to disclose it.

With every deference, I am unable to agree with that view of the matter. Such a conclusion fails to have regard to the objects and purposes of the Act. The general intent and purpose of the Act, as expressed in section 2 *supra*, includes a clear intention by Parliament to provide a means whereby decisions respecting public access to public documents will be reviewed "independently of government." (Subsection 2(1), *supra*.) Then in section 48, it is provided:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

This section places the onus of proving an exemption squarely upon the government institution which claims that exemption.

The general rule is disclosure, the exception is exemption and the onus of proving the entitlement to the benefit of the exception rests upon those who claim it. Section 46 must also be considered. It reads as follows:

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

In my view Parliament enacted section 46 so that the Court would have the information and material necessary to the fulfilment of its mandate to ensure that the discretion given to the administrative head has been exercised within proper limits and on proper principles. Judicial deference to the exercise of discretion by an administrative tribunal must, necessarily, be confined to the proper limits of the tribunal's power of decision. The determination of those proper limits is a task for the Court.

What then did the NCC, by its chairman, consider when it concluded that the invasion of its tenants' privacy clearly outweighed the public interest in disclosure of the rental charge exacted for each tenant's right to peaceful exclusive possession of his or her rented premises during the term of the lease? Was the decision to bar disclosure in regard to invasion of privacy versus public interest taken "within proper limits and on proper princi-

En approuvant la mesure prise par la déléguée de l'intimé, le juge des requêtes a suivi la décision rendue . . . dans l'affaire *CRTC* susmentionnée. Il s'est particulièrement appuyé sur les propos . . . à la page 420 qu'il convient de reproduire ci-dessous:

a Une fois qu'il est décidé qu'un document entre dans la catégorie de documents mentionnés au paragraphe 21(1), le droit du requérant d'en obtenir la communication est assujéti au pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution fédérale de donner suite à la demande.

b Avec déférence, je ne saurais souscrire à ce point de vue sur l'affaire. Une telle conclusion ne tient pas compte des objets et des fins visés par la Loi. L'objet général de la Loi, tel qu'il est énoncé à l'article 2 précité, comprend l'intention claire du législateur de prévoir un moyen permettant d'assujétir les décisions relatives à l'accès du public aux documents publics à des recours «indépendants du pouvoir exécutif» (paragraphe c 2(1) précité). Il est ensuite prévu à l'article 48:

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

d En vertu de cet article, le fardeau de la preuve d'une exemption incombe à l'institution fédérale qui y prétend.

e La communication est la règle générale et l'exemption, l'exception, et c'est à ceux qui réclament l'exemption de prouver leur droit à cet égard. Il faut examiner également l'article 46. Il porte:

f 46. Nonobstant toute autre loi du Parlement et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

g À mon avis, le législateur entend, à l'article 46, permettre à la Cour d'avoir les renseignements et documents nécessaires à l'accomplissement de son mandat et de s'assurer que le pouvoir discrétionnaire conféré au responsable administratif a été exercé dans les limites appropriées et selon les principes appropriés. La déférence judiciaire à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à un tribunal administratif doit nécessairement se restreindre aux limites régulières du pouvoir décisionnel du tribunal. Or, il appartient à la Cour de déterminer h ces limites.

i Qu'a donc la CCN, par sa présidente, pris en considération avant de conclure que la protection de la vie privée de ses locataires l'emportait définitivement sur l'intérêt qu'a le public dans la divulgation du loyer que doivent payer ces locataires en contrepartie de la jouissance tranquille et exclusive des lieux pendant la durée du bail? La décision de refuser la divulgation eu égard au poids relatif de l'atteinte à la vie privée et de l'intérêt public a-t-elle été prise «dans les limites appropriées et selon les principes appropriés» et dans le respect de

ples” in deference to the “general intent and purpose of the Act, as expressed in section 2 *supra*”?

L. J. Prevost’s affidavit has been mentioned. Here is its paragraph 11, which runs:

11. The Chairman of the NCC wrote to the Information Commissioner and made representations under subsection 35(2) of the Act on June 9, 1986. A copy of said representations is attached hereto and marked as Exhibit “D” to this my affidavit. [Public application record, vol. IV, tab 17, page 1028.]

He refers to the chairman’s written representations, above noted, in which she recited some 19 mitigating factors involved in fixing rental charges.

L. J. Prevost was cross-examined on his affidavit. Here is his testimony on the matter of public interest and invasion of privacy, about which he was questioned, since they figure visibly in those written representations, exhibit D to his affidavit:

Q. Okay. Now with respect to paragraph 8(m) of the *Privacy Act* of what we will call the public interest override of privacy, what discussions were held with the Chairman with respect to whether or not that particular section of the *Privacy Act* would apply?

A. That subject, as I recall, only came up at a meeting between our Chairman and Mrs. Hansen of the Information Commissioner’s office. Right along the discussions we had not raised the public interest. That was raised at one of the last meetings, I do not recall which one, after having argued the definition of personal information as opposed to public interest. That was strictly based on the financial — discretionary financial benefit to the tenants. That was the argument.

Q. So that would be sometime in 1986 if you say it is one of the last meetings with the Commissioner?

A. Late ’85 or ’86. I believe late ’85.

Q. Late ’85. Okay, and you — are you aware, sir of the criteria that the Chairman used in exercising her discretion under or deciding as to whether paragraph 8(m) of the *Privacy Act* applied or did not apply?

A. I am aware of a decision. I am aware of her discussions with our senior counsel. I was at one of the meetings, but not all of them. The response, of course, I was aware of.

Q. Which was no, the public interest does not —

A. Which was no to the public interest —

Q. — outweigh the invasion of privacy. But do you know any of the reasons or facts that form the foundation for her opinion that the public interest in disclosure did not clearly outweigh an invasion of privacy of the tenants?

«l’objet général de la Loi, tel qu’il est énoncé à l’article 2 précité»?

L’affidavit de L. J. Prevost a été mentionné plus haut. En voici le paragraphe 11:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] 11. La présidente de la CCN a écrit le 9 juin 1986 à la Commissaire à l’information pour lui faire part de ses observations en application du paragraphe 35(2) de la Loi. Ci-joint copie de ces observations, marquée pièce «D» du présent affidavit. [Dossier public de la demande, vol. IV, onglet 17, page 1028.]

Il s’agit des observations écrites où, comme indiqué plus haut, la présidente énumérait les quelque 19 facteurs de la fixation des loyers.

<sup>c</sup> Voici la teneur du contre-interrogatoire portant sur cet affidavit, et au cours duquel L. J. Prevost a répondu aux questions sur l’intérêt public et l’atteinte à la vie privée, lesquelles figurent bien en <sup>d</sup> évidence sur la pièce D de son affidavit:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Pour en venir à l’alinéa 8m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui prévoit ce que nous appellerons la primauté de l’intérêt public sur la vie privée, qu’avez-vous discuté avec la présidente au sujet de la question de savoir si cette disposition s’applique dans ce cas?

<sup>e</sup> R. Je me rappelle que ce sujet n’a été abordé qu’au cours d’un entretien entre notre présidente et Mme Hansen du Commissariat à l’information. Tout au long de nos discussions, personne n’avait soulevé la question de l’intérêt public. Il n’en a été question qu’au cours d’une des dernières rencontres, je ne me rappelle pas laquelle, après que nous eûmes discuté de la définition de renseignements personnels par opposition à l’intérêt public. Cette discussion portait strictement sur les avantages financiers facultatifs accordés aux locataires. Telle était la discussion.

<sup>g</sup> Q. Si c’est, comme vous dites, l’une des dernières rencontres avec la Commissaire, ça devait être au cours de 1986?

R. Fin 1985 ou 1986. Je dirais plutôt fin 1985.

Q. Fin 1985. Très bien, et vous . . . monsieur, savez-vous sur quels critères la présidente s’est guidée pour exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’alinéa 8m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou pour décider si cet alinéa s’applique ou non?

<sup>h</sup> R. Je suis au courant d’une décision. Je suis au courant de ses discussions avec notre principal conseiller juridique. Je n’assistais pas à toutes les réunions, mais à l’une d’entre elles. J’étais certainement au courant de la conclusion finale.

<sup>i</sup> Q. Qui était non, l’intérêt public ne . . .

R. Qui était non à l’intérêt public . . .

Q. . . justifie pas la violation de la vie privée. Mais êtes-vous au courant d’aucune raison ou d’aucun fait qui motive sa conclusion que l’intérêt public dans la divulgation ne justifiait pas clairement une violation éventuelle de la vie privée des locataires?



A. No minutes were kept except maybe a few notes here and there of the several meetings, but at one particular meeting, I do recall that if it was in the public interest, then possibly there should be a tenant singled out which would be subject to the RCMP investigation and not a general condemnation of all tenants because of the possibility of favours being done to tenants.

Q. Why would there be an RCMP investigation?

A. Well if there was suspicion that there was that type of thing, then that was the view that that is the way it would be dealt with.

Q. What type of thing?

A. Sweetheart deal, so-called, as special benefits to certain tenants, that type of thing which was the question raised by Howard.

Raised by Howard, indeed! The question was, as is now plainly acknowledged and proved, originally planted by, (among others), the Chairman, herself!

However, since no minutes were kept, then the Chairman's written representations (exhibit D) are the only evidence of what was considered in the respondent's weighing of the statutory factors in the NCC's decision not to disclose the information which the applicant seeks. That is, those representations furnish the only evidence before this Court about whether the decision was made "within proper limits and on proper principles" having due regard to the "general intent and purpose of the Act, as expressed in section 2 *supra*".

The representations signed by the NCC Chairman on June 9, 1986, take up 8½ pages, legal size. On page 3 thereof (page 1038 of vol. IV), the first reference to subparagraph 8(2)(m)(i) arises with the note of a meeting between, as it seems, the Information Commissioner's counsel and the NCC counsel, on December 3, 1985. The short passage records:

The Commissioner then invoked the notion of public interest pursuant to subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* for the disclosure of the information. [That subparagraph is then recited in full.]

The matter is next mentioned at page 4 (page 1039 of vol. IV), thus:

On April 25, 1986 the Chairman of the NCC replied to the Commissioner and reiterated the need for another appraisal. She also confirmed that the NCC was at odds on the principle of disclosure of personal information in the public interest.

R. Il n'y a aucun procès-verbal, sauf peut-être quelques notes ici et là de plusieurs réunions, mais au cours de l'une d'entre elles, je me souviens qu'on est arrivé à la conclusion que si c'était l'intérêt public qui l'emporte, on devrait peut-être prendre un des locataires et le soumettre à une enquête de la GRC, et non pas prononcer la condamnation générale de tous les locataires à cause d'une possibilité de favoritisme à leur égard.

Q. Pourquoi y aurait-il une enquête de la GRC?

R. S'il y avait une suspicion de cette sorte de choses, eh bien nous pensions que c'est ce qui se ferait.

Q. Quelle sorte de choses?

R. Les contrats de faveur, soi-disant, accordés à titre d'avantages spéciaux à certains locataires, c'est sur ce genre de choses que porte la question soulevée par Howard.

Question soulevée par Howard, la belle affaire! C'est la présidente elle-même, entre autres, qui en a été l'instigatrice à l'origine, comme cela a été maintenant reconnu et prouvé sans réserves!

Cependant, puisqu'il n'y a aucun procès-verbal, les observations écrites (pièce D) de la présidente sont la seule preuve des facteurs légaux que la CCN a pris en considération pour décider de ne pas communiquer les renseignements recherchés par la requérante. Autrement dit, ces observations constituent la seule preuve produite devant la Cour pour ce qui est de savoir si la décision a été prise «dans les limites appropriées et selon les principes appropriés» et dans le respect de «l'objet général de la Loi, tel qu'il est énoncé à l'article 2 précité».

Les observations signées le 9 juin 1986 par la présidente de la CCN prennent 8 pages et demie de papier format légal. En page 3 (page 1038 du vol. IV), le sous-alinéa 8(2)m(i) est mentionné pour la première fois au sujet d'un entretien entre le conseiller juridique de la Commissaire à l'information et celui de la CCN, le 3 décembre 1985. Ce bref passage porte:

[TRADUCTION] La Commissaire invoqua alors l'intérêt public qui commande la divulgation de ces renseignements, sous le régime du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. [Passage suivi de la reproduction intégrale de ce sous-alinéa.]

Cette question est mentionnée de nouveau à la page 4 (page 1039 du vol. IV) comme suit:

[TRADUCTION] Le 25 avril 1986, la présidente de la CCN, dans sa réponse à la Commissaire, réitéra la nécessité d'un nouvel examen. Elle confirma aussi que la CCN s'opposait au principe de la divulgation des renseignements personnels au titre de l'intérêt public.

The Chairman's written representations return to the matter of the public interest on page 7 where subparagraph 8(2)(m)(i) is again recited. The question inherent in that provision is mentioned at greater length on page 8 (or, page 1043 of vol. IV) in these passages, which are continued in reference to subparagraph 8(2)(m)(i), and the public interest, on to page 9 (1044):

The head of this institution has therefore the discretion to disclose personal information; in exercising this discretion she must balance the public interest in disclosure against the threat to an individual's privacy. As stated in Part III of the Interim Policy Guide: *Access to Information Act* and *Privacy Act* of the Treasury Board.

"Information shall be disclosed under this provision only when it is apparent that there is a clear public interest in disclosure but no other release category under subsection 8(2) is applicable."

The public interest in disclosure is less than apparent in this situation as there would be no general benefit for or advantage to the public to be provided with that information. Furthermore, since some of the conditions forming an integral part of a lease would not be disclosed in this process, it would be misleading to the public and unfair to the tenants.

A high standard both in terms of weight and nature of the public interest is requested [*sic*] to demonstrate that the invasion of privacy is clearly outweighed by the public interest. The mere fact that public lands are being leased certainly does not imply under the legislation that the public has a right to know.

The head of this institution has determined in accordance with subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* that there is no public interest in this case, or if any, would not be persuasive or of such significance to outweigh any invasion of privacy.

The head of this institution, has determined that no public benefit would be gained through the disclosure of the requested information pertaining to residential tenants. Therefore no information will be released pursuant to subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

#### RECOMMENDATION

Moreover, the Privacy Commissioner should be requested to intervene in this matter in an attempt to delineate the scope and the parameters of subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* as it would be of benefit to this investigation.

Dated at Ottawa, Ontario this 9th day of June 1986.

[signed] Jean Pigott  
Chairman

[Emphasis not in original text.]

Les observations écrites de la présidente reviennent sur la question de l'intérêt public à la page 7, où le sous-alinéa 8(2)m(i) est cité de nouveau. La question inhérente à cette disposition est mentionnée avec plus de détails à la page 8 (ou page 1043 du vol. IV) de ces passages, qui se poursuivent jusqu'en page 9 (1044) au sujet du sous-alinéa 8(2)m(i) et de l'intérêt public:

[TRADUCTION] La responsable de cette institution est par conséquent investie du pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels; dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, elle doit mettre dans la balance l'intérêt public dans la communication et la menace de violation de la vie privée de l'individu. Ainsi que le prévoit la Partie III des Lignes directrices provisoires concernant la mise en application de la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* du Conseil du Trésor:

«Des renseignements doivent être divulgués en vertu de cette disposition uniquement lorsqu'il est évident que l'intérêt public le commande et que cette divulgation ne tombe pas sous le coup du paragraphe 8(2).»

L'intérêt public dans la divulgation n'est pas évident en l'espèce puisque le public ne gagnerait rien à obtenir ces renseignements. Qui plus est, comme certaines autres conditions intégrantes des baux ne seraient pas communiquées en même temps, la divulgation serait trompeuse pour le public et inique pour les locataires.

La preuve que l'intérêt public justifie une violation de la vie privée est subordonnée à une norme élevée pour ce qui est de l'importance et de la nature de cet intérêt public. Le simple fait que les baux concernent des terres domaniales ne signifie certes pas que le public a le droit d'être informé par application de la loi.

La responsable de cette institution a conclu, conformément au sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qu'il n'y a aucun intérêt public en l'espèce, ou, s'il y en a un, qu'il ne serait pas substantiel ou important au point de justifier une violation de la vie privée.

La responsable de cette institution a conclu que l'intérêt public ne gagnerait rien à la communication des renseignements relatifs aux locataires d'habitations. Par conséquent, aucun renseignement ne sera divulgué sous le régime du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

#### RECOMMENDATION

En outre, il y aurait lieu de demander au Commissaire à la protection de la vie privée d'intervenir en l'espèce afin de préciser la portée et les paramètres du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ce qui serait utile à cette enquête.

Fait à Ottawa (Ontario), le 9 juin 1986.

Signé: Jean Pigott  
Présidente

[Phrase non soulignée dans l'original.]

The emphasized sentence in the Chairman's text conveys an assertion which is plainly antagonistic to "the general intent and purpose of the Act", which is the basic criterion enunciated by the Federal Court of Appeal, speaking by and through Mr. Justice Heald J.A. in the *Rubin* case, above cited. That simple, direct assertion emphasized in the chairman's written representations, without any explanation (and there is none), just cannot be made to accord with the "right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public [and] that necessary exceptions should be limited and *specific*", promulgated in subsection 2(1) of the *Access to Information Act*. It is clear that a blunt, bare assertion of the opposite is not a specific, limited exception no matter how simplistic its expression. Indeed, that mere traversal of the statutory principle is no exception at all.

The NCC, speaking and acting by and through its Chairman, evinces no weighing of the factor of invasion of privacy against that of the public interest in disclosure, which weighing exercise is mandated by subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. The "public interest in disclosure" is a statutory *Polaris*, and it is not to be cursorily denigrated by the simple assertions that it is "less than apparent in this situation" and that "there would be no general benefit for or advantage to the public to be provided with that information". Such assertions do not constitute any weighing of one statutory factor against the other. In any event, under section 2 of the information legislation, "the public interest in disclosure" exists as a paramount value which is to be suppressed only when and if it clearly does not outweigh any invasion of privacy. That requires that "any invasion of privacy" must be a weighty matter, indeed, for if not, it will inevitably be clearly outweighed by "the public interest in disclosure".

So often in the jurisprudence one sees government institutions refusing to disclose information because its subjects are individuals. Canada is not a nation quantified in terms of automatons, spirits or legal fictions, but in terms of people. In logic, then, of all the information in records under the control of a government institution, the over-

La phrase soulignée du texte de la présidente exprime une assertion qui va visiblement à l'encontre de «l'objet général de la Loi», qui est le critère fondamental énoncé par la Cour d'appel fédérale par la voix du juge Heald, J.C.A. dans l'arrêt *Rubin, supra*. Cette assertion simple et directe (que la Cour souligne) des observations écrites de la présidente, sans aucune explication (parce qu'il n'y en a pas), est tout bonnement incompatible avec l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* qui, aux termes de son paragraphe 2(1), est d'élargir «l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées». Il est clair qu'une simple assertion du contraire n'est pas une exception précise et limitée, aussi simpliste que soit cette expression. En effet, la simple dénégation d'un principe légal ne constitue nullement une exception.

La CCN, par sa présidente, ne montre nullement qu'elle a mis dans la balance la violation de la vie privée et l'intérêt public dans la divulgation, comme l'exige le sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cet «intérêt public dans la divulgation» est le critère légal qu'on ne peut écarter du revers de la main, en affirmant qu'il «n'est pas évident en l'espèce» et que «le public ne gagnerait rien à obtenir ces renseignements». Pareilles assertions ne sont pas l'aboutissement d'une considération du poids relatif de deux facteurs légaux. Quoi qu'il en soit, sous le régime de l'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information*, «l'intérêt public dans la divulgation» est une valeur primordiale qui ne peut être ignorée que dans le cas où de toute évidence, il ne justifierait pas la violation de la vie privée. Il s'ensuit que la «violation de la vie privée» doit être établie de façon rigoureuse, car sinon, c'est «l'intérêt public dans la divulgation» qui l'emportera définitivement.

Les cas abondent en jurisprudence où des institutions fédérales refusent de divulguer des renseignements parce qu'ils concernent des individus. Le Canada n'est pas une nation peuplée d'automates, d'esprits ou de fictions juridiques, mais de personnes humaines. Il s'ensuit en toute logique que de tous les renseignements relevant des institutions

whelmingly greater part simply must be about people. That factor does not make their privacy paramount, for if that were the case, "the public interest in disclosure" would be stillborn.

So, it is clear that one must, at least notionally, quantify what might be called "the privacy interest" in order that "the public interest in disclosure" and it may be weighed against each other. This is an intellectual exercise *par excellence*, which subparagraph 8(2)(m)(i) exacts firstly of the heads of government institutions, and secondly by this Court, in order "that [their] decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government."

Counsel for the Privacy Commissioner cited the case of *R. v. Pollock* (1983), 29 Sask. R. 70 (Q.B.) which propounds a test for forming an "opinion" under a statute, whereby it can be seen that according to such test (at pages 73-74) the head of the NCC must be found to have formed no valid opinion on the competing factors described in subparagraph 8(2)(m)(i). *Inter alia*, the *Pollock* case holds:

... the opinion must have been arrived at upon proper consideration, based on sufficient observation. It must have been an objective opinion, capable of justification by appropriate reasons.

For its circumstances, that test is closely akin to the *Rubin* test applied in the present circumstances. The effort by the Chairman of the NCC demonstrably fails the test. The mere assertion of the result falls far short of justification by appropriate reasons. How such an opinion, pursuant to a statutory provision, may be dealt with on appeal is also illustrated in *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] S.C.R. 7, at pages 12-13.

How did the chairman of the NCC form her alleged opinion? How did she weigh the countervailing privacy interest? She hardly did so at all. She did report in her written representations of June 9, 1986, at page 8, or page 1043 of vol. IV, that:

fédérales, la grosse majorité concerne les gens. Ce facteur ne fait pas de la protection de leur vie privée l'élément suprême car, cela eût-il été le cas, «l'intérêt public dans la divulgation» serait lettre morte.

Il est donc clair qu'on doit quantifier, du moins théoriquement, ce qu'on pourrait qualifier de «droit à la protection de la vie privée» afin d'être à même de le mettre dans la balance face à «l'intérêt public dans la divulgation». Il s'agit là d'un exercice intellectuel par excellence, que le sous-alinéa 8(2)(m)(i) exige en premier lieu des responsables d'institutions fédérales, et en second lieu, de cette Cour, afin que «[leurs] décisions quant à la communication [soient] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif».

L'avocat du Commissaire à la protection de la vie privée cite la jurisprudence *R. v. Pollock* (1983), 29 Sask. R. 70 (Q.B.) qui formule le critère à appliquer à la formation d'une «opinion» dans le cadre d'une loi, critère à la lumière duquel (aux pages 73 et 74) il faut conclure que la présidente de la CCN n'a formé aucune opinion valide quant aux facteurs concurrents prévus au sous-alinéa 8(2)(m)(i). La décision *Pollock* porte entre autres:

[TRADUCTION] ... il faut que cette opinion ait été formée après examen convenable fondé sur une observation suffisante. Il faut que ce soit une opinion objective, susceptible d'être justifiée par des raisons pertinentes.

Eu égard aux faits de cette cause, ce critère s'apparente à celui de l'arrêt *Rubin*, tel qu'il s'applique en l'espèce. L'effort démontré par la présidente ne répond certainement pas à ce critère. La simple assertion du résultat est loin de constituer une justification par des raisons pertinentes. Par ailleurs, l'arrêt *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] R.C.S. 7, aux pages 12 et 13, nous indique comment une telle opinion, formée en application d'une disposition légale, doit être examinée en appel.

Comment la présidente de la CCN a-t-elle formé sa soi-disant opinion? Comment a-t-elle pesé le droit à la protection de la vie privée qui devrait faire pendant à l'intérêt public. Elle ne l'a guère fait. Elle a bien rapporté ce qui suit dans ses observations écrites du 9 juin 1986, à la page 8 (page 1043 du vol. IV):

They [those tenants who made numerous phone calls to the NCC] seemed very reluctant to disclose the information requested as they expected that that information would remain confidential. They also have expressed strong feelings that the public has no right to know.

Now, the consent of the individual to whom the information relates is the discrete subject of subsection 8(1) of the *Privacy Act*, which forbids disclosure by the institution without such consent, "except in accordance with this section". Then comes the next portion of "this section" in the form of subsection 8(2) which accords many and various permissions for the disclosure of information, listed in paragraphs from (a) to (m). Subparagraph 8(2)(m)(i) permits disclosure for any purpose, where in the opinion of the head of the institution, the public interest clearly outweighs any invasion of privacy which could result from such disclosure.

The operation of subparagraph 8(2)(m)(i) accords no weight at all to the consent or refusal thereof, or the opinion, of the tenant, the individual to whom the information relates. It is obvious why. Unless tenants were infused with some rare desire to be "open books", they might all decline to consent to disclosure, even if not treated with favouritism, and once again the paramount public interest in disclosure would be thwarted. The head of the NCC, in reporting some of the tenants' feelings, evinces no objective consideration of their privacy interests, nor the weight to be accorded any "invasion" thereof resulting with the requirements of the statutory provision which she purported to invoke, subparagraph 8(2)(m)(i). The proof resides in the written representations which she signed on June 9, 1986, exhibit C to L. J. Prevost's affidavit (vol. IV, tab 17).

In performing this review "independently of government", that is, independently of the head of the government institution involved here, the Court concludes, upon consideration of the evidence and reflection on the arguments of counsel including their references to matters already in the public domain, that the tenants' privacy interest in the non-disclosure of their rental payment obligations is negligible. It is so negligible that any invasion of it, resulting from disclosure, is clearly outweighed by the public interest.

[TRADUCTION] Ils [les locataires qui ont fait de nombreux appels téléphoniques à la CCN] semblaient très peu disposés à divulguer les renseignements demandés puisqu'ils s'attendaient à ce que ces derniers demeurent confidentiels. Ils ont aussi affirmé catégoriquement que le public n'avait nullement le droit de savoir.

Or, le consentement de l'individu que concernent les renseignements demandés est un élément du paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui n'autorise, à défaut de ce consentement, la communication «que conformément au présent article». Vient ensuite la partie suivante du «présent article», savoir le paragraphe 8(2) qui prévoit de nombreux cas où la communication des renseignements est autorisée, lesquels cas sont énumérés aux alinéas a) à m). Le sous-alinéa 8(2)m)(i) autorise la communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution, des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée.

L'alinéa 8(2)m)(i) ignore le consentement, le refus ou l'opinion du locataire, c'est-à-dire du locataire que les renseignements concernent. La raison en est évidente. A moins que ces locataires ne soient inspirés par un rare désir d'être des «livres ouverts», ils pourraient tous refuser de consentir à la divulgation, même s'ils ne bénéficient d'aucun traitement de faveur, et là encore l'intérêt public suprême dans la divulgation serait frustré. En faisant état du sentiment de certains locataires, la présidente de la CCN ne justifie d'aucun examen objectif ni de leur droit à la vie privée ni de la «violation» de ce droit par suite de l'impératif du texte de loi qu'elle invoque, savoir le sous-alinéa 8(2)m)(i). On peut en trouver la preuve dans les observations écrites qu'elle a signées le 9 juin 1986, savoir la pièce C de l'affidavit de L. J. Prevost (vol. IV, onglet 17).

En instruisant ce recours «indépendant du pouvoir exécutif», c'est-à-dire indépendant du responsable de l'institution fédérale concernée en l'espèce, la Cour conclut, vu les preuves produites et les arguments présentés par les avocats, y compris leurs références à des matières qui relèvent maintenant du domaine public, que l'intérêt des locataires dans la non-divulgation de leurs loyers est négligeable. Il est à ce point négligeable que les raisons d'intérêt public justifieraient nettement la violation de la vie privée en cas de divulgation.

How so? In the first place it is just not a matter of privacy as to whether or not a tenant of a government institution, the NCC, pays rent. It must be presumed that every tenant pays rent in money or in kind. If a tenant had an arrangement whereby no legal consideration flowed to the NCC for according to the tenant peaceful, exclusive possession of the premises for rent, then it surely would be in the public interest to disclose that information, and not to cover up the facts. So, presumably every tenant pays rent in some form, in consideration for the right to occupy the rented government-owned property. Leasing by a tenant from a private landlord, generates a certain privacy interest, save perhaps in terms of the *Income Tax Act*. One presumes that the tenant pays rent. So, there can be no expectation of a privacy interest in the fact that the NCC's residential tenants are presumed to pay rent. It is clearly in the public interest to know that, or at least to presume it.

Now, what privacy interest is served by keeping the amount of the rent under wraps? Millions of Canadian home owners — mortgagors or their successors in title — enjoy no privacy whatever in regard to the amount, rate of interest thereon and frequency of the instalments whereby they repay the loans for which they have pledged their residential premises as security under a mortgage or *hypothèque*. It is all in the public domain, as is the price paid for the real property upon purchase, whether under the Torrens system, the *cadastre* system or even, in many instances, under the old "deeds" system. Even leases over a certain minimum term may be registered in the Torrens system as must an estate in fee simple. The Court may, and does, notice that the modern land titles system, whereby the province issues and guarantees an indefeasible Torrens title to the fee simple, mines and minerals, surface or leasehold, which is completely open to the public with any and all mortgages, encumbrances, liens, easements and any cloud on the title assumed or imposed, is not regarded as a curse by the people where it is in force. Millions of Canadians outside the National Capital Region, who yet have a public interest in the NCC's stewardship, seem to evince a much lower threshold of privacy interest, at least for

Comment en est-il ainsi? En premier lieu, qu'un locataire d'une institution fédérale, la CCN, paie un loyer ou non, voilà qui n'est nullement une question de vie privée. On doit présumer que tout locataire paie un loyer en espèces ou en nature. Si le locataire bénéficie d'une convention en vertu de laquelle il ne doit rien payer à la CCN pour la jouissance tranquille et exclusive des lieux, alors l'intérêt public exige certainement que ce renseignement soit divulgué, et que les faits ne soient pas dissimulés au public. Il est donc à présumer que chaque locataire paie un loyer sous une forme ou sous une autre, contre le droit d'occuper les lieux loués qui appartiennent au domaine. Le bail conclu entre un bailleur privé et son locataire crée un certain droit à la vie privée, sous réserve peut-être de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On présume que le locataire paie son loyer. Personne ne peut donc s'attendre à ce que soit gardée secrète la présomption que les locataires d'habitations de la CCN paient leurs loyers. Il est parfaitement conforme à l'intérêt public qu'on le sache, ou à tout le moins qu'on le présume.

Quel droit à la vie privée défend-on en gardant secret le montant du loyer? Des millions de Canadiens propriétaires de leur maison — débiteurs hypothécaires ou leurs ayants droit — ne jouissent d'aucun secret quant au principal de la dette, au taux d'intérêt et à la fréquence des paiements d'hypothèque. Tout cela relève du domaine public, tout comme le prix d'achat de la maison, que ce soit sous le régime Torrens ou le régime cadastral, voire dans plusieurs cas, sous l'ancien régime des «actes de cession». Même les baux dépassant une certaine durée minimum peuvent être enregistrés sous le régime Torrens, comme doit l'être tout domaine en fief simple. La Cour peut tenir pour fait notoire, et elle le fait, que les gens ne voient rien d'exécration dans le système moderne d'enregistrement immobilier, par lequel la province délivre et garantit un titre Torrens indéfectible pour le fief simple, les droits miniers, les droits de surface ou les tenures à bail, lequel titre est complètement ouvert au public avec tous les détails relatifs aux hypothèques, charges, privilèges, servitudes, et limitations consenties ou imposées. Des millions de Canadiens qui habitent à l'extérieur de la région de la capitale nationale, et qui ont cependant un intérêt public dans la gestion de la CCN, semblent jouir d'un droit bien plus limité à la vie privée, du

private real property possessions securing indebtedness, than is evinced by some of the NCC's tenants and officials. Indeed that which is open to public scrutiny is not only encumbered title to real property, but clear title, too. No one appears to be in agony, or even discomfort over such an institutionalized "invasion" of privacy, for no privacy exists in such instances. This, in face of the fact that, quite apart from clear titles, the mortgaged homes or leaseholds are also utterly private property securing quite private indebtedness. So, the NCC's tenants are also indebted through renting, in effect, publicly owned real property under lease arrangements, about which there are rumours of favouritism and consequent mismanagement (or worse), of the taxpayers' money and property.

In Ontario, Quebec and Manitoba *inter alia* there are rent control laws. They vary in the ease with which a member of the public can have access to information of the kind sought here. Counsel did not invite the Court to survey all of the tenants' rights, or all landlord and tenant legislation in Canada, even although the whole country is the natural constituency of the NCC.

The applicant's counsel mentioned the law of Ontario only. He averred (transcript, vol. I, pages 48-49) that pursuant to section 110 of the *Land Titles Act* [R.S.O. 1980, c. 230] and subsection 21(7) of the *Registry Act* [R.S.O. 1980, c. 445] leases can be registered and thereby become available for public inspection, yielding the very kind of information which is here in issue. Moreover the *Ontario Residential Rent Regulation Act, 1986* [S.O. 1986, c. 63], through regulations made pursuant to it, last amended in the repeal and re-enactment of section 5 thereof by Ont. Reg. 449/88 provides for release of "information respecting the rent for a single specific rental unit . . . by telephone, by mail or in person" and of all other information upon application "in Form 7R". Then again, the respondent's witness, Gaetan Roy, an accredited appraiser of the Appraisal Institute of Canada, under cross-examination on his affidavit sworn July 6, 1988 (public record, vol. III, tabs 13 and 14, pages 937-938), swore that he discovered the rental rates paid for private (non-

moins en ce qui concerne les biens immeubles hypothéqués, que ne le font certains locataires et cadres dirigeants de la CCN. En effet, non seulement les titres grevés sont ouverts au public, mais les titres libres aussi. Personne ne semble souffrir les affres ou même l'inconvénient de cette «violation» institutionnalisée de la vie privée, laquelle n'existe tout bonnement pas dans ces cas. Et cela, bien que, à l'opposé des titres libres, les maisons ou tenures à bail hypothéquées sont des biens éminemment privés qui servent à garantir des créances tout à fait privées. Or, les locataires de la CCN ont eux aussi contracté une dette en prenant à bail des biens domaniaux en vertu de baux au sujet desquels courent des rumeurs de favoritisme et de mauvaise gestion (ou pire) de deniers et de biens publics.

L'Ontario, le Québec et le Manitoba, entre autres, ont des lois portant réglementation des loyers d'habitation. Ces lois varient en ce qui concerne la facilité avec laquelle le public peut se faire communiquer les renseignements du genre recherché en l'espèce. Les avocats n'ont pas suggéré à la Cour de passer en revue tous les droits des locataires ou toutes les lois sur la location immobilière du Canada, bien que le pays entier ait un droit de regard naturel sur la CCN.

L'avocat de la requérante ne cite que la loi ontarienne. Il fait valoir (transcription, vol. I, pages 48 et 49) que selon l'article 110 de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* [L.R.O. 1980, chap. 230] et le paragraphe 21(7) de la *Loi sur l'enregistrement des actes* [L.R.O. 1980, chap. 445], les baux peuvent être enregistrés et deviennent de ce fait ouverts au public, produisant ainsi les mêmes renseignements que ceux recherchés en l'espèce. Qui plus est, la *Loi de 1986 sur la réglementation des loyers d'habitation* [L.O. 1986, chap. 63] de l'Ontario, par son règlement d'application (modifié en dernier lieu par l'abrogation et le remplacement de son article 5 par le Règl. de l'Ont. 449/88), prévoit la communication [TRADUCTION] «des renseignements relatifs à toute unité d'habitation spécifique . . . par téléphone, par courrier postal ou en personne» et de tout autre renseignement sur demande faite «sur formule 7R». À ce sujet, le témoin cité par l'intimée, Gaétan Roy, évaluateur agréé de l'Institut canadien des évaluateurs, a déclaré sous serment

NCC) comparable properties simply from the multiple listing service, of which he was, and maybe still is, a member.

Furthermore, all counsel agree that under the NCC's constitutive statute, any lease of five years' duration must be approved by Order-in-Council and that tips the sought-after information right into the public domain, despite the NCC Chairman's proclivity for keeping all NCC residential rents and tenants' identities protected. But there is more to consider in this regard. The Information Commissioner's extremely well balanced and cogently composed Report on results of investigation, dated September 11, 1986, is persuasive in presentation of fact and conclusions. At that report's pages 21-22 are these passages:

Whether it [the privacy interest] is demonstratively greater may depend on various factors. One is the degree to which the information in question is regarded as private by the community generally and by the persons concerned — whether it is treated as sensitive and highly private (like an invisible disability) or as a matter of general knowledge (like approximate weight and height).

Section 3 of the *Privacy Act* explicitly expresses the common view that there is a privacy interest requiring some measure of control over one's name, address and financial information — the very matters covered by the complainant's access request.

However, the situation with regard to the amount of rent paid is ambiguous. Rent typically figures prominently in the financial affairs of tenants — a matter specified in section 3 of the *Privacy Act* among elements of "personal information" not ordinarily subject to disclosure. But the amount of rent charged for a particular property is commonly advertised by landlords seeking to attract tenants. The amount is also routinely disclosed by the landlord without the tenant's consent in a variety of other circumstances, in connection, for example, with almost any real estate transaction and through co-operation among creditors. At the time of this access request, indeed, it was NCC policy to routinely disclose the amount of rent paid to creditors who asked, as well as whether and to what degree a particular tenant was in arrears.

Further, the privacy interest in the amount of rent one pays is similar in character to the privacy interest in the property value of one's home which, again, is routinely available in tax assessment rolls, real estate transactions and expropriations.

The expectation of privacy is a related concern. The records in this case involve property owned by a government institution. This might lessen expectations of privacy, in light of the

au cours du contre-interrogatoire portant sur son affidavit en date du 6 juillet 1988 (dossier public, vol. III, onglets 13 et 14, pages 937 et 938), qu'il s'était renseigné sur les loyers d'immeubles privés (n'appartenant pas à la CCN) comparables en s'adressant tout simplement au service inter-agences, dont il faisait, et fait peut-être encore, partie.

En outre, les avocats des parties conviennent que selon la loi organique de la CCN, tout bail de cinq ans doit être approuvé par décret en conseil, ce qui fait passer au domaine public les renseignements recherchés, malgré l'inclination de la présidente de la CCN à garder secrets tous ses loyers et l'identité de tous ses locataires. Mais il y a davantage à considérer à cet égard. Le rapport d'enquête en date du 11 septembre 1986 de la Commissaire à l'information, extrêmement équilibré et méthodiquement composé, est fort convaincant dans sa présentation des faits et ses conclusions. On peut lire ces passages aux pages 21 et 22:

[TRADUCTION] Que [le droit à la vie privée] l'emporte vraiment ou non dépend de divers facteurs. L'un de ces facteurs est la question de savoir dans quelle mesure le renseignement en question est considéré comme personnel par la société en général et par les intéressés en particulier — savoir s'il est considéré comme délicat et hautement personnel (par exemple une infirmité cachée) ou comme un fait de notoriété publique (par exemple le poids et la taille approximatifs).

L'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* consacre expressément le droit de l'individu de jouir d'une certaine protection du caractère personnel de son nom, de son adresse et de sa situation financière, autant de renseignements visés par la demande de consultation de la plaignante.

Cependant, la situation est ambiguë pour ce qui est du montant des loyers. Habituellement, le loyer tient une place importante dans les finances des locataires, lesquelles sont classées à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* parmi les «renseignements personnels» qui ne sont normalement pas consultables. Cependant, le montant du loyer payable est généralement publié par le propriétaire du logement qui cherche à attirer des locataires. Ce montant est aussi couramment divulgué par le propriétaire sans le consentement du locataire en diverses autres occasions, par exemple lors d'une opération immobilière ou à titre de coopération entre créanciers. Au moment de la demande de consultation, la CCN avait pour politique de communiquer le montant du loyer aux créanciers qui en faisaient la demande, ainsi que le montant des arriérés le cas échéant.

Par ailleurs, le droit à la protection du secret du montant du loyer qu'on paie est semblable au droit à la protection du secret de la valeur de sa maison, laquelle valeur ressort inmanquablement des rôles d'impôt foncier, des opérations immobilières et des procédures d'expropriation.

L'espérance de droit à la vie privée est une question connexe. Les renseignements recherchés en l'espèce concernent des immeubles appartenant à une institution fédérale. Voilà qui



generally acknowledged principle of government accountability to Parliament for its activities, particularly since the passage of the *Access to Information Act*. But, following passage of the *Privacy Act*, the expectation of privacy might be higher.

Any harm that may be done to the individuals concerned by invasion of their privacy is also a consideration. It is not necessary to show that specific harm will — or even may — be done, but an invasion of privacy will obviously be more serious if it results in harm to the one whose privacy has been invaded. Such harm could be stigma, disgrace, harassment, loss of money, employment or friends, or adverse publicity. It is not easy to predict what the effects of any invasion of privacy of information will be, so it becomes necessary to weigh not only the potential harm itself but also the likelihood that the harm will occur. [Applicant's affidavit of October 21, 1986, exhibit 12 in public application record, vol. I, pages 0059-60.]

The emphasized sentence in the above quoted passage is confirmed by an internal NCC memo to "property branch staff" dated September 10, 1981, a copy of which is exhibit T to Bruce M. Anderson's affidavit sworn February 18, 1988, filed in public application vol. II, tab 9, page 0472. According to Mr. Anderson's exhibit U, the NCC's free and easy access policy was somewhat restrained by NCC's chief of financial services on March 11, 1986, long after the applicant began her quest for the kind of information formerly given out.

In response to telephone enquiries by prospective tenants, the NCC provides the information about the amount of rent payable for a property. This was admitted during the cross-examination of L. J. Prevost, exhibited in public application record, vol. IV, tab 18, page 1156. Moreover, exhibit 11 on his cross-examination demonstrates that, almost universally in the region, newspaper advertisements for residential premises disclose the amount of rent to be paid by a tenant, (public application record, vol. VI, pages 1613-1642).

The respondent and the Privacy Commissioner could demonstrate no real harm to tenants, and the NCC's witness testified on cross-examination that he had heard of none, in the already existing free and easy access policy. It is acknowledged that privacy is nevertheless privacy, whether its

pourrait réduire l'espérance de droit à la vie privée, vu le principe généralement reconnu de la responsabilité du gouvernement envers le Parlement pour ses activités, en particulier depuis la promulgation de la *Loi sur l'accès à l'information*. Mais, à la suite de la promulgation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l'espérance de droit à la vie privée serait plus élevée.

Un autre facteur est le préjudice dont pourraient souffrir les individus préoccupés par la violation de leur vie privée. Il n'est pas nécessaire de prouver l'existence ou même la possibilité d'un préjudice spécifique, mais la violation de la vie privée serait manifestement plus grave si elle se traduisait par un préjudice affectant réellement la personne dont la vie privée a été violée. Ce préjudice pourrait être l'opprobre, la disgrâce, le harcèlement, une perte d'argent, d'emploi ou d'amis, ou la mauvaise publicité. Comme il n'est pas facile de prédire les effets d'une violation de renseignements personnels, il est nécessaire de considérer non seulement le préjudice éventuel, mais aussi sa probabilité. [Affidavit du 21 octobre 1986 de la requérante, pièce 12 du dossier public de la demande, vol. I, pages 0059-60.]

La phrase soulignée du passage ci-dessus est confirmée par une note de service en date du 10 septembre 1981 au «personnel de la Direction de l'immobilier» de la CCN, dont copie jointe à titre de pièce T à l'affidavit de Bruce M. Anderson, signé le 18 février 1988 et versé au dossier public de la demande, vol. II, onglet 9, page 0472. Selon la pièce U de M. Anderson, la politique d'accès libre et facile de la CCN avait été limitée dans une certaine mesure par son chef des services financiers le 11 mars 1986, bien après que la requérante ne demandât communication de renseignements jadis du domaine public.

En réponse aux demandes téléphoniques de locataires éventuels, la CCN annonce le loyer exigible pour tels ou tels lieux. Cette pratique a été confirmée au cours du contre-interrogatoire de L. J. Prevost, dont la transcription est versée au dossier public de la demande, vol. IV, onglet 18, page 1156. Il ressort en outre de la pièce 11 relative à son contre-interrogatoire que les annonces d'habitations à louer, parues dans les journaux de la région, indiquent presque universellement le loyer à payer par le locataire (dossier public de la demande, vol. VI, pages 1613 à 1642).

L'intimée et le Commissaire à la vie privée ne pouvaient prouver aucun préjudice véritable pour les locataires, et le témoin cité par la CCN a déclaré en contre-interrogatoire qu'il n'en connaissait aucun à l'époque de la politique d'accès libre et facile. Il est entendu que vie privée est vie

invasion results in harm or not. However, the disclosure of how much residential rent a person pays to a government institution, pales into comparative insignificance when one thinks of a really serious invasion of privacy such as disclosure of a criminal record, or of marital infidelity or medical condition for examples of matters which, along with income tax returns, most folks would not wish to disclose, or to have disclosed about themselves.

It must also be acknowledged that those tenants, if any, who really did benefit from the corrupt "sweetheart deals" previously alleged to Mr. Howard and to the applicant by Mrs. Pigott, among others, if any such deals there be, would possibly suffer embarrassment. Perversely, too, they might enjoy respect and admiration for their "astuteness", "influence" or "importance" in the materialistic, hedonistic elements in the society of Canada today. The Court concludes, upon all of the evidence, argumentation and deliberation engaged herein, that the privacy interest of the NCC's residential tenants in their being identified with the amount they pay for the NCC property they occupy is a slight, leaky vessel.

The applicant and the Information Commissioner diverge in their argumentation as to whether the tenants ought to be named in relation to the identity of the NCC lands which they occupy. The Information Commissioner is content to have only the properties and their respective rents disclosed. The applicant seeks all the information. Given how much other real property holdings and holders are so fully in the public domain all across Canada, it seems unreasonable to shield the personal identities of this small band of NCC tenants. Upon all the foregoing, the Court concludes — as the head of the NCC ought to have concluded — that "any invasion of privacy" [of her institution's tenants] which "could result from the disclosure" would be of negligible weight or importance, both subjectively, and especially objectively, viewed and assessed.

For centuries past, no doubt, it would have been said by informed folk, as well as by the Courts, that the sum of money or other consideration paid by any identified tenant, as rent, to a private landlord was nobody's business but the parties' own. With the advent of rent control measures established by the provinces, even that domain of

privée, que la violation se traduise par un préjudice ou non. Cependant, la divulgation du loyer d'habitation payé par une personne à une institution fédérale n'a guère d'importance à côté d'une véritable violation de la vie privée comme la divulgation d'un casier judiciaire, d'un adultère ou d'une maladie, pour ne citer que ces secrets, à part les déclarations d'impôt, que la plupart des gens ne tiennent pas à divulguer ou à voir divulgués.

Il faut aussi reconnaître que ces locataires, si tant est qu'ils existent, qui bénéficient de «contrats de faveur» malhonnêtes dont Mme Pigott, entre autres, a fait état à M. Howard et à la requérante, pourraient être fort embarrassés. D'un autre côté, ils pourraient, par leur «débrouillardise», «influence» ou «importance», susciter le respect et l'admiration chez les éléments matérialistes et hédonistes de notre société contemporaine. À la lumière des preuves, argumentations et délibérations, la Cour conclut que le droit des locataires d'habitations de la CCN à la protection du secret du loyer qu'ils paient n'est assis sur aucun fondement solide.

La requérante et la Commissaire à l'information sont d'avis opposés sur la question de savoir s'il faut nommer les locataires à propos des lieux qu'ils occupent. La Commissaire à l'information se contenterait de la divulgation des lieux loués et de leurs loyers respectifs. La requérante cherche à se faire communiquer tous les renseignements. Étant donné la pleine publicité réservée aux biens immobiliers et à leurs propriétaires à travers le Canada, il ne serait pas raisonnable de protéger l'anonymat de ce petit groupe de locataires de la CCN. Par tous ces motifs, la Cour conclut — comme la présidente de la CCN aurait dû conclure — qu'une «violation de la vie privée» [des locataires de son institution] que «pourrait entraîner la divulgation» serait d'importance négligeable, à la lumière d'une analyse subjective, et surtout objective.

Depuis des siècles, nul doute, comme l'auraient dit les gens avisés ainsi que les tribunaux eux-mêmes, que le loyer payé en espèces ou en nature par tel ou tel locataire à un bailleur privé ne regarde personne d'autre que les intéressés eux-mêmes. Avec l'avènement de la réglementation des loyers appliquée par les provinces, même ce

private contracting has yielded to the legislator's notions of the public interest. The NCC, however, is no private landlord. It is entrusted with the good administration of the public's money and property. That fact alone discloses a strong public interest in knowing precisely how the public money and property, entrusted to the NCC, a government institution, are administered. What further strengthens the public interest, to the point of irresistibility, is the spreading of rumours by persons of substance to the effect that unjustifiable, if not corrupt, favours are being bestowed by the NCC on its tenants — the spreading of rumours even unto the point of urging a newspaper columnist to verify them. This, if anything, imparts such a massive weight to the public interest in disclosure, that any invasion of the tenants' meagre privacy interest is of negligible consequence.

The public interest in disclosure has already been extensively described and reviewed herein, in terms of non-disclosure generating the corrosion of public trust, and generating suspicion and public cynicism in a free and democratic society which is gravely, if not mortally, wounded by public cynicism. It is abundantly clear in such circumstances that the public interest in disclosure clearly, vastly outweighs any invasion of privacy which could result from such disclosure.

*His Lordship then dealt with the issue as to whether the tenants' names, addresses and rental payments constituted "personal information". Applicant's argument was that if certain NCC tenants were paying less rent than was exacted for comparable residential properties, the NCC was conferring upon them a discretionary benefit of a financial nature. In that case, the information would not be "personal information" under paragraph 3(l) of the Privacy Act.*

*The Information Commissioner had engaged a real estate appraiser to give an opinion as to the fair market rent of some 30 NCC properties. His report indicated that 26 of these were worth more than the rent charged. On average, the market value was 65% higher than the rent charged by the NCC. An appraiser engaged by the NCC reported that 15 out of 26 properties were rented*

domaine des contrats privés a cédé le pas à la conception de l'intérêt public chez le législateur. La CCN n'est cependant pas un bailleur privé. Elle est chargée de la bonne administration de deniers et de biens publics. Ce fait seul signifie que le public a éminemment le droit de savoir exactement comment des deniers et biens publics, confiés à la charge de la CCN, une institution fédérale, sont administrés. Ce qui renforce encore cet intérêt public, au point où il devient irrésistible, c'est la propagation par des notabilités de la rumeur que la CCN accorde à ses locataires des favours injustifiables, sinon malhonnêtes, laquelle propagation de rumeurs a été poussée au point d'exhorter un chroniqueur à les vérifier. C'est ce fait même qui ajoute tellement à l'intérêt public dans la divulgation que toute violation du droit tenu des locataires à la protection de leur vie privée n'a guère d'importance.

L'intérêt public dans la divulgation a été analysé en détail plus haut, en ce que la non-divulgation minerait la confiance du public, engendrerait la suspicion et le cynisme publics dans une société libre et démocratique qui est gravement, sinon mortellement, blessée par le cynisme public. Il est donc parfaitement clair dans ce contexte que l'intérêt public dans la divulgation justifierait sans réserve toute violation de la vie privée que pourrait entraîner la divulgation.

*Sa Seigneurie s'est penchée ensuite sur la question de savoir si les noms des locataires, leurs adresses et les loyers qu'ils paient constituent des «renseignements personnels». La requérante soutient que si certains locataires paient un loyer inférieur à ce qui est exigé d'habitations comparables, cela signifie que la CCN leur accorde un avantage financier facultatif, et que de ce fait les renseignements recherchés ne sont pas des renseignements personnels au sens de l'alinéa 3l) de la Loi sur la protection des renseignements personnels.*

*La Commissaire à l'information avait retenu les services d'un évaluateur immobilier pour donner son opinion sur le loyer que commanderaient sur le marché 30 immeubles de la CCN. Selon le rapport de l'évaluateur, les taux du marché étaient, dans 26 cas, supérieurs en moyenne de 65 p. 100 aux loyers exigés par la CCN. De son côté, un évaluateur engagé par la CCN rapportait*

at less than fair market value. The Information Commissioner had made out a prima facie case that a benefit of a financial nature had been conferred by charging lower than market value rents so that the information sought by applicant was excluded from the statutory definition of "personal information". It was open to the NCC to publish some valid explanation for that situation.

Upon a proper interpretation of paragraph 3(1) of the Privacy Act, it was unnecessary to have obtained evidence of a quantifiable benefit. Just by entering into a government contract (a lease from the NCC) the tenants had conferred upon them a discretionary benefit of a financial nature. The contractual relationship need not be other than ordinary and honourable. In other words, a contractual relationship between an individual and a government institution is enough to bring information relating thereto into the contemplation of paragraph 3(1) of the Privacy Act.

Accordingly, the NCC was ordered by the Court to disclose to the applicant the names and addresses of its residential tenants as well as the exact amount of rent that each was charged. The applicant was awarded costs on a solicitor-and-client basis while the Information Commissioner had judgment for party-and-party costs.

que 15 des 26 immeubles avaient un loyer inférieur aux taux du marché. La Commissaire à l'information a établi la preuve prima facie d'avantages financiers facultatifs accordés sous forme de loyers inférieurs aux taux du marché, ce qui exclut les renseignements recherchés par la requérante de la définition légale de «renseignements personnels». Il était loisible à la CCN de rendre publique une explication valide de cette situation.

La preuve d'un avantage quantifiable n'est pas nécessaire sous l'optique d'une interprétation correcte de l'alinéa 3) de la Loi sur la protection des renseignements personnels. En concluant un contrat avec l'État (en l'occurrence un bail accordé par la CCN), les locataires se sont vu accorder un avantage financier facultatif. Il n'est pas nécessaire que le lien contractuel ne soit pas ordinaire ou honorable. En d'autres termes, des rapports contractuels entre un individu et une institution fédérale suffisent à faire tomber les renseignements y afférents dans le champ d'application de l'alinéa 3) de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

En conséquence, la Cour a ordonné à la CCN de communiquer à la requérante les noms et adresses de ses locataires ainsi que le montant exact du loyer que chacun d'eux doit payer. La requérante s'est vu accorder frais sur la base procureur-client, et la Commissaire à l'information, les frais entre parties.

T-398-90

T-398-90

**Chang-Jie Chen (*Applicant*)**

v.

**Minister of Employment and Immigration and Secretary of State for External Affairs (*Respondents*)**

INDEXED AS: CHEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Strayer J.—Toronto, April 23; Ottawa, May 10, 1991.

*Immigration — Application for permanent residence as independent immigrant — Sufficient assessment units awarded — Completion of process delayed — Applicant sending immigration officer Christmas gift of money — Called in for interview with different official — Not told at outset bribery reason therefor — Admitting wrongdoing after initial denial — Application denied (1) for lying (2) as units awarded not reflecting establishment chances — Decision quashed by certiorari — Denial of fairness — Purpose of Act, s. 19(2)(d) explained — Regulations, s. 11(3) interpreted — Criteria related to immigrant's ability to be self-sufficient — Visa officer not to ignore units awarded, add to s. 19 crimes excluding applicants.*

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Denial of independent immigrant's permanent residence application — Awarded sufficient assessment units, provisionally accepted — Completion of process prolonged — Applicant sending immigration officer Christmas gift — Called in for interview with different official — Not told at outset of concern about bribery — Admitting wrongdoing after initial denial — Application denied for lying to officer — Decision quashed for denial of fairness — Not given adequate opportunity to explain conduct — Officer exceeding discretion under Regulations — Not to disregard units awarded, reject immigrant for possibly having committed offences not found in Act s. 19.*

This was an application for *certiorari* to quash the refusal by an immigration officer to issue a visa for permanent residence and for *mandamus* requiring the respondents to consider and process the application in accordance with law. The applicant, a microbiology technologist and citizen of the People's Republic of China, applied to the Canadian Consulate General in New York for permanent residence in Canada as an independent immigrant. He was interviewed in September 1987 by an Immigration Programme Officer and awarded 73 units of assessment — enough for a permanent residence visa under

**Chang-Jie Chen (*requérant*)**

c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (*intimés*)**RÉPERTORIÉ: CHEN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Strayer—Toronto, 23 avril; Ottawa, 10 mai 1991.

*Immigration — Demande de résidence permanente à titre d'immigrant indépendant — Suffisamment de points d'appréciation obtenus — Processus en suspens — Le requérant expédie à l'agent d'immigration une somme d'argent en guise de cadeau de Noël — Il est convoqué à une entrevue devant un autre agent — On ne lui dit pas dès le départ que la raison en est le pot-de-vin — Après avoir commencé par nier, il a finalement admis son comportement fautif — Demande rejetée (1) parce que le requérant a menti (2) parce que le nombre de points d'appréciation obtenus ne reflète pas les chances du requérant de s'établir — Décision annulée par voie de certiorari — Déni d'équité — Explication de l'objet visé par l'art. 19(2)d) de la Loi — Interprétation de l'art. 11(3) du Règlement — Critères liés à la capacité d'un immigrant de subvenir à ses besoins — L'agent des visas ne peut refuser de tenir compte des points d'appréciation accordés, ni ajouter aux infractions prévues à l'art. 19 à l'égard des catégories non admissibles.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Rejet de la demande de résidence permanente à titre d'immigrant indépendant — Le requérant obtient suffisamment de points d'appréciation pour être accepté provisoirement — Prolongation du processus d'acceptation — Le requérant expédie un cadeau de Noël à l'agent d'immigration — Il est convoqué à une entrevue devant un autre agent — On ne lui dit pas dès le départ que la question porte sur le pot-de-vin — Après avoir commencé par nier, il a finalement admis son comportement fautif — Rejet de la demande parce que le requérant a menti à un agent — Décision annulée pour déni d'équité — Le requérant n'a pas eu l'occasion d'expliquer sa conduite — L'agent a agi au-delà du pouvoir discrétionnaire que lui confère le Règlement — Il ne peut refuser de tenir compte des points d'appréciation accordés, ni rejeter l'immigrant parce qu'il pourrait avoir commis des infractions qui ne sont pas visées à l'art. 19 de la Loi.*

Il s'agit d'une demande visant à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle un agent de l'immigration a refusé la délivrance d'un visa de résidence permanente, de même qu'un bref de *mandamus* obligeant les intimés à examiner et à traiter la demande conformément à la loi. Le requérant, technologue en microbiologie et citoyen de la République populaire de Chine, a présenté au consulat général du Canada à New York une demande de résidence permanente au Canada à titre d'immigrant indépendant. Il a été interviewé en septembre 1987 par une agente du programme d'immigration

subparagraph 9(1)(b)(i) of the *Immigration Regulations*. He was later informed by a letter dated July 12, 1988 that he and his wife had been provisionally accepted as immigrants, but they would have to wait a few months for security clearance. In December, 1988, applicant sent the immigration officer a Christmas card in which \$500. was enclosed. When the latter notified her superior of this, applicant was called in for an interview with a different immigration official. The officer who conducted this interview did not immediately address the subject of the apparent bribe. When asked if he had given any gifts to the other officer, the applicant at first denied it but eventually admitted his wrongdoing. His application was refused on two grounds: (1) for having lied to an immigration officer, contrary to subsection 9(3) of the *Immigration Act*, thus rendering him inadmissible under paragraph 19(2)(d) of the Act, and (2) that the units awarded did not reflect applicant's chances of becoming established in Canada (subsection 11(3) of the *Regulations*).

The issues were whether the immigration officer had discharged the duty of fairness and whether his decision was based on reasons expressly or impliedly authorized by the Act and Regulations.

*Held*, the application should be allowed.

The immigration officer's decision had to be quashed for a denial of fairness. Applicant should have been told, at the outset, the reason for the second interview: the concern over the apparent attempt to bribe. It was not just an ordinary interview but the review of an earlier, favourable assessment resulting in applicant being "provisionally accepted". Fairness required that the officer give the applicant every opportunity to explain his conduct. This duty had not been fulfilled.

If the applicant lied concerning his gift to the immigration officer, that did not automatically render him inadmissible. Paragraph 19(2)(d) speaks in the present tense and refers to the moment when the final decision as to admissibility is made, not to prior events. The sole purpose of the paragraph is to render inadmissible those who do not meet the conditions of admissibility set out in the Act.

Answering the question as to whether the discretion given by subsection 11(3) of the Regulations had been properly exercised necessitated the interpretation of that provision. It was inconceivable that it gave a visa officer an unlimited mandate to decide who to let in. The factors identified in the Regulations were related to the immigrant's ability to be economically sustained other than by the state. Even the criteria of "personal suitability" were primarily related to the ability to be self-sustaining. Considering this emphasis on economic factors, it could not have been intended that, in exercising his discretion, a visa officer might ignore units of assessment and reject an immigrant for essentially non-economic reasons. The "good reasons" mentioned in the subsection had to be such as to permit him to conclude that the immigrant could not become established in the economic sense. If an immigrant was to be excluded as immoral, for misconduct or for having a potential for criminality or sedition, that was to be accomplished by the section 19

et il a obtenu 73 points d'appréciation — résultat suffisant pour obtenir un visa de résidence permanente en vertu du sous-alinéa 9(1)(b)(i) du *Règlement sur l'immigration*. Il a par la suite appris par lettre datée du 12 juillet 1988 que sa femme et lui avaient été acceptés provisoirement comme immigrants, mais qu'il leur fallait attendre quelques mois en raison des vérifications de sécurité. En décembre 1988, le requérant a expédié à l'agent d'immigration une carte de Noël contenant une somme de 500 \$. Après que l'agente eut signalé ce fait à son supérieur, le requérant a été convoqué à une entrevue devant un autre agent d'immigration. L'agent qui a procédé à cette entrevue n'a pas abordé immédiatement la question du présumé pot-de-vin. Lorsqu'on lui a demandé s'il avait fait des cadeaux à l'autre agent, le requérant a commencé par nier, mais il a finalement admis son comportement fautif. Sa demande a été rejetée pour deux motifs: (1) parce qu'il avait menti à un agent d'immigration, en contravention du paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'immigration*, ce qui le rendait inadmissible en vertu de l'alinéa 19(2)(d) de la Loi, et (2) parce que le nombre de points d'appréciation obtenus ne reflétait pas les chances du requérant de s'établir avec succès au Canada (paragraphe 11(3) du *Règlement*).

Les points en litige portaient sur la question de savoir si l'agent d'immigration s'était acquitté de son devoir d'agir équitablement, et si sa décision était fondée sur des motifs autorisés expressément ou implicitement par la Loi et le Règlement.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

La décision de l'agent d'immigration devait être annulée parce qu'il y a eu déni d'équité. On aurait dû dès le début aviser le requérant de l'objet de la deuxième entrevue: la question du présumé pot-de-vin. Il ne s'agissait pas d'une entrevue ordinaire, puisqu'elle devait servir à revoir une appréciation antérieure favorable à la suite de laquelle le requérant avait été «accepté provisoirement». En toute équité, l'agent aurait dû donner au requérant toutes les occasions d'expliquer sa conduite. L'agent ne s'est pas acquitté de ce devoir.

Le fait pour le requérant de mentir au sujet de son cadeau à l'agente d'immigration ne le rendait pas automatiquement inadmissible. L'alinéa 19(2)(d) est exprimé au présent et vise le moment même où une décision finale est prise au sujet de l'admissibilité, et non des événements antérieurs. Il a pour seul objet de rendre inadmissible tous ceux qui ne remplissent pas les conditions d'admissibilité prescrites par la Loi.

Pour répondre à la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire conféré en vertu du paragraphe 11(3) du Règlement avait été exercé adéquatement, il était nécessaire d'interpréter cette disposition. Il est inconcevable que cette disposition ait pour but de donner à l'agent des visas un pouvoir illimité de décider qui doit être admis. Les facteurs prévus par le Règlement sont liés à la capacité d'un immigrant d'être soutenu financièrement par d'autres personnes que l'État. Même les critères de «personnalité» étaient principalement liés à la capacité de subvenir à ses propres besoins. Étant donné cet accent mis sur les facteurs économiques, il est inconcevable que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, un agent des visas puisse ne pas tenir compte du nombre de points d'appréciation et rejeter une demande d'immigration essentiellement pour des raisons non économiques. Les «bonnes raisons» mentionnées au paragraphe doivent être de nature à le porter à croire que l'immigrant n'est pas en mesure de s'établir avec succès au sens économique du

process, not by the exercise of a visa officer's subsection 11(3) discretion. Section 19 excludes those who have committed, or are likely to commit, certain serious crimes. The official had rejected applicant in that he may have committed offences against the *Immigration Act* and the *Criminal Code*. Thus the visa officer erred, for it was open to him neither to add to the statutorily prohibited categories of malefactors nor to make determinations of guilt.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(a)(i).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 324.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(3), 19(1)(a),(2)(d), 114(1)(a).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 8(1)(a) (as am. by SOR/85-1038, s. 3), 9(1)(b)(i) (as am. by SOR/83-675, s. 3; SOR/85-1038, s. 4), 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1); Sch. I (as am., *idem*, s. 8).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kang v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 807; (1981), 37 N.R. 551 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Zeng v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 167 (F.C.A.); *Uy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 201; (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 172 (C.A.).

#### COUNSEL:

*Diane C. Smith* for applicant.  
*Lois Lehmann* for respondents.

#### SOLICITORS:

*Rotenberg & Martinello*, Don Mills, Ontario, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

terme. Si un immigrant doit être exclu parce qu'il est une personne immorale, ou en raison de ses antécédents ou des risques qu'il peut présenter en matière de criminalité ou de sédition, cela doit se faire en vertu du processus prévu à l'article 19 et non par le biais de l'exercice par l'agent des visas du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 11(3). L'article 19 exclut les personnes qui ont commis dans le passé ou qui sont susceptibles de commettre à l'avenir certains types de crimes graves. L'agent avait rejeté la demande du requérant parce qu'il pouvait avoir commis une infraction en contravention de la *Loi sur l'immigration* et du *Code criminel*. L'agent des visas a ainsi commis une erreur puisqu'il ne pouvait pas ajouter à volonté aux catégories de contrevenants visés par les exceptions ni prononcer de tels jugements de culpabilité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 121(1)(a)(i).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 9(3), 19(1)(a), (2)(d), 114(1)(a).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 8(1)(a) (mod. par DORS/85-1038, art. 3), 9(1)(b)(i) (mod. par DORS/83-675), art. 3; DORS/85-1038, art. 4), 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1); annexe I (mod., *idem*, art. 8).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Kang c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 807; (1981), 37 N.R. 551 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Zeng c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 167 (F.C.A.); *Uy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 201; (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 172 (C.A.).

#### AVOCATS:

*Diane C. Smith* pour le requérant.  
*Lois Lehmann* pour les intimés.

#### PROVOCATEURS:

*Rotenberg & Martinello*, Don Mills, Ontario, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

STRAYER J.:

### Relief Requested

The applicant seeks *certiorari* to quash a decision made by an officer of the respondents and communicated to him in a letter of February 14, 1989 refusing his application for permanent residence in Canada. He also seeks *mandamus* requiring the respondents to consider and process his application for permanent residence in accordance with the law and to determine if it would be contrary to law to grant landing to him.

### Background Facts

The applicant is a citizen of the People's Republic of China. He worked in Canada from 1983 to 1985 as a microbiology technologist at McMaster University. He then moved to the United States working at the University of Illinois under some form of temporary visa. By letter from his Toronto lawyers dated July 27, 1987 he applied to the Canadian Consulate General in New York for permanent residence in Canada as an independent immigrant, stating his intended occupation to be Medical Laboratory Technologist. He was interviewed at the Consulate on September 29, 1987 by Sara Trillo, an immigration programme officer. During the course of the interview she assessed him, as required by paragraph 8(1)(a) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/85-1038, s. 3)], on the basis of the factors listed in Column I, Schedule I [as am. *idem*, s. 8] of the Regulations, awarding him 73 units. This was enough to satisfy the requirements under subparagraph 9(1)(b)(i) [as am. by SOR/83-675, s. 3; SOR/85-1038, s. 4] for the issue of a visa for permanent residence. She says that she indicated to him he had passed his interview and it would then be necessary for him, his wife, and his daughter (the latter being in China) to pass a medical test and a security check.

Thereafter some fifteen months elapsed in which very little progress was made. Medical clearances

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

LE JUGE STRAYER:

### <sup>a</sup> Réparation demandée

Le requérant vise à obtenir un bref de *certiorari* annulant une décision, rendue par un agent des intimés, qui lui a été communiquée dans une lettre <sup>b</sup> du 14 février 1989 portant refus de sa demande de résidence permanente au Canada. Il vise également à obtenir un bref de *mandamus* obligeant les intimés à examiner et à traiter sa demande de résidence permanente conformément à la loi et à <sup>c</sup> déterminer s'il serait contraire à la loi de lui accorder le droit d'établissement.

### Faits

Le requérant est un citoyen de la République <sup>d</sup> populaire de Chine. Il a travaillé au Canada de 1983 à 1985 comme technologue en microbiologie à l'université McMaster. Il est ensuite allé travailler aux États-Unis, à l'université de l'Illinois, en vertu d'un visa temporaire. Dans une lettre rédigée <sup>e</sup> par ses avocats de Toronto et datée du 27 juillet 1987, il a présenté au consulat général du Canada à New York une demande de résidence permanente au Canada à titre d'immigrant indépendant, et mentionné le travail de technologue de laboratoire <sup>f</sup> médical comme profession envisagée. Le 29 septembre 1987, il a été interviewé au consulat par Sara Trillo, agente du programme d'immigration. Au cours de l'entrevue, cette dernière a <sup>g</sup> apprécié sa demande, comme l'exige l'alinéa 8(1)a) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/85-1038, art. 3)], suivant les facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I [mod., *idem*, art. 8] du <sup>h</sup> Règlement, et lui a accordé 73 points d'appréciation. Ce résultat était suffisant pour répondre aux exigences du sous-alinéa 9(1)b)(i) [mod. par DORS/83-675, art. 3; DORS/85-1038, art. 4] prévoyant la délivrance d'un visa de résidence permanente. L'agente affirme lui avoir indiqué qu'il <sup>i</sup> avait réussi l'entrevue et qu'il était alors nécessaire que le requérant, sa femme et sa fille (cette dernière se trouvant en Chine) passent un examen médical et une vérification de sécurité.

<sup>j</sup> Près de quinze mois se sont écoulés sans que le dossier avance beaucoup. Le requérant et son



were obtained for the applicant and his wife and ultimately for their daughter in China, the latter being achieved only after great difficulty and with some special efforts by Ms. Trillo. He was informed by a letter dated July 12, 1988 that he and his wife had been "provisionally accepted as immigrants". The letter went on to say:

If Canadian security and medical examination requirements are met, visas for permanent residence in Canada will be issued  
 . . . .

However when he and his solicitor both enquired of Ms. Trillo in October, 1988 as to what was happening she advised them that there still remained the "background" or security clearance and that this would take "a few months". The applicant was becoming more anxious as his visa permitting him to work in the United States expired in September, 1988. On two occasions in correspondence he offered to pay any "costs or fees" in order to expedite the matter. On or about December 2, 1988 he sent a Christmas card to Ms. Trillo with a note thanking her for her efforts. Enclosed in the Christmas card was the sum of (U.S.) \$500. Ms. Trillo immediately brought this to the attention of her superior, Mr. R. A. Nauman, Program Manager, Social Affairs, in charge of immigration at the Consulate. The matter was then put in the hands of Howard M. Spunt, Consul (Immigration) at whose direction the applicant was asked to come to the Consulate for an interview on December 29, 1988.

Without going into all the factual disputes over this interview, it appears to me that Mr. Spunt did not either in the notification to Mr. Chen nor in the opening segment of the interview indicate that his primary concern was the apparent bribe which the applicant had offered to Ms. Trillo nor did he even indicate that he knew of the receipt of the money by Ms. Trillo. He reviewed Mr. Chen's application and reassessed it with results similar to those achieved by Ms. Trillo. In particular he awarded the applicant 7 out of 10 points, just as Ms. Trillo had done, under the category of "Personal Suitability", being Item 9 in Column I of Schedule I of the Regulations. He gradually got into the subject of the apparent bribe, asking the

épouse ont obtenu des autorisations médicales; leur fille en Chine a finalement obtenu la sienne, bien que dans son cas cela aît entraîné beaucoup de difficultés et exigé des efforts particuliers de la part de M<sup>me</sup> Trillo. Dans une lettre datée du 12 juillet 1988, le requérant a appris que sa femme et lui avaient été [TRADUCTION] «acceptés provisoirement comme immigrants». La lettre poursuivait:

[TRADUCTION] Si les exigences canadiennes en matière de vérification de sécurité et d'examen médicaux sont satisfaites, des visas de résidence permanente au Canada seront délivrés  
 . . .

Toutefois, lorsque le requérant et son avocat se sont informés de l'état du dossier auprès de M<sup>me</sup> Trillo, en octobre 1988, celle-ci leur a répondu qu'il restait l'étape du «contexte» ou des vérifications de sécurité et que cela devrait prendre [TRADUCTION] «quelques mois». Le requérant était alors d'autant plus inquiet que son visa de travail aux États-Unis expirait en septembre 1988. Il a offert à deux occasions dans sa correspondance de payer tous les [TRADUCTION] «coûts ou frais» pour accélérer le processus. Vers le 2 décembre 1988, il a expédié à M<sup>me</sup> Trillo une carte de Noël dans laquelle il la remerciait de ses efforts. La carte de Noël contenait la somme de 500 \$ (américains). M<sup>me</sup> Trillo a immédiatement signalé ce fait à son supérieur, M. R. A. Nauman, gestionnaire du programme, affaires sociales, responsable de l'immigration au consulat. La question a alors été portée devant Howard M. Spunt, consul (Immigration), qui a demandé au requérant de se présenter au consulat pour une entrevue fixée au 29 décembre 1988.

Sans entrer dans le détail de toutes les divergences sur le déroulement de cette entrevue, il me semble que M. Spunt n'a jamais, que ce soit dans l'avis donné à M. Chen ou dans la première partie de l'entrevue, indiqué que sa préoccupation principale portait sur le pot-de-vin que le requérant avait apparemment offert à M<sup>me</sup> Trillo, ni même qu'il savait que M<sup>me</sup> Trillo avait reçu de l'argent. Il a examiné la demande de M. Chen, et la nouvelle appréciation a donné des résultats semblables à ceux qu'avait accordés M<sup>me</sup> Trillo. Il a notamment donné au requérant 7 des 10 points possibles, tout comme l'avait fait M<sup>me</sup> Trillo, sous la catégorie «Personnalité», soit l'article 9 de la colonne I de l'annexe I du Règlement. Il a ensuite abordé gra-

applicant if he had given any gifts to Ms. Trillo or if he had misplaced any funds recently. The applicant at first denied any such thing but eventually admitted that he had sent the money to Ms. Trillo. He explained that this was an oriental custom to give gifts during the holiday season to special friends. He said that he and his wife had much appreciated the efforts Ms. Trillo had made on their behalf. (Since that time he has also suggested that he had given the money so that if there were any special costs involved in expediting the matter, for example through the use of long distance telephone or telex, the money could be used for that purpose.) Later in the interview he apologized for what he then recognized as his wrongful behaviour. The money was returned to him and he signed a receipt for it. At the end of the interview he was told by Mr. Spunt that his application would be reviewed in the light of this interview.

On January 26, 1989 Mr. Spunt wrote a memorandum to Mr. Nauman purportedly to seek the approval of Mr. Nauman, as Senior Immigration Officer, for the exercise under subsection 11(3) [as am. by SOR/81-461, s. 1] of the *Immigration Regulations, 1978* of the special discretion of refusal to issue an immigrant visa to an applicant even though he has obtained the necessary units of assessment required by section 9 of the Regulations. Such approval must be sought in writing in accordance with subsection 11(3). Mr. Nauman endorsed this memo the same day with the words "I agree" and gave instructions for a suitable refusal letter to be drafted. Subsequently on February 14, 1989 the refusal letter was sent and it is the decision embodied in that letter which the applicant seeks to have quashed in the present proceedings. As I understand that letter, it involves a refusal of permanent residence for essentially two reasons: first, that the applicant had lied to an immigration officer contrary to subsection 9(3) of the Act [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2] and that this meant that he had not complied with a requirement of the Act and was therefore inadmissible pursuant to paragraph 19(2)(d) of the Act; and second, that Mr. Spunt was exercising his discretion under subsection 11(3) of the Regulations to refuse Mr. Chen's application even though the latter had been awarded the required number

duellement le sujet du pot-de-vin apparent, en demandant au requérant s'il avait fait des dons à M<sup>me</sup> Trillo ou s'il avait égaré des fonds récemment. Le requérant a commencé par nier, mais il a finalement admis avoir expédié de l'argent à M<sup>me</sup> Trillo. Il a expliqué que selon la coutume orientale, on fait des dons à des amis spéciaux pendant la période des Fêtes. Il a affirmé que sa femme et lui avaient beaucoup apprécié les efforts déployés par M<sup>me</sup> Trillo à leur égard. (Il a par la suite prétendu avoir envoyé l'argent pour couvrir tous les coûts spéciaux qui pouvaient être nécessaires à l'avancement du dossier, comme par exemple le recours à des appels interurbains ou à des communications par télex.) Plus tard au cours de l'entrevue, il a offert des excuses pour ce qu'il a alors reconnu comme un comportement fautif de sa part. L'argent lui a été remis et il a signé un reçu à cet égard. À la fin de la rencontre, M. Spunt lui a déclaré que sa demande serait examinée en tenant compte de cette entrevue.

Le 26 janvier 1989, M. Spunt a écrit une note de service à M. Nauman censément pour demander son approbation, à titre d'agent d'immigration supérieur, aux fins d'exercer, en vertu du paragraphe 11(3) (mod. par. DORS/81-461, art. 1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, son pouvoir discrétionnaire spécial de refuser un visa d'immigrant à un requérant même si celui-ci a obtenu le nombre de points d'appréciation requis par l'article 9 du Règlement. Cette approbation doit être obtenue par écrit conformément au paragraphe 11(3). M. Nauman a approuvé cette note de service le jour même en y apposant les mots [TRADUCTION] «Je suis d'accord» et il a donné des instructions pour qu'on rédige une lettre de refus appropriée. La lettre de refus a été expédiée le 14 février 1989 et c'est la décision exprimée par cette lettre que le requérant demande à la Cour d'annuler en l'espèce. Selon moi, cette lettre porte un refus d'accorder la résidence permanente essentiellement pour deux raisons: en premier lieu parce que le requérant a menti à un agent des visas, en contravention du paragraphe 9(3) de la Loi [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2], et que cela signifie qu'il ne s'est pas conformé à une condition de la Loi et que, partant, il n'est pas admissible en vertu de l'alinéa 19(2)d) de la Loi; en deuxième lieu, parce que M. Spunt a exercé le pouvoir discrétionnaire, en vertu du para-

of units of assessment because, in the words of subsection 11(3):

11. ...

(3) ... there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not reflect the chances of the [applicant] ... of becoming successfully established in Canada ...

It is worth noting in passing the potential for frustration and even desperation on the part of applicants for permanent residence arising out of a process such as this. Although the applicant was successfully interviewed and tentatively approved in accordance with the unit assessment on September 27, 1987, the necessary security clearance for him and his family was not ultimately received by the Consulate until May 9, 1989. In the meantime the applicant, his wife, and his daughter had all obtained medical clearances which, through the passage of time, had expired on October 2, 1988 (in the case of the applicant and his wife) and on March 4, 1989 (in the case of the daughter in China). In the meantime also the applicant was faced with potential difficulties in the United States, his visa having expired there in September, 1988, a year after he was first interviewed for permanent residence in Canada. This may help to explain Mr. Chen's conduct, even if it does not excuse it.

I will set out any other pertinent facts as they appear relevant to my conclusions. This application was argued in part together with that of Parmjit Singh Mangat, T-3161-90 [*Mangat v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, not yet reported] and some of the reasons herein will also apply in that case.

### Conclusions

I have concluded that the decision of Mr. Spunt set out in the letter of February 14, 1989, must be quashed for several reasons.

First, there was a denial of fairness. I accept, as argued by the respondents, that this was an administrative process only and that it was open to one visa officer, Mr. Spunt, to review an application originally processed by another visa officer, in order to reach a final conclusion. It is obvious that with an organization as large as the Employment

graphe 11(3) du Règlement, de refuser la demande de M. Chen même si ce dernier avait obtenu le nombre de points d'appréciation requis car, pour reprendre les termes du paragraphe 11(3):

a 11. ...

(3) ... il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de [ce requérant] ... de s'établir avec succès au Canada ...

b Il y a lieu de noter en passant toute la frustration et même le désespoir que peut déclencher un tel processus chez les personnes qui sollicitent la résidence permanente. Même si le requérant a subi l'entrevue avec succès et qu'il a été approuvé provisoirement en vertu des points d'appréciation le 27 septembre 1987, le consulat n'a reçu les résultats de la vérification de sécurité nécessaire pour lui et sa famille que le 9 mai 1989. En attendant, le requérant, sa femme et sa fille avaient tous obtenu les autorisations médicales nécessaires mais celles-ci, avec le temps, avaient expiré le 2 octobre 1988 (dans le cas du requérant et sa femme) et le 4 mars 1989 (dans le cas de leur fille en Chine). Entre-temps, le requérant risquait d'avoir des difficultés aux États-Unis puisque son visa expirait en septembre 1988, soit un an après la tenue de la première entrevue relative à la demande de résidence permanente au Canada. Ces circonstances peuvent aider à expliquer le geste de M. Chen, même si elles ne peuvent l'en excuser.

J'énoncerai tout autre fait pertinent dans mes conclusions lorsque cela sera nécessaire. La présente requête a été entendue en partie en même temps que celle de Parmjit Singh Mangat, n° du greffe T-3161-90 [*Mangat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, encore inédite], et certains des présents motifs s'appliqueront à cette affaire.

### Conclusions

Je conclus que la décision de M. Spunt exprimée dans la lettre du 14 février 1989 doit être annulée pour plusieurs motifs.

i En premier lieu, il y a eu déni d'équité. J'accepte, comme l'ont fait valoir les intimés, qu'il ne s'agissait que d'un processus administratif et qu'il était loisible à un agent des visas, soit M. Spunt, j d'examiner à nouveau une demande déjà traitée par un autre agent des visas, afin de parvenir à une conclusion finale. Il est évident qu'au sein d'un

and Immigration Commission, with retirements and rotation of officers at particular posts, an application which is initially considered by one officer may be the subject of a later final decision by another officer, taking into account new information or changed circumstances. I also accept that it is not for the Court to sit on appeal from findings of fact made by a visa officer. But notwithstanding all that, I believe that fairness required in these circumstances that the visa officer, at the time of the interview on December 29, 1988, tell the visa applicant at the outset the real purpose of the interview and the major concern of the officer, namely the alleged bribe. If one were carrying out an interview to probe general issues such as the existence of humanitarian grounds it might be appropriate to proceed by indirection, but this was more than an ordinary interview: it was the review of an earlier favourable assessment where the applicant had been "provisionally accepted" (in the language of Ms. Trillo's letter of July 12, 1988). That acceptance was now put in jeopardy by one event — the alleged bribe. The results of the meeting were potentially very important for the applicant and he should have known what it was that concerned the visa officer and required explanation. He may well have wondered, for example, as the interview progressed, as to whether it was his conduct or that of Ms. Trillo which was being questioned. The visa officer, Mr. Spunt, may have as he says acted out of good motives to allow Mr. Chen to explain his conduct and not to "lose face". But when Mr. Spunt was possessed of a fact which, if unexplained, was in his mind sufficient to reject Mr. Chen's application, it was incumbent on him to state that fact and give Mr. Chen every opportunity to explain in that fashion. Fairness required no less.

The remaining alleged causes of invalidity, although argued under various rubrics by counsel, really come down to the question of whether Mr. Spunt's decision was based on reasons which are

organisme aussi vaste que la Commission de l'emploi et de l'immigration, compte tenu des mises à la retraite et du roulement des fonctionnaires à divers postes, une demande qui a été à l'origine examinée par un fonctionnaire peut faire l'objet d'une décision finale ultérieure qui soit rendue par un autre fonctionnaire en tenant compte de nouveaux renseignements ou de changements de circonstances. J'accepte aussi le principe qu'il n'appartient pas au tribunal saisi d'un appel de réviser les conclusions de fait tirées par un agent des visas. Nonobstant tout ce qui précède, je crois cependant qu'en toute équité dans les circonstances, l'agent des visas était tenu, au moment de l'entrevue du 29 décembre 1988, d'aviser dès le début le demandeur de visa de l'objet réel de l'entrevue et de la préoccupation principale de l'agent, soit le prétendu pot-de-vin. Dans le cas d'une entrevue visant à évaluer des questions générales telles que l'existence de considérations humanitaires, il pourrait être permis de procéder indirectement; il s'agissait toutefois en l'espèce d'une entrevue qui sortait de l'ordinaire: elle devait servir à revoir une appréciation antérieure favorable, à la suite de laquelle le requérant avait été [TRADUCTION] «accepté provisoirement» (pour reprendre l'expression figurant dans la lettre du 12 juillet 1988 de M<sup>me</sup> Trillo). Cette acceptation était maintenant mise en péril par un événement — le prétendu pot-de-vin. Les résultats de l'entrevue pouvaient avoir des conséquences très importantes pour le requérant et celui-ci aurait dû être avisé de ce qui préoccupait l'agent des visas et qui exigeait des explications. Il a fort bien pu se demander, par exemple, au fur et à mesure de l'entrevue, si c'était sa conduite ou celle de M<sup>me</sup> Trillo qui était en cause. L'agent des visas, M. Spunt, peut fort bien, comme il le prétend, avoir agi dans le but louable de permettre à M. Chen d'expliquer sa conduite sans «perdre la face». Toutefois, puisque M. Spunt avait connaissance d'un fait qui selon lui, à défaut d'explication, suffisait à motiver le rejet de la demande de M. Chen, il lui incombait de révéler ce fait et de donner à M. Chen toutes les occasions de s'en expliquer. L'équité est à ce prix.

Les autres causes d'invalidité invoquées, bien que présentées sous diverses rubriques par l'avocate, se résument à la question de savoir si la décision de M. Spunt était fondée sur des motifs

authorized by the Act and the Regulations either expressly or impliedly.

To answer this question I would begin by considering the first reason given by Mr. Spunt in the letter of February 14th refusing the application for permanent residence. As mentioned above, that reason is based on paragraph 19(2)(d) of the *Immigration Act* which provides that immigrants shall not be granted admission if they

19. ...

(d) ... cannot or do not fulfil or comply with any of the conditions or requirements of this Act or the regulations ...

The failure to comply relied upon by Mr. Spunt in the case of the applicant is found in subsection 9(3) of the Act which provides:

9. ...

(3) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by a visa officer and shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.

Thus it was said that the applicant failed to comply with the Act because he did not answer truthfully when first asked about a gift sent to Ms. Trillo. It appears to me, however, that I am obliged to apply the rationale adopted by the Federal Court of Appeal in *Kang v. Minister of Employment and Immigration*<sup>1</sup> where that Court said that the requirements referred to in paragraph 19(2)(d) do not include the requirement to tell the truth as set out in subsection 9(3). The Court said that paragraph 19(2)(d) speaks in the present tense and refers to the moment when a final decision is made on admissibility and not to events prior to that. Further, and more importantly, the Court said that the sole purpose of paragraph 19(2)(d):

... is to render inadmissible all those who do not meet the conditions of admissibility prescribed by or under the Act.<sup>2</sup>

The Court of Appeal did not consider a false answer to a question to involve a condition of admissibility. It did recognize that there might be circumstances in which a false answer might justify refusal of admission, but such an answer did not

<sup>1</sup> [1981] 2 F.C. 807 (C.A.).

<sup>2</sup> *Ibid.*, at p. 810.

autorisés expressément ou implicitement par la Loi et le Règlement.

Pour répondre à cette question, j'aborderai la première raison invoquée par M. Spunt dans la lettre du 14 février pour refuser la demande de résidence permanente. Comme je l'ai mentionné plus haut, cette raison est fondée sur l'alinéa 19(2)d) de la *Loi sur l'immigration* qui prévoit que les immigrants ne peuvent être admis s'ils:

19. ...

d) ... ne se conforment pas aux conditions prévues à la présente loi et à ses règlements ...

La non-observation invoquée par M. Spunt dans le cas du requérant est visée au paragraphe 9(3) de la Loi, qui porte:

9. ...

(3) Toute personne doit répondre franchement aux questions de l'agent des visas et produire toutes les pièces qu'exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

On a donc prétendu que le requérant n'avait pas observé la Loi parce qu'il n'avait pas répondu franchement la première fois qu'on lui a demandé s'il avait fait un don à M<sup>me</sup> Trillo. Je me sens toutefois lié par le raisonnement adopté par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Kang c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>1</sup> où la Cour a affirmé que les conditions mentionnées à l'alinéa 19(2)d) ne comprennent pas l'obligation de répondre franchement, prévue au paragraphe 9(3). La Cour a conclu que l'alinéa 19(2)d) est exprimé au présent et qu'il vise le moment même où une décision finale est prise au sujet de l'admissibilité, et non des événements antérieurs à ce moment. Fait plus important encore, la Cour a aussi affirmé que l'alinéa 19(2)d) a pour seul objet de

... rendre inadmissibles tous ceux qui ne remplissent pas les conditions d'admissibilité prescrites par la Loi ou par un règlement d'application<sup>2</sup>.

La Cour d'appel n'a pas jugé qu'une fausse réponse apportée à une question a un effet sur une condition d'admissibilité. Elle a reconnu qu'il peut exister des circonstances dans lesquelles une fausse réponse peut justifier le refus d'admission, mais

<sup>1</sup> [1981] 2 C.F. 807 (C.A.).

<sup>2</sup> *Ibid.*, à la p. 810.

have the “automatic effect” of barring admission pursuant to paragraph 19(2)(d).

The other reason given by Mr. Spunt for his decision involved the exercise of his discretion under subsection 11(3) of the Regulations. This raises very difficult questions as to the proper interpretation of that subsection which provides as follows:

11. ...

(3) A visa officer may

(a) issue an immigrant visa to an immigrant who is not awarded the number of units of assessment required by section 9 or 10 or who does not meet the requirements of subsection (1) or (2), or

(b) refuse to issue an immigrant visa to an immigrant who is awarded the number of units of assessment required by section 9 or 10,

if, in his opinion, there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not reflect the chances of the particular immigrant and his dependants of becoming successfully established in Canada and those reasons have, been submitted in writing to, and approved by, a senior immigration officer.

More specifically, the basic question is — on what grounds can the visa officer exercise his discretion in forming the opinion that there are “good reasons” why the number of units awarded do not reflect adequately the chances of an immigrant becoming “successfully established” in Canada? It is inconceivable that this was intended to give a visa officer an unlimited mandate to decide whether a particular immigrant is generally suitable or not as a future member of Canadian society, given the existence of other, extensive, provisions in the Act for identifying those who are suitable or unsuitable. It may first be observed that subsection 11(3) cannot be taken to overlap the grounds of mandatory exclusion set out in the description of the “inadmissible classes” found in section 19. Indeed that section has its own provision, subsection 19(3), for temporary exceptions to be made by a “senior immigration officer or an adjudicator” to those exclusionary rules. Instead the discretion provided to a visa officer in subsection 11(3) of the Regulations must be seen as integral to the exercise by the Governor in Council of his regulation-making authority under paragraph 114(1)(a) of the Act to establish selection standards (the source of the “point system” or “units of assessment”).

une telle réponse n’a pas eu pour «effet» d’interdire l’admission en vertu de l’alinéa 19(2)d).

L’autre raison avancée par M. Spunt pour justifier sa décision portait sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 11(3) du Règlement. Ce point soulève des questions très difficiles en ce qui a trait à l’interprétation juste de ce paragraphe, qui porte:

11. ...

(3) L’agent des visas peut

a) délivrer un visa d’immigrant à un immigrant qui n’obtient pas le nombre de points d’appréciation requis par les articles 9 ou 10 ou qui ne satisfait pas aux exigences des paragraphes (1) ou (2), ou

b) refuser un visa d’immigrant à un immigrant qui obtient le nombre de points d’appréciation requis par les articles 9 ou 10,

s’il est d’avis qu’il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d’appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant particulier et des personnes à sa charge de s’établir avec succès au Canada et que ces raisons ont été soumises par écrit à un agent d’immigration supérieur et ont reçu l’approbation de ce dernier.

De façon plus précise, la question fondamentale est la suivante: sur quels motifs l’agent des visas peut-il fonder l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider qu’il existe «de bonnes raisons» de croire que le nombre de points d’appréciation obtenu ne reflète pas adéquatement les chances d’un immigrant de «s’établir avec succès» au Canada? Il est inconcevable que cette disposition législative ait pour but de donner à l’agent des visas un pouvoir illimité de décider si un immigrant particulier est généralement apte ou non à devenir un futur membre de la société canadienne, étant donné l’existence d’autres dispositions importantes de la Loi précisant l’identification des personnes qui sont aptes ou inaptes. Il y a lieu de noter d’abord que le paragraphe 11(3) ne peut être interprété comme empiétant sur les motifs d’exclusion obligatoire établis dans la description des catégories «non admissibles» donnée à l’article 19. En effet, cet article comporte, au paragraphe 19(3), sa propre disposition prévoyant les exceptions temporaires qui peuvent être apportées par un «agent principal ou l’arbitre» à ces règles d’exclusion. Le pouvoir discrétionnaire accordé à un agent des visas par le paragraphe 11(3) du Règlement doit plutôt être interprété comme faisant partie intégrante de l’exercice, par le gouverneur en conseil, du pouvoir

That paragraph authorizes the Governor in Council to make regulations:

114. (1) ...

(a) providing for the establishment and application of selection standards based on such factors as family relationships, education, language, skill, occupational experience and other personal attributes and attainments, together with demographic considerations and labour market conditions in Canada, for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada.

The selection standards so adopted and applicable to the applicant by paragraph 8(1)(a) and subparagraph 9(1)(b)(i) of the Regulations are found in Column I, Schedule I of those Regulations. The factors identified in Column I are: "Education", "Specific Vocational Preparation", "Experience", "Occupational Demand", "Arranged Employment or Designated Occupation", "Demographic Factor", "Age", "Knowledge of English and French Languages", "Personal Suitability", and "Relative". While it is nowhere clearly spelled out, the selection standards authorized for use by paragraph 114(1)(a) of the Act, and the actual factors identified in Schedule I of the Regulations, appear to be essentially related to the ability of an immigrant to make a living in Canada or to be economically sustained other than by the State. Of the factors in Column I there might be some ambiguity about "Knowledge of English and French Languages", although such knowledge apart from being socially important is obviously very important for the making of a living. The criteria for assessing points for "Age" obviously give a preference to those in their prime working years. The factor of "Personal Suitability", while seemingly ambiguous, according to the criteria set out in Column II authorizes the awarding of units:

9. Personal suitability ... to reflect the personal suitability of the person and his dependants to become successfully established in Canada based on the person's adaptability, motivation, initiative, resourcefulness and other similar qualities.

de réglementation que lui attribue l'alinéa 114(1)a) de la Loi et en vertu duquel il peut établir des normes de sélection (la source du «système de points» ou de «points d'appréciation»). Cet alinéa autorise le gouverneur en conseil, par règlement, à:

114. (1) ...

a) prévoir l'établissement et l'application de normes de sélection, fondées sur des critères tels que la parenté, l'instruction, la langue, la compétence, l'expérience professionnelle et autres qualités et connaissances personnelles en tenant compte des facteurs démographiques et de la situation du marché du travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada.

Les normes de sélection ainsi adoptées et applicables au requérant en vertu de l'alinéa 8(1)a) et du sous-alinéa 9(1)b)(i) du Règlement figurent dans la colonne I de l'annexe I du Règlement. Les facteurs énumérés dans la colonne I sont: «Études», «Préparation professionnelle spécifique», «Expérience», «Demande dans la profession», «Emploi réservé ou profession désignée», «Facteur démographique», «Âge», «Connaissance du français et de l'anglais», «Personnalité» et «Parent». Même si cela n'est nulle part dit expressément, les normes de sélection autorisées par l'alinéa 114(1)a) de la Loi et les facteurs réels énumérés dans l'annexe I du Règlement semblent être essentiellement liés à la capacité d'un immigrant de gagner sa vie au Canada ou d'y être soutenu financièrement par d'autres personnes que l'État. Parmi les facteurs énumérés dans la colonne I, il pourrait y avoir quelque ambiguïté en ce qui a trait à la «Connaissance du français et de l'anglais», bien que cette connaissance, en plus d'être importante sur le plan social, soit manifestement très importante lorsqu'il s'agit de gagner sa vie. Les critères permettant d'accorder des points à l'égard du facteur «Âge» donnent manifestement la préférence aux personnes dans la fleur de l'âge et en mesure de travailler. Même s'il semble ambigu, le facteur «Personnalité», précisé par les critères figurant dans la colonne II permet l'attribution de points d'appréciation au requérant au cours d'une entrevue

9. Personnalité ... qui permettra de déterminer si lui et les personnes à sa charge sont en mesure de s'établir avec succès au Canada, d'après la faculté d'adaptation du requérant, sa motivation, son esprit d'initiative, son ingéniosité et autres qualités semblables.

These enumerated criteria of personal suitability, while not wholly irrelevant to social success, seem primarily related to the ability to support oneself. The term "and other similar qualities" should, I think, be read *ejusdem generis* with the enumerated criteria which precede it.

Given this emphasis on economic factors as identified by both Parliament and the Governor in Council for determining whether an immigrant can become "successfully established" in Canada, it is difficult to read the discretionary power granted to a visa officer by subsection 11(3) of the Regulations as allowing him to ignore the number of units of assessment and to determine, for essentially non-economic reasons, that an immigrant does not have a chance of becoming successfully established in Canada. While the subsection only requires that the visa officer have "good reasons", those reasons must be such as lead him to believe that the immigrant cannot become successfully established in the economic sense. They do not include such reasons as that an immigrant will probably not be a good neighbour, a good resident, or ultimately a good citizen of Canada; or that the immigrant is a bad or immoral person if judged on his past conduct. Section 19 excludes persons in carefully specified situations on the basis of their past conduct or their potential for criminality or sedition. If they are to be excluded for such reasons, it must be done under the process contemplated by section 19 and not through a visa officer exercising his discretion under subsection 11(3) of the Regulations because he feels that a particular immigrant is undesirable. Presumably the security check which is regarded as a pre-condition for admission is intended to facilitate the application of the criteria in provisions such as paragraphs 19(1)(c)-(g) or 19(2)(a) and (b), just as the medical examinations assist in the application of paragraph 19(1)(a). The security check results in this case had not even been received by the Consulate when Mr. Spunt rendered his decision.

Bien qu'ils ne soient pas sans quelque lien avec la réussite sociale, ces critères de personnalité énumérés semblent principalement liés à la capacité de subvenir à ses propres besoins. L'expression «et autres qualités semblables» devrait selon moi être interprétée comme visant des critères qui appartiennent à la même catégorie que les précédents.

Étant donné cet accent sur les facteurs économiques mis à la fois par le législateur et par le gouverneur en conseil à l'égard de la question de déterminer si un immigrant est en mesure de «s'établir avec succès» au Canada, il est difficile de voir comment le pouvoir discrétionnaire accordé à un agent des visas par le paragraphe 11(3) du Règlement peut permettre à ce dernier de ne pas tenir compte du nombre de points d'appréciation et de déterminer, essentiellement pour des raisons non économiques, qu'un immigrant n'aura pas de chance de s'établir avec succès au Canada. Même si ce paragraphe exige uniquement que l'agent des visas soit «d'avis qu'il existe de bonnes raisons», ces raisons doivent être de nature à le porter à croire que l'immigrant n'est pas en mesure de s'établir avec succès au sens économique du terme. Elles ne peuvent embrasser des raisons comme les suivantes: qu'un immigrant ne sera probablement pas un bon voisin, un bon résident ou finalement un bon citoyen du Canada, ou encore qu'un immigrant particulier est une personne mauvaise ou immorale si on le juge à la lumière de son passé. L'article 19 exclut des personnes dans des situations précisées soigneusement en fonction de leurs antécédents ou des risques qu'ils peuvent présenter en matière de criminalité ou de sédition. Si ces personnes doivent être exclues pour de telles raisons, cela doit se faire en vertu du processus prévu à l'article 19 et non par le biais de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un agent des visas sous le régime du paragraphe 11(3) du Règlement parce qu'il croit qu'un immigrant est indésirable. Apparemment, la vérification de sécurité qui sert de condition préalable à l'admission vise à faciliter l'application des critères prévus dans les dispositions telles que les alinéas 19(1)c) à g) ou 19(2)a) et b), au même titre que les examens médicaux permettent l'application de l'alinéa 19(1)a). En l'espèce, les résultats des vérifications de sécurité n'avaient pas encore été reçus par le consulat lorsque M. Spunt a rendu sa décision.



The decision in question as purportedly made under subsection 11(3) is flawed for other reasons. That subsection requires that prior to the exercise of such discretion a visa officer must submit his reasons in writing to a senior immigration officer who must approve them. This Mr. Spunt purported to do in his memorandum of January 26, 1989 to Mr. Nauman. But the reasons submitted by him in that memorandum for a negative exercise of discretion are invalid as unrelated to the purposes of subsection 11(3).

The first reason he gives is that Mr. Chen lied at the interview with him. Apart from the unfairness of that interview, which I have dealt with above, for the reasons which I have set out as to the nature of permissible criteria for judging successful establishment I do not consider that lying to a visa officer is *per se* proof of inability to become suitably established. There is little doubt that what Mr. Chen did was wrong but Mr. Spunt in no way demonstrated to a senior immigration officer how this shortcoming would prevent Mr. Chen from making a living in Canada or cause him to become a burden to the Canadian State.

A second reason given for the exercise of discretion was that, in the view of Mr. Spunt, the applicant "may have committed an offence" against the *Immigration Act* and an offence under subparagraph 121(1)(a)(i) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] (dealing with attempted bribery of government officials). Again, this is not a proper reason for the negative exercise of discretion under subsection 11(3). As I have said before, section 19 of the *Immigration Act* specifically precludes certain people, carefully defined, who have in the past committed, or are likely in the future to commit, certain kinds of serious crimes. I do not accept that visa officers can under subsection 11(3), whether in the name of "personal suitability" or otherwise, add at will to the prohibited categories of past or future malefactors. Furthermore, it is not acceptable on grounds of fairness for a visa officer to make such determinations of guilt.

La décision en cause, qui aurait été rendue en vertu du paragraphe 11(3), est viciée pour d'autres raisons. Ce paragraphe prévoit que l'agent des visas doit, avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire, soumettre par écrit ses raisons à un agent d'immigration supérieur qui doit les approuver. C'est ce que M. Spunt est censé avoir fait dans sa note de service du 26 janvier 1989 à l'intention de M. Nauman. Toutefois, les raisons qu'il a invoquées dans cette note de service pour exercer de façon négative son pouvoir discrétionnaire sont invalides parce qu'elles ne sont pas liées aux objets du paragraphe 11(3).

Il mentionne comme première raison le fait que M. Chen a menti lors de l'entrevue avec lui. Abstraction faite de l'injustice de cette entrevue, dont j'ai déjà parlé, je ne crois pas, pour les motifs que j'ai déjà mentionnés quant à la nature des critères admissibles pour juger de l'aptitude du requérant à s'établir avec succès, que le fait de mentir à un agent des visas constitue en soi une preuve d'incapacité à s'établir adéquatement. Il ne fait pas de doute que M. Chen a mal agi, mais M. Spunt n'a d'aucune façon démontré à un agent d'immigration supérieur comment cette faute pouvait empêcher M. Chen de gagner sa vie au Canada ou en faire un fardeau pour l'État canadien.

Comme deuxième raison invoquée pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire, M. Spunt était d'avis que le requérant [TRADUCTION] «pouvait avoir commis une infraction» à la *Loi sur l'immigration* et une infraction visée au sous-alinéa 121(1)a)(i) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] (portant sur la tentative de corruption de fonctionnaires de l'État). Encore une fois, il ne s'agit pas d'une raison justifiée pour exercer de façon négative le pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 11(3). Comme je l'ai déjà dit, l'article 19 de la *Loi sur l'immigration* exclut expressément certaines personnes, définies avec soin, qui ont commis dans le passé ou qui sont susceptibles de commettre à l'avenir certains types de crimes graves. Je n'accepte pas que des agents de visa puissent, en vertu du paragraphe 11(3), au nom de la «personnalité» ou autrement, ajouter à volonté aux catégories de contrevenants passés ou futurs visées par les exceptions. De plus, en toute justice il est inacceptable qu'un agent des visas prononce de tels jugements de culpabilité.

The third reason given by Mr. Spunt to Mr. Nauman for the exercise of discretion was that the applicant

... has displayed personal suitability which is incompatible with what is required for an immigrant in his category.

This raises difficult questions as to the relationship between an assessment made in accordance with sections 8 and 9 and Schedule I, and a finding under subsection 11(3) that such an assessment of units should not be determinative of whether a person can become successfully established. If the unit assessment is wrong, then the visa officer should change that assessment. In this case Mr. Spunt reviewed the assessment of "personal suitability" made by Ms. Trillo as 7 units out of 10 and he confirmed it. I fail to see how he can then offer as a reason for a negative exercise of discretion that the applicant does not have a sufficient degree of personal suitability. It is conceivable that the discretionary power under subsection 11(3) could properly be used where an immigrant was so lacking in one of the factors listed in Column I that a 0 rating would not adequately reflect the negative impact of that deficiency on his ability to become successfully established. But it appears to me that a pre-condition for exercising the discretion on that ground would be to rate that factor at 0 in the assessment.

The discretionary power in subsection 11(3) is an extraordinary one which, it has been held, must be exercised in strict conformity with the requirement of submitting written reasons to a senior immigration officer and getting his approval.<sup>3</sup> I have no doubt this means that the reasons given for such exercise of discretion must be the real reasons, and must be lawful reasons which these were not.

<sup>3</sup> *Zeng v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 167 (F.C.A.); *Uy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 201 (C.A.).

La troisième raison donnée à M. Nauman par M. Spunt pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire était que le requérant

*a* [TRADUCTION] ... avait fait preuve d'une personnalité qui est incompatible avec les qualités qu'on exige d'un immigrant de sa catégorie.

*b* Ce point soulève des questions difficiles en ce qui a trait au lien entre une appréciation effectuée conformément aux articles 8 et 9 et à l'annexe I, et une conclusion prise en vertu du paragraphe 11(3) portant qu'une telle appréciation ne devrait pas être concluante sur la question de savoir si une *c* personne est en mesure de s'établir avec succès. Si l'appréciation faite à l'aide de points est erronée, l'agent des visas devrait la modifier. En l'espèce, M. Spunt a examiné l'appréciation de la «personnalité» effectuée par M<sup>me</sup> Trillo, qui avait *d* accordé 7 points sur 10, et il l'a confirmée. Je ne vois pas comment il peut motiver l'exercice négatif de son pouvoir discrétionnaire par le fait que le requérant n'a pas un degré suffisant de personnalité. Il est concevable que le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 11(3) puisse être utilisé adéquatément lorsqu'un immigrant souffre d'une telle insuffisance à l'égard d'un des facteurs énumérés dans la colonne I qu'un zéro comme résultat ne refléterait pas adéquatément l'incidence *e* négative de cette insuffisance sur son aptitude à s'établir avec succès. Il me semble toutefois que *f* préalablement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour ce motif, l'agent devrait attribuer *g* un zéro dans l'appréciation de ce facteur.

*h* Le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 11(3) est un pouvoir extraordinaire qui, selon la jurisprudence, doit être exercé dans le respect absolu de l'obligation de soumettre des raisons écrites à un agent d'immigration supérieur et d'obtenir son approbation<sup>3</sup>. Cela signifie de *i* façon certaine pour moi que les raisons invoquées pour un tel exercice du pouvoir discrétionnaire doivent être les vraies raisons, et que ces raisons doivent être conformes à la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

<sup>3</sup> *Zeng c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 12 Imm. L.R. (2d) 167 (F.C.A.); *Uy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 201 (C.A.).

The applicant also put some reliance on the doctrine of "legitimate expectations", said to be based on statements allegedly made by Ms. Trillo at the end of the interview on September 27, 1987, and on her letter of July 12, 1988 advising the applicant that he and his wife had been "provisionally accepted". Given my other conclusions, I need not address this issue.

### Disposition

I will therefore grant the order of *certiorari* quashing the decision recorded in the letter from Mr. Spunt to the applicant of February 14, 1989. I will also issue an order of *mandamus* requiring that the respondents consider and process the application of the applicant for permanent residence in Canada in accordance with law; and more specifically that he be given a new interview, and that his application be determined, by a different visa officer at a different visa office in the United States most convenient for the parties.

The respondents have requested that the issue of costs be addressed after a substantive disposition of this application. I will therefore leave it to the applicant to endeavour to get agreement on an order as to costs and if this can be done it can be submitted in writing under Rule 324 [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663*]. If not, the parties can arrange for the matter to be spoken to at an appropriate time.

Le requérant a aussi invoqué en partie la doctrine des «attentes légitimes», prétendant que ces attentes étaient fondées sur des déclarations qu'auraient faites M<sup>me</sup> Trillo à la fin de l'entrevue du 27 septembre 1987, et sur sa lettre du 12 juillet 1988 dans laquelle elle annonçait au requérant que sa femme et lui avaient été [TRADUCTION] «acceptés provisoirement». Étant donné mes autres conclusions, je n'ai pas à me prononcer sur cette question.

### Décision

Je vais par conséquent accorder le bref de *certiorari* annulant la décision exprimée dans la lettre du 14 février 1989 de M. Spunt au requérant. Je vais également rendre un bref de *mandamus* obligeant les intimés à examiner et à traiter la demande de résidence permanente du requérant au Canada conformément à la loi et, notamment, à faire en sorte que l'appelant ait droit à une nouvelle entrevue et que sa demande soit déterminée par un autre agent des visas à un autre bureau des visas aux États-Unis qui convienne le mieux aux parties.

Les intimés ont demandé que la question des dépens soit réglée après la décision sur le fond de la présente requête. Il sera donc loisible au requérant de chercher à obtenir une entente quant à l'ordonnance à rendre en matière de dépens; le cas échéant, il pourra la produire par écrit en vertu de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663*]. Dans le cas contraire, les parties pourront s'entendre pour discuter des dépens à un moment approprié.

T-1042-91

T-1042-91

**Dermot Patrick Meade and Brian Leslie Booth**  
(*Plaintiffs*)

**Dermot Patrick Meade et Brian Leslie Booth**  
(*demandeurs*)

v.

a c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada, The Honourable William McKnight, Minister of National Defence and Colonel J. E. McGee**  
(*Defendants*)

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, l'honorable William McKnight, ministre de la Défense nationale et le colonel J. E. McGee**  
(*défendeurs*)

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

RÉPERTORIÉ: MEADE c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Pinard J.—Courtenay, British Columbia, May 8; Ottawa, May 24, 1991.

Section de première instance, juge Pinard—Courtenay (Colombie-Britannique), 8 mai; Ottawa, 24 mai 1991.

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Criminal investigation, military inquiry in progress concerning misappropriation of public funds and inappropriate employment of military personnel for personal use — Soldiers compelled to testify before Board of Inquiry under National Defence Act, s. 118(2) and Canada Evidence Act, s. 5(1) — Refusing to testify as evidence could be incriminating — Relying on Charter, s. 7 — Right to remain silent basic tenet of legal system — Motion for order prohibiting compulsion to appear before Board dismissed — Charter, s. 7 applicable only in genuine criminal context — Applicant's rights balanced against state's interests — Board not making final determinations affecting any member of Armed Forces and cannot impose penal sanctions — Statements before Board cannot be used at court martial or summary trial except upon perjury charge — Testimony vital to fulfillment of Board's mandate, location of missing public property and prevention of further theft — Use of compelled testimony protected in subsequent criminal proceedings — Derivative evidence could be excluded in subsequent criminal proceedings where appropriate — Criminal charges not yet laid.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Une enquête criminelle et une enquête militaire ont été engagées relativement au détournement de fonds publics et à l'emploi abusif de personnel militaire à des fins personnelles — En vertu de l'art. 118(2) de la Loi sur la défense nationale et de l'art. 5(1) de la Loi sur la preuve au Canada, les militaires sont obligés de témoigner devant une commission d'enquête — Les requérants ont refusé de témoigner au motif que leurs témoignages étaient susceptibles de les incriminer — Les requérants invoquent l'art. 7 de la Charte — Le droit de garder le silence est un principe fondamental de notre système juridique — La requête en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux intimés de contraindre les requérants à comparaître devant la commission est rejetée — L'art. 7 de la Charte ne s'applique que dans un véritable contexte criminel — Il y a lieu de faire la juste part entre les droits des requérants et les intérêts de l'État — La commission ne rend pas de décision définitive à l'égard d'un membre des Forces armées et ne peut imposer de sanctions pénales — Les déclarations faites devant la commission ne sauraient être utilisées devant une cour martiale ou à l'occasion d'un procès sommaire, sauf en cas d'accusation de parjure — Les témoignages sont essentiels aux fins de remplir le mandat de la commission, de retrouver des biens publics disparus et de prévenir d'autres vols — L'utilisation des témoignages obtenus sous la contrainte est protégée dans une instance pénale subséquente — La preuve dérivée pourrait être exclue dans une instance pénale subséquente, s'il y a lieu — Aucune accusation pénale n'a encore été portée.*

*Criminal justice — Evidence — Criminal investigation, military inquiry in progress concerning unlawful use of public property and other wrongdoings at Canadian Forces Base — Soldiers refusing to testify before Board of Inquiry as evidence could be incriminating — Compulsion to testify under National Defence Act, s. 118(2) and Canada Evidence Act, s. 5(1) — Charter, s. 7 protecting right to remain silent only in genuine criminal context — Applicant's rights balanced against state's interests — Testimony necessary for recovery of stolen property, prevention of further misappropriation — Motion to prohibit compulsion to appear before Board dismissed.*

*Justice criminelle et pénale — Preuve — Une enquête criminelle et une enquête militaire ont été engagées relativement à l'utilisation illicite de biens publics et à d'autres actes répréhensibles commis sur une base des Forces canadiennes — Des militaires ont refusé de témoigner devant une commission d'enquête au motif que leurs témoignages étaient susceptibles de les incriminer — En vertu de l'art. 118(2) de la Loi sur la défense nationale et de l'art. 5(1) de la Loi sur la preuve au Canada, ils sont obligés de témoigner — L'art. 7 de la Charte garantit le droit de garder le silence seulement dans un véritable contexte criminel — Il y a lieu de faire la juste part entre les droits des requérants et les intérêts de l'État — Les témoignages sont nécessaires pour rentrer en possession de biens volés et pour empêcher des détournements à l'avenir — La requête visant à interdire aux intimés de contraindre les requérants à comparaître devant la commission est rejetée.*

*Armed forces — Criminal investigation, military inquiry in progress — Soldiers refusing to testify before Board of Inquiry as evidence could be incriminating — Plaintiff, Petty Officer Meade, said to have information on theft, fraud and cheating involving CFB Comox personnel at every level — Compulsion to testify under National Defence Act, s. 118(2) and Canada Evidence Act, s. 5(1) — Charter, s. 7 protecting right to remain silent only in genuine criminal context — Applicants' rights balanced against state's interests — Motion to prohibit compulsion to appear before Board dismissed.*

*Forces armées — Une enquête criminelle et une enquête militaire ont été engagées — Des militaires ont refusé de témoigner devant une commission d'enquête au motif que leurs témoignages étaient susceptibles de les incriminer — Il a été allégué que le demandeur Meade, ayant le grade de maître, avait connaissance de vols, de malversations et d'activités malhonnêtes commis par le personnel de la BFC de Comox à tous les niveaux hiérarchiques — En vertu de l'art. 118(2) de la Loi sur la défense nationale et de l'art. 5(1) de la Loi sur la preuve au Canada, les requérants sont obligés de témoigner — L'art. 7 de la Charte garantit le droit de garder le silence seulement dans un véritable contexte criminel — Il y a lieu de faire la juste part entre les droits des requérants et les intérêts de l'État — La requête visant à interdire aux intimés de contraindre les requérants à comparaître devant la commission est rejetée.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 13.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 45 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60), 118(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 119 N.R. 321.

##### REFERRED TO:

*Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.); *Morena v. Minister of National Revenue*, [1991] 1 C.T.C. 78; (1990), 90 DTC 6685; 39 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 54 C.C.C. (3d) 417; 76 C.R. (3d) 129; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 1; 49 C.R.R. 114.

##### COUNSEL:

*Brian E. Hutcheson* for plaintiff Dermot Patrick Meade.  
*Chris L. Cameron* for plaintiff Brian Leslie Booth.  
*Paul F. Partridge* for defendants.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 13.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 45 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 60), 118(2).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 5(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 119 N.R. 321.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.); *Morena c. Ministre du Revenu national*, [1991] 1 C.T.C. 78; (1990), 90 DTC 6685; 39 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 54 C.C.C. (3d) 417; 76 C.R. (3d) 129; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 1; 49 C.R.R. 114.

##### AVOCATS:

*Brian E. Hutcheson* pour le demandeur Dermot Patrick Meade.  
*Chris L. Cameron* pour le demandeur Brian Leslie Booth.  
*Paul F. Partridge* pour les défendeurs.

## SOLICITORS:

*Swift, Dato, Doherty*, Courtenay, British Columbia, for plaintiff Dermot Patrick Meade.

*Muir, Sinclare*, Courtenay, British Columbia, for plaintiff Brian Leslie Booth.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

PINARD J.:

This motion is for:

a) an order prohibiting the defendants from compelling the plaintiffs to appear before a Board of Inquiry;

b) an order prohibiting any charges from being laid or alternatively directing a judicial stay of any charges that have been laid against either or both of the plaintiffs as a result of the plaintiffs or either of them declining to answer any questions at their appearance before the Board of Inquiry on the 11th day of April, 1991;

c) costs; and

d) such further and other relief as this Honourable Court may deem necessary.

At the hearing before me, counsel for the plaintiffs indicated clearly that although they have also filed a statement of claim seeking the same relief plus a declaratory judgment, this motion ought not to be dealt with as a proceeding seeking interlocutory relief only, but rather as one seeking final and permanent relief. They were then made aware that no declaratory judgment could be obtained by motion, which they accepted (see *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.)).

The following relevant facts are established by affidavit evidence:

## PROCUREURS:

*Swift, Dato, Doherty*, Courtenay (Colombie-Britannique), pour le demandeur Dermot Patrick Meade.

*Muir, Sinclare*, Courtenay (Colombie-Britannique), pour le demandeur Brian Leslie Booth.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

c LE JUGE PINARD:

La présente requête vise à obtenir ce qui suit:

a) une ordonnance interdisant aux défendeurs de contraindre les demandeurs à comparaître devant une commission d'enquête;

b) une ordonnance interdisant que des accusations soient portées contre les demandeurs ou l'un d'entre eux parce qu'ils auraient refusé de répondre aux questions qui leur ont été posées au moment de leur comparution devant la commission d'enquête le 11 avril 1991, ou, subsidiairement, une ordonnance portant que de telles accusations soient suspendues;

c) les dépens;

d) toute autre réparation que cette Cour peut estimer nécessaire.

À l'audience tenue devant moi, l'avocat des demandeurs a tenu à préciser que ses clients avaient également déposé une déclaration dans laquelle ils sollicitent la réparation demandée en l'instance ainsi qu'un jugement déclaratoire. Cependant, selon lui, la présente requête devrait être traitée comme si elle tendait à obtenir, non pas une réparation interlocutoire seulement, mais bien une réparation définitive et permanente. Cependant, après qu'on le lui eut signalé, il a reconnu qu'un jugement déclaratoire ne pouvait pas être obtenu par voie de requête (voir la décision *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.)).

Les faits pertinents suivants ont été établis au moyen d'une preuve par affidavit.

1. The plaintiffs, Brian Leslie Booth and Dermot Patrick Meade (hereinafter referred to as "Booth" and "Meade" respectively), are both members of the Canadian Forces holding the rank of Chief Petty Officer and Petty Officer respectively and at all material times stationed at the Canadian Forces Base located at Comox, British Columbia (hereinafter referred to as "CFB Comox").

2. Since his posting to CFB Comox, Booth has been in charge of the Marine Section responsible for the management of personnel, overseeing the acquiring of inventory and the keeping of records for use of stores.

3. Since his posting to CFB Comox, Meade has been the second in command of the Marine Section responsible for acquiring public stores and keeping records for the purchase and use thereof, in particular, the distribution account (inventory listing) for the ordering and accounting of all public property.

4. The activities of CFB Comox include maritime patrol and search and rescue. The primary mission of the Marine Section is to assist military aircraft downed in water. The secondary duty of the Marine Section is the utilization of the vessels based there in the search and rescue role (civilian as well as military emergencies).

5. On March 26, 1991 the Commander of CFB Comox convened an inquiry pursuant to section 45 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60] and chapter 21 of Queen's Regulations and Orders for the purpose of investigating the following:

(a) irregularities in local purchase activities and procedures at the Marine Section CFB Comox;

(b) inappropriate work performed for the personal benefit of private individuals and the inappropriate employment of Marine Section Personnel;

1. Les demandeurs, Brian Leslie Booth et Dermot Patrick Meade (ci-après appelés «Booth» et «Meade», respectivement), sont membres des Forces canadiennes. Ils ont, respectivement, le grade de premier maître et de maître. À toutes les époques en cause, ils tenaient garnison à la base des Forces canadiennes située à Comox (Colombie-Britannique) (ci-après appelée «la BFC de Comox»).

2. Depuis son affectation à la BFC de Comox, Booth a dirigé le service de la Section du sauvetage en mer chargé de la gestion du personnel, de la surveillance de l'acquisition des stocks et de la tenue des registres qui permettent d'en préciser la destination.

3. Depuis son affectation à la BFC de Comox, Meade a commandé en second le service de la Section de sauvetage en mer chargé de l'acquisition des stocks de l'État et de la tenue des registres pour l'achat et l'utilisation de ceux-ci, notamment le compte de distribution (inventaire) qui sert aux fins de commander tous les biens publics et à en rendre compte.

4. Les activités de la BFC de Comox comprennent notamment les patrouilles maritimes et les opérations de recherche et de sauvetage. La mission de première importance de la Section du sauvetage en mer consiste à porter secours aux aéronefs militaires tombés en mer. La Section est également chargée d'utiliser les navires qui y sont basés à des fins de recherche et de sauvetage (catastrophes civiles ou militaires).

5. Le 26 mars 1991, le commandant de la BFC de Comox a ordonné la tenue d'une enquête en application de l'article 45 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 60], et du chapitre 21 des Ordonnances et règlements royaux aux fins d'examiner les questions suivantes:

a) les irrégularités dont ont fait l'objet les activités et les procédures relatives aux achats de la Section du sauvetage en mer de la BFC de Comox;

b) les travaux effectués irrégulièrement au profit personnel de particuliers et l'emploi irrégulier de personnel de la Section;

(c) the acquisition of items through the DND supply system for an inappropriate or improper purpose and, generally, DA accountability at the Marine Section;

(d) management practices and personnel policies at the Marine Section; and

(e) improper disposal of public property including gifts thereof to private individuals.

The Board of Inquiry is to report by way of recommendations on the following:

(a) the action to be taken to control/improve local purchasing activities;

(b) how the activities of the Marine Section can be better controlled/monitored/managed;

(c) how better accountability of public stores issued to the Marine Section can be achieved;

(d) the administrative or disciplinary action to be taken, if any; and

(e) such other recommendations which, in the opinion of the President are relevant.

6. Since late January, 1991, the military police at CFB Comox have been carrying on a criminal investigation concerning individual incidents of personal use of government property that could form the basis of breaches of the Code of Service Discipline or the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] by Meade; the latter also has information, as represented by his counsel, of major and petty theft, fraud and cheating involving personnel at every level and trade. Booth, on the other hand, raises no more than a mere suspicion of participation in some illegal activities. None of the plaintiffs has ever been accused of or arrested for any criminal offence in this matter.

7. In light of all the information received in late 1990 and in early 1991, and apart from the above-mentioned military police investigation, the Commander of CFB Comox concluded that he needed an inquiry to investigate and report on the alleged

c) l'acquisition de biens par l'entremise du système d'approvisionnement du ministère de la Défense nationale à des fins irrégulières et, généralement, la responsabilité à l'égard des biens du Ministère à la Section;

d) les méthodes de gestion mises en œuvre à la Section et les politiques qui y sont établies à l'égard du personnel;

e) l'aliénation irrégulière de biens publics, notamment sous forme de dons à des particuliers.

La commission d'enquête est chargée de faire un rapport dans lequel elle fera des recommandations sur les questions suivantes:

a) les mesures à prendre pour contrôler et améliorer les activités relatives aux achats de la Section du sauvetage en mer;

b) les manières d'améliorer le contrôle, la surveillance et l'administration des activités de la Section;

c) les manières d'améliorer le contrôle des stocks de l'État remis à la Section;

d) les mesures administratives ou disciplinaires qui devront être prises, le cas échéant;

e) toute autre recommandation pertinente, de l'avis du président.

6. Depuis la fin de janvier 1991, la police militaire de la BFC de Comox mène une enquête criminelle relativement à divers incidents au cours desquels Meade aurait employé des biens de l'État à son usage personnel, en contravention éventuelle au Code de discipline militaire ou au *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46]. En outre, selon son avocat, ce dernier aurait connaissance de vols à grande et à petite échelle, de malversations et d'activités malhonnêtes commis par le personnel, et ce, à tous les niveaux hiérarchiques et professionnels. Pour sa part, Booth est simplement soupçonné d'avoir participé à certaines activités illégales. Ni l'un ni l'autre des demandeurs n'a jamais été accusé ou arrêté pour avoir commis une infraction criminelle dans cette affaire.

7. À la lumière de tous les renseignements obtenus à la fin de 1990 et au début de 1991, et mise à part l'enquête susmentionnée de la police militaire, le commandant de la BFC de Comox a conclu qu'une enquête s'imposait pour examiner les allégations



tions involving: substantial misappropriation of public property that is historic in origin involving many personnel and that appears to involve systemic deficiencies in the purchase and control of public stores and accountability thereof, the allegations of improper/unauthorized work being undertaken by members of the Marine Section and concerns with respect to the management and personnel policies in relation to these matters, and with respect to the treatment of personnel generally in relation to morale within, and the leadership of, the Marine Section.

8. Meade and Booth were required to appear before the Board of Inquiry initially on April 10, 1991; their appearance was then adjourned to April 11, 1991, at the request of their counsel. Both Meade and Booth refused to testify at all during their appearance before the Board of Inquiry on April 11, 1991.

9. On further appearances before the Board, the plaintiffs may appear with legal counsel, be given the opportunity to examine all evidence previously taken by the Board, to be present during the remainder of the inquiry, to have any previously heard witnesses recalled in order to have questions put to them, to call any further witnesses and to make a statement.

The thrust of the plaintiffs' motion is that they are suspects in a criminal investigation by military police and that by being ordered to appear before the Board of Inquiry to answer questions under oath, they would be required to give evidence which may be incriminating or evidence which may provide incriminating derivative evidence which could be used against them.

The compulsion to testify arises by virtue of paragraph 118(2)(d) of the *National Defence Act* in conjunction with subsection 5(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which read as follows:

*National Defence Act*

118. ...

(2) Every person who

suivantes et faire un rapport à ce sujet: le détournement important de biens publics commis depuis longtemps par plusieurs membres du personnel et qui serait apparemment attribuable à des lacunes du système en ce qui a trait à l'achat, au contrôle des stocks de l'État et à la responsabilité à leur égard, les allégations selon lesquelles les membres de la Section du sauvetage en mer auraient entrepris irrégulièrement des travaux non autorisés et les questions concernant les politiques de gestion, notamment la gestion du personnel à cet égard et les questions concernant le traitement du personnel en général par rapport au moral de celui-ci à la Section et à ses dirigeants.

8. Meade et Booth devaient d'abord comparaître devant la commission d'enquête le 10 avril 1991. Leur comparution a alors été ajournée au lendemain, à la demande de leur avocat. Cependant, ils ont tous deux refusé de témoigner.

9. Si les demandeurs devaient comparaître à d'autres occasions devant la commission, ils auraient le droit d'être accompagnés d'un avocat. Ils auraient également l'occasion d'examiner tous les éléments de preuve obtenus antérieurement par la commission, d'être présents jusqu'à la fin de l'enquête, de citer des témoins déjà entendus pour les interroger à nouveau, de citer d'autres témoins et de faire une déclaration.

Dans leur requête, les demandeurs plaident essentiellement qu'ils font l'objet d'une enquête criminelle de la police militaire en tant que suspects et que s'ils étaient contraints de comparaître devant la commission d'enquête pour y répondre à des questions sous la foi du serment, ils seraient obligés de fournir une preuve susceptible de les incriminer, soit directement, soit par preuve dérivée, laquelle pourrait être utilisée contre eux.

L'obligation de témoigner découle de l'alinéa 118(2)d) de la *Loi sur la défense nationale* et du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, lesquels disposent:

*Loi sur la défense nationale*

118. ...

(2) Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans quiconque:

(d) refuses when a witness to answer any question to which a service tribunal may lawfully require an answer,

is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for less than two years or to less punishment.

*Canada Evidence Act*

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

In these circumstances, the plaintiffs invoke 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]] which provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

I have expressed the opinion before<sup>1</sup> that the right to remain silent is a basic tenet of our legal system which is protected, *inter alia*, by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In *R. v. Chambers*,<sup>2</sup> Mr. Justice Cory, at pages 1315 *et seq.* laid down the modern view of the rule:

It is now well recognized that there is a right to silence which can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings. The basis of the right was enunciated by Lamer J., as he then was, in his dissenting reasons in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683, in these words:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-crimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise.

The importance of the principle was emphasized by Martin J.A. in *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right.

<sup>1</sup> *Morena v. Minister of National Revenue*, [1991] 1 C.T.C. 78 (F.C.T.D.).

<sup>2</sup> [1990] 2 S.C.R. 1293.

d) refuse, étant témoin, de répondre à toute question légitimement posée par un tribunal militaire;

a

*Loi sur la preuve au Canada*

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

b

En l'espèce, les demandeurs invoquent 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. 1985, appendice II, n° 44]], lequel dispose:

c

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

d

J'ai déjà affirmé<sup>1</sup> que le droit de garder le silence est un principe fondamental de notre système juridique qui est protégé, entre autres, par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'arrêt *R. c. Chambers*<sup>2</sup>, M. le juge Cory, aux pages 1315 et suivantes, a fixé l'interprétation moderne de cette règle:

e

Il est maintenant généralement reconnu qu'un inculpé jouit d'un droit de garder le silence qu'il peut légitimement exercer aux stades d'enquête d'une instance. Le fondement de ce droit est énoncé par le juge Lamer (maintenant Juge en chef), dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 683:

f

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement.

g

L'importance de ce principe a été soulignée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227:

h

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit.

<sup>1</sup> *Morena c. Ministre du Revenu national*, [1991] 1 C.T.C. 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>2</sup> [1990] 2 R.C.S. 1293.

Further the right to silence has now been recognized as a basic tenet of our legal system and as such is a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a basic tenet of our law it falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), and particularly *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. It follows that an accused person has the right to remain silent at the investigation stage as well as at the trial.

It is clear, however, from that judgment and the rest of the relevant jurisprudence, that absent a genuine criminal context, the right to remain silent provided by section 7 of the *Charter* cannot be infringed or violated.

Applying this rule to the present case, keeping also in mind that a critical balance between the applicant's rights and the state's interests must be achieved, I conclude that the plaintiffs' motion ought to be dismissed for the following reasons taken together:

a) Under the Board's terms of reference, it is not constituted to make any final determinations affecting any member. Specifically, it does not make any determinations on any liability, criminal or otherwise, against any member of the Canadian Forces and cannot impose any penal sanctions. Any statements made at the Board of Inquiry by Meade and Booth cannot be used at any court martial or summary trial except where the charge concerns perjury referred to in subsection 40(2) of the *Military Rules of Evidence*.

b) The testimony of Booth and Meade appears to be essential to the work of the Board of Inquiry in fulfilling its mandate. Meade's testimony is certainly necessary to elaborate upon the serious allegations touching upon historic and widespread fraud and corruption said to involve Canadian Forces personnel at every level and rank.

c) Should Meade and Booth not testify at the Board of Inquiry, missing public property may not be found and other public property may continue to go missing in the future.

d) The use of compelled testimony from Meade and Booth is protected in subsequent criminal proceedings (see section 13 of the *Charter*).

De plus, le droit de garder le silence est maintenant reconnu comme un principe fondamental de notre système juridique et il bénéficie à ce titre de la protection de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que principe fondamental de notre droit, il relève de l'art. 7 de la *Charte*. Voir *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), et particulièrement l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Il s'ensuit qu'un inculpé a le droit de garder le silence aussi bien au stade de l'enquête qu'au procès.

Toutefois, il ressort clairement de cet arrêt et de l'ensemble de la jurisprudence pertinente qu'il ne peut être porté atteinte au droit de garder le silence prévu à l'article 7 de la *Charte* si ce n'est dans un véritable contexte criminel.

Si j'applique cette règle en l'espèce, tout en gardant à l'esprit la nécessité de faire la juste part entre les droits des requérants et les intérêts de l'État, j'en conclus que la requête des demandeurs devrait être rejetée pour l'ensemble des motifs suivants:

a) Aux termes de son mandat, la commission n'est pas chargée de rendre des décisions définitives à l'égard d'un membre des Forces canadiennes; elle ne rend notamment aucune décision portant sur sa responsabilité, pénale ou autre, et ne peut lui imposer de sanction pénale; les déclarations de Meade et de Booth devant la commission d'enquête, le cas échéant, ne sauraient être utilisées devant une cour martiale ou à l'occasion d'un procès sommaire, sauf en cas d'accusation de parjure visée par le paragraphe 40(2) des *Règles militaires de la preuve*.

b) Les témoignages de Booth et de Meade semblent être essentiels aux travaux de la commission d'enquête aux fins de remplir son mandat; le témoignage de Meade est certainement nécessaire pour en connaître davantage sur les allégations sérieuses selon lesquelles des membres des Forces canadiennes, à tous les niveaux hiérarchiques de tous les rangs, auraient été impliqués depuis longtemps dans des activités de fraude et de corruption à grande échelle.

c) Si Meade et Booth ne témoignent pas devant la commission d'enquête, des biens publics disparus risquent de ne jamais être retrouvés et d'autres pourront disparaître à l'avenir.

d) L'utilisation dans une instance pénale subséquente des témoignages de Meade et de Booth obtenus sous la contrainte est protégée (voir l'article 13 de la *Charte*);

e) The judge in any subsequent criminal proceedings could exclude derivative evidence where appropriate (see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, per La Forest J. and L'Heureux-Dubé J., and also *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, per McLachlin J.).

f) No criminal charge has been laid against the plaintiffs and none may be laid.

It will be ordered accordingly, costs against the plaintiffs.

e) Le juge qui présiderait une instance pénale subséquente, le cas échéant, pourrait exclure la preuve dérivée s'il y avait lieu de le faire (voir les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Thomson Newspaper Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 et les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151).

f) Aucune accusation pénale n'a été portée contre les demandeurs et il se peut qu'il n'y en ait pas.

Une ordonnance sera décernée en conséquence, avec dépens contre les demandeurs.

T-2294-89

T-2294-89

**Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Public Works (Defendant)**

INDEXED AS: *OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Ottawa, May 23 and 28, 1991.

*Crown — Torts — Motion to strike statement of claim as not disclosing reasonable cause of action — Plaintiff furnishing cleaning supplies to general contractor holding contracts to clean government buildings — Contracts containing security and non-assignment clauses, and requiring statutory declaration suppliers paid before entitled to progress payments — When general contractor assigning assets, Crown returning security bond without assurance suppliers paid — Plaintiff not paid — Having relied upon terms in government contract in providing materials — Claiming in negligence — Crown arguing proximity of relationship between building owner and supplier insufficient for application of *Donoghue v. Stevenson* — Motion dismissed — Determination of proximate relationship depending upon specific situation and evidence in each case — Inappropriate to strike action as lack of merit not plain and obvious — As supplier unable to file lien against Crown property, could argue contract clauses designed to protect suppliers and sub-contractors and therefore sufficient proximate relationship between parties herein.*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*W. & R. Plumbing & Heating Ltd. v. R.*, [1986] 2 F.C. 195; (1986), 17 C.L.R. 291; 1 F.T.R. 229 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Caparo Industries plc v Dickman*, [1990] 1 All ER 568 (H.L.); *Queen v. Cognos Inc.* (1990), 74 O.R. (2d) 176; 69 D.L.R. (4th) 288; 38 O.A.C. 180 (C.A.) (leave to appeal to S.C.C. granted (1991), 74 D.L.R. (4th) vii; *Edgeworth Construction Ltd. v. N.D. Lea & Associates Ltd.*, [1991] 4 W.W.R. 251; (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.).

**Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) (demanderesse)**

a c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Travaux publics (défendresse)**

b RÉPERTORIÉ: *OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 23 et 28 mai 1991.

c *Couronne — Responsabilité délictuelle — Requête en vue de faire radier la déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action — La demanderesse a fourni des produits d'entretien ménager à un entrepreneur général ayant conclu des marchés relatifs à l'entretien ménager d'édifices gouvernementaux — Les marchés d'entretien renfermaient des clauses de garantie et d'incessibilité et exigeaient que l'entrepreneur général déclare solennellement que les fournisseurs avaient été payés avant de pouvoir toucher des sommes versées au prorata des travaux — Lorsque l'entrepreneur général a cédé de l'actif, la Couronne a rendu sa garantie de bonne exécution sans s'être assurée que les fournisseurs avaient été payés — La demanderesse n'a pas été payée — Celle-ci s'était fondée sur les conditions du contrat gouvernemental pour fournir les produits — Elle allègue la négligence — La Couronne soutient qu'il n'existe pas un rapport suffisamment immédiat entre le propriétaire des immeubles et le fournisseur pour que s'applique l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* — Requête f rejetée — L'appréciation du caractère immédiat du rapport dépend des circonstances de chaque affaire et de la preuve présentée — Il serait inopportun de radier l'action car il n'est pas clair que celle-ci soit dénuée de fondement — Comme le fournisseur ne pouvait pas faire enregistrer de privilège contre l'immeuble de la Couronne, on pourrait plaider que les clauses g du contrat visaient à protéger les fournisseurs et les sous-traitants et qu'il y avait donc un rapport suffisamment immédiat entre les parties en cause.*

#### JURISPRUDENCE

h

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*W. & R. Plumbing & Heating Ltd. c. R.*, [1986] 2 C.F. 195; (1986), 17 C.L.R. 291; 1 F.T.R. 229 (1<sup>re</sup> inst.).

i

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Caparo Industries plc v Dickman*, [1990] 1 All ER 568 (H.L.); *Queen v. Cognos Inc.* (1990), 74 O.R. (2d) 176; 69 D.L.R. (4th) 288; 38 O.A.C. 180 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée (1991), 74 D.L.R. (4th) vii; *Edgeworth Construction Ltd. v. N.D. Lea & Associates Ltd.*, [1991] 4 W.W.R. 251; (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

## COUNSEL:

*Justin R. Fogarty* for plaintiff.  
*Ian M. Donahoe* for defendant.

## SOLICITORS:

*Sadik & Fogarty*, Ottawa, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

REED J.: The defendant seeks to have the plaintiff's statement of claim struck out as disclosing no reasonable cause of action. These reasons relate to an order dismissing that application which was given from the bench on Thursday, May 23, 1991.

The facts alleged in the present statement of claim are: the plaintiff supplied what I will call the general contractor, J.N.M. Maintenance Limited ("J.N.M."), with cleaning supplies; that company held a number of contracts to clean various government buildings in Ottawa: (i) National Revenue Taxation, located at Bronson and Riverside, contract no. 7010-01/127-3; (ii) Cafeteria Building at Confederation Heights, located at Riverside and Brookfield, contract no. 603-520072-4033; (iii) Surveys and Mapping, located at 615 Booth Street, contract no. 7010-028-12; (iv) Standard Lab, located at Tunney's Pasture, contract no. 7010-027/5; (v) Supreme Court, located at Wellington Street, contract no. 705-526060-7014; (vi) Sir Frederick Banting Building, located at Tunney's Pasture, contract no. 7010-027/22-1; (vii) Sir Charles Tupper Building, located at Heron Road and Riverside, contract no. 7010-01/174; (viii) Personnel Records, located at Tunney's Pasture, contract no. 7010-027/19; (ix) La Promenade Building, located at 151 Sparks Street, contract no. 7010-01/236-3; (x) Lorne Building, located at Elgin and Slater Streets, contract no. 7010-01/106 R; (xi) L.C.D.C., located at Tunney's Pasture,

## DÉCISIONS CITÉES:

*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

## AVOCATS:

*Justin R. Fogarty* pour la demanderesse.  
*Ian M. Donahoe* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Sadik & Fogarty*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: La défenderesse demande que soit radiée la déclaration de la demanderesse au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Les présents motifs se rapportent à l'ordonnance, prononcée à l'audience le jeudi 23 mai 1991, rejetant cette demande.

Les faits suivants sont allégués dans la déclaration: la demanderesse aurait procuré des fournitures d'entretien ménager à J.N.M. Maintenance Limited («J.N.M.»), que je qualifierai d'entrepreneur général. Cette société avait conclu un certain nombre de marchés relatifs à l'entretien ménager de divers édifices gouvernementaux à Ottawa: (i) l'immeuble de Revenu national, Impôt, situé à l'angle de Bronson et de Riverside, marché n° 7010-01/127-3; (ii) l'immeuble de la cafétéria à Confederation Heights, situé à l'angle de Riverside et de Brookfield, marché n° 603-520072-4033; (iii) l'immeuble des Levés et de la Cartographie, situé au 615, rue Booth, marché n° 7010-028-12; (iv) le Laboratoire des étalons de base, situé au parc Tunney, marché n° 7010-027/5; (v) l'édifice de la Cour suprême, situé rue Wellington, marché n° 705-526060-7014; (vi) l'immeuble Sir Frederick Banting, situé au parc Tunney, marché n° 7010-027/22-1; (vii) l'immeuble Sir Charles Tupper, situé à l'angle du Chemin Heron et de Riverside, marché n° 7010-01/174; (viii) l'immeuble des documents du personnel, situé au parc Tunney, marché n° 7010-027/19; (ix) l'édifice La Promenade, situé au 151, rue Sparks, marché n° 7010-01/

contract no. 7010-027/11; and (xii) Environmental Health Centre, located at Tunney's Pasture, contract no. 7010-01/69. The terms of those contracts provided:

- (i) ... the contractor shall not be entitled to any payment until he has provided contract security [50% of the contract amount] ...
- (ii) the contractor shall not be entitled to second or subsequent progress payments until he has provided a statutory declaration testifying as to the payment of labour, materials, tools and equipment supplied under the contract.

Terms also specifically restricted the right of J.N.M. to assign the contracts without the approval of the Minister of Public Works.

The plaintiff alleges that because it knew that the cleaning contracts contained the above-mentioned security and non-assignment clauses and because the general contractor had to provide statutory declarations demonstrating that its suppliers and sub-contractors had been paid before it was entitled to progress payments, the plaintiff provided materials to J.N.M. on a continuing basis and invoiced that company for them. On June 30, 1988 the plaintiff was owed \$117,946.10 by J.N.M. for cleaning materials. On that date, the defendant approved an assignment of the assets of J.N.M. to Les Services D'Entretien D'Immeuble Staf 2000 Inc. ("2000 Inc."). The defendant returned J.N.M.'s security bond without any assurance that amounts owing to its suppliers or sub-contractors had been paid. The price paid by 2000 Inc. for the assets was \$45,000. The plaintiff alleges that this action by the defendant constituted negligent conduct *vis-à-vis* the plaintiff and caused the plaintiff damage.

The present motion to strike out the plaintiff's statement of claim relies heavily on the Federal Court decision in *W. & R. Plumbing & Heating Ltd. v. R.*, [1986] 2 F.C. 195 (T.D.). In that case a supplier of labour, materials and equipment was held not to have a cause in promissory estoppel or unjust enrichment against the defendant when the defendant did not follow her usual practice of ensuring that suppliers and sub-contractors had

236-3; (x) l'immeuble Lorne, situé à l'angle d'Elgin et de Slater, marché n° 7010-01/106 R; (xi) l'immeuble du L.L.C.M., situé au parc Tunney, marché n° 7010-027/11; et (xii) l'immeuble du Centre d'hygiène du milieu, situé au parc Tunney, marché n° 7010-01/69. Ces marchés renfermaient les stipulations suivantes:

- [TRADUCTION] (i) ... aucune somme ne pourra être versée à l'entrepreneur tant que celui-ci n'aura pas fourni une garantie de bonne exécution [50 p. 100 de la valeur stipulée des travaux] ...
- (ii) aucune somme ne pourra être versée à l'entrepreneur au prorata des travaux postérieurement au premier versement, à moins qu'il n'ait fourni une déclaration solennelle portant qu'il a acquitté le prix de la main-d'œuvre, des matériaux, de l'outillage et de l'équipement fournis aux termes du marché.

D'autres clauses limitaient expressément le droit de J.N.M. de céder les marchés sans l'autorisation du ministre des Travaux publics.

Selon la demanderesse, elle a accepté de fournir des matériaux à J.N.M. de façon continue et de les lui facturer parce qu'elle savait que les marchés d'entretien ménager renfermaient les clauses de garantie et d'incessibilité susmentionnées, et parce que l'entrepreneur général devait déclarer solennellement que ses fournisseurs et ses sous-traitants avaient été payés avant de pouvoir toucher des sommes versées au prorata des travaux. Le 30 juin 1988, J.N.M. devait 117 946,10 \$ à la demanderesse pour des matériaux d'entretien ménager. À cette date, la défenderesse avait entériné la cession de l'actif de J.N.M. en faveur des Services d'entretien d'Immeubles Staf 2000 Inc. («2000 Inc.»). La défenderesse a rendu à J.N.M. sa garantie de bonne exécution sans s'être assurée que ses dettes envers ses fournisseurs et ses sous-traitants avaient été acquittées. 2000 Inc. a payé 45 000 \$ pour l'actif. La demanderesse allègue que la défenderesse a, par son geste, fait preuve de négligence à son égard et qu'elle lui aurait causé un préjudice.

Au soutien de sa requête visant à radier la déclaration de la demanderesse, la défenderesse s'appuie en grande partie sur la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *W. & R. Plumbing & Heating Ltd. c. R.*, [1986] 2 C.F. 195 (1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, la Cour a statué qu'un fournisseur de main-d'œuvre, de matériaux et d'équipement ne pouvait pas soulever l'irrecevabilité fondée sur une promesse ou l'enrichissement sans cause

been paid before releasing amounts due under the contract in question to the general contractor. Extensive passages from that judgment are set out as an appendix to these reasons because the fact situation therein is very similar to that which is alleged to exist in this case.\* I am not convinced, after a careful reading of that case, that it answers the plaintiff's claim. The *W. & R.* case did not address the question of whether an action in negligence might exist in the factual circumstances under consideration. While Mr. Justice Addy clearly was seeking to deal exhaustively with possible causes of action which might arise out of the fact situation before him, I could not conclude that, in the absence of a claim in negligence being specifically framed and put to him, that he decided that issue.

Counsel for the defendant argues that the claim in negligence is in any event unfounded. He argues that the fact situation is a classical one of a sub-contractor or supplier not having been paid by the general contractor and that in such cases there is no recourse by the supplier or sub-contractor against the owner of the property (absent a mechanics lien claim). It is argued that the facts as alleged in the statement of claim simply do not establish a close enough relationship between the sub-contractor or supplier (the plaintiff) and the owner of the buildings (the defendant) to found a claim based on the tort of negligence, that there is no case which has established that a proximate enough relationship exists in such a situation to warrant an application of the principles established in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) at page 580. The following decisions were also cited in support of the defendant's position: *Caparo Industries plc v Dickman*, [1990] 1 All ER 568 (H.L.); *Queen v. Cognos Inc.* (1990), 74 O.R. (2d) 176 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted January 17, 1991 [(1991), 74 D.L.R. (4th) vii]; and *Edgeworth Construction Ltd.* v

contre la défenderesse en l'espèce, en invoquant le fait que cette dernière ne s'était pas assurée, contrairement à ce qu'elle faisait d'habitude, que les fournisseurs et les sous-traitants avaient été payés avant d'autoriser le versement à l'entrepreneur général des sommes exigibles aux termes du marché en question. Plusieurs passages de ce jugement sont abondamment cités en annexe aux présents motifs en raison de la grande ressemblance entre les faits de cette affaire et ceux qui sont allégués en l'espèce\*. Cependant, après avoir lu attentivement ce jugement, je ne suis pas convaincue qu'il permette de réfuter les arguments de la demanderesse. Dans l'affaire *W. & R.*, le juge n'a pas statué sur la recevabilité d'une action fondée sur la négligence, eu égard aux faits en l'espèce. Le juge Addy voulait manifestement traiter de façon exhaustive les causes d'action possibles qui pouvaient découler des faits de l'affaire dont il était saisi. Cependant, vu que la demande en l'espèce n'était pas expressément fondée sur la négligence et vu que le juge n'avait pas à se prononcer sur le bien-fondé d'un tel recours, je ne saurais conclure qu'il a tranché cette question.

Selon l'avocat de la défenderesse, la demande fondée sur la négligence est, de toute manière, dénuée de fondement. Selon lui, les faits en l'espèce représentent le cas classique du sous-traitant ou du fournisseur qui n'a pas été payé par l'entrepreneur général. Or, dans un tel cas, selon lui, ni l'un ni l'autre ne possède de recours contre le propriétaire du bien, sous réserve d'une demande fondée sur un privilège de constructeur ou de fournisseur de matériaux, selon le cas. Il plaide que les faits allégués dans la déclaration ne permettent tout simplement pas de conclure qu'il existait un rapport suffisamment immédiat entre le sous-traitant ou le fournisseur (la demanderesse), d'une part, et le propriétaire des immeubles (la défenderesse), d'autre part, au soutien d'une demande fondée sur le délit de négligence. Par ailleurs, prétend-t-il, aucune jurisprudence ne permet de conclure qu'il existe un rapport suffisamment immédiat dans un tel cas pour justifier l'application des principes établis dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), à la page 580. Il a également invoqué les arrêts suivants au soutien de sa thèse: *Caparo Industries*

\* Not reproduced in this report.

\* Ces passages ne sont pas inclus dans le présent recuei.



*N.D. Lea & Associates Ltd.*, [1991] 4 W.W.R. 251 (C.A.).

I would note, first of all, that the present fact situation is not quite the classical one of a sub-contractor (or supplier) attempting to sue a building owner for amounts owed to the sub-contractor (or supplier) by the general contractor. The owner of the buildings in this case is the Crown. A sub-contractor or supplier of materials cannot file a lien against Crown property. Thus, there is a potential argument that the clauses in the respective contract or contracts were specifically designed for the benefit and protection of suppliers and sub-contractors. No argument was made to me that the clauses were included in the contracts to benefit the Crown. No argument was made that they benefited the general contractor. If the clauses were placed in the contracts to benefit suppliers and sub-contractors, when no possibility of a lien being filed exists, then, there is a very good argument that the relationship between the plaintiff and the defendant is very proximate indeed. These considerations are matters to be addressed at trial, not in these proceedings, but they do lead me to conclude that I should not make a determination at this stage, that no cause of action exists because of a lack of a proximate relationship.

With respect to the *Caparo*, *Cognos* and *Edgeworth* cases, I have not been convinced that those decisions assist the defendant in her present application. The *Caparo* decision dealt with financial statements which were misleading and upon which prospective shareholders relied in purchasing shares. The House of Lords, in that case, resiled somewhat from the full implication of its previous decision in *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.) and held that an auditor of a public company's accounts owed no duty of care to a member of the public at large who relied on the accounts to buy shares. The headnote of the case states that [at page 569] "the

*plc v Dickman*, [1990] 1 All ER 568 (H.L.); *Queen v Cognos Inc.* (1990), 74 O.R. (2d) 176 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accordée le 17 janvier 1991 [(1991), 74 D.L.R. (4th) vii]; et *Edgeworth Construction Ltd. v N.D. Lea & Associates Ltd.*, [1991] 4 W.W.R. 251 (C.A.).

Je ferais d'abord remarquer que les faits en l'espèce ne peuvent pas être tout à fait assimilés au cas classique du sous-traitant (ou fournisseur) qui poursuit le propriétaire d'un édifice pour recouvrer les sommes que lui doit l'entrepreneur général. En l'espèce, les édifices appartiennent à l'État. Or, un sous-traitant ou un fournisseur de matériaux ne peut enregistrer de privilège contre des biens de l'État. Par conséquent, on pourrait plaider que les clauses des marchés en cause avaient été spécialement stipulées en faveur des fournisseurs et des sous-traitants en vue de les protéger. Nul n'a plaidé que les clauses des marchés avaient été stipulées en faveur de l'État. Pareillement, nul n'a plaidé qu'elles avaient été stipulées en faveur de l'entrepreneur général. Si les clauses des marchés étaient stipulées en faveur des fournisseurs et des sous-traitants, alors qu'ils ne pouvaient faire enregistrer de privilège, l'on pourrait très bien plaider que le rapport qui unit la défenderesse et la demanderesse est effectivement fort immédiat. Il s'agit là de considérations dont il faudra tenir compte à l'instruction et non pas dans le cadre de la présente instance. Cependant, elles m'amènent à conclure qu'il n'y a pas lieu de se prononcer, à cette étape, sur l'allégation selon laquelle il n'y aurait aucune cause d'action du fait qu'il n'existe aucun rapport immédiat entre les parties.

En ce qui a trait aux arrêts *Caparo*, *Cognos* et *Edgeworth*, je n'ai pas été convaincue qu'ils puissent être d'un secours à la défenderesse au soutien de sa demande en l'espèce. L'arrêt *Caparo* portait sur des états financiers trompeurs sur lesquels des actionnaires éventuels s'étaient fiés avant d'acheter des actions. Dans cet arrêt, la Chambre des lords a tempéré quelque peu la portée de son arrêt précédent dans l'affaire *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.) en statuant que le vérificateur des comptes d'une société ouverte n'avait aucune obligation de diligence envers un membre du grand public qui se fiait sur ces comptes avant d'acheter des actions. Selon le

court could not deduce a relationship of proximity between the auditor and a member of the public when to do so would give rise to unlimited liability on the part of the auditor.” It was said, at pages 573-574:

What emerges is that, in addition to the foreseeability of damage, necessary ingredients in any situation giving rise to a duty of care are that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of ‘proximity’ or ‘neighbourhood’ and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope on the one party for the benefit of the other. But it is implicit in the passages referred to that the concepts of proximity and fairness embodied in these additional ingredients are not susceptible of any such precise definition as would be necessary to give them utility as practical tests, but amount in effect to little more than convenient labels to attach to the features of different specific situations which, on a detailed examination of all the circumstances, the law recognises pragmatically as giving rise to a duty of care of a given scope. Whilst recognising, of course, the importance of the underlying general principles common to the whole field of negligence, I think the law has now moved in the direction of attaching greater significance to the more traditional categorisation of distinct and recognisable situations as guides to the existence, the scope and the limits of the varied duties of care which the law imposes. We must now, I think, recognise the wisdom of the words of Brennan J in the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985) 60 ALR 1 at 43-44, where he said:

“It is preferable in my view, that the law should develop novel categories of negligence incrementally and by analogy with established categories, rather than by a massive extension of a prima facie duty of care restrained only by indefinable ‘considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed’.” [Underlining added.]

The *Cognos* case dealt with an individual who had been persuaded to leave an employment position which he had held for many years and to take one, the express terms of which stated that he could be dismissed on a month’s notice. While the decision is not of direct assistance to the defendant since the *ratio* was that the express contractual term regarding notice could not be overridden by prior collateral representations, reference was made in that decision to both the *Anns* case and the *Caparo* case [at page 182]:

sommaire de cet arrêt [à la page 569], [TRADUCTION] «le tribunal ne pouvait pas en conclure qu’il existe un rapport immédiat entre un vérificateur et un membre du public. En effet, une telle conclusion reviendrait à sanctionner la responsabilité illimitée des vérificateurs». La Cour s’est exprimée en ces termes aux pages 573 et 574:

[TRADUCTION] Outre la prévisibilité du dommage, la jurisprudence exige qu’il y ait, entre la partie débitrice de l’obligation et la partie créancière, un rapport que les tribunaux qualifient d’«immédiat» ou de «direct» pour que naisse l’obligation de diligence. Il doit également s’agir d’une situation où, de l’avis du tribunal, il serait équitable, juste et raisonnable que l’une des parties se voit imposer une obligation juridique d’une certaine portée envers l’autre. Cependant, il ressort également des passages précités que les notions de «caractère immédiat» et d’«équité» qu’expriment ces conditions supplémentaires ne sont pas susceptibles d’être définies avec une précision telle qu’elles pourraient servir de critère pratique. En fait, ces notions servent simplement à qualifier, d’une manière commode, les caractéristiques d’une situation donnée, laquelle pourra donner ouverture, après un examen attentif de l’ensemble des circonstances à la lumière de considérations pratiques, à une obligation de diligence d’une certaine portée. Tout en reconnaissant, bien entendu, l’importance des principes généraux qui sous-tendent toutes les règles juridiques en matière de négligence, j’estime que la nouvelle règle de droit consiste à attacher une plus grande importance aux catégories plus traditionnelles de conditions d’ouverture distinctes et reconnaissables aux fins de déterminer l’existence, la portée, et les limites des diverses obligations de diligence imposées par la jurisprudence. À mon avis, nous devons maintenant reconnaître la sagesse des commentaires suivants du juge Brennan de la High Court d’Australie dans l’arrêt *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985) 60 ALR 1, aux pages 43 et 44:

[TRADUCTION] «À mon sens, il est préférable que les tribunaux élaborent de nouvelles catégories de négligence par analogie aux catégories établies de manière à en augmenter le nombre plutôt que d’élargir considérablement la portée d’une obligation présumée de diligence dont les limites ne seraient établies qu’au moyen d’indéfinissables “facteurs susceptibles de réduire, en tout ou en partie, la portée de l’obligation ou d’exclure certaines personnes qui en seraient les créancières”». [C’est moi qui souligne.]

Dans l’affaire *Cognos*, un particulier avait été persuadé de démissionner d’un emploi qu’il avait occupé depuis plusieurs années pour en prendre un autre. Son nouveau contrat d’emploi prévoyait expressément qu’il pouvait être congédié avec un mois de préavis. Bien que cet arrêt ne soit d’aucun secours direct pour la défenderesse, le motif principal portait que la stipulation contractuelle concernant le préavis ne pouvait être mise en échec par des déclarations accessoires antérieures, il y était tout de même question des arrêts *Anns* et *Caparo* [à la page 182]:

Lord Wilberforce in *Anns v. Merton (London Borough)*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492, 121 Sol. Jo. 377 (H.L.) set out an extended liability for economic loss in the following passage, at p. 498 All E.R.:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter, in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damage to which a breach of it may give rise . . .

The House of Lords in *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, [1990] 2 W.L.R. 358 has recently canvassed the scope of the duty of care which one party may owe to another in these circumstances with particular reference to this statement in *Anns*. As I understand their Lordships, they found the description of the duty as stated in *Anns* to be overly broad. They decided that we should proceed on a case by case basis and determine by analogy with established categories of negligence whether a duty of care is owed. As Lord Bridge of Harwich stated at p. 574 All E.R.:

. . . I think the law has now moved in the direction of attaching greater significance to the more traditional categorisation of distinct and recognisable situations as guides to the existence, the scope and the limits of the varied duties of care which the law imposes.

Lord Bridge emphasized that liability for pure economic loss is more difficult to establish than liability for injury to persons or damage to property. In the former context, liability for negligent misrepresentation is restricted to cases where the economic loss resulted from detrimental reliance upon negligent misstatements to a known recipient for a specific purpose. [Underlining added.]

The *Edgeworth* decision dealt with inaccurate plans and specifications in tender documents. That decision also refers to the *Caparo* decision. The following comments are found at page 256:

In determining whether there is a relationship of sufficient proximity in a particular context where ample precedents have established the existence or non-existence of a duty of care, I think the proper course is to follow the precedents. In cases where there are no sufficient precedents, then I think the best course is to consider the individual circumstances very carefully rather than to apply one of the general theories of the law of negligence which have come and gone over the last few years. In reaching that conclusion I am adopting the view of Mr. Justice Brennan in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.J.R. 1 at 43-44, 59 A.L.J.R. 564 (H.C.), which was endorsed by the Law Lords in *Caparo Industries plc v.*

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Anns v. Merton (London Borough)*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492, 121 Sol. Jo. 377 (H.L.), lord Wilberforce a énoncé dans le passage suivant, à la page 498, une responsabilité accrue à l'égard de la perte économique, à la p. 498 All E.R.:

<sup>a</sup> Il faut d'abord se demander si le rapport qui unissait l'auteur allégué du dommage et la personne qui l'a subi était à ce point immédiat ou direct qu'il aurait été raisonnable pour le premier de prévoir qu'un manque de diligence de sa part causerait vraisemblablement un dommage à l'autre, auquel cas naît la présomption d'une obligation de diligence. Dans <sup>b</sup> l'affirmative, il faut ensuite se demander s'il existe des facteurs susceptibles de réduire, en tout ou en partie, la portée de l'obligation, d'exclure certaines personnes qui en seraient les créancières ou de limiter l'étendue des dommages qui pourraient découler d'un manquement à celle-ci . . .

<sup>c</sup> Dans l'arrêt *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, [1990] 2 W.L.R. 358, la Chambre des lords a récemment analysé la portée de l'obligation de diligence qu'une partie pourrait avoir envers une autre dans de telles circonstances, notamment à la lumière de ce passage de l'arrêt *Anns*. Si j'ai bien compris Leurs Seigneuries, elles ont estimé que cette obligation avait été énoncée en termes trop larges dans l'arrêt *Anns*. Elles ont statué qu'il fallait plutôt considérer <sup>d</sup> chaque affaire comme un cas d'espèce et décider, par analogie aux catégories de négligence établies, s'il existait une obligation de diligence. Comme l'a affirmé lord Bridge of Harwich, à la page 574 All E.R.:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] . . . J'estime que la nouvelle règle de droit consiste à attacher une plus grande importance aux catégories plus traditionnelles de conditions d'ouverture distinctes et reconnaissables aux fins de déterminer l'existence, la portée et les limites des diverses obligations de diligence imposées par la jurisprudence.

<sup>f</sup> Lord Bridge a souligné qu'il est plus difficile d'établir la responsabilité à l'égard d'une perte purement économique qu'il ne l'est d'établir la responsabilité résultant de blessures corporelles ou de dommages matériels. Dans la première hypothèse, la responsabilité qui résulte de fausses représentations négligentes est limitée aux cas où la perte économique a découlé du <sup>g</sup> préjudice causé par le fait d'avoir accordé foi à des fausses déclarations adressées par négligence à une personne connue dans un but particulier. [C'est moi qui souligne.]

L'arrêt *Edgeworth* portait sur des plans et devis erronés compris dans des documents de soumission. Il y est également question de l'arrêt *Caparo*. On peut y lire le passage suivant à la page 256:

[TRADUCTION] Pour déterminer s'il existe un rapport suffisamment immédiat dans un cas particulier où une abondante jurisprudence permet d'établir s'il y a ou non une obligation de diligence, j'estime qu'il convient de suivre cette jurisprudence. Par ailleurs, dans les cas où cette jurisprudence fait défaut, j'estime qu'il vaut mieux analyser très attentivement les faits particuliers de l'espèce plutôt que d'appliquer l'un des principes généraux du droit de la négligence qui a pu avoir cours depuis quelques années. J'en arrive à cette conclusion en me fondant sur l'opinion de M. le juge Brennan dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 ALR 1, aux pages 43 et 44, 59 A.L.J.R. 564 (H.C.), lequel a été entériné par la

*Dickman*. Of course such a consideration involves, in novel fact situations, an element of judgment. I prefer not to call that element of judgment a matter of policy and I prefer not to treat it as grafting a new "just and reasonable" test onto the law of negligence. Indeed, I consider that the House of Lords, which was responsible for the "just and reasonable" addendum, has now retreated from the "just and reasonable" test as an appropriate separate test. See *Caparo Industries plc v. Dickman* and *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 3 W.L.R. 414, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.). In neither of those cases was a "just and reasonable" test applied. The "just and reasonable" test was not adopted by the majority of this Court in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, 45 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 4 W.W.R. 289, 31 C.C.E.L. 67, 2 C.C.L.T. (2d) 161, 70 D.L.R. (4th) 51, but only by two out of five judges.

Instead, I think that the correct approach is to try to think of the particularly significant elements in the whole factual context of the case being considered and to try to draw parallels which are legally and practically meaningful between those elements and similar or comparable elements in cases where a duty of care has been found to exist or in cases where a duty of care has been found not to exist. That approach to the judgment function bears all the hallmarks of traditional legal reasoning. I propose to follow it, despite its defects, because other approaches based on a general theory of liability have proven to be less reliable and more unpredictable. [Underlining added.]

As I understand counsel for the defendant's argument, it is that by analogy to sub-contractor cases when the owner of the building is a private person, there has never been a circumstance in which a duty of care has been found to be owed by the building owner to the sub-contractor or supplier of a general contractor. Thus, it is argued that there are no analogous cases to which the present situation could be compared, in which a duty of care has been found to exist. Accordingly, it is argued that the present fact situation could not come within the "proximity" requirement as described in *Caparo*, *Cognos* and *Edgeworth*.

I draw a different conclusion from the *Caparo*, *Cognos* and *Edgeworth* cases. While it is clear that those cases indicate that some degree of restraint is appropriate in determining the scope of the duty of care in a negligence claim for pure economic loss, consequent on the *Anns* decision, they also indicate that the determination of proximate relationship is one that is closely bound up with the

Chambre des lords dans l'arrêt *Caparo Industries plc v. Dickman*. Bien entendu, lorsqu'un nouveau cas se présente, un tel examen comporte un élément d'appréciation. Je préfère ne pas qualifier cet élément d'appréciation de question de politique et je préfère ne pas le traiter comme s'il s'agissait d'un nouveau critère relatif au caractère «juste et raisonnable» qui serait venu s'ajouter aux règles de droit en matière de négligence. En effet, j'estime que la Chambre des lords, le tribunal qui avait d'abord introduit le critère du caractère «juste et raisonnable», a statué par la suite qu'il ne s'agissait pas d'un critère distinct approprié. Voir les arrêts *Caparo Industries plc v. Dickman* et *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 3 W.L.R. 414, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.), dans lesquels le critère du caractère «juste et raisonnable» n'a pas été appliqué. Ce critère n'a pas non plus été adopté par la majorité de cette Cour dans l'arrêt *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, 45 B.C.L.R. (2d) 1, [1990] 4 W.W.R. 289, 31 C.C.E.L. 67, 2 C.C.L.T. (2d) 161, 70 D.L.R. (4th) 51. En effet, seuls deux juges sur cinq y ont souscrit.

J'estime plutôt que la méthode correcte consiste à tenter d'envisager les éléments particulièrement importants en l'espèce, eu égard à l'ensemble des faits, et à tenter d'établir des parallèles pertinents du point de vue juridique ou pratique entre ces éléments et des éléments semblables ou comparables dans des affaires où l'obligation de diligence a été sanctionnée ou dans celles où elle ne l'a pas été. Cette manière d'exercer la fonction judiciaire comporte toutes les marques distinctives du raisonnement juridique traditionnel. Malgré ses défauts, je compte suivre cette méthode de préférence aux autres méthodes fondées sur une théorie générale de la responsabilité, lesquelles se sont révélées moins fiables et ont donné lieu à des résultats plus imprévisibles. [C'est moi qui souligne.]

Si je comprends bien l'argument de l'avocat de la défenderesse, il plaide, par analogie aux affaires intéressant des sous-traitants où le propriétaire de l'édifice est un particulier, qu'il n'y a jamais eu de circonstances dans lesquelles un tribunal aurait statué que le propriétaire de l'édifice était le débiteur d'une obligation de diligence envers le sous-traitant ou le fournisseur d'un entrepreneur général. Par conséquent, prétend-t-il, il n'existe aucune affaire analogue comparable au cas en l'espèce dans laquelle le tribunal aurait sanctionné une obligation de diligence. En conséquence, il plaide que les faits en l'espèce ne répondent pas à l'exigence relative au caractère «immédiat», énoncée dans les arrêts *Caparo*, *Cognos* et *Edgeworth*.

Je tire une conclusion différente de ces arrêts. Bien qu'ils invitent manifestement les tribunaux à faire preuve de modération lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de l'obligation de diligence dans une action fondée sur la négligence ayant causé une perte purement économique, suite à l'arrêt *Anns*, ils montrent également que l'appréciation du caractère immédiat du rapport est inti-

particular facts of each case. They indicate that an assessment of whether a duty of care (or an analogous category) exists depends heavily upon the specific situation and evidence in a case. For that reason alone it seems to me it would be inappropriate to strike the plaintiff's claim at this stage of the proceedings rather than allowing it to proceed to trial.

In summary, I have not been persuaded that this is the type of case in which the plaintiff's action should be struck out. It is not plain and obvious that the plaintiff's claim is without merit. It is not a situation in which I would conclude that it was beyond doubt that there was no reasonable cause of action.<sup>1</sup>

mement liée aux faits particuliers de chaque cas. Selon cette jurisprudence, l'existence d'une obligation de diligence (ou une obligation analogue) dépend en grande partie des circonstances particulières de l'affaire et de la preuve présentée. Ne serait-ce que pour ce motif, j'estime qu'il serait inopportun de radier la déclaration de la demanderesse à cette étape des procédures plutôt que de permettre qu'elle soit instruite au fond.

<sup>a</sup> En somme, je n'ai pas été persuadée qu'il s'agit, en l'espèce, d'un cas où l'action de la demanderesse devrait être radiée. Il n'est pas clair que l'action de la demanderesse soit dénuée de fondement. Il ne s'agit pas d'un cas où je puisse conclure qu'il n'y avait aucun doute et qu'il n'existait aucune cause raisonnable de demande<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; at pp. 475-476.

<sup>1</sup> *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux p. 475 et 476.

A-98-90

A-98-90

**Ronald Berneche, Brenda Rachelle Berneche and Jennifer Madeleine Berneche and Kert Alexander Berneche by their litigation guardian Ronald Berneche (Plaintiffs) (Appellants)**

v.

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

INDEXED AS: *BERNECHE v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Linden J.J.A.—Ottawa, June 12 and 13, 1991.

*Practice — Preliminary determination of question of law — Trial Judge striking statement of claim under R. 419, but omitting to deal with application under R. 474(1)(a) for determination of question of law — Case law indicating R. 474 to be used only where consensus between parties and Court on need for preliminary determination — Trial Division unduly restricting application of Rule — R. 474(1)(a) requiring application by at least one party: Court not to proceed ex proprio motu — Court must be satisfied (1) facts material to question of law not in dispute; (2) matter to be determined pure question of law; (3) determination conclusive of matter in dispute — Acquiescence of all parties not required — Whether material facts in dispute for judge to decide, based on entire pleadings of party respondent — Issue estoppel may be considered.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from trial judgment striking statement of claim for failure to disclose cause of action — Injury sustained while member of Armed Forces aggravated by medical treatment — Discharged on medical grounds and awarded pension — Trial Judge concluding Pension Act, s. 111 (precluding action against Crown in respect of injury or aggravation thereof resulting in disability where pension awarded in respect of disability) removing right of action — Appeal allowed — Not "beyond doubt" aggravation of injury too tenuously linked to military service.*

*Armed forces — Soldier injured, given medical treatment with tragic results — Crown pleading claim for general, special and exemplary damages barred by Pension Act, s. 111 (no action lies in respect of injury or aggravation where pension awarded) — Soldier having been discharged from Canadian Forces on medical grounds, awarded pension — Appeal from Trial Division order striking statement of claim — Trial Judge erred in failing to deal with R. 474(1)(a) (preliminary determination of question of law) — Not beyond*

**Ronald Berneche, Brenda Rachelle Berneche et Jennifer Madeleine Berneche et Kert Alexander Berneche par leur tuteur à l'instance Ronald Berneche (demandeurs) (appelants)**

c.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse) (intimée)**

RÉPERTORIÉ: *BERNECHE c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Linden, J.C.A.—Ottawa, 12 et 13 juin 1991.

*Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit — Le juge de première instance a radié la déclaration en vertu de la Règle 419, mais il a omis de statuer sur la demande fondée sur la Règle 474(1)a et de donner une décision sur un point de droit — La jurisprudence indique qu'il ne doit y avoir recours à la Règle 474 qu'en présence d'un consensus entre les parties et le tribunal sur la nécessité d'une décision préliminaire — La Section de première instance a indûment restreint l'application de la Règle — La Règle 474(1)a exige qu'il y ait demande d'au moins une des parties: la Cour ne doit pas agir de son propre chef — La Cour doit être convaincue (1) qu'aucun fait essentiel à la question de droit à être tranchée n'est contesté; (2) que ce qui doit être tranché est une pure question de droit; (3) que la décision sera péremptoire aux fins du point en litige — L'accord de toutes les parties n'est pas requis — Il appartient au juge de conclure si les faits essentiels sont contestés, à partir de l'ensemble des plaidoiries de la partie intimée — La fin de non-recevoir indirecte (issue estoppel) peut être prise en considération.*

*Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel contre le jugement de première instance qui radiait la déclaration pour défaut de révéler une cause d'action — La blessure subie par la partie demanderesse alors qu'elle était membre des Forces armées a été aggravée par le traitement médical — Libération pour des motifs d'ordre médical et octroi d'une pension — Le juge de première instance a conclu que l'art. 111 de la Loi sur les pensions (qui écarte les actions contre la Couronne relativement à une blessure ou à son aggravation ayant entraîné une invalidité lorsqu'une pension est accordée relativement à cette invalidité) enlève tout droit d'action — L'appel est accueilli — Il n'est pas «au-delà de tout doute» que l'aggravation de la blessure du militaire a un lien trop éloigné avec son service militaire.*

*Forces armées — Un militaire blessé a subi un traitement médical avec de tragiques résultats — La Couronne soutient que la demande de dommages-intérêts généraux, spéciaux et exemplaires est écartée par l'art. 111 de la Loi sur les pensions (nulle action n'est recevable relativement à une blessure ou à son aggravation dans tous les cas où une pension est accordée) — Après sa libération des Forces armées pour des motifs d'ordre médical, le militaire reçoit une pension — Appel contre le jugement de la Section de première instance qui radiait la déclaration — Le juge de première instance a commis une erreur en ne traitant pas de la Règle 474(1)a*

*doubt aggravation of soldier's injury too tenuously linked to military service.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 341(b), 419(1)(a), 474(1)(a).

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 56.

*Pension Act*, R.S.C. 1970, c. P-7, s. 12(2).

*Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 111.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Sibo Inc. et al. v. Posi-Slope Enterprises Inc.* (1984), 5 C.P.R. (3d) 111 (F.C.T.D.); *Wright (F.L.) v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 218; (1987), 87 DTC 5138; 10 F.T.R. 116 (F.C.T.D.); *I.L.W.U. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 3; (1987), 9 F.T.R. 149 (T.D.).

##### APPLIED:

*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

##### REVERSED:

*Berneche et al. v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 85 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Berneche v. Canada*, A-314-88, Hugessen J.A., judgment dated 26/1/89, F.C.A., not reported; *R. v. Achornor*, [1977] 1 F.C. 641; (1976), 16 N.R. 346 (C.A.); *Mérineau v. R.*, [1982] 2 F.C. 376 (C.A.); revd [1983] 2 S.C.R. 362.

##### REFERRED TO:

*Foodcorp Ltd. v. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 F.C. 821; (1982), 40 N.R. 349 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

Hughes, Roger T. *Federal Court of Canada Service*, vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

#### COUNSEL:

*Dougald E. Brown* for appellants (plaintiffs).

*William J. Miller* for respondent (defendant).

(*décision préliminaire sur un point de droit*) — Il n'est pas au-delà de tout doute que l'aggravation de la blessure du militaire a un lien trop éloigné avec son service militaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

a

*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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).

b

*Loi sur la cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 56.

*Loi sur les pensions*, S.R.C. 1970, chap. P-7, art. 12(2).

*Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), chap. P-6, art. 111.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 341(b), 419(1)(a), 474(1)(a).

c

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS ÉCARTÉES:

*Sibo Inc. et autres c. Posi-Slope Enterprises Inc.* (1984), 5 C.P.R. (3d) 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Wright (F.L.) c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 218; (1987), 87 DTC 5138; 10 F.T.R. 116 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *S.I.D.M. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 3; (1987), 9 F.T.R. 149 (1<sup>re</sup> inst.)

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autres*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

##### DÉCISION INFIRMÉE:

*Berneche et autres c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 85 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Berneche c. Canada*, A-314-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 26-1-89, C.A.F., non publié; *R. c. Achornor*, [1977] 1 C.F. 641; (1976), 16 N.R. 346 (C.A.); *Mérineau c. R.*, [1982] 2 C.F. 376 (C.A.); inf. par [1983] 2 R.C.S. 362.

##### DÉCISION CITÉE:

*Foodcorp Ltd. c. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 C.F. 821; (1982), 40 N.R. 349 (C.A.).

#### DOCTRINE

Hughes, Roger T., *Federal Court of Canada Service*, vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

#### AVOCATS:

*Dougald E. Brown* pour les appelants (demandeurs).

*William J. Miller* pour l'intimée (défendresse).

## SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for appellants (plaintiffs).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (defendant). <sup>a</sup>

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

MAHONEY J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division [(1990), 34 F.T.R. 85] made after the close of pleadings, striking out the plaintiffs' statement of claim and dismissing their action for damages. The statement of claim was filed March 1, 1985, the statement of defence April 17, 1986, and the reply, almost three years later, January 12, 1989. The application sought, alternatively, judgment under Rule 341(b) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], dismissal of the action under Rule 419(1)(a) or determination of a question of law under Rule 474(1)(a). <sup>b</sup>

*Rule 341.* A party may, at any stage of a proceeding, apply for judgment in respect of any matter <sup>c</sup>

(b) in respect of which the only evidence consists of documents and such affidavits as are necessary to prove the execution or identify [identity] of such documents, without waiting for the determination of any other question between the parties. <sup>d</sup>

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that <sup>e</sup>

(a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly. <sup>f</sup>

(2) No evidence shall be admissible on an application under paragraph 1(a).

*Rule 474.* (1) The Court may, upon application, if it deems it expedient to do so, <sup>g</sup>

(a) determine any question of law that may be relevant to the decision of a matter,

and any such determination shall be final and conclusive for the purposes of the action subject to being varied up on appeal. <sup>h</sup>

The statement of claim alleged that, while an enlisted member of the Canadian Armed Forces, <sup>i</sup>

## PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour les appelants (demandeurs).

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée (défenderesse). <sup>a</sup>

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre une ordonnance de la Section de première instance [(1990), 34 F.T.R. 85], rendue après la clôture des plaidoiries, qui radiait la déclaration des parties demanderesse et rejetait leur action en dommages-intérêts. La déclaration avait été déposée le 1<sup>er</sup> mars 1985, la défense le 17 avril 1986 et la réplique, presque trois ans plus tard, le 12 janvier 1989. La demande visait à obtenir soit un jugement conformément à la Règle 341(b) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], soit le rejet de l'action en vertu de la Règle 419(1)(a) ou encore une décision sur un point de droit en vertu de la Règle 474(1)(a). <sup>b</sup>

*Règle 341.* Une partie peut, à tout stade d'une procédure, demander un jugement sur toute question <sup>c</sup>

b) au sujet de laquelle la seule preuve est constituée par des documents et les affidavits qui sont nécessaires pour prouver la signature ou l'authenticité de ces documents, sans attendre le jugement de tout autre point litigieux entre les parties. <sup>d</sup>

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif <sup>e</sup>

a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,

et elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence. <sup>f</sup>

(2) Aucune preuve n'est admissible sur une demande aux termes de l'alinéa (1)(a).

*Règle 474.* (1) La Cour pourra, sur demande, si elle juge opportun de le faire, <sup>g</sup>

a) statuer sur un point de droit qui peut être pertinent pour la décision d'une question,

et une telle décision est finale et péremptoire aux fins de l'action sous réserve de modification en appel. <sup>h</sup>

Il est allégué dans la déclaration que, lorsqu'il était membre inscrit des Forces armées canadien- <sup>i</sup>



the plaintiff Ronald Berneche suffered a broken collarbone in a motorcycle accident. He was treated by medical officers and, on military referral, by private practitioners with tragic results. He claimed general, special and exemplary damages. The other plaintiffs, his wife and children, claimed general damages. The Trial Judge held, and it was not argued otherwise before us, that their claims are entirely derived from his. In the statement of defence it was pleaded, *inter alia*, that the action is barred by section 111 of the *Pension Act*.<sup>1</sup>

111. No action or other proceeding lies against Her Majesty or against any officer, servant or agent of Her Majesty in respect of any injury or disease or aggravation thereof resulting in disability or death in any case where a pension is or may be awarded under this Act or any other Act in respect of the disability or death.

In their reply, the plaintiffs pleaded that Ronald Berneche had been discharged from the Canadian Armed Forces on medical grounds April 17, 1986, and had been awarded a pension pursuant to subsection 12(2) of the *Pension Act* [then R.S.C. 1970, c. P-7]. They pleaded further that the Veterans Appeal Board had held:

that any portion of [his] disability which was the result of medical malpractice or misadventure was not related to [his] military service and therefore not pensionable.

After the reply was filed, in a separate proceeding between Ronald Berneche and the respondent, this Court held that to have been an error.<sup>2</sup> The application to dismiss the action was supported by an affidavit exhibiting, *inter alia*, the reasons for judgment in that section 28 [Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7] application. Another exhibit disclosed that the injury was incurred off duty. The reply also pleaded the invalidity of section 111, at least in the particular circumstances, by reason of inconsistency with subsection 15(1) of the Charter [Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act*,

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-6.

<sup>2</sup> *Berneche v. Canada*, Court file A-314-88, decision rendered January 26, 1989, not reported.

nes, le demandeur, Ronald Berneche, a subi une fracture de la clavicule dans un accident de motocyclette. Le demandeur a été traité par des médecins militaires et, à la demande des Forces armées, par des praticiens de la pratique privée, avec de tragiques résultats. Il a réclamé des dommages-intérêts généraux, spéciaux et punitifs. Les autres parties demanderesse, son épouse et ses enfants, ont réclamé des dommages-intérêts généraux. Le juge de première instance a statué, et l'on n'a pas soutenu le contraire devant nous, que leurs demandes découlaient entièrement de celle du demandeur. Dans la défense on a plaidé, notamment, que l'action était écartée par l'article 111 de la *Loi sur les pensions*.<sup>1</sup>

111. Nulle action ou autre procédure n'est recevable contre Sa Majesté ni contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de Sa Majesté relativement à une blessure ou une maladie ou à son aggravation ayant entraîné une invalidité ou le décès dans tous les cas où une pension est ou peut être accordée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, relativement à cette invalidité ou à ce décès.

Dans leur réplique, les demandeurs ont plaidé que Ronald Berneche a été libéré des Forces armées canadiennes pour des motifs d'ordre médical le 17 avril 1986, et qu'on lui a accordé une pension en application du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les pensions* [S.R.C. 1970, chap. P-7]. Elles ont en outre fait valoir que le Tribunal d'appel des anciens combattants a conclu:

[TRADUCTION] que toute partie de [son] invalidité qui était le résultat de la négligence des médecins ou d'un avatar n'était pas reliée à [son] service militaire et par conséquent ne donnait pas droit à une pension.

Après le dépôt de la réplique, dans une instance distincte entre Ronald Berneche et la partie intimée, cette Cour a conclu que cette conclusion était erronée<sup>2</sup>. La demande de rejet de l'action était étayée par un affidavit citant, notamment, les motifs du jugement rendus dans le cadre de cette demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7]. Une autre pièce révélait que la blessure avait été subie lorsque la victime n'était pas en devoir. La réplique invoquait aussi l'invalidité de l'article 111, tout au moins dans les circonstances particulières de l'espèce, en raison de son manque de conformité avec

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. P-6.

<sup>2</sup> *Berneche c. Canada*, n° de greffe A-314-88, décision rendue le 26 janvier 1989, non publiée.

1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

The learned Trial Judge disposed of the application to dismiss pursuant to Rule 419(1)(a). The plaintiffs say he erred in that Rule 419(2) provides that no evidence is admissible on an application under that Rule. The Trial Judge did not, however, rely on evidence. He concluded, on the basis of the facts alleged in the statement of claim alone and without reference to the reply, that a pension under the *Pension Act* was payable and that, therefore, section 111 deprived the plaintiffs of the right of action.

The learned Trial Judge concluded, correctly in my view, that Rule 341(b) was not appropriate to the circumstances. He appears not to have considered the application of Rule 474(1)(a) at all and counsel were not prepared to address the omission in arguing the appeal.

I infer the failure of the Trial Judge to deal with Rule 474(1)(a) to have been prompted by Trial Division jurisprudence apparently beginning with *Sibo Inc. et al. v. Posi-Slope Enterprises Inc.*,<sup>3</sup> in which the defendant in an action for patent infringement had sought to avail itself of the procedure to determine its entitlement to an exemption from liability, under what is now section 56 of the *Patent Act*,<sup>4</sup> in respect of an infringing article purchased before issue of the patent. The Associate Chief Justice found that what was sought to be subject of the preliminary determination were questions of fact, not law. That was sufficient to support dismissal of the application. He, nevertheless, went on:

... I have difficulty in understanding how this procedure could be valid in the absence of an agreement between the court and the parties: it might be possible where there was disagreement between counsel, although I find it difficult to conceive of such circumstances.

<sup>3</sup> (1984), 5 C.P.R. (3d) 111 (F.C.T.D.), at p. 114.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. P-4.

le paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) a [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

Le juge de première instance a statué sur la demande de rejet conformément à la Règle 419(1)(a). Les demandeurs soutiennent qu'il a commis une erreur en ce sens que la Règle 419(2) prévoit qu'aucune preuve n'est admissible sur une demande fondée sur cette Règle. Le juge de première instance ne s'est toutefois pas fondé sur la preuve. Il a conclu, selon les faits allégués uniquement dans la déclaration et sans se référer à la réplique, qu'il y avait lieu de verser une pension en vertu de la *Loi sur les pensions* et que, par conséquent, l'article 111 privait les demandeurs de leur droit d'action.

Le juge de première instance a conclu, à bon droit me semble-t-il, que la Règle 341(b) n'était pas appropriée aux circonstances. Il semble ne pas avoir du tout considéré l'application de la Règle 474(1)(a) et les avocats n'étaient pas disposés à soulever cette omission en plaçant l'appel.

J'en déduis que le défaut par le juge de première instance de traiter de la Règle 474(1)(a) est imputable à la jurisprudence établie par la Section de première instance, apparemment à partir de l'arrêt *Sibo Inc. et autres c. Posi-Slope Enterprises Inc.*,<sup>3</sup> dans lequel la partie défenderesse dans une action en violation de brevet avait tenté de profiter de l'action pour faire déterminer son droit d'être exempté de responsabilité, en vertu de ce qui est aujourd'hui l'article 56 de la *Loi sur les brevets*,<sup>4</sup> à l'égard d'un article qui violait un brevet et qui avait été acheté avant la délivrance du brevet. Le juge en chef adjoint a conclu que c'était des questions de fait et non de droit que l'on entendait faire l'objet de la décision préliminaire. Cela suffisait à justifier le rejet de la demande. Il a toutefois ajouté:

... j'ai peine à imaginer comment cette procédure peut être utile en l'absence d'entente entre la Cour et les parties; c'est possible à la rigueur, lorsqu'il y a mésentente entre les avocats, quoiqu'il me soit difficile d'imaginer les circonstances.

<sup>3</sup> (1984), 5 C.P.R. (3d) 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 114.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), chap. P-4.

The present Trial Judge expressed his understanding of that *dictum* in *Wright (F.L.) v. The Queen*,<sup>5</sup> an income tax appeal, in the following terms:

The procedure is only appropriate where there is consensus between the parties and the Court on the need for preliminary determination. [Emphasis added.]

The editors of the *Federal Court of Canada Service* cite another decision of the Associate Chief Justice<sup>6</sup> for the proposition that [at page 6982]

Rule 474 may only be used where the parties are agreed as to the factual and legal basis for such application.

With respect, the Trial Division has unduly restricted application of the Rule.

What Rule 474(1)(a) requires is that there be application for the preliminary determination by at least one of the parties: the Court cannot proceed *ex proprio motu*.<sup>7</sup> It then requires that the Court be satisfied (1) that there is no dispute as to any fact material to the question of law to be determined; (2) that what is to be determined is a pure question of law, and (3) that its determination will be conclusive of a matter in dispute so as to eliminate the necessity of a trial or, at least, shorten or expedite the trial.

The last requirement was stated by Jackett C.J., in the following terms in *R. v. Achorner*:<sup>8</sup>

The duty of the Trial Division . . . was to form a discretionary opinion as to whether it is "expedient", from the point of view of the most efficient carrying on of the action, to have the . . . question dealt with before other steps are taken in the action.

While the first requirement is often stated in terms of an agreement or admission of facts because that is the context in which the application is being considered, what is required is that the facts material to the question of law not be in dispute. That does not require the acquiescence of all parties. It is a conclusion for the judge to draw and I see no reason whatever why that conclusion cannot be

<sup>5</sup> [1987] 1 C.T.C. 218 (F.C.T.D.), at p. 218.

<sup>6</sup> *I.L.W.U. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 3 (T.D.).

<sup>7</sup> *Foodcorp Ltd. v. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 F.C. 821 (C.A.).

<sup>8</sup> [1977] 1 F.C. 641 (C.A.), at p. 646.

Le présent juge de première instance a exprimé comme suit son interprétation de ces remarques incidentes dans l'arrêt *Wright (F.L.) c. La Reine*<sup>5</sup>, un appel en matière d'impôt sur le revenu:

a La procédure n'est appropriée que s'il existe un consensus entre les parties et la Cour sur la nécessité d'une décision préliminaire. [C'est moi qui souligne.]

Les arrêstistes du *Federal Court of Canada Service* citent [à la page 6982] une autre décision du juge en chef adjoint<sup>6</sup> à l'appui de la proposition selon laquelle

[TRADUCTION] La Règle 474 ne peut être invoquée que lorsque les parties s'entendent sur le fondement factuel ou légal d'une telle demande.

c En toute déférence, la Section de première instance a indûment restreint l'application de la Règle.

d Ce qu'exige la Règle 474(1)a), c'est qu'au moins l'une des parties sollicite une décision préliminaire: la Cour ne peut agir de son propre chef<sup>7</sup>. La Règle exige ensuite qu'il soit démontré de façon jugée satisfaisante par la Cour (1) qu'aucun fait essentiel à la question de droit à être tranchée n'est contesté; (2) que ce qui doit être tranché est une pure question de droit; et (3) que la décision sera péremptoire aux fins d'un point en litige de façon à éliminer la nécessité d'un procès, ou tout au moins, à l'abréger ou le rendre plus rapide.

La dernière exigence a été exposée par le juge en chef Jackett, dans les termes suivants, dans l'arrêt *R. c. Achorner*<sup>8</sup>:

b À mon sens, il incombait à la Division de première instance . . . de juger si pour rendre la poursuite de l'action plus efficace, il était ou non «opportun» de statuer sur la [question] avant de passer aux autres phases de l'action.

h Bien que la première exigence vise souvent une entente ou une reconnaissance des faits parce que c'est là le contexte dans lequel est étudiée la demande, ce que l'on requiert, c'est que les faits essentiels à la question de droit ne soient pas contestés. Cela n'exige pas l'accord de toutes les parties. C'est une conclusion que le juge doit tirer, et je ne vois aucune raison pour laquelle cette

<sup>5</sup> [1987] 1 C.T.C. 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 218.

<sup>6</sup> *S.I.D.M. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>7</sup> *Foodcorp Ltd. c. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 C.F. 821 (C.A.).

<sup>8</sup> [1977] 1 C.F. 641 (C.A.), à la p. 646.

drawn from the entire pleadings of the party respondent to the application on the assumption that what has been pleaded is true. Nor do I see any reason why an issue estoppel cannot be taken into account in determining whether facts are in dispute.

In *Mérineau v. R.*,<sup>9</sup> Pratte J.A., in his dissenting reasons, described the circumstances of the disability in issue [at pages 376-377]:

That disability is the result of the negligence of an employee of a military hospital in which the appellant was treated. It cannot in any way be connected with any activity by the appellant in his capacity as a serviceman. The only connection between the disability and the appellant's military service derives from the fact that it was caused by a negligent act committed in a hospital where the plaintiff was entitled to free treatment because he was a serviceman, and also from the fact that he was hospitalized in this institution at the suggestion of a military physician. There is certainly a link between the damage for which the appellant is claiming compensation and his status as a serviceman, but I think that link is too tenuous for one to say that the damage is directly connected to his military service.

The Supreme Court of Canada adopted that last sentence in allowing the appeal and entering judgment for the former serviceman.

The Charter argument aside, it is not "beyond doubt"<sup>10</sup> that the aggravation of Ronald Berneche's injury is likewise too tenuously linked to his military service. In my opinion the learned Trial Judge erred in striking out the statement of claim and dismissing the action pursuant to Rule 419(1)(a). I would allow the appeal with costs here and in the Trial Division.

STONE J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

conclusion ne pourrait être tirée à partir de l'ensemble des plaidoiries de la partie intimée à la demande en présumant que ce qui a été plaidé est exact. Je ne vois pas non plus pourquoi une fin de non-recevoir indirecte (*issue estoppel*) ne peut être prise en considération lorsque l'on détermine si les faits sont contestés.

Dans l'arrêt *Mérineau c. R.*,<sup>9</sup> le juge Pratte, de la Cour d'appel, a décrit dans ses motifs dissidents les circonstances de l'invalidité contestée [aux pages 376 et 377]:

Cette invalidité est le résultat de la négligence d'un préposé d'un hôpital militaire où l'appelant était traité. Elle ne peut être rattachée en aucune façon à une activité de l'appelant en sa qualité de militaire. Le seul lien qui existe entre cette invalidité et le service militaire de l'appelant vient du fait qu'elle a été causée par une faute commise dans un hôpital où le demandeur avait le privilège de se faire traiter gratuitement parce qu'il était militaire et, aussi, du fait qu'il avait été hospitalisé dans cette institution à la suggestion d'un médecin militaire. Il y a certainement un lien entre le dommage dont l'appelant demande réparation et son statut de militaire, mais ce lien me paraît trop éloigné pour que l'on puisse dire que le dommage se rattache directement à son service militaire.

La Cour suprême du Canada a fait sienne la dernière phrase lorsqu'elle a accueilli le pourvoi et inscrit jugement en faveur de l'ex-militaire.

Mis à part l'argument fondé sur la Charte, il n'est pas «au-delà de tout doute»<sup>10</sup> que l'aggravation de la blessure de Ronald Berneche a elle aussi un lien trop éloigné avec son service militaire. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en radiant la déclaration et en rejetant l'action conformément à la Règle 419(1)a). J'accueillerais l'appel avec dépens devant cette Cour et devant la Section de première instance.

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

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

<sup>9</sup> [1982] 2 F.C. 376 (C.A.); revd [1983] 2 S.C.R. 362.

<sup>10</sup> *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740.

<sup>9</sup> [1982] 2 C.F. 376 (C.A.); inf. par [1983] 2 R.C.S. 362.

<sup>10</sup> *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autres*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740.

	A-256-90		A-256-90
<b>Stephan Valentin</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Stephan Valentin</b> ( <i>appelant</i> )	
v.		c.	
<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )	<sup>a</sup>	<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )	
	A-266-90		A-266-90
<b>Michal Modory</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Michal Modory</b> ( <i>appelant</i> )	
v.		c.	
<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )	
	A-267-90	<sup>e</sup>	A-267-90
<b>Ivana Vanikova</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Ivana Vanikova</b> ( <i>appelante</i> )	
v.		c.	
<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )	<sup>d</sup>	<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )	
	A-277-90		A-277-90
<b>Dana Valentinova</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Dana Valentinova</b> ( <i>appelante</i> )	
v.		<sup>e</sup> c.	
<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )	
	A-301-90	<sup>f</sup>	A-301-90
<b>Ladislav Skorvanek</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Ladislav Skorvanek</b> ( <i>appelant</i> )	
v.		c.	
<b>Minister of Employment and Immigration</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> ( <i>intimé</i> )	
		<sup>g</sup>	
<i>INDEXED AS: VALENTIN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: VALENTIN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)</i>	
Court of Appeal, Pratte, Marceau and Desjardins J.J.A.—Montréal, May 29; Ottawa, June 21, 1991.		<sup>h</sup> Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 29 mai; Ottawa, 21 juin 1991.	
<i>Immigration — Refugee status — Appeals from Immigration and Refugee Board's decisions denying refugee status — Whether fact claimant subject to criminal sanctions for leaving country of origin without authorization or remaining abroad longer than allowed by exit visa important consideration in determining refugee claim — Common problem not previously considered by Court — Claimants fearing severe punishment under Czech Criminal Code, s. 109 if forced to return home — Granting refugee status to anyone facing criminal sanctions illogical and without rational basis — Neither international Convention nor Act protecting people not persecuted to date and themselves creating cause to fear persecution by violating criminal law of general application — Czech Criminal Code</i>		<i>Immigration — Statut de réfugié — Appels formés contre les décisions par lesquelles la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté les demandes de statut de réfugié — Le fait qu'un demandeur fait face à des sanctions pénales pour avoir quitté son pays d'origine sans autorisation ou pour être resté à l'étranger plus longtemps que son visa de sortie ne le lui permettait a-t-il de l'importance quant à la reconnaissance du statut de réfugié? — Il s'agit d'un problème courant que la Cour n'a pas auparavant eu l'occasion d'examiner — Les demandeurs craignent de faire l'objet de sanctions sévères prévues à l'art. 109 du Code pénal tchèque s'ils étaient forcés de rentrer dans leur pays — Accorder le statut de réfugié à quiconque fait face à des sanctions pénales est peu logique et</i>	

having determining effect on granting of refugee status only in appropriate context — No possible connection between claimants' fear of criminal sanction and difficulties experienced in past — Board justified in concluding fear of legal sanctions not constituting well-founded fear of persecution.

sans fondement rationnel — Ni la Convention internationale ni la Loi ne protègent ceux qui, sans avoir fait jusque-là l'objet d'une persécution, se fabriqueraient eux-mêmes une cause de crainte de persécution en violant une loi pénale d'application générale — Ce n'est que dans un contexte approprié que le code pénal tchèque peut avoir une portée déterminante sur la reconnaissance du statut de réfugié — Il est impossible de rattacher la crainte de sanction pénale des demandeurs aux difficultés qu'ils avaient connues dans le passé — La Commission a eu raison de conclure que la crainte de sanctions légales ne constitue pas une crainte de persécution bien fondée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Czech Criminal Code*, s. 109.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1), 82.3(1) (as enacted *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 19).

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Code pénal tchèque*, art. 109.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2(1), 82.3(1) (édicte, *idem* (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION CITÉE:

*Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.).

#### AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.  
Hathaway, James C., *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.  
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September, 1979.

#### DOCTRINE

Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.  
Hathaway, James C., *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.  
Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, septembre 1979.

#### COUNSEL:

*Jean-François Bertrand* for appellants.  
*Louise Marie Courtemanche* and *Joanne Granger* for respondent.

#### AVOCATS:

*Jean-François Bertrand* pour les appelants.  
*Louise Marie Courtemanche* et *Joanne Granger* pour l'intimé.

#### SOLICITORS:

*Jodoin, Bertrand, Lecouffe*, Montréal, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### PROCUREURS:

*Jodoin, Bertrand, Lecouffe*, Montréal, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

MARCEAU J.A.: These five appeals under subsection 82.3(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted *idem* (4th Supp.), c. 28, s.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Ces cinq appels, interjetés en vertu du paragraphe 82.3(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2

19)], from five decisions of the Immigration and Refugee Board, were joined for hearing at the request of counsel for the appellants and with the consent of counsel for the respondent. The cases involve analogous facts and raise essentially the same problem, a well-known problem which, we were told, arises directly in several other cases which are awaiting hearing, but which this Court, for some reason, has not yet had the opportunity to consider. Generally stated, the problem is the importance, in determining whether to grant refugee status, of the fact that the claimant may face criminal sanctions in his or her country for leaving the territory without authorization or for remaining abroad longer than his or her exit visa allowed.

As I noted above, the five appellants are all in about the same situation (in fact, they are two couples living as husband and wife, and a traveling companion). They are Czechoslovak citizens who, while on the way to Cuba on an authorized trip, left their plane when it stopped in Canada and made a claim with the authorities for political refuge. In support of their claim to refugee status before the Immigration and Refugee Board, the appellants attempted to describe the trouble they had experienced in their country, at school, at work and in the army, primarily because they were of the Catholic religion and also, for at least one of them, because he did not want to belong formally to the Communist Party, as it had been suggested he do. Their counsel, on their behalf, then submitted that apart from the deplorable treatment to which they had been subjected, and which might continue, there was also today their fear of severe punishment if they had to return to their country, under section 109 of the Czech Criminal Code. The substance of this section was attested to by a letter from the President of the Czechoslovak Association of Canada dated February 23, 1989, stating:

I, the undersigned, Dr Victor G Zicha, testify that Paragraph No. 109 of the Official Criminal Code of the Czechoslovak Socialist Republic (Sbirka Zakonu Ceskoslovenske Socialisticke Republiky), published December 8, 1961, states in Article 1:

(édicte, idem (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19)] à l'encontre de cinq décisions de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ont été joints pour audition à la demande du procureur des appelants et avec le consentement du procureur de l'intimé. Ils présentaient en effet des faits analogues et soulevaient essentiellement le même problème, un problème bien connu qui, nous a-t-on dit, se pose directement dans plusieurs autres dossiers placés en attente, mais que cette Cour, pour quelque raison, n'a pas encore eu l'occasion de considérer. Formulé de façon générale, le problème est celui de savoir quelle importance peut avoir pour la reconnaissance d'un statut de réfugié le fait que le réclamant fait face, dans son pays, à des sanctions pénales pour avoir quitté le territoire sans autorisation ou pour être resté à l'étranger plus longtemps que son visa de sortie ne le lui permettait.

Les cinq appelants sont, comme je viens de dire, tous dans à peu près la même situation (il s'agit en fait de deux couples vivant comme mari et femme et d'un compagnon de voyage). Ce sont des citoyens tchécoslovaques qui, au cours d'un voyage autorisé à destination de Cuba, avaient, à l'occasion d'une escale au Canada, quitté leur avion et réclamé auprès des autorités le refuge politique. Pour appuyer leur revendication au statut de réfugié devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, les appelants s'employèrent à faire part d'ennuis qu'ils avaient subis dans leur pays, à l'école, au travail, à l'armée, principalement parce qu'ils étaient de religion catholique et aussi, pour l'un d'eux au moins, parce qu'il n'avait pas voulu adhérer formellement, comme on le lui avait suggéré, au parti communiste. Puis, par l'intermédiaire de leur procureur, ils firent valoir qu'au-delà du traitement déplorable dont ils avaient été l'objet et qui pourrait se poursuivre s'ajoutait pour eux aujourd'hui la crainte de sanctions sévères, s'ils devaient retourner dans leur pays, aux termes de l'article 109 du Code pénal tchèque, article dont ils avaient fait attester la teneur par une lettre du président de l'Association tchécoslovaque du Canada datée du 23 février 1989, qui s'exprimait comme suit:

[TRADUCTION] Je, soussigné, Dr. Victor G. Zicha, certifie que le paragraphe 109 du Code pénal officiel de la République socialiste tchécoslovaque (Sbirka Zakonu Ceskoslovenske Socialisticke Republiky), promulgué le 8 décembre 1961, énonce à l'article 1:

- (i) Whoever, without official approval, shall leave the territory of the republic, will be punished by removal of personal freedom for six months and up to five years or corrective measure.
- (ii) Likewise, will be punished any Czechoslovak citizen, who without official approval, stays abroad.
- (iii) Whoever helps (aids) any person or group of persons to leave the territory of the Czechoslovak Socialist Republic, without official approval, will be punished by removing his/her personal freedom for three up to ten years.

The Board members were not convinced. They found that the claims were not valid. In their opinion, in none of the five cases were the past troubles described by the claimants sufficiently serious to give them a reasonable basis for fear of persecution on account of their religion or political opinions, and the existence of section 109 of the Czech Criminal Code did not change this finding. Their reasoning is repeated in each of the five decisions, with the necessary adaptations. The following few passages from the decision chosen by counsel for demonstration purposes illustrate the basic points (A-301-90) (page 8 of the decision):

[TRANSLATION] Because of the foregoing, we are of the opinion that the claimant has not discharged the burden of proof and that he has not established that at the time he arrived in Canada he had a reasonable fear of persecution which would justify his request to the Government of Canada for protection.

Counsel for the claimant filed as Exhibit 3 two judgments, one of the District Court of Law in Cheb (Czechoslovakia), dated December 13, 1985, and the other of the City Court of Law in Brno (Czechoslovakia), dated September 1, 1989, based on the provisions of section 109, paragraph 1, of the Czechoslovak Criminal Code, sentencing the accused to 20 and 30 months imprisonment, respectively, for not returning to the country within the time prescribed by the exit visas that had been issued to them.

We know nothing about the backgrounds of these two people or the reasons why they fled their country, or the reasons underlying these judgments. It is therefore not possible for us to draw any connection between these cases and the claimant's case.

Given that in the case before us we have found in the evidence presented to us no valid reason for Mr Skorvanek to fear persecution by reason of his religion or political opinion, it would not be reasonable to grant refugee status to the claimant for the one and only reason that he violated a law in his country by fleeing, since the evidence has further not disclosed the existence of other factors which might make him a Convention refugee.

For these reasons, the Board finds that the claimant is not a "Convention refugee" under subsection 2(1) of the *Immigration Act*.

(i) Quiconque, sans autorisation officielle, quitte le territoire de la république, est passible d'une peine d'emprisonnement variant de six mois à cinq ans ou de mesures correctives.

(ii) Il en est de même de tout citoyen tchécoslovaque qui demeure à l'étranger sans autorisation officielle.

(iii) Quiconque aide une personne ou un groupe de personnes à quitter le territoire de la République socialiste tchécoslovaque, sans autorisation officielle, est passible d'une peine d'emprisonnement variant de trois à dix ans.

Les membres du tribunal ne furent pas convaincus. Les revendications, d'après eux, n'étaient pas recevables. Dans aucun des cinq cas, à leur avis, les ennuis du passé dont avaient fait état les revendicateurs étaient suffisamment sérieux pour susciter chez eux un motif raisonnable de crainte de persécution en raison de leur religion ou de leurs opinions politiques, et la présence de l'article 109 du Code pénal tchèque ne permettait pas de changer cette conclusion. Leur raisonnement est repris dans chacune des cinq décisions avec les adaptations requises, et pour en montrer les points de base voici quelques passages de la décision choisie par les procureurs pour fin de présentation (A-301-90) (page 8 de la décision):

En raison de tout ce qui précède, nous sommes d'avis que le demandeur ne s'est pas déchargé du fardeau de la preuve et qu'il n'a pas établi avoir eu, au moment de son arrivée au Canada, une crainte raisonnable de persécution qui justifierait sa demande de protection auprès du gouvernement canadien.

L'avocate du demandeur a produit, comme pièce 3, deux jugements, l'un du District Court of Law in Cheb (Tchécoslovaquie), daté du 13 décembre 1985 et l'autre du City Court of Law in Brno (Tchécoslovaquie), daté du 1<sup>er</sup> septembre 1989 fondés sur les dispositions de l'article 109, paragraphe 1, du Code criminel tchécoslovaque, condamnant les accusés à 20 et à 30 mois d'emprisonnement respectivement pour n'être pas rentrés au pays dans le délai prescrit par les visas de sortie qui leur avaient été émis.

Nous ne savons rien des antécédents de ces deux personnes ni des motifs qui les ont poussés à fuir leur pays, ni des motifs sur lesquels ces jugements ont été fondés. Il ne nous est donc pas possible de faire quelque lien entre ces cas et celui du demandeur.

Étant donné que dans le cas qui nous occupe, nous n'avons pu déceler dans la preuve qui a été faite devant nous, aucun motif valable de crainte de persécution en raison de la religion ou des opinions politiques de monsieur Skorvanek, il ne serait pas raisonnable d'accorder le statut de réfugié au demandeur pour la seule et unique raison qu'il a enfreint une loi de son pays en le fuyant, puisque la preuve ne révèle pas par ailleurs l'existence d'autres éléments pouvant en faire un réfugié au sens de la Convention.

Pour ces motifs la Commission décide que le demandeur n'est pas un «réfugié au sens de la Convention» selon le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*.



Counsel for the appellants tried first to attack the decisions of the Board in terms of its assessment of the evidence and its interpretation of the facts, independently of the conclusions to be drawn from the existence of section 109 of the Czech Criminal Code. He was unsuccessful. The Court's reluctance to agree that the Board might have taken too narrow a view of the concept of persecution involved in the refugee definition, or might have wrongly minimized the extent of the trouble and difficulties to which the claimants asserted they had been subjected over the years because of their family and their religion or their refusal to belong formally to Communist organizations, was very soon expressed.

Counsel then challenged the Board's rejection of the argument based on the existence of section 109 of the Czech Criminal Code and the fear of imprisonment that this section aroused in the claimants. Citing passages from the publications by Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, and Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, counsel recalled that there was one school of thought, and even some judgments from the Federal Republic of Germany, which were prepared to admit that the mere fear of punishment under a provision such as section 109 of the Czech Criminal Code could amount to a well-founded fear of persecution and provide valid grounds for a refugee claim. We know that some supporters of this theory argue a sort of presumption that the authorities of the national State will automatically and inevitably interpret the decision of their fellow-citizen to leave the country without authorization, or to remain abroad beyond the time provided, as evidence of political opposition. Counsel acknowledged that this is an extreme position, which the vast majority of commentators rejected, and did not urge its acceptance *per se*. However, he suggested that when the fear of criminal sanction did not exist in isolation, but arose in a context of difficulties such as his clients had experienced, there were grounds for a *prima facie* finding of a well-founded fear of persecution.

When asked for comments on the argument of counsel for the appellant on the sole issue of the existence of section 109 of the Czech Criminal

Le procureur des appelants chercha d'abord à s'en prendre aux décisions du tribunal au niveau de son évaluation de la preuve et de son interprétation des faits, indépendamment des conséquences à tirer de la présence de l'article 109 du Code pénal tchèque. Il n'eut pas de succès. La Cour montra très tôt sa réticence à admettre que le tribunal avait pu démontrer une vue trop étriquée de la notion de persécution impliquée dans le concept de réfugié ou qu'il avait pu faussement minimiser la portée des ennuis et des difficultés que les revendiquants avaient dit avoir subis, au fil des ans, à cause de leur appartenance familiale et religieuse ou de leur refus d'adhérer formellement aux groupements communistes.

Le procureur contesta alors le rejet par le tribunal de l'argument tiré de la présence de l'article 109 du Code pénal tchèque et de la crainte d'emprisonnement qu'il faisait naître chez les revendiquants. Citant des passages des ouvrages de Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, et de Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, le procureur rappela qu'une certaine école de pensée et même quelques jugements venant de la République fédérale d'Allemagne s'étaient montrés prêts à admettre que la seule crainte de sanction en vertu d'une disposition comme celle de l'article 109 du Code pénal tchèque pouvait équivaloir à une crainte bien fondée de persécution et appuyer valablement une revendication de statut de réfugié. On sait que les quelques tenants de cette thèse invoquent une sorte de présomption que les autorités de l'État national interpréteront automatiquement et inévitablement comme un témoignage d'opposition politique la décision de leur concitoyen de sortir du pays sans autorisation ou de rester à l'étranger au-delà du temps prévu. Le procureur reconnut que c'était là une position extrême que la grande majorité des commentateurs rejetait et n'insista pas pour la défendre telle quelle. Mais il suggéra que dès que la crainte de sanction pénale n'existait pas de façon isolée mais se présentait dans un contexte de difficultés comme celles qu'avaient connues ses clients, il y avait là lieu de conclure d'emblée à une crainte bien fondée de persécution.

Appelé à commenter l'argumentation du procureur de l'appellant sur la seule question de la présence de l'article 109 du Code pénal tchèque, le

Code, counsel for the respondent essentially submitted: first, the text of section 109 was somewhat equivocal and the possible punishment it provided extended from simple corrective measures to imprisonment for five years; second, there was nothing to justify assuming that motives of political opposition would be attributed to the appellants' action when their conduct was judged under section 109, and there was nothing in the case to indicate what factors would determine the punishment which might be imposed on them; third, section 109 is a law of general application which exhibits no discriminatory aspect in itself, and in its implementation, at least in so far as the documentary evidence in the record was concerned; fourth, according to the documentary evidence in the record, it would seem that a person found guilty of the offence defined in paragraph 2 of the section, staying abroad longer than authorized, may at any time, during a five-year period, regularize his or her status by obtaining an extension of his or her foreign residence permit.

It does not seem to me that the solution to the problem raised requires that we consider all the arguments put forward by counsel for the parties, the most important of which I have reviewed. The peculiarities of the Czech legislation, particularly, do not seem to me to be really relevant. The problem appears to me to be the same for all cases where the legislation of a State provides severe punishment for those of its nationals who leave the territory in an irregular manner or remain abroad beyond the time authorized.

I will say, first, that while in humanitarian terms I am very much inclined to sympathize with the idea of granting refugee status to everyone who faces criminal sanctions such as those imposed by section 109 of the Czech Criminal Code, in practical and legal terms the idea seems to me to be illogical and without any rational basis. Neither the international Convention nor our Act, which is based on it, as I understand it, had in mind the protection of people who, having been subjected to no persecution to date, themselves created a cause to fear persecution by freely, of their own accord and with no reason, making themselves liable to

procureur de l'intimé fit valoir principalement: premièrement, que le texte de l'article 109 était quelque peu équivoque et que les sanctions possibles qu'il prévoyait s'étendaient depuis la simple prise de mesures correctives jusqu'à l'emprisonnement pour cinq ans; deuxièmement, que rien ne permettait de supposer que des motifs d'opposition politique seraient attribués au geste des appelants au moment de juger de leur comportement sous l'égide de cet article 109 et que rien au dossier ne permettait de savoir à partir de quels éléments serait déterminée la sanction qui pourrait leur être imposée; troisièmement, que cet article 109 constitue une loi d'application générale qui en elle-même et dans sa mise en œuvre ne présente, du moins en autant que la preuve documentaire versée au dossier était concernée, aucun aspect discriminatoire; quatrièmement, qu'en vertu de cette preuve documentaire versée au dossier, il semblerait que celui qui s'est rendu coupable de l'infraction définie au paragraphe 2 de l'article, celle d'être resté à l'étranger plus longtemps qu'autorisé, peut toujours, pendant cinq ans, régulariser sa situation en obtenant une prolongation de son permis de séjour à l'étranger.

Il ne me semble pas que la solution du problème soulevé exige la prise en considération de tous les éléments que les procureurs des parties ont apportés au débat et dont je viens de passer en revue les principaux. Les particularités de la disposition tchèque notamment ne m'apparaissent pas vraiment pertinentes. Le problème me paraît le même pour tous les cas où la législation d'un État prévoit des peines sévères pour ceux de ses nationaux qui quittent le territoire de manière irrégulière ou restent à l'étranger au-delà du temps autorisé.

Je dirai d'abord que si, sur le plan humanitaire, je suis fort bien disposé à sympathiser avec l'idée d'attribuer le statut de réfugié à tous ceux qui font face à des sanctions pénales comme celles imposées par l'article 109 du Code pénal tchèque, sur le plan pratique et légal c'est une idée qui m'apparaît peu logique et sans fondement rationnel. Ni la convention internationale, ni la loi qu'elle a suscitée chez nous, à ce que j'en comprends, n'ont eu en vue d'assurer protection à ceux qui, sans avoir été sujet de persécution jusque là, se fabriqueraient eux-mêmes une cause de crainte de persécution en se rendant librement, de leur propre chef et sans

punishment for violating a criminal law of general application. I would add, with due respect for the very widely held contrary opinion, that the idea does not appear to me even to be supported by the fact that the transgression was motivated by some dissatisfaction of a political nature (on this point, see, *inter alia*, Goodwin-Gill, *op. cit.*, pages 32 *et seq.*; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, pages 40 *et seq.*), because it seems to me, first, that an isolated sentence can only in very exceptional cases satisfy the element of repetition and relentlessness found at the heart of persecution (cf. *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.)), but particularly because the direct relationship that is required between the sentence incurred and imposed and the offender's political opinion does not exist.

In my opinion, a provision such as section 109 of the Czech Criminal Code can have a determining effect on the granting of refugee status only in an appropriate context. This will occur in cases where the provision, either in itself or in the manner in which it is applied, is likely to add to the series of discriminatory measures to which a claimant has been subjected for a reason provided in the Convention, so that persecution may be found in the general way in which he is treated by his country.<sup>1</sup> I noted earlier that counsel for the appellants had in effect attempted to connect his clients' fear of criminal sanction to the difficulties they had experienced in the past. The problem is that such a connection is not possible here, since there is no reason to believe that the claimants' membership in the Catholic religion, a major cause of the difficulties they had experienced, or even their disagreement with the government, if we assume that this had some unfortunate consequence for them in the past, could have any influence at all on the manner in which section 109 would be applied to them.

<sup>1</sup> This is an application of the principle of the cumulative effect referred to in paragraphs 54 and 55 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (Geneva, September 1979).

raison, passibles de sanctions pour transgression d'une loi pénale d'ordre général. Et j'ajoute, avec égards pour l'opinion contraire très répandue, que l'idée ne m'apparaît même pas valorisée par le fait que la transgression aurait été motivée par quelque insatisfaction d'ordre politique (voir en ce sens, notamment, Goodwin-Gill, *op. cit.* pages 32 *et s.*; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, pages 40 *et s.*), car il me semble d'abord qu'une sentence isolée ne peut permettre que fort exceptionnellement de satisfaire à l'élément répétition et acharnement qui se trouve au cœur de la notion de persécution (cf. *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.)), mais surtout parce qu'entre la peine encourue et imposée et l'opinion politique du transgresseur il n'y a pas le lien direct requis.

d

Ce n'est que dans le cadre d'un contexte approprié, à mon sens, qu'une disposition comme celle de l'article 109 du Code pénal tchèque peut avoir une portée déterminante sur une reconnaissance de statut de réfugié. Il en sera ainsi dans les cas où la disposition, en elle-même ou dans son application, est susceptible d'ajouter à la série de mesures discriminatoires dont a été victime un revendicateur pour une cause prévue à la Convention de façon à permettre de voir de la persécution dans le traitement général que son pays lui réserve<sup>1</sup>. J'ai mentionné précédemment que le procureur des appelants avait effectivement tenté de rattacher la crainte de sanction pénale de ses clients aux difficultés qu'ils avaient connues dans le passé. Le problème est qu'un tel rattachement n'est pas ici possible, rien ne permettant de penser que l'appartenance des revendicateurs à la religion catholique, cause majeure des difficultés qu'ils avaient connues, ou même leur désaccord avec le régime, à supposer qu'il ait eu pour eux dans le passé quelque conséquence malheureuse, put avoir une influence quelconque sur la façon dont l'article 109 pourrait leur être appliqué.

<sup>1</sup> C'est une application du principe de l'effet cumulatif dont parlent les paragraphes 54 et 55 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Genève, septembre 1979).

In my opinion, the Board was correct in finding that the claimants' fear of being subjected to criminal punishment for having stayed abroad beyond the time provided in their exit visas cannot amount to a well-founded fear of persecution which would make them Convention refugees.

I would therefore dismiss the five appeals.

À mon avis, le tribunal a eu raison de conclure que la crainte des revendicateurs d'être objet de sanction pénale pour être restés à l'étranger au-delà du temps prévu à leur visa de sortie ne peut constituer une crainte bien fondée de persécution de façon à en faire des réfugiés au sens de la Convention.

Je rejeterais les cinq appels.

A-726-90

A-726-90

**Monica Mileva** (*Applicant*)

v.

**Minister of Employment and Immigration** (*Respondent*)*INDEXED AS: MILEVA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Desjardins J.J.A.—Montréal, January 23; Ottawa, February 25, 1991.

*Immigration — Refugee status — Jurisdiction of adjudicator and member of Refugee Division to consider “change of circumstances” in country of origin making persecution less likely — Role of first instance tribunal under Immigration Act, s. 46.01 — Whether “change of circumstances” part of s. 2 definition of “Convention refugee” — Role of Refugee Division under s. 69.1(5).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Whether consistent with rules of fundamental justice to allow first instance tribunal in Convention refugee claim to consider change of circumstances in country of origin making persecution less likely.*

This was an application to set aside the decision of the adjudicator and member of the Refugee Division (first instance tribunal) that the applicant's claim to refugee status lacked a credible basis and should not be referred to the Refugee Division, and the exclusion order arising therefrom. The applicant comes from Bulgaria. She feared going back because the police had fabricated a record of prostitution against her. Furthermore, she could not continue her education: no school would accept her as she had been arrested for participating in demonstrations. After summarizing recent political changes in Bulgaria, the adjudicator held that, in his opinion, applicant's fear of persecution did not have the necessary credible basis.

The applicant submitted that the tribunal should not have considered evidence of recent political changes in Bulgaria which made it less likely that she would be persecuted in future. The applicant argued that, under subsection 69.1(5) and paragraph 2(2)(e) of the *Immigration Act*, only the Refugee Division is authorized to decide, in cases where the Minister so requests, whether a claimant has ceased to be a refugee because the reasons for his fear of persecution have ceased to exist. The applicant further argued that the tribunal wrongly considered the conclusions which, in its opinion, were indicated by the evidence, rather than those which the Refugee Division might have drawn had the case gone before it.

**Monica Mileva** (*requérante*)

c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)*RÉPERTORIÉ: MILEVA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

*Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 23 janvier; Ottawa, 25 février 1991.*

*Immigration — Statut de réfugié — Compétence d'un arbitre et d'un membre de la section du statut de réfugié pour ce qui est de prendre en considération un «changement de circonstances» dans le pays d'origine qui amoindrit le risque de persécution — Rôle du tribunal de première instance en vertu de l'art. 46.01 de la Loi sur l'immigration — Question de savoir si la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» à l'art. 2 englobe la notion de «changement de circonstances» — Rôle de la section du statut de réfugié en vertu de l'art. 69.1(5).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Question de savoir s'il est compatible avec les principes de justice fondamentale de permettre que, dans une affaire de revendication de statut de réfugié au sens de la Convention, un tribunal de première instance prenne en considération un changement de circonstances dans le pays d'origine qui amoindrit le risque de persécution.*

Il était question dans cette affaire d'une requête pour que soit annulée a) la décision d'un arbitre et d'un membre de la section du statut de réfugié (tribunal de première instance), décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié de la requérante était dénuée d'un minimum de fondement et n'avait pas à être déferée à la section du statut de réfugié, et b) l'ordonnance d'exclusion découlant de cette décision. La requérante vient de Bulgarie. Elle craignait de retourner dans son pays parce que la police l'avait faussement accusée de prostitution et l'avait fichée comme prostituée dans ses dossiers. En outre, elle ne pouvait poursuivre ses études: aucune école ne voulait l'accepter parce qu'elle avait été arrêtée pour avoir pris part à des manifestations. Après avoir résumé les récents changements politiques survenus en Bulgarie, l'arbitre a considéré qu'à son avis la crainte qu'avait la requérante d'être persécutée n'avait pas le minimum de fondement requis.

La requérante a fait valoir que le tribunal n'aurait pas dû prendre en considération les changements politiques récemment survenus en Bulgarie, qui faisaient qu'il y avait moins de risques qu'elle soit victime de persécution. Elle a soutenu qu'en vertu du paragraphe 69.1(5) et de l'alinéa 2(2)e) de la *Loi sur l'immigration*, seule la section du statut de réfugié est autorisée à juger, dans les cas où le ministre le demande, si un revendicateur a perdu le statut de réfugié parce que les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécuté ont cessé d'exister. La requérante a de plus reproché au tribunal de s'être interrogé sur les conclusions que, à son avis, la preuve autorisait plutôt que sur celles qu'aurait pu tirer la section du statut de réfugié si elle avait été saisie de l'affaire.

A "Convention refugee" is defined in *Immigration Act*, section 2 as a person who meets the requirements of paragraph (a) and has not ceased to be a Convention refugee under subsection 2(2). Subsection 2(2) provides that a person ceases to be a Convention refugee when the reasons for the person's fear of persecution cease to exist. Subsection 69.1(5) provides that at a hearing into a claim, the Refugee Division shall allow the Minister to present evidence, and if the Minister notifies the Refugee Division that matters involving subsection 2(2) are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations. Subsection 46.01(6) provides that if the adjudicator or member of the Refugee Division find that there is any credible evidence on which the Refugee Division might determine the claimant to be a Convention refugee, either shall determine that the claimant has a credible basis for his claim.

*Held*, the application should be allowed.

*Per Pratte J.A.*: Applicant's initial argument could not be accepted. The first instance tribunal must decide whether it is possible for the Refugee Division to recognize the refugee status of the claimant. Political developments in a claimant's country of origin which have removed the reasons for his fear of persecution are relevant to whether that person can validly maintain that he is a Convention refugee. The question raised by such a claim is not whether the claimant had reason to fear persecution in the past, but whether now, at the time his claim is being decided, he has good grounds to fear persecution in the future. This is supported by the definition of "Convention refugee" which refers to not having ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection 2(2). Subsection 69.1(5) only indicates the cases in which the Minister is entitled, at a hearing on a refugee status claim, to cross-examine witnesses and make representations. There is no comparable provision applicable to hearings of the first instance tribunal because it must always, under subsection 46(3), "afford the claimant and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations with respect to those matters."

Applicant's second submission was valid. The adjudicator erred in drawing conclusions from the evidence. The first instance tribunal is not required to decide whether the change in circumstances established by the evidence is sufficient to defeat the claim. It must only decide whether that evidence is such that it would be impossible for the Refugee Division to allow the claim.

*Per Marceau J.A.* (concurring in the result): The first level tribunal is not empowered to consider political changes in the country from which the refugee claimant has fled. Only the Refugee Division can deny refugee status based on political changes removing reasonable basis for fear of persecution, and perhaps then only at the instance of the Minister.

Selon l'article 2 de la *Loi sur l'immigration*, est «réfugié au sens de la Convention» celui qui satisfait aux exigences énoncées à l'alinéa a) et qui n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe 2(2). Selon ce paragraphe, une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention lorsque les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée ont cessé d'exister. Le paragraphe 69.1(5) prévoit qu'à l'audience, la section du statut de réfugié est tenue de donner au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve et, si le ministre informe la section du statut de réfugié que la revendication met en cause le paragraphe 2(2), de contre-interroger des témoins et de présenter des observations. Selon le paragraphe 46.01(6), si l'arbitre ou le membre de la section du statut de réfugié conclut qu'il existe des éléments crédibles sur lesquels la section du statut de réfugié peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention, l'un ou l'autre conclut que la revendication a un minimum de fondement.

*Arrêt*: la requête devrait être accueillie.

Le juge Pratte, J.C.A.: L'argument initial de la requérante devait être rejeté. Le tribunal de première instance doit décider s'il est possible que la section du statut de réfugié reconnaisse le statut de réfugié à la personne qui le revendique. Le fait que la situation politique existant dans le pays d'origine d'un revendicateur ait évolué de façon à faire disparaître les motifs de sa crainte de persécution est un fait pertinent à la question de savoir si cette personne peut sérieusement prétendre être un réfugié au sens de la Convention. La question que soulève une telle revendication n'est pas celle de savoir si le revendicateur a eu, dans le passé, des motifs de craindre d'être persécuté, mais bien celle de savoir s'il a aujourd'hui des motifs sérieux de craindre d'être persécuté dans l'avenir. La définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention», qui fait référence au fait de n'avoir pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe 2(2), étaye cette affirmation. Le paragraphe 69.1(5) indique seulement dans quels cas, lors d'une audience portant sur un cas de revendication du statut de réfugié, le ministre a le droit de contre-interroger des témoins et de présenter des observations. Il n'existe pas de disposition semblable qui s'applique aux audiences du tribunal de première instance parce que ce dernier est toujours tenu, en vertu du paragraphe 46(3), de «donner au ministre et à l'intéressé la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations».

Le second argument de la requérante était fondé. L'arbitre s'est trompé en tirant des conclusions de la preuve. Le tribunal de première instance n'est pas tenu de juger si le changement de circonstances établi par la preuve est suffisant pour faire échec à la revendication. Il doit seulement décider si cette preuve est telle qu'il serait impossible que la section du statut fasse droit à la revendication.

Le juge Marceau, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat): Le tribunal de première instance n'est pas habilité à prendre en considération les changements politiques intervenus dans le pays dont le revendicateur s'est enfui. Seule la section du statut de réfugié peut refuser le statut de réfugié à cause de changements politiques qui auraient enlevé tout fondement rationnel à la crainte de persécution, et, dans ce cas, peut-être uniquement à l'instigation du ministre.

The "change in circumstances" causing a loss of refugee status referred to in subsection 2(2) is not part of the general basic definition of a refugee, which was drafted to incorporate the definition of the U.N. Convention relating to the Status of Refugees. The following principles were useful in interpreting the relevant provisions: (i) A person is a refugee before being recognized as such: he does not become a refugee because he is recognized, but is recognized because he is a refugee. (ii) Being a refugee depends on past events which caused him to flee his country to seek protection and refuge elsewhere. (iii) The "change in circumstances" applies only negatively to support a denial or withdrawal of refugee status, a matter within the exclusive jurisdiction of the Refugee Division.

The function assigned to the first level tribunal is opposed to taking "changes in circumstances" into account. From section 46.01, it is clear that if the tribunal has found facts which could support the allegation that the claimant fled his country because of a justified fear of persecution on the specified grounds, it could not contend that the claim had no credible basis without assessing the impact of the evidence already accepted on the reasonableness of the fear the claimant says he still has. Such an assessment is beyond the jurisdiction of the first instance tribunal.

The only explanation for subsection 69.1(5) is that the change in circumstances as a negative factor presents problems so complex in evidence, assessment and even international relations that the legislature intended its consideration to be first under the Minister's control and then announced in advance.

If the first instance tribunal had the power to consider a "change in circumstances" on its own initiative, the claimant would be in a difficult situation procedurally. To establish his right, he could no longer simply state the facts leading him to seek refuge by showing that his fear of persecution was reasonable. He would also have to prove that the political changes in his country since he left were not such as to make that fear cease to exist or render it unreasonable. Such a system might contravene the rules of fundamental justice referred to in Charter, section 7.

*Per Desjardins J.A.:* The first instance tribunal has jurisdiction to hear evidence dealing with the political changes that have occurred in the applicant's country of origin. They are one of the essential components of the definition of "Convention refugee". If the first instance tribunal were not allowed to consider evidence of changes in circumstances in the country of origin, it would be prevented from disallowing obviously groundless claims.

The scope of subsection 46(3) need not be limited because of the limitations in subsection 69.1(5). Both decision-making levels have power to hear evidence regarding political changes occurring in a country of origin, but they do not exercise the same function with regard to such evidence.

Le «changement de circonstances» qui entraîne la perte du statut de réfugié, expression figurant au paragraphe 2(2), ne fait pas partie de la définition de base générale du terme «réfugié», laquelle a été rédigée de manière à intégrer la définition de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Les principes suivants ont aidé à interpréter les dispositions applicables: (i) une personne est réfugiée avant d'être reconnue comme telle: elle ne le devient pas parce qu'elle est reconnue mais elle est reconnue parce qu'elle est réfugiée; (ii) le fait qu'une personne soit réfugiée dépend de faits passés qui l'ont amenée à fuir son pays pour chercher protection et refuge ailleurs; (iii) le «changement de circonstances» ne joue que négativement, pour appuyer un refus ou un retrait de reconnaissance de statut, ce qui est de la compétence exclusive de la section du statut de réfugié.

Le rôle assigné au tribunal de première instance s'oppose à une prise en considération des «changements de circonstances». D'après l'article 46.01, il est évident que si le tribunal de première instance a décelé des faits susceptibles d'appuyer la prétention du revendicateur qu'il a fui son pays poussé par une crainte justifiée de persécution pour les motifs prévus, il ne saurait prétendre que la revendication n'a aucun fondement minimum sans évaluer la force des diverses preuves déjà acceptées relativement au caractère raisonnable de la crainte que le revendicateur dit avoir encore. Cette évaluation n'est pas du ressort du tribunal de première instance.

La seule explication que l'on voit au paragraphe 69.1(5) est que le changement de circonstances en tant qu'élément négatif pose des problèmes si complexes en matière de preuve, d'appréciation et même de relations internationales qu'on a voulu que son examen soit d'abord soumis au contrôle du ministre et ensuite annoncée à l'avance.

Si le tribunal de première instance était habilité à prendre en considération un «changement de circonstances» de son propre chef, il placerait le revendicateur dans une situation procédurale fort difficile. Pour faire valoir son droit, ce dernier ne pourrait plus se limiter à rendre compte des faits qui l'ont incité à chercher refuge ailleurs en montrant que sa crainte de persécution était raisonnable. Il lui faudrait aussi faire la preuve que les changements politiques survenus dans son pays depuis son départ n'étaient pas de nature à faire disparaître cette crainte ou à la rendre déraisonnable. Un tel système contreviendrait aux principes de justice fondamentale dont il est fait mention à l'article 7 de la Charte.

*Le juge Desjardins, J.C.A.:* Le tribunal de première instance a compétence pour entendre la preuve portant sur les changements politiques survenus dans le pays d'origine de la requérante. Ces changements constituent un des éléments essentiels de la définition du terme «réfugié au sens de la Convention». Nier au tribunal de première instance la compétence pour examiner des éléments de preuve portant sur les changements de circonstances survenus dans le pays d'origine équivaudrait à empêcher de rejeter des revendications manifestement frivoles.

Il ne faut pas limiter la portée du paragraphe 46(3) à cause des restrictions contenues au paragraphe 69.1(5). Les deux niveaux décisionnels ont compétence pour entendre les éléments de preuve portant sur les changements politiques survenus dans un pays d'origine, mais ils n'ont pas la même fonction à l'égard de ces éléments.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46(3) (as am. *idem*, s. 14), 46.01(6) (as enacted *idem*, s. 14), 69.1(5) (as enacted *idem*, s. 18).
- United Nations Convention relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1, ss. A, C, E, F.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

- Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

- Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September 1979.

## COUNSEL:

- Anthony Daoulov* for applicant.  
*Johanne Levasseur* for respondent.

## SOLICITORS:

- St-Pierre, Buron & Associés*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

PRATTE J.A.: The applicant comes from Bulgaria. On her arrival in Canada on December 18, 1989 she claimed refugee status. As the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] now requires, this claim was submitted to an adjudicator and a member of the Refugee Division for them to decide whether it should be referred to the Refugee Division or should instead be summarily dismissed on the ground it was inadmissible or lacked any basis. On July 10, 1990 the adjudicator and the member of the Refugee Division decided that the applicant's claim did not have a "credible

## 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1, sections A, C, E, F.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 1], 46(3) (mod., *idem*, art. 14), 46.01(6) (édicte, *idem*, art. 14), 69.1(5) (édicte, *idem*, art. 18).

## c JURISPRUDENCE

- Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (C.A.F.).

## d DOCTRINE

- Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, septembre 1979.

## e AVOCATS:

- Anthony Daoulov* pour la requérante.  
*Johanne Levasseur* pour l'intimé.

## f

## PROCUREURS:

- St-Pierre, Buron & Associés*, Montréal, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: La requérante vient de Bulgarie. Dès son arrivée au pays, le 18 décembre 1989, elle a revendiqué le statut de réfugié. Comme le veut maintenant la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2], cette revendication fut soumise à un arbitre et à un membre de la section du statut pour qu'ils décident si elle méritait d'être déferée à la section du statut ou si elle ne devait pas plutôt être rejetée sommairement au motif qu'elle était irrecevable ou dénuée de tout fondement. Le 10 juillet 1990, l'arbitre et le membre de la section du statut décidèrent que la



basis" and for this reason should not be referred to the Refugee Division; the adjudicator at once made an exclusion order against the applicant, whom he had previously found could not be admitted to Canada. On this basis an application was made pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

Counsel for the applicant made two arguments in support of her appeal. First, he contended that the adjudicator and the member of the Refugee Division should not have taken into account evidence of recent political changes occurring in Bulgaria. In his submission, this was evidence which should only have been considered by the Refugee Division if the matter was referred to it. Counsel for the applicant also contended as his second argument that, in any case, the adjudicator and the member of the Refugee Division did not ask themselves the question they should have asked concerning the evidence before them.

Before going any further, it will be useful to recall the difference between the respective roles of the Refugee Division, on the one hand, and the adjudicator and member of the Refugee Division, on the other, when they have to consider a claim for refugee status the admissibility of which is not in dispute.

What the Refugee Division is asked to do<sup>1</sup> is to determine whether, on the evidence, the claimant is a Convention refugee. The Refugee Division must accordingly take note of evidence relating to past or present facts affecting the claimant, his family and country of origin. Such evidence must be weighed by the Refugee Division in the same way as any other tribunal would do, taking into account its credibility and evidentiary force, and deciding what facts are established by that evidence. The Refugee Division must then decide whether the facts so proven are such that it can conclude that the claimant really runs the risk of being persecuted for reasons mentioned in the Convention if he returns to his country. As it is impossible to predict the future, the Refugee Divi-

<sup>1</sup> See s. 69.1 of the *Immigration Act* [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18], and in particular the English version of s. 69.1(9).

revendication de la requérante n'avait pas un «minimum de fondement» et ne devait pas, pour ce motif, être déférée à la section du statut; l'arbitre prononça immédiatement une ordonnance d'exclusion contre la requérante qu'il avait préalablement jugée inadmissible au Canada. De là cette demande faite en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7].

L'avocat de la requérante a soulevé deux moyens au soutien de son pourvoi. Il a d'abord prétendu que l'arbitre et le membre de la section du statut n'auraient pas dû tenir compte de la preuve des changements politiques récents survenus en Bulgarie. Suivant lui, il s'agit là d'une preuve que seule la section du statut aurait pu prendre en considération si l'affaire lui avait été déférée. L'avocat de la requérante a aussi soutenu, c'était son deuxième moyen, que, de toute façon, l'arbitre et le membre de la section du statut ne s'étaient pas posé, au sujet de la preuve qu'ils avaient devant eux, la question qu'ils auraient dû se poser.

Avant d'aller plus loin, il convient de rappeler la différence qui existe entre les rôles respectifs de la section du statut, d'une part, et de l'arbitre et du membre de la section du statut, d'autre part, lorsqu'ils ont à statuer sur une revendication du statut de réfugié dont la recevabilité n'est pas contestée.

Ce que l'on demande à la section du statut<sup>1</sup>, c'est de déterminer, à la lumière de la preuve, si le revendicateur est un réfugié au sens de la Convention. La section du statut doit donc prendre connaissance de preuves relatives à des faits passés ou présents qui concernent le revendicateur, sa famille et son pays d'origine. Ces preuves, la section du statut doit les apprécier comme le ferait n'importe quel autre tribunal, en tenant compte de leur crédibilité et de leur force probante, et décider quels sont les faits que ces preuves établissent. La section du statut doit ensuite juger si les faits ainsi prouvés sont tels qu'ils permettent de conclure que le revendicateur courrait vraiment le risque d'être persécuté pour des motifs prévus à la Convention s'il devait retourner dans son pays. Comme il est

<sup>1</sup> Voir l'art. 69.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 18] de la *Loi sur l'immigration* et, en particulier, la version anglaise de l'art. 69.1(9).

sion in making such a judgment of course is only expressing an opinion.

The function of an adjudicator and a member of the Refugee Division is defined by subsection 46.01(6) [as enacted *idem*, s. 14] of the Act. They also must take note of the various points of evidence submitted to them. They must rule on the credibility of that evidence. They must then consider whether, based on the evidence they find to be credible, the Refugee Division could reasonably conclude that the claim was valid if the matter was referred to it. It is not their function to decide what facts are established by the evidence; nor do they have to decide whether the evidence supports the conclusion that the claimant really runs the risk of being persecuted if he returns home. After deciding on the credibility of the evidence, the only question the adjudicator and the member of the Refugee Division can ask themselves is whether, based on such evidence as is credible, the Refugee Division could if it had the matter before it conclude that facts existed which it could regard as sufficient to make out the validity of the claim.<sup>2</sup>

I now return to the two arguments made by the applicant.

Counsel for the applicant first argued that the adjudicator and the member of the Refugee Division exceeded their jurisdiction by taking into account evidence showing that significant political changes had taken place in Bulgaria which made it less likely that the applicant would be persecuted in future. He based this argument on subsection 69.1(5) and paragraph 2(2)(e) [as am. *idem*, s. 1] of the Act<sup>3</sup> which, he submitted, authorize the Refugee Division, and only the Division, to decide in cases where the Minister so requests whether a claimant has ceased to be a refugee because the reasons for his fear of persecution have ceased to exist.

<sup>2</sup> See *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (F.C.A.).

<sup>3</sup> These two provisions read as follows:

**69.1 . . .**

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division (a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and

(Continued on next page)

impossible de prédire l'avenir, en portant pareil jugement la section du statut ne fait, bien sûr, qu'exprimer une opinion.

Le rôle de l'arbitre et du membre de la section du statut est défini par le paragraphe 46.01(6) [édicte, *idem*, art. 14] de la Loi. Ils doivent, eux aussi, prendre connaissance des diverses preuves qui leur sont soumises. Ils doivent se prononcer sur la crédibilité de ces preuves. Ils doivent ensuite demander si, en se fondant sur celles de ces preuves qu'ils jugent crédibles, il serait raisonnablement possible que la section du statut conclue au bien fondé de la revendication si l'affaire lui était déférée. Il ne leur appartient pas de décider quels faits sont établis par la preuve; ils n'ont pas d'avantage à juger si la preuve permet de conclure que le revendicateur courrait vraiment le risque d'être persécuté s'il retournait chez lui. Après avoir statué sur la crédibilité des preuves, la seule question que l'arbitre et le membre de la section du statut peuvent se poser est celle de savoir si, en se fondant sur celles de ces preuves qui sont crédibles, la section du statut pourrait, si elle était saisie de l'affaire, conclure à l'existence de faits qu'elle pourrait juger suffisants à établir le bien fondé de la revendication<sup>2</sup>.

J'en reviens maintenant aux deux moyens invoqués par la requérante.

L'avocat de la requérante a d'abord soutenu que l'arbitre et le membre de la section du statut avaient excédé leur compétence en tenant compte des preuves qui établissaient que des changements politiques importants venaient d'avoir lieu en Bulgarie qui rendaient peu probable que la requérante puisse être persécutée à l'avenir. Il a fondé cette prétention sur le paragraphe 69.1(5) et sur l'alinéa 2(2)e) [mod. *idem*, art. 1] de la Loi<sup>3</sup> qui, suivant lui, autoriseraient la section du statut et elle seule à juger, dans les cas où le ministre le demande, si un revendicateur a perdu le statut de réfugié parce que les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécuté ont cessé d'exister.

<sup>2</sup> Voir *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (C.A.F.).

<sup>3</sup> Ces deux dispositions se lisent comme suit:

**69.1 . . .**

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations, ces deux derniers droits n'étant

(Suite à la page suivante)

This first argument must be dismissed. The adjudicator and the member of the Refugee Division must decide whether it is possible for the Refugee Division to recognize the refugee status of the person claiming it. To arrive at this decision they must take into account any credible evidence tending to establish the facts relevant to this question. The fact that the political situation existing in a claimant's country of origin has developed in such a way as to remove the reasons causing him to fear persecution is obviously a fact relevant to the question of whether that person can validly maintain that he is a Convention refugee. The question raised by a claim to refugee status is not whether the claimant had reason to fear persecution in the past, but rather whether he now, at the time his claim is being decided, has good grounds to fear persecution in the future. Any doubt that there may be in this regard disappears when one reads the definition given to the expression "Convention refugee" in subsection 2(1) [as am. *idem*]. According to that definition, a person is a "Convention refugee" if he meets the requirements stated in paragraph (a) and, further, "has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2)".<sup>4</sup> Subsection 69.1(5), relied on by counsel for the applicant, has nothing to do with this. It only indicates the cases in which the Minister is entitled, at a hearing on a refugee status claim, to cross-examine witnesses and make representations. There is no such provision appli-

(Continued from previous page)

(b) shall afford the Minister a reasonable opportunity to present evidence and, if the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations.

2. ...

(2) A person ceases to be a Convention refugee when

(e) the reasons for the person's fear of persecution in the country that the person left, or outside of which the person remained, cease to exist.

<sup>4</sup> I assume here, as the applicant did, that s. 2(2) of the *Immigration Act* does not apply only to persons ceasing to have refugee status after successfully having claimed it. That does not necessarily mean this interpretation should be accepted.

Ce premier moyen doit être rejeté. L'arbitre et le membre de la section du statut doivent décider s'il est possible que la section du statut reconnaisse le statut de réfugié à la personne qui le revendique. Pour rendre cette décision, ils doivent tenir compte de toute preuve crédible qui tend à établir des faits pertinents à cette question. Or, le fait que la situation politique existant dans le pays d'origine d'un revendicateur ait évolué de façon à faire disparaître les motifs qui lui faisaient craindre la persécution est évidemment un fait pertinent à la question de savoir si cette personne peut sérieusement prétendre être un réfugié au sens de la Convention. La question que soulève la revendication du statut de réfugié, en effet, n'est pas celle de savoir si le revendicateur a déjà eu, dans le passé, des motifs de craindre la persécution, mais bien celle de savoir s'il a aujourd'hui, au moment où l'on statue sur sa revendication, des motifs sérieux de craindre d'être persécuté dans l'avenir. Tout doute que l'on pourrait avoir à ce sujet disparaît lorsqu'on lit la définition que donne le paragraphe 2(1) [mod., *idem*] de l'expression «réfugié au sens de la Convention». En effet, suivant cette définition, est «réfugié au sens de la Convention» celui qui satisfait aux exigences énoncées dans l'alinéa a) et qui, en outre, «n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2)»<sup>4</sup>. Le paragraphe 69.1(5) qu'invoque l'avocat de la requérante n'a rien à voir avec cette question. Il ne fait qu'indiquer dans quels

(Suite de la page précédente)

toutefois accordés au ministre que s'il l'informe qu'à son avis, la revendication met en cause la section E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi.

2. ...

(2) Une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention dans les cas où:

e) les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée ont cessé d'exister.

<sup>4</sup> Je suppose ici, comme l'a fait le requérant, que l'art. 2(2) de la *Loi sur l'immigration* ne vise pas seulement les personnes qui perdent le statut de réfugié après l'avoir revendiqué avec succès. Il ne faudrait pas en conclure que cette interprétation doive être retenue.

cable to hearings of the adjudicator and member of the Refugee Division because the latter are always, under subsection 46(3) [as am. *idem*, s. 14], required to “afford the claimant and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations with respect to those matters”.

While the adjudicator and member of the Refugee Division must consider evidence tending to show a change in circumstances in the claimant's country of origin, they are not required to decide whether the change in circumstances established by this evidence is sufficient to defeat the claim. They are only required to decide whether that evidence is such that it would be impossible for the Refugee Division to allow the claim.

This leads me to the applicant's second argument, alleging that the adjudicator and member of the Refugee Division wrongly considered the conclusions which in their opinion were indicated by the evidence, rather than those which the Refugee Division might perhaps have drawn if the case went before it.

In my view this second allegation is valid. In his decision, the adjudicator first summarized the testimony of the applicant, whose credibility he did not question:

You say you took part in four public demonstrations, and that at the last one you were arrested, beaten and brutalized, and then released because you were a minor. Soon afterwards, you were expelled from school. There were some 1,000 pupils at your school and only you were expelled, so far as you know, as you say you were the only one to take part in the demonstration.

You were subsequently denied admission to two schools and excluded from the young communist organization, and were then arrested and charged with prostitution. You went into the police records as being a prostitute. You were later asked to be an informer and you refused.

You fear going back to Bulgaria because of this record of prostitution which was fabricated against you and also because you say that you are unable to undertake higher education studies.

The adjudicator then summarized the evidence on the recent development of the political situation in Bulgaria and discussed his conclusions. It is worth

cas, lors d'une audience de la section du statut sur une revendication, le ministre a le droit de contre-interroger les témoins et de présenter des observations. On ne trouve pas de disposition semblable qui soit applicable aux audiences de l'arbitre et du membre de la section du statut parce que ceux-ci sont toujours tenus, suivant le paragraphe 46(3) [mod., *idem*, art. 14], de «donner au ministre et à l'intéressé la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations».

Si l'arbitre et le membre de la section du statut doivent tenir compte des preuves tendant à démontrer un changement de circonstances dans le pays d'origine du revendicateur, ce n'est pas à eux de juger si le changement de circonstances établi par ces preuves est suffisant pour faire échec à la revendication. Ils doivent seulement décider si cette preuve est telle qu'il serait impossible que la section du statut fasse droit à la réclamation.

Je rejoins ici le second moyen de la requérante qui reproche à l'arbitre et au membre de la section du statut de s'être interrogés sur les conclusions que, à leur avis, la preuve autorisait plutôt que sur celles que pourrait peut-être tirer la section du statut si elle était saisie de l'affaire.

Ce second reproche me semble fondé. L'arbitre, dans sa décision, résume d'abord le témoignage de la requérante dont il ne met pas la crédibilité en doute:

Vous déclarez voir participé à quatre manifestations publiques. C'est lors de la dernière de ces manifestations que vous avez été arrêtée, battue, brutalisée puis relâchée car vous étiez mineure. Peu de temps après, vous avez été renvoyée de votre école. Cette école comptait quelque 1000 élèves et vous seule avez été renvoyée, à votre connaissance, ayant été la seule, selon vous, à participer à cette manifestation.

Par la suite, vous avez été refusée dans deux écoles et exclue de l'organisation des jeunes communistes, puis vous avez été arrêtée et accusée de prostitution. Vous avez été fichée comme prostituée dans les dossiers de la police. Vous avez été sollicitée par la suite pour devenir délatrice et vous avez refusé.

Vous craignez de retourner en Bulgarie à cause de ce dossier de prostitution faussement préparé contre vous et aussi parce que vous ne pouvez, selon vous, aspirer à des études supérieures.

L'arbitre résume ensuite la preuve relative à l'évolution récente de la situation politique en Bulgarie et fait ensuite part de ses conclusions. Il convient

citing certain passages from this latter part of the decision, paying particular attention to the words I have emphasized:

After analysing this evidence and the submissions, I have come to the following conclusion.

The non-repressive and positive development of political demonstrations in my view greatly minimizes the effects or the impact of your arrest at the demonstration. As your expulsion from school was a consequence of this participation in the demonstration, I tend to regard as plausible and possible Mrs. Drapeau's suggestion that you apply for a review of your expulsion from school by the authorities now in power.

You fear that the police will use the false prostitution record prepared against you. However, as it has been shown that this is an offence under the Criminal Code, you can defend yourself with the services of a lawyer

You do have a subjective fear since you show it. However, in my view the objective fear is based on matters which do not, in the present situation in Bulgaria, have the necessary credible basis. Accordingly, in my opinion the persecution you fear does not exist, since it is no longer possible to speak of evidence of persecution.

I can make no connection between the political status declared and the fear of persecution, and as I see it the need for protection does not have the minimum justification required. I am not unmindful of the arguments of Mr. Daoulov that there is some uncertainty and the changes in the direction of personal freedom have not perhaps reached all local levels, but the facts which involve you personally must still be related to the present circumstances. The fact of being prevented from continuing studies does not in my opinion stand up to such an analysis. The refusal to become a spy is, in my view, another fact which loses its immediacy when looked at in light of the present situation in the country.

It seems to me on reading this decision that the adjudicator was concerned with the conclusions which, in his opinion, should be drawn from the evidence. As I said above, that is not the question he should have asked himself.

I would accordingly allow the application, set aside the decision rendered by the adjudicator and the member of the Refugee Division on July 10, 1990 that the applicant's claim did not have a credible basis, and I would further set aside the exclusion order made against the applicant by the adjudicator on that day; finally, I would refer the matter back so that the applicant may have a new hearing during which she may again claim refugee status, if she wishes.

\* \* \*

de citer certains passages de cette dernière partie de la décision en portant une attention particulière aux mots que j'ai soulignés:

Après avoir analysé ces preuves et les soumissions, j'en suis arrivé à la conclusion suivante:

L'évolution positive non-répressive des manifestations à caractère politique atténue beaucoup, à mon avis, les effets ou l'impact de votre arrestation lors de la manifestation. Votre renvoi de l'école étant une conséquence de cette participation à la manifestation, j'ai tendance à accueillir comme plausible et possible la proposition de madame Drapeau d'une demande de révision de votre renvoi de l'école par les autorités en place actuellement.

Vous craignez que la police utilise le faux dossier de prostitution monté contre vous. Cependant, comme il a été établi qu'il s'agit d'un délit sous le Code criminel, vous pouvez vous défendre avec les services d'un avocat.

La crainte subjective existe, puisque vous la manifestez. Cependant, à mon avis, la crainte objective repose sur des éléments dont le fondement, dans le contexte actuel de la Bulgarie, n'a plus le minimum requis. Conséquemment, la persécution appréhendée n'existe pas, à mon avis, puisqu'on ne peut plus parler d'éléments de persécution.

Je ne peux faire de lien entre le statut politique déclaré et la persécution appréhendée, et le besoin de protection ne trouve pas, dans mon analyse, une justification minimale. Je n'écarte pas les arguments de maître Daoulov à l'effet qu'il existe une incertitude et que les changements vers le respect des libertés n'ont peut-être pas atteint tous les paliers locaux, encore faudrait-il que les faits qui vous sont personnels puissent être actualisés dans cette optique. Le fait d'être empêchée de poursuivre des études ne subsiste pas, à mon avis, à cette actualisation. Le refus de devenir délatrice est, à mon avis, un autre fait qui perd son acuité lorsqu'examiné dans le contexte actuel du pays.

Il me paraît, à la lecture de cette décision, que l'arbitre s'est interrogé sur les conclusions qu'il convenait, à son avis, de tirer de la preuve. Ce n'est pas là, je l'ai déjà dit, la question qu'il aurait dû se poser.

Je ferais donc droit à la requête, je casserais la décision prononcée le 10 juillet 1990 par l'arbitre et le membre de la section du statut à l'effet que la revendication de la requérante n'a pas un minimum de fondement et je casserais aussi l'ordonnance d'exclusion de la requérante prononcée le même jour par l'arbitre; enfin, je renverrais l'affaire pour que la requérante subisse une nouvelle enquête au cours de laquelle elle pourra, si elle le désire, réclamer de nouveau le statut de réfugié.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

MARCEAU J.A. (concurring in the result): I entirely concur in the opinion of Pratte J.A. that this application to set aside should be allowed. I also feel that there is no doubt that the adjudicator and the Refugee Division member could not decide that the recent political changes occurring in Bulgaria had deprived the claim of the refugee status claimant of the credible basis necessary for it to be referred to the Refugee Division. However, I rest my conclusion on a more direct and decisive basis than that chosen by my brother Judge. I feel that the first instance tribunal constituted by the adjudicator and the member of the Refugee Division, in the new system of adjudication established by Parliament for refugee claims,<sup>5</sup> is simply not empowered to consider political changes occurring in the country from which the claimant has fled in order to avoid persecution. My brother Judge categorically rejects this proposition, which of course goes beyond the scope of the case and, in the current international situation, is likely to be increasingly in question: I must therefore try to explain, with respect, why I feel it is correct.

Those who argue that political changes in the country from which the claimant has fled should be taken into consideration even at this early stage do so on the basis of considerations which they associate with the very idea of a refugee and the function assigned to the first instance tribunal in examining a claim for refugee status as established by the new legislation.

First, it is pointed out that at the very heart of the refugee's fear of persecution is the political and social context of the country from which he comes, and that makes this context not only a relevant but a crucial aspect of the definition of a refugee. It is further pointed out that the validity of a refugee status claim has to be determined on the day the tribunal considers it, which means that the political and social context that must be taken into

<sup>5</sup> *Act to amend the Immigration Act, 1976*, S.C. 1988, c. 35, in effect on January 1, 1989.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat): Je partage d'emblée l'opinion de monsieur le juge Pratte, J.C.A., que cette demande d'annulation doit être accueillie. Il ne me paraît pas douteux, moi non plus, que l'arbitre et le membre de la section du statut ne pouvaient pas décider que les changements politiques récents survenus en Bulgarie avaient enlevé à la revendication de la requérante au statut de réfugié le minimum de fondement requis pour qu'elle soit déferée à la section du statut. J'appuie ma conclusion, toutefois, sur un fondement plus direct et plus décisif que celui retenu par mon collègue. Je pense, en effet, que ce tribunal initial d'accès que forment l'arbitre et le membre de la section du statut, dans le nouveau système d'adjudication mis sur pied par le Parlement en matière de revendication du statut de réfugié<sup>5</sup>, n'est tout simplement pas habilité à prendre en considération les changements politiques intervenus dans le pays dont le revendicateur s'est enfui pour éviter la persécution. Mon collègue rejette formellement cette proposition qui, évidemment, dépasse la portée du litige et est susceptible, dans le contexte international actuel, d'être mise en cause de façon de plus en plus fréquente: aussi me faut-il essayer d'expliquer avec égards pourquoi je la crois fondée.

Ce sont des considérations qu'ils rattachent à la notion même de réfugié et au rôle assigné au tribunal d'accès, dans le processus d'examen d'une revendication du statut de réfugié mis en place par la législation nouvelle, que font valoir ceux qui soutiennent que déjà, à cette étape de départ, les changements politiques intervenus dans le pays dont le revendicateur s'est enfui doivent être pris en considération.

On rappelle d'abord qu'au cœur même de la crainte de persécution du réfugié se trouve le contexte politique et social du pays d'où il vient, ce qui fait de ce contexte non seulement un élément pertinent mais un élément dominant de la définition de réfugié. On rappelle aussi que le bien-fondé d'une revendication du statut de réfugié doit être vérifiée au jour où le tribunal en est saisi, ce qui implique que le contexte politique et social dont il

<sup>5</sup> *Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976*, L.C. 1988, chap. 35, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989.

account to decide on the reasonableness of the claimant's fear of claiming his country's protection is that existing at the time of the decision. Finally, it is noted that the Act itself specifically recognizes that a change in the political and social context of the country of origin, a "change in circumstances", as they say, may cause a person who has already been recognized as having refugee status to lose it, and this must necessarily mean that such a "change in circumstances" should be taken into account in examining the claim, as is in any case suggested by the very definition of a "Convention refugee" in subsection 2(1), referring to the case of loss of status under subsection 2(2). Then, reasoning from this, they say they cannot see how this first instance tribunal, the function of which is to determine whether there is, in the evidence submitted to it and which it finds to be credible, material that could lead the Refugee Division to recognize that the claim is valid, could adequately perform its function without considering information so central as a significant change in the political context of the country from which the claimant comes.

This reasoning is clear and the conclusion to which it leads seems self-evident, but I must say, with respect, that I am not persuaded by it. It rests on an understanding of the Act which does not quite correspond to my own, despite the fact that I also have arrived at an opposite conclusion on the basis of considerations relating to the very idea of a refugee and the function of the first instance tribunal. I base my approach on three major considerations.

1. The first is the most difficult to explain, as it relates to the very idea of a refugee and is to some extent opposed to a reasoning premise supporting my brother judge's position. Accordingly, I mention it with the utmost respect. In my opinion, the "change in circumstances"—a phrase which, I repeat, is used to refer to a significant change occurring in the political or social situation in the country which the claimant has been forced to flee in order to avoid persecution (and I also will use this phrase for the sake of simplicity)—is not part of the general basic definition of a refugee.

faut tenir compte pour juger du caractère raisonnable de la crainte du revendicateur de réclamer la protection de son pays est celui existant au moment de la décision. On rappelle enfin que la Loi elle-même reconnaît formellement qu'un changement de contexte politique et social dans son pays d'origine, un «changement de circonstances», comme l'on dit, peut faire perdre le statut de réfugié à une personne qui se l'est déjà fait reconnaître, ce qui force à penser qu'un tel «changement de circonstances» doit être pris en compte lors de l'examen de la revendication, comme le laisse entendre d'ailleurs la définition même de «réfugié au sens de la Convention» du paragraphe 2(1) en se référant au cas de perte de statut selon le paragraphe 2(2). Puis, raisonnant à partir de là, on dit ne pas voir comment ce tribunal d'accès, dont le rôle est de vérifier si, dans la preuve qui lui est soumise et qu'il juge crédible, il existe des éléments susceptibles de conduire la section du statut à reconnaître le bien-fondé de la revendication, pourrait s'acquitter pleinement de sa tâche sans prendre en considération une donnée aussi centrale qu'un changement d'importance dans le contexte politique du pays d'où vient le revendicateur.

Ce raisonnement est clair et la conclusion à laquelle il conduit semble aller de soi, mais je dois dire avec égards qu'il n'est pas parvenu à me convaincre. Il repose sur une compréhension de la Loi qui ne correspond pas tout-à-fait à celle que j'ai, tant et si bien que ce sont, moi aussi, des considérations tenant à la notion même de réfugié et au rôle du tribunal d'accès que j'invoque pour faire valoir une conclusion inverse. J'appuie en effet ma façon de voir sur trois considérations majeures.

1. La première est la plus difficile à faire valoir car elle se rapporte à la notion même de réfugié et s'oppose, dans une certaine mesure, à une prémisse du raisonnement qui appuie la position de mon collègue. Aussi est-ce avec égard que je la fais valoir. À mon avis, le «changement de circonstances»—expression, je le répète, qui est utilisée pour désigner un changement important survenu au niveau politique ou social dans le pays que le revendicateur a été forcé de fuir pour éviter la persécution (et je me servirai moi aussi de l'expression pour simplifier)—n'entre pas dans la définition générale de base du réfugié.

The definition of the word “Convention refugee” contained in subsection 2(1) of the Act is clearly designed to incorporate that of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees, signed at Geneva in 1951 and amended in part by a Protocol signed at New York in 1967. This is what explains its rather complicated phraseology. In the 1951 Convention the word “refugee”, according to the general definition given in Article 1, Section A, paragraph (2), applied to any person:

Article 1

A. ...

(2) As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

The “critical date” of January 1, 1951 was as we know included at the request of certain participating States in order to limit the obligations they were assuming. It is this limit which the New York Protocol was designed to drop, because of new situations which had increased in number, but it did so without otherwise altering the provisions of the Convention, and among these provisions was one which deserves special note, that of Article 1, Section C, regarding definitions, which reads as follows:

C. This Convention shall cease to apply to any person falling under the terms of Section A if:

(1) He has voluntarily re-availed himself of the protection of the country of his nationality; or

(2) Having lost his nationality, he has voluntarily re-acquired it; or

(3) He has acquired a new nationality, and enjoys the protection of the country of his new nationality; or

(4) He has voluntarily re-established himself in the country which he left or outside which he remained owing to fear of persecution; or

(5) He can no longer, because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, continue to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality;

Provided that this paragraph shall not apply to a refugee falling under section A(1) of this article who is able to invoke

La définition du terme «réfugié au sens de la Convention» que l'on retrouve au paragraphe 2(1) de la Loi vise évidemment à reprendre celle de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés signée à Genève en 1951, partiellement modifiée par un Protocole signé à New York en 1967. C'est ce qui explique sa formulation quelque peu alambiquée. Dans la Convention de 1951, le terme «réfugiés», selon la définition générale donnée à l'article 1, section A, paragraphe 2), s'appliquait à toute personne:

Article premier

A. ...

2) Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

Cette «date clé» du 1<sup>er</sup> janvier 1951 avait été inscrite, on le sait, à la demande de certains États participants pour limiter les obligations qu'ils assumaient. C'est cette limite que le Protocole de New York a voulu laisser tomber, à cause des situations nouvelles qui se multipliaient, mais il l'a fait sans autrement modifier les dispositions de la Convention, et parmi ces dispositions s'en trouvait une qu'il faut noter spécialement, celle de la section C de l'article 1 relatif à la définition, qui se lit ainsi:

C. Cette Convention cessera, dans les cas ci-après, d'être applicable à toute personne visée par les dispositions de la section A ci-dessus:

1) Si elle s'est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité; ou

2) Si, ayant perdu sa nationalité, elle l'a volontairement recouvrée; ou

3) Si elle a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays dont elle a acquis la nationalité; ou

4) Si elle est retournée volontairement s'établir dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée; ou

5) Si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité;

Étant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au para-



compelling reasons arising out of previous persecution for refusing to avail himself of the protection of the country of nationality;

(6) Being a person who has no nationality he is, because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, able to return to the country of his former habitual residence;

Provided that this paragraph shall not apply to a refugee falling under section A(1) of this article who is able to invoke compelling reasons arising out of previous persecution for refusing to return to the country of his former habitual residence.

Those are the sources for subsection 2(1) of the Act, the wording of which in its two versions is as follows:

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

And I also set out subsection (2), to which reference is made:

2. ...

(2) A person ceases to be a Convention refugee when

(a) the person voluntarily reavails himself of the protection of the country of the person’s nationality;

(b) the person voluntarily reacquires his nationality;

(c) the person acquires a new nationality and enjoys the protection of the country of that new nationality;

(d) the person voluntarily re-establishes himself in the country that the person left, or outside of which the person remained, by reason of fear of persecution; or

(e) the reasons for the person’s fear of persecution in the country that the person left, or outside of which the person remained, cease to exist.

It appears to me that these provisions can only be understood in light of a number of underlying ideas which are set out in a chapter titled “General Principles” at the beginning of the *Handbook on*

graphe 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures;

6) S’agissant d’une personne qui n’a pas de nationalité, si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d’exister, elle est en mesure de retourner dans le pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle;

Étant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s’appliqueront pas à tout réfugié visé au paragraphe 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de retourner dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures.

Voilà donc les sources qui ont conduit au paragraphe 2(1) de la Loi, dont je rappelle le texte dans ses deux versions:

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques;

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

Et je rappelle aussi ce paragraphe (2) auquel il est fait référence:

2. ...

(2) Une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention dans les cas où:

a) elle se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont elle a la nationalité;

b) elle recouvre volontairement sa nationalité;

c) elle acquiert une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité;

d) elle retourne volontairement s’établir dans le pays qu’elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d’être persécutée;

e) les raisons qui lui faisaient craindre d’être persécutée dans le pays qu’elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée ont cessé d’exister.

On ne peut comprendre ces dispositions, il me semble, qu’en fonction d’un certain nombre d’idées sous-jacentes que l’on retrouve d’ailleurs énoncées dans un chapitre intitulé «Principes généraux»,

*Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees.<sup>6</sup>

The first idea is that a person is necessarily a refugee before being recognized as such: he does not become a refugee because he is recognized, but is recognized because he is a refugee; there is first a situation of fact which gives rise to a condition, then recognition of a right which is expressed by a status.

A second idea is that a person's being a refugee depends on past events, as it is because of events in which he has been involved that he has had to flee his country to seek protection and refuge elsewhere. "[Any person] who . . . [a]s a result of events occurring . . . and owing to a well-founded fear of being persecuted . . . is outside the country . . . and is . . . owing to such fear . . . unwilling to avail himself", the Convention states. "[Any person] who . . . by reason of a well-founded fear . . . is outside the country of the person's nationality and is . . . by reason of that fear . . . unwilling to avail himself of the protection of that country", subsection 2(1) of the Act repeats. The connection between the fear and the fact of being out of the country and the same fear (that fear) and the refusal to return is apparent; and in this respect, it should be noted, the technical definition in the Convention and the Act is in accordance with the ordinary meaning of the word "refugee" which (I take the *Petit Robert* definition) [TRANSLATION] "is used of a person who has had to flee the place he lived in so as to escape a danger (war, political or religious persecution and so on)".

I realize that this idea of a refugee "*sur place*" has been taken and applied in practice to a person who did not flee his country through fear of persecution, but who after a period spent abroad fears to return because of events that have occurred during his absence. Such a person may be, for example, a diplomat or other public official sta-

<sup>6</sup> I am not of course forgetting that the Convention referred to in the Handbook is not law in Canada as such, but our statute was adopted to give effect to the obligations resulting from the Convention and the definition of "refugee" which it contains is intended to be exactly that of the Convention: there could be no better source of information or tool for understanding than the Handbook to which I have referred.

placé en tête du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés<sup>6</sup>.

<sup>a</sup> La première idée est qu'une personne est nécessairement réfugiée avant d'être reconnue comme telle; elle ne devient pas réfugiée parce qu'elle est reconnue mais elle est reconnue parce qu'elle est réfugiée; on a d'abord une situation de fait qui donne lieu à un état, on a ensuite une reconnaissance de droit qui se traduit par un statut.

<sup>c</sup> Une deuxième idée est qu'une personne est réfugiée en fonction de faits passés, car c'est à cause d'événements qu'elle a vécus qu'elle a cru devoir fuir son pays pour chercher protection et refuge ailleurs. «Qui, par suite d'événements survenus . . . et craignant avec raison d'être persécutée . . . se trouve hors du pays . . . et qui . . . du fait de cette crainte ne veut se réclamer», dit la Convention. «Qui, craignant . . . se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et . . . du fait de cette crainte ne veut se réclamer», reprend le paragraphe 2(1) de la Loi. On voit le lien entre la crainte et le fait d'être hors du pays et la même crainte (cette crainte) et le refus de retourner. Et en cela, il faut le noter, la définition technique de la Convention et de la Loi respecte le sens commun du mot «réfugié» qui (je prends la définition du *Petit Robert*) «[s]e dit d'une personne qui a dû fuir le lieu qu'elle habitait afin d'échapper à un danger (guerre, persécutions politiques ou religieuses, etc.)».

<sup>h</sup> Je sais bien que l'on a dégagé en pratique cette notion de «réfugié sur place» pour l'appliquer à une personne qui n'a pas fui son pays par crainte de persécution, mais, après un séjour à l'étranger, a peur d'y retourner à cause d'événements survenus pendant son absence. Il peut s'agir d'un diplomate ou autre fonctionnaire en poste à l'étranger, d'un

<sup>6</sup> Je n'oublie évidemment pas que la Convention à laquelle se réfère le Guide n'est pas comme telle une loi du Canada, mais notre loi a été adoptée en exécution des obligations découlant de la Convention et la définition de réfugié qu'on y retrouve se veut précisément celle de la Convention: on ne saurait trouver meilleure source de renseignements et outil de compréhension que le Guide auquel je réfère.

tioned abroad, a prisoner of war or a student; but in my opinion this is an artificial extension of the basic idea of a refugee, which is accepted in connection with granting status because of the equivalence of the need for protection felt.

A third idea, connected with the second, is that the "change in circumstances" that occurred since his departure is not a reason for disputing that the claimant did flee his country to seek refuge elsewhere, that he is in fact a refugee: all the "change in circumstances" permits to dispute is whether the claimant still has reason to doubt that the authorities in his country will or can protect him and so whether he really still needs a refuge. It is thus given only a negative meaning or value, as is done for all "cessation" clauses, which our Act adopts in subsection 2(2), and for all "exclusion" clauses in Sections E and F of Article 1 of the Convention, which our Act adopts by reference.<sup>7</sup> This negative meaning or value applies only in the recognition of status, either to withdraw status already granted, as provided for in Section C of Article 1 of the Convention and subsection 2(2) of our Act, or to refuse to grant it, as assumed by subsection 69.1(5) dealing with consideration of a claim by the Refugee Division, a subsection to which I will return but which I quote forthwith:

<sup>7</sup> Ss. E and F of Article 1 of the Convention read as follows:

Article 1

E. This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

prisonnier de guerre, d'un étudiant, par exemple. Mais il s'agit là, à mon sens, d'une extension artificielle de la notion de base de réfugié, que l'on accepte au niveau de l'octroi du statut à cause de l'équivalence du besoin de protection ressenti.

Une troisième idée, rattachée à la seconde, c'est que le «changement de circonstances» survenu depuis son départ ne permet pas de contester que le revendicateur a vraiment fui son pays pour chercher refuge ailleurs, qu'il est un réfugié de fait; ce que le «changement de circonstances» permet uniquement de contester, c'est que le revendicateur ait encore raison de douter de la volonté ou de la possibilité des autorités de son pays de le protéger et que partant il ait vraiment encore besoin aujourd'hui d'un refuge. C'est ainsi qu'on ne lui attribue qu'une signification ou valeur négative comme on le fait pour toutes les clauses dites de cessation, que notre Loi reprend au paragraphe 2(2), et pour toutes les clauses dites d'exclusion des sections E et F de l'article 1 de la Convention, que notre Loi adopte par référence<sup>7</sup>. Et cette signification ou valeur négative ne joue qu'au niveau de la reconnaissance de statut, soit pour retirer un statut déjà accordé, ce que prévoient la section C de l'article 1 de la Convention et le paragraphe 2(2) de notre Loi, soit pour refuser de l'accorder, ce que suppose le paragraphe 69.1(5) relatif à la considération d'une revendication par la section du statut, paragraphe sur lequel je reviendrai mais dont je rappelle tout de suite le texte:

<sup>7</sup> Les sections E et F de l'article 1 de la Convention se lisent comme suit:

Article premier

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

## 69.1 ...

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division

(a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and

(b) shall afford the Minister a reasonable opportunity to present evidence and, if the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations.

Accordingly, as I understand it, the “change in circumstances” is a matter which is not part of the basic definition of a refugee, the definition applicable to a refugee strictly speaking, whom I have called a *de facto* refugee; it only applies negatively, to support a denial or withdrawal of refugee status,<sup>8</sup> which is within the exclusive jurisdiction of the Refugee Division.

2. The second consideration I wish to mention is independent of the first, in that I feel it is valid regardless of whether I am wrong as to the distinction between criteria of positive and negative value in granting refugee status, and that in fact and whatever the circumstances a person must be considered a refugee only if the fear of persecution which caused him to flee his country has continued to be objectively reasonable despite the political changes that have taken place in the meantime. I submit that in any case the function assigned to the adjudicator and the member of the Refugee Division, as the first instance tribunal in the procedure for considering a refugee status claim, is opposed to taking “changes in circumstances” into account. As we know, this function is defined in subsection 46.01(6) of the Act, in terms which must be kept clearly in mind:

## 46.01 ...

(6) If the adjudicator or the member of the Refugee Division, after considering the evidence adduced at the inquiry or hearing, including evidence regarding

## 69.1 ...

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations, ces deux derniers droits n'étant toutefois accordés au ministre que s'il l'informe qu'à son avis, la revendication met en cause la section E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi.

Ainsi, tel que je le comprends, le «changement de circonstances» est un élément qui n'entre pas dans la définition de base du réfugié, celle qui s'applique au réfugié proprement dit que j'ai appelé un réfugié de fait; il ne joue que négativement, pour appuyer un refus ou un retrait de reconnaissance de statut<sup>8</sup>, ce qui est de la juridiction exclusive de la section du statut.

2. La deuxième considération que je veux faire valoir est indépendante de la première en ce sens qu'elle me paraît valable peu importe que j'aie tort quant à cette distinction entre critères de valeur positive et négative dans l'octroi du statut de réfugié et qu'il faille considérer qu'en fait et en tout état de cause une personne n'est réfugiée que si la crainte d'être persécutée qui l'a fait fuir son pays est restée objectivement raisonnable malgré les changements politiques survenus entre temps. Je soumets que de toute façon le rôle assigné à l'arbitre et au membre de la section du statut, en tant que formant le tribunal d'accès dans le processus de considération d'une revendication du statut de réfugié, s'oppose à une prise en considération des «changements de circonstances». Ce rôle est, comme l'on sait, défini au paragraphe 46.01(6) de la Loi dans les termes qu'il faut avoir bien présents à l'esprit:

## 46.01 ...

(6) L'arbitre ou le membre de la section du statut concluent que la revendication a un minimum de fondement si, après examen des éléments de preuve présentés à l'enquête ou à l'audience, ils estiment qu'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Parmi les éléments présentés, ils tiennent compte notamment des points suivants:

<sup>8</sup> In the case of a refugee “*sur place*”, of course, the situation is completely different since the natural information is the positive element or criterion on which the claim is based.

<sup>8</sup> Dans le cas du «réfugié sur place», la situation est évidemment totalement différente puisque là les données naturelles constituent l'élément, le critère, positif sur lequel la revendication se fonde.

(a) the record with respect to human rights of the country that the claimant left, or outside of which the claimant remains, by reason of fear of persecution, and

(b) the disposition under this Act or the regulations of claims to be Convention refugees made by other persons who alleged fear of persecution in that country,

is of the opinion that there is any credible or trustworthy evidence on which the Refugee Division might determine the claimant to be a Convention refugee, the adjudicator or member shall determine that the claimant has a credible basis for the claim.

I simply think it is clear, as I understand the ideas involved, that if the adjudicator and member of the Refugee Division have been able to find in the credible evidence admitted by them facts which could support the claimant's argument that he fled his country through a justified fear of persecution on the specified grounds, they could not contend that the claim had no credible basis. In order to be able to determine whether the new factors, resulting from an alleged "change in circumstances" and generally applicable, so offset the proven information applicable to the claimant as to make it "non-existent" within the meaning of the provision ("there is . . . evidence", the provision states), they would have to make an assessment based on the various points of evidence accepted by them and the impact which this may be regarded as having on the reasonableness of the fear the claimant says he still has, and that assessment is simply not within their jurisdiction.

This is the point at which I wished to return to subsection 69.1(5), which as I said above assumes that the "change in circumstances" could lead to the denial of refugee status. I think the provision should be repeated:

**69.1 . . .**

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division

(a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and

(b) shall afford the Minister a reasonable opportunity to present evidence and, if the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations.

a) les antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays que le demandeur a quitté ou hors duquel il est demeuré de crainte d'être persécuté;

b) les décisions déjà rendues aux termes de la présente loi ou de ses règlements sur les revendications où était invoquée la crainte de persécution dans ce pays.

a

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Il me paraît tout simplement évident, eu égard à ma compréhension des notions mises en cause, que si l'arbitre et le membre du statut ont pu déceler dans la preuve crédible reçue par eux, des faits susceptibles d'appuyer la prétention du revendicateur à l'effet qu'il a fui son pays poussé par une crainte justifiée de persécution pour les motifs prévus, ils ne sauraient prétendre que la revendication n'a aucun minimum de fondement. En effet, pour être en mesure de vérifier si les éléments nouveaux résultant d'un prétendu «changement de circonstances» applicables de façon générale annulent les éléments acquis applicables au revendicateur spécifiquement au point de les rendre «non-existants» au sens du texte («il existe des éléments», dit le texte), il leur faudrait procéder à une évaluation de la force des diverses preuves acceptées par eux et des incidences qui peuvent en être tirées relativement au caractère raisonnable de la crainte que dit avoir encore le revendicateur, et cette évaluation n'est tout simplement pas de leur ressort.

C'est à ce point-ci que je voulais revenir sur ce paragraphe 69.1(5) dont j'ai déjà dit plus haut qu'il présupposait que le «changement de circonstances» pouvait conduire au refus d'une reconnaissance de statut. Je pense qu'il convient de reprendre le texte:

**69.1 . . .**

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations, ces deux derniers droits n'étant toutefois accordés au ministre que s'il l'informe qu'à son avis, la revendication met en cause la section E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi.

What I wished first of all to note was the use of the expressions, in French, “*met en cause . . . le paragraphe 2(2) de la présente loi*” and in English, “*matters involving . . . subsection 2(2) of this Act are raised*”. Clearly, it is the possibility that the status will be denied for one of the causes of withdrawal mentioned in subsection 2(2) that was intended, not cases in which status previously granted has already been withdrawn. In the case of a claim made again after loss of status, there is no need of opinions or representations to the Refugee Division: the very definition of a refugee is made inapplicable by the wording of subsection 2(1) itself and there is no doubt that the claim must be dismissed forthwith.

However, what I especially wished to mention is this requirement of prior notice so that the Minister can cross-examine witnesses and make representations when in his opinion “*matters involving Section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised*”. This section might well deal expressly only with the powers of the Minister and the possibility that the proceeding may involve argument and counter-argument when there is any chance that status will be denied on grounds mentioned in subsection 2(2), in particular the “*change in circumstances*”; but this provision is not isolated and must be seen in its context. It must be given a meaning. Is it conceivable that the first instance tribunal and the Refugee Division are fully empowered to take into account the “*change in circumstances*”, but that the Minister, simply to raise and discuss it, is subject to a requirement of prior notice; or better still, can it be that the Minister has full leeway before the first instance tribunal, but before the Refugee Division his right of making representations depends on prior notice?

The only explanation I see for this provision is that the “*change in circumstances*” as a negative factor presents problems so complex in evidence, assessment and even possibly international relations that the legislature intended its consideration to be first under the Minister’s control and then announced in advance. This leads me to my third consideration.

Ce que je voulais faire remarquer d’abord c’était l’utilisation des expressions: en français, «*met en cause . . . le paragraphe 2(2) de la présente loi*» et en anglais, «*matters involving . . . subsection 2(2) of this Act are raised*». C’est certes la possibilité de refuser le statut pour une des causes de retrait prévues au paragraphe 2(2) que l’on prévoyait et non les cas où un statut accordé précédemment aurait déjà été retiré. Dans le cas d’une revendication réitérée après la perte du statut, il n’y a pas besoin d’avis ou de représentations au niveau de la section du statut; la définition même de réfugié est rendue inapplicable par le texte même du paragraphe 2(1) et nul doute que le rejet de la revendication doit être prononcé dès le départ.

Mais ce que je voulais souligner tout spécialement c’est cette exigence d’un avis préalable pour que le ministre puisse contre-interroger les témoins et faire des observations lorsqu’à son avis «*la revendication met en cause la section E ou F de l’article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi*». Je veux bien qu’il soit formellement question dans cet article uniquement des pouvoirs du ministre et de la possibilité de rendre la procédure contradictoire lorsqu’il est question de refuser une reconnaissance pour un des motifs prévus au paragraphe 2(2), notamment le «*changement de circonstances*». Mais cette disposition n’est pas isolée et doit être placée en contexte. Il faut lui donner un sens. Peut-on penser que le tribunal d’accès et la section du statut seraient pleinement habilités à tenir compte du «*changement de circonstances*», mais que le ministre, lui, pour simplement le soulever et en discuter, serait soumis à l’obligation d’un avis préalable. Ou mieux encore, peut-on penser que le ministre aurait pleine latitude devant le tribunal d’accès, mais devant la section du statut son droit de représentations serait conditionnel à un avis préalable?

La seule explication que je vois à cette disposition est que le «*changement de circonstances*» en tant qu’élément négatif pose des problèmes si complexes en matière de preuve, d’appréciation et même éventuellement de relations internationales qu’on a voulu que sa considération soit d’abord laissée sous le contrôle du ministre et ensuite annoncée à l’avance. Ce qui me conduit à ma troisième considération.

3. This third consideration can only give rise to an alternative argument of convenience, but it is one which seems worth considering. If the new system of adjudication created by Parliament for refugee status claims gave the first instance tribunal and the Refugee Division the power, and even the duty, to consider a "change in circumstances" freely and on their own initiative, it would place the claimant in a very difficult situation procedurally and impose on him extremely heavy evidence requirements. To establish his right, the claimant could no longer simply state the facts leading him to seek refuge elsewhere by showing that his fear of persecution was fully reasonable, he would also have to assume the burden of proving that the political changes occurring in his country since he left it are not such as to make that fear cease to exist or render it unreasonable; and he would have to do so without knowing in advance the changes likely to be considered and without any adequate means of properly assessing their significance. I find it hard to see how such a system would be entirely consistent with the rules of fundamental justice referred to by 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]].

These then are the considerations which lead me to say that the political changes occurring in a claimant's country of origin since his departure (in the case of an ordinary refugee, and not a refugee "sur place", as explained above) are not within the jurisdiction of the adjudicator and member of the Refugee Division responsible for determining whether there is a credible basis for the claim. The claim of the claimant must be assessed first on the basis of past events involving her. Refugee status could undoubtedly be denied because of political changes which have removed any reasonable basis from her fear of claiming the protection of her country of origin at the present time, because then there can no longer be a duty to give her refuge; but only the Refugee Division can do this, and perhaps even only (but I do not need to go that far

3. Cette troisième considération ne peut donner ouverture qu'à un argument subsidiaire de convenance mais qui ne me paraît pas sans valeur. Si le nouveau système d'adjudication mis sur pied par le Parlement en matière de revendication du statut de réfugié confiait au tribunal d'accès et à la section du statut le pouvoir et même le devoir de prendre en considération, librement et de leur propre chef, un «changement de circonstances», il placerait le revendicateur dans une situation procédurale fort difficile et le soumettrait à des exigences de présentation extrêmement lourdes. Le revendicateur, en effet, pour faire valoir son droit, ne pourrait plus se limiter à rendre compte des faits qui l'ont incité à chercher refuge ailleurs en montrant que sa crainte de persécution était pleinement raisonnable, il devrait aussi assumer le fardeau de prouver que les changements politiques survenus dans son pays depuis son départ ne sont pas de nature à faire disparaître cette crainte ou à la rendre déraisonnable. Et il devrait le faire sans connaître à l'avance les changements susceptibles d'être pris en considération et sans moyen adéquat pour en vérifier pleinement la signification. J'ai peine à penser qu'un tel système serait en tout point conforme aux principes de justice fondamentale auxquels se réfère 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

Ce sont donc là les considérations qui me conduisent à affirmer que les changements politiques survenus dans le pays d'origine du revendicateur depuis sa fuite (lorsqu'il s'agit d'un réfugié ordinaire et non d'un «réfugié sur place» comme précisé ci-haut) ne sont pas de la compétence de l'arbitre et du membre de la section du statut chargé de vérifier si la revendication a un minimum de fondement. C'est sur la base des événements passés et vécus par le revendicateur que sa revendication doit d'abord être appréciée. Sans doute, le statut de réfugié pourra lui être refusé à cause de changements politiques qui auraient enlevé tout fondement rationnel à sa crainte de réclamer aujourd'hui la protection de son pays d'origine, parce que là on ne peut plus parler d'une obligation de lui assurer un refuge. Mais c'est la section du statut seule qui pourra le faire, et peut-être même uniquement (mais je n'ai pas

at present) at the instance of the Minister and after notice.

In my opinion, therefore, it is because the adjudicator and member of the Division have gone beyond their function by proceeding on a basis which was not within their powers that their decision cannot stand and should be set aside.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DESJARDINS J.A.: Like my brother Pratte J.A., I consider that the first instance tribunal has jurisdiction to hear evidence dealing with the political changes that have occurred in the applicant's country of origin.

Subsection 46(3) of the *Immigration Act*<sup>9</sup> is written in general terms. The political changes in the country of origin are, in my opinion, one of the essential components of the definition of the term "Convention refugee" found in paragraph (b) of that definition,<sup>10</sup> which incorporates by adoption subsection 2(2) of the Act. Before the first instance tribunal the claimant, who certainly is not unaware himself of changes taking place in his country of origin, has the burden of showing, if there is evidence to the contrary but even if there is not, that the reasons which caused him to fear persecution have not ceased to exist.<sup>11</sup> He may also at this stage rely on subsection 2(3) [as am. *idem*, s. 1] of the Act, which provides:

2. ...

(3) A person does not cease to be a Convention refugee by virtue of paragraph (2)(e) if the person establishes that there are compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of the protection of the country that the person left, or outside of which the person remained, by reason of fear of persecution.

<sup>9</sup> *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

46. ...

(3) Where the adjudicator and the member of the Refugee Division are considering the matters referred to in paragraphs (1)(b) and (c), they shall afford the claimant and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations with respect to those matters.

<sup>10</sup> See s. 2 of the *Immigration Act*.

<sup>11</sup> S. 2(2)(e) of the *Immigration Act*.

besoin aujourd'hui d'aller jusque là), à l'instigation du ministre et après avis.

C'est donc d'après moi parce que l'arbitre et le membre du statut ont excédé leur rôle en procédant sur une base qui n'était pas de leur ressort que leur décision ne peut tenir et doit être annulée.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'estime, tout comme mon collègue le juge Pratte, J.C.A., que le tribunal d'accès a compétence pour entendre la preuve ayant trait au changement politique survenu dans le pays d'origine de la requérante.

Le paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration*<sup>9</sup> est rédigé en termes généraux. Les changements politiques dans le pays d'origine constituent, selon moi, un des éléments essentiels de la définition du terme «réfugié au sens de la Convention» que l'on retrouve à l'alinéa b) de cette définition<sup>10</sup>, lequel incorpore, par voie d'adoption, le paragraphe 2(2) de la Loi. Devant le tribunal d'accès, le revendicateur, qui n'ignore certainement pas lui-même les changements survenus dans son pays d'origine, a la charge de démontrer, devant une preuve contraire mais également sans cette preuve contraire, que les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécuté n'ont pas cessé d'exister<sup>11</sup>. Il peut également à ce stade se prévaloir du paragraphe 2(3) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi qui stipule:

2. ...

(3) Une personne ne perd pas le statut de réfugié pour le motif visé à l'alinéa (2)e) si elle établit qu'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée.

<sup>9</sup> *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2.

46. ...

(3) Au cours de l'examen des points visés aux alinéas (1)b) et (c), l'arbitre et le membre de la section du statut doivent donner au ministre et à l'intéressé la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations.

<sup>10</sup> Voir art. 1 de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>11</sup> Art. 2(2)e) de la *Loi sur l'immigration*.



In short, the claimant must always establish that his fear is justified.

The first instance tribunal must determine the credibility of any evidence submitted to it. It must then determine whether, on the evidence so found to be credible, the Refugee Division could reasonably conclude that the claim was justified. It is not required to weigh this evidence in terms of the existence of each of the essential components of the definition of a "Convention refugee", since that is the function of the Refugee Division. However, if the evidence is such that the Refugee Division could never conclude that the claim was valid, the first instance tribunal has the power to disallow the claim on the ground that it lacks a credible basis.<sup>12</sup>

Denying the first instance tribunal the power to admit evidence of changes in circumstances taking place in the country of origin would amount to denying it the right to disallow an obviously groundless claim.

My brother Marceau J.A. is undoubtedly right in pointing out the marked difference between the wording of subsections 69.1(5)<sup>13</sup> and 46(3) of the Act. However, I would certainly not conclude from this that it is necessary to limit the scope of subsection 46(3) because of the limitations contained in subsection 69.1(5). Both decision-making levels have power to hear evidence regarding political changes occurring in a country of origin, but they do not have the same function with regard to such evidence.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Ss. 46(1) and 46.01(6) of the Act; *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (F.C.A.).

<sup>13</sup> 69.1 . . .

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division (a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and (b) shall afford the Minister a reasonable opportunity to present evidence and, if the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations.

<sup>14</sup> We are not concerned in the case at bar with the application of s. 69.2 of the Act.

Bref, le revendicateur doit toujours démontrer le bien-fondé de sa crainte.

Le tribunal d'accès doit déterminer la crédibilité de toute la preuve qui lui est présentée. Il lui appartient ensuite de déterminer si, devant la preuve retenue comme étant crédible, la section du statut pourrait raisonnablement conclure au bien-fondé de la revendication. Il ne lui appartient pas de soupeser cette preuve à l'égard de l'existence de chacun des éléments essentiels de la définition de «réfugié au sens de la Convention», puisque ce rôle appartient à la section du statut. Si cependant la preuve est telle que jamais la section du statut ne pourrait conclure au bien-fondé de la revendication, le tribunal d'accès a compétence pour écarter la revendication au motif qu'elle n'a aucun minimum de fondement<sup>12</sup>.

Nier au tribunal d'accès la compétence pour recevoir de la preuve portant sur le changement de circonstances survenu dans le pays d'origine équivaudrait à lui nier le droit d'écarter une revendication manifestement frivole.

Mon collègue le juge Marceau, J.C.A., a certes raison de souligner la différence marquée qui existe dans la rédaction des paragraphes 69.1(5)<sup>13</sup> et 46(3) de la Loi. Je ne saurais cependant déduire qu'il faille limiter la portée du paragraphe 46(3) à cause des restrictions contenues au paragraphe 69.1(5). Les deux paliers décisionnels ont compétence pour entendre la preuve portant sur les changements politiques survenus dans le pays d'origine mais n'ont pas la même fonction à l'égard de cette preuve<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Art. 46(1) et 46.01(6) de la Loi. *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (C.A.F.).

<sup>13</sup> 69.1 . . .

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations, ces deux derniers droits n'étant toutefois accordés au ministre que s'il l'informe qu'à son avis la revendication met en cause la section E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi.

<sup>14</sup> Nous ne sommes pas concernés, dans la présente affaire, avec l'application de l'art. 69.2 de la Loi.

I would dispose of this case as suggested by Pratte J.A.

Je disposerais de cette affaire tel que le suggère le juge Pratte, J.C.A.

T-2652-85

T-2652-85

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen and Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, and James D. Wilson sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) (*Defendants*)

INDEXED AS: WEWAYAKUM INDIAN BAND v. WEWAYAKAI INDIAN BAND (T.D.)

Trial Division, Addy D.J.—Vancouver, January 22; Ottawa, March 6, 1991.

*Native peoples — Lands — Plaintiffs suing on own behalf and on behalf of past, present and future Band members — Action turning on which of two bands entitled to possession of reserve — Motion to strike paragraph in statement of defence denying representative authority of individual plaintiffs — Indian bands having special status, apart from Indian Act, to institute, prosecute and defend action derived from existence as separate society — Plaintiffs suing in band's name must establish authority to sue in Band's name through traditions, customs and government of band.*

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Action between Indian bands over possession of reserve — Interrogatories based on Rules prior to 1990 amendment not more restrictive than oral examinations for discovery — Trend towards broadening fair and full disclosure — Past events fully discoverable, if simple facts — Opinion or conclusion drawn from special knowledge or analysis of facts not subject-matter of discoveries — Interrogatories must be answered by party — Improper to hire non-Band member historian to answer interrogatories — As party may be prevented from adopting contradictory position in same action, plaintiffs ordered to provide details on matters beyond living memory similar to questions they asked of defendants — Time and expenditure in answering balanced against amount of money or importance of non-monetary issues, usefulness answer might have in determining basic issues — As aboriginal title*

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakum (également connue sous le nom de bande indienne de Campbell River) (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine et Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakai (également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge) (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE WEWAYAKUM c. BANDE INDIENNE WEWAYAKAI (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge suppléant Addy—Vancouver, 22 janvier; Ottawa, 6 mars 1991.

*Peuples autochtones — Terres — Les demandeurs poursuivent en leur nom et au nom des anciens membres de la bande et de ses membres actuels et futurs — L'action porte sur la question de savoir laquelle des deux bandes a droit à la possession d'une réserve — Requête en radiation d'un paragraphe de la défense contestant aux personnes physiques demanderesses le droit de représenter les membres de la bande — Les bandes indiennes possèdent, indépendamment de la Loi sur les Indiens, un statut spécial qui leur permet d'intenter, de continuer et de contester une action en justice en raison de leur existence à titre de société distincte — Les demandeurs qui poursuivent au nom de la bande doivent démontrer qu'ils ont ce pouvoir en invoquant les traditions, les coutumes et le gouvernement de la bande.*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Action opposant des bandes indiennes au sujet de la possession d'une réserve — L'interrogatoire écrit fondé sur les Règles en vigueur avant les modifications de 1990 n'a pas une portée plus restrictive que l'interrogatoire préalable oral — On a tendance à accroître les possibilités de communication franche et complète — Les événements du passé peuvent parfaitement faire l'objet d'un interrogatoire préalable s'ils constituent des faits simples — L'opinion ou la conclusion qui résulte d'une connaissance spéciale ou de l'analyse de certains faits ne peut faire l'objet d'un interrogatoire préalable — C'est aux parties à l'action qu'il incombe de répondre aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire écrit — On agit irrégulièrement en retenant les services d'un historien qui ne fait pas partie de la bande pour répondre aux questions posées dans l'interrogatoire écrit — Comme une partie peut être déclarée irrecevable à adopter une position contradictoire au cours de la même action, la Cour ordonne aux demandeurs de fournir des détails sur les questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins et qui ressemblent à celles qu'ils ont posées aux défendeurs — Mise en balance de la somme de temps et de dépenses à*

*essential to disposition of case, questions about extent of occupation of Reserve proper.*

*Practice — Parties — Standing — As deceased and unborn persons unable to sue or be sued, cannot be part of class action — Reference to past or future members of Indian Band in pleadings and as parties in style of cause improper — Indian bands having special status, apart from Indian Act, to sue and be sued — Individual plaintiffs establish authorization — Not class action.*

These were pre-trial motions (1) by the plaintiffs, under Rule 419, to strike out the paragraph of the amended statement of defence denying the authority of the individual plaintiffs to represent all other, including past, present and future, members of the plaintiff Band, and (2) by the defendants to compel the plaintiff Band to answer several questions in interrogatories. The plaintiffs were suing on their own behalf and on behalf of all past, present and future members of the Band for right of possession and enjoyment of a Reserve.

(1) The plaintiffs argued that the impugned paragraph did not disclose a valid ground of defence because the Chief and Council members have a legal right to bring a class action in the name of the Band members, and as such the question of authorization was irrelevant as any member of the class who objects may request to be added as party defendant.

(2) The plaintiffs objected that questions pertaining to the Band's occupation of the Reserve were irrelevant as the Band relied upon the McKenna McBride Commission of 1912 report and on Orders in Council of the province of British Columbia and of Canada. They submitted that questions of an historical nature were not the proper subject-matter of discovery, and could only be answered through expert evidence filed and subsequently provided at trial. Finally, they argued that only an expert historian was legally capable of testifying as to facts which are beyond living memory.

The issues were whether authorization must exist for a chief and councillors to sue in the band's name, and the propriety of questions relating to, *inter alia*, aboriginal title.

*Held*, plaintiffs' motion should be dismissed; defendants' motion should be allowed in part.

A deceased or an unborn person cannot sue or be sued because he does not exist and neither may be part of a class of plaintiffs. The statement of claim and amended statement of defence were amended *ex proprio motu* by deleting any refer-

*consacrer pour répondre aux questions avec le montant d'argent ou l'importance des questions non pécuniaires en litige, ainsi que l'utilité que pourrait avoir la réponse pour trancher les questions essentielles du procès — Comme il est essentiel de se prononcer sur le titre ancestral pour trancher l'affaire, a les questions relatives à la portée de l'occupation de la réserve sont légitimes.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Comme les personnes décédées ou non encore nées ne peuvent ester en justice, elles ne peuvent faire partie d'un recours collectif — La mention d'anciens ou de futurs membres d'une bande indienne dans les actes de procédure et leur désignation à titre de parties dans l'intitulé de la cause sont irrégulières — Les bandes indiennes ont, indépendamment de la Loi sur les Indiens, un statut spécial qui leur permet d'ester en justice — Les personnes physiques demanderesse ont établi qu'elles étaient autorisées — Il ne s'agit pas d'un recours collectif.*

Il s'agit de deux requêtes préalables. Par la première, les demandeurs sollicitent, en vertu de la Règle 419, la radiation du paragraphe de la défense modifiée par lequel on conteste aux personnes physiques demanderesse le droit de représenter tous les autres membres de la bande demanderesse, y compris les anciens membres de la bande et ses membres actuels et futurs. Par la seconde, les défendeurs veulent forcer la bande demanderesse à répondre à plusieurs questions qui lui ont été posées dans le cadre de l'interrogatoire écrit. Les demandeurs poursuivent en leur nom et au nom de tous les anciens membres de la bande et de ses membres actuels et futurs en vue d'obtenir le droit à la possession et à la jouissance d'une réserve.

(1) Les demandeurs prétendent que le paragraphe contesté ne révèle aucun moyen de défense valable parce que le chef et les membres du conseil sont fondés en droit à exercer un recours collectif au nom des membres de la bande et qu'en soi, la question de l'autorisation n'est pas pertinente, étant donné que toute personne qui fait partie du groupe et qui formule une objection peut demander à être constituée codéfenderesse.

(2) Les demandeurs soutiennent que les questions portant sur l'occupation de la réserve par la bande ne sont pas pertinentes car la bande se fonde sur le rapport publié en 1912 par la Commission McKenna McBride et sur des décrets pris par la province de la Colombie-Britannique et par le Canada. Ils prétendent que des questions qui ont un caractère historique n'entrent pas dans le cadre d'un interrogatoire préalable et que seul un expert peut y répondre au moyen d'une déposition qui sera versée au dossier et qui sera communiquée par la suite au procès. Finalement, ils soutiennent que seul un historien expert peut légalement témoigner au sujet de faits qui sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner.

Le litige porte sur la question de savoir si le chef et les membres d'un conseil doivent être autorisés à intenter une poursuite au nom de la bande, et sur la légitimité de questions se rapportant notamment au titre ancestral.

*Jugement*: la requête des demandeurs devrait être rejetée; la requête des défendeurs devrait être accueillie en partie.

Les personnes décédées et celles qui ne sont pas encore nées ne peuvent ester en justice parce qu'elles n'existent pas, et elles ne peuvent faire partie d'un groupe de demandeurs. La déclaration et la défense modifiée sont modifiées d'office par la

ence to the institution of the action on behalf of past or future members of the plaintiff Band. The practice of referring to past and future members of an Indian Band as parties in the style of cause is improper and should be terminated.

(1) There was no evidence that the impugned paragraph of the amended statement of defence was scandalous, frivolous or vexatious or that it could prejudice or delay a fair trial or otherwise constituted an abuse of process under Rule 419(1)(c), (d), or (f). As to whether it constituted a valid defence under Rule 419(1)(a), Indian bands do possess a special status enabling them to institute, prosecute and defend a court action. Those claiming to sue in the name of a Band must be prepared to establish their authority to do so. Such authorization is not subject to any special rules, laws or procedures other than those prescribed by the traditions, customs and government of the band. This special legal status is not dependent upon the *Indian Act* but is derived from their existence as a separate society and from common fundamental and special tribal customs, laws, privileges, rights and obligations akin to those incumbent upon the citizens of a state. Indian bands can be sued and become the subject of legal pronouncement. The rights of Indian bands, tribes or nations to enter into treaties and contracts and to acquire certain rights and renounce others have been recognized since the Indians' first contact with Europeans. Indians themselves have recognized these powers as existing in Chiefs and Councils. If bands were allowed to sue by ordinary class actions, without the requirement of proper authorization of the band, claims which might be denied could be subject to revival and chaos would result. Common sense dictates that Indian bands should possess the same rights to sue as corporations and be subject to resulting obligations.

(2) The plaintiff Band cannot object to interrogatories concerning the extent of its occupation of the disputed Reserve. The Federal Court of Appeal has held that the issue of aboriginal title was essential to the disposition of this case. Upon appeal, the Supreme Court of Canada did not disagree, but indicated that the *Indian Act* was also relevant. Aboriginal title is a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their lands, which can be continued either through the original nation or tribe or through a successor to the group which first occupied the lands and established aboriginal title. The statement of claim alleges that the Indians at Campbell River were the ancestors of the present Band members and that plaintiff band has, before and since 1888, occupied and enjoyed the use and benefit of Reserve No. 11, but since 1888, has been wrongfully denied occupation, use and benefit of Reserve No. 12.

Interrogatories are not more restrictive than oral examinations for discovery, based on Federal Court Rules 466.1(1) and 465(15) prior to their amendment in 1990. There is neither practical nor logical reason why an interrogatory should be more restrictive. The questioner is already handicapped because

suppression de toute allusion au fait que l'action est intentée au nom d'anciens ou de futurs membres de la bande. L'usage consistant à désigner des anciens et des futurs membres d'une bande indienne dans l'intitulé de cause est abusif et on devrait y mettre un terme.

(1) On n'a pas présenté de preuve démontrant que le paragraphe contesté de la défense modifiée est scandaleux, futile ou vexatoire, qu'il peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, ou qu'il constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour au sens de la Règle 419(1)(c), (d) ou (f). Quant à la question de savoir s'il constitue un moyen de défense valable au sens de la Règle 419(1)(a), les bandes possèdent effectivement un statut spécial qui leur permet d'intenter, de continuer et de contester une action en justice. Ceux qui prétendent poursuivre au nom d'une bande doivent être prêts à démontrer qu'ils en ont le pouvoir. Cette autorisation n'est pas assujettie à des règles, lois ou procédures spéciales autres que celles que prescrivent les traditions, les coutumes ou le gouvernement de la bande. Ce statut juridique spécial ne dépend pas de la *Loi sur les Indiens*, mais découle de leur existence en tant que société distincte et de coutumes, lois, privilèges, droits et obligations tribaux communs qui sont fondamentaux et spéciaux et qui ressemblent à ceux qui sont propres aux citoyens d'un État. Les bandes indiennes peuvent être poursuivies et faire l'objet de décisions judiciaires. Le droit que possèdent les bandes, tribus ou nations indiennes de conclure des traités et des contrats et d'acquérir certains droits et de renoncer à d'autres a été reconnu dès les premiers contacts entre les Indiens et les Européens. Les Indiens ont eux-mêmes reconnu que les chefs et les conseils possèdent ces pouvoirs. Si l'on permettait aux bandes de poursuivre au moyen d'un recours collectif ordinaire sans les obliger à être dûment autorisées, des réclamations qui ont pu être rejetées pourraient être à nouveau portées devant les tribunaux et le chaos en résulterait. Le bon sens exige que l'on reconnaisse aux bandes indiennes les mêmes droits de poursuite que ceux que possèdent les personnes morales et qu'on les assujettisse aux obligations qui en découlent.

(2) La bande demanderesse ne peut s'opposer aux questions portant sur l'étendue de son occupation de la réserve contestée. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il était essentiel de résoudre la question du titre ancestral pour résoudre le présent litige. En appel, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'elle n'était pas en désaccord, mais a ajouté qu'il fallait également tenir compte de la *Loi sur les Indiens*. Le titre ancestral est un droit strict qui tire sa source de l'occupation historique des Indiens et de la possession de leurs terres. Ce titre peut être maintenu en vigueur soit par l'entremise de la nation ou de la tribu originale, soit par l'entremise d'un successeur du groupe ayant occupé le premier les terres et ayant établi le titre ancestral. Dans leur déclaration, les demandeurs allèguent que les Indiens de Campbell River sont les ancêtres des membres actuels de la présente bande demanderesse et que celle-ci a, avant et depuis 1888, occupé la réserve n° 11 et en a eu l'usage et la jouissance mais que, depuis 1888, on lui refuse à tort l'occupation, l'usage et la jouissance de la réserve n° 12.

L'interrogatoire écrit n'a pas une portée plus restrictive que l'interrogatoire préalable oral sur le fondement des Règles 466.1(1) et 465(15) des *Règles de la Cour fédérale* dans leur rédaction en vigueur avant leur modification en 1990. Il n'y a aucune raison pratique ou logique pour laquelle un interroga-

he does not know what the answer to the previous questions will be before inserting subsequent questions in the interrogatory, and the person answering has ample time to consider the question and consult, if necessary, before answering. Although there are differences between jurisdictions as to the subject-matter of discovery before trial, there has been a general extension of the rules of practice so that the prevailing trend favours broadening fair and full disclosure to enable the party to advance his own case or to damage the case of his adversary.

Past events, in so far as they constitute simple or basic facts, are fully discoverable. To exclude documents or statements containing reference to facts beyond living memory from discovery would be unfair to Indians who relied on oral traditions long after other cultures began recording in writing their history. The expression of a simple self-evident conclusion which would be reached as a matter of course by any ordinary person may form the subject-matter of a question on discovery but an opinion resulting from an analysis of certain specified facts, which requires special expertise or knowledge would not.

Interrogatories are required to be answered by a party to the action. The hiring of an historian who was neither a member of the plaintiff Band, nor exercising authority within it, to answer the interrogatories was improper. It contravened the *Federal Court Rules* on the discovery process and the generally accepted practice adopted by common law courts for the examination of parties. If only experts were allowed to answer questions referring to historical facts, pre-trial discovery would be precluded and a claim based on aboriginal title or matters beyond living memory would be limited to production of documents.

In deciding which questions should be answered, the fact that many of the questions to which the plaintiffs have objected were almost identical to ones which they had asked the defendants and which they were seeking to compel the defendants to answer, had to be taken into account. A party may be prevented from adopting a completely contradictory position in the same action. Hence, some questions which would otherwise have been disallowed were allowed because the same details beyond living memory were requested by the plaintiffs. The probable amount of time, effort, research, work and expenditure involved in answering was weighed against the amount of money or the importance of non-monetary issues involved, degree of relevance, and probable importance, value or usefulness which the answer might have in determining the basic issues of the litigation. Where a question is relevant and not otherwise objectionable, the party refusing to answer must furnish some evidence to explain the difficulties and to establish what reasonable, though unsuccessful, efforts were made to obtain an answer. Questions involving conclusions of law as

toire écrit devrait être plus restrictif. La personne qui pose les questions est déjà désavantagée parce qu'elle ne connaît pas la réponse aux questions déjà posées avant d'insérer d'autres questions dans l'interrogatoire écrit, et parce que la personne qui répond a amplement le temps d'étudier la question et de consulter au besoin une autre personne avant de répondre. Bien qu'il existe des différences entre les provinces au sujet de ce sur quoi doit porter l'interrogatoire préalable, on a de façon générale élargi la portée des règles de pratique de sorte que l'on a tendance à accroître les possibilités de communication franche et complète de la preuve permettant à la partie de prouver ses allégations ou de réfuter celles de son adversaire.

Les événements du passé peuvent parfaitement faire l'objet d'un interrogatoire préalable, pour autant qu'ils constituent des faits simples ou fondamentaux. Exclure de l'interrogatoire préalable des documents ou des déclarations contenant des allusions à des faits qui sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner serait injuste envers les Indiens qui s'en remettaient à la tradition orale longtemps après que d'autres cultures eurent commencé à consigner leur histoire par écrit. L'expression d'une conclusion évidente que tirerait nécessairement toute personne ordinaire pourrait faire l'objet d'une question dans le cadre d'un interrogatoire préalable, alors qu'une opinion résultant de l'analyse de certains faits précis, qui exigent une certaine compétence ou certaines connaissances techniques, ne le pourrait pas.

C'est une des parties à l'action qui doit répondre aux questions qui sont posées dans le cadre d'un interrogatoire préalable. On a eu tort de retenir les services d'un historien qui ne faisait pas partie de la bande demanderesse et qui n'exerçait aucune autorité au sein de cette dernière pour répondre aux questions. Cela allait à l'encontre des *Règles de la Cour fédérale* relatives au déroulement de l'interrogatoire préalable et à l'encontre de l'usage généralement accepté des tribunaux de common law en matière d'interrogatoire des parties. Si seuls les experts étaient autorisés à répondre aux questions mentionnant des faits historiques, il serait impossible de procéder à l'interrogatoire préalable et le plaideur dont la réclamation est fondée sur un titre ancestral ou sur des questions dont il ne reste plus de témoins ne pourrait produire que des documents.

Pour décider à quelles questions on doit répondre, la Cour a dû tenir compte du fait que bon nombre des questions auxquelles les demandeurs refusent de répondre sont presque identiques à celles qu'ils avaient posées aux défendeurs et auxquelles ils voulaient forcer les défendeurs à répondre. Une partie peut être déclarée irrecevable à adopter une position complètement contradictoire au cours de la même action. C'est pourquoi certaines des questions qui auraient autrement été écartées ont été autorisées parce que les demandeurs réclamaient les mêmes détails sur des questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins. La Cour a mis en balance la somme probable de temps, d'efforts, de recherches, de travail et de dépenses à consacrer pour répondre aux questions avec le montant d'argent ou l'importance des questions non pécuniaires en litige, ainsi que le degré de pertinence et l'importance, la valeur ou l'utilité probable que la réponse pourrait avoir pour permettre de trancher les questions essentielles du procès. Lorsqu'une question est pertinente et qu'elle n'est pas par ailleurs répréhensible, le plaideur qui refuse d'y répondre doit fournir certains éléments de preuve pour expliquer les difficultés et pour démontrer les démarches raisonnables quoique infructueuses qu'il a

well as opinion evidence are not properly the subject-matter of the party and party discovery process.

entreprises pour obtenir une réponse. Les questions qui impliquent des conséquences juridiques et des témoignages d'opinion ne peuvent légitimement faire l'objet de l'interrogatoire préalable qui se déroule entre les parties.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 419, 466.1(1), (5), (8), 465(15), 466.2 (as enacted by SOR/90-846, s. 16).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; affg *Roberts v. Canada*, [1987] 2 F.C. 535; (1987), 36 D.L.R. (4th) 552; [1987] 2 C.N.L.R. 145; 73 N.R. 234; *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.); *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. and Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352; 35 C.P.C. 68 (S.C.); *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation*, [1984] 1 F.C. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Delgamuukw et al. v. The Queen*, Smithers Registry, No. 0843, B.C.S.C., judgment dated 5/8/87, not reported; *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co., sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (B.C.C.A.); *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.); *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139; 10 R.P.R. 23 (S.C.); *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365; 4 B.C.L.R. 259 (B.C.C.A.).

#### COUNSEL:

*Lewis F. Harvey* and *Maria A. Morellato* for plaintiffs.

*John D. McAlpine, Q.C.* and *C. Allan Donovan* for defendants *Ralph Dick*, *Daniel Billy*, *Elmer Dick*, *Stephen Assu*, and *James D. Wilson* sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Weway-

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap I-5.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 419, 465(15), 466.1(1), (5), (8), 466.2 (édité par DORS/90-846, art. 16).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION NON SUIVIE:

*Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; conf. *Roberts c. Canada*, [1987] 2 C.F. 535; (1987), 36 D.L.R. (4th) 552; [1987] 2 C.N.L.R. 145; 73 N.R. 234; *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (C.S.); *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. et Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352; 35 C.P.C. 68 (C.S.); *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corporation*, [1984] 1 C.F. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Delgamuukw et al. v. The Queen*, greffe Smithers, n° 0843, C.S.C.-B., jugement en date du 5-8-87, non publié; *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co., sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.C.-B.); *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (C.S.); *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139; 10 R.P.R. 23 (C.S.); *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365; 4 B.C.L.R. 259 (C.A.C.-B.).

#### AVOCATS:

*Lewis F. Harvey* et *Maria A. Morellato* pour les demandeurs.

*John D. McAlpine, c.r.* et *C. Allan Donovan* pour les défendeurs *Ralph Dick*, *Daniel Billy*, *Elmer Dick*, *Stephen Assu* et *James D. Wilson*, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne

kai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band).

Wewayakai (également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge).

SOLICITORS:

*Davis and Company*, Vancouver and *Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for plaintiffs.

*McAlpine & Hordo*, Vancouver, for defendants Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, and James D. Wilson sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band).

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

ADDY D.J.: Two pre-trial procedural motions have been brought before me. The action turns on which of the two Indian Bands mentioned in the style of cause is entitled to possession and enjoyment of a reserve known as Reserve No. 12 situated on the right bank of the Quinsam River.

The defendant members of the Cape Mudge Indian Band have applied to the Court pursuant to Rule 466.1(1) and (8) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for an order requiring the plaintiff Indian Band to provide answers to several questions in interrogatories addressed to them and which they have refused to answer and also for an order requiring more responsive answers to other questions. The plaintiff members of the Campbell River Band, on the other hand, by another motion, pursuant to Rule 419(1)(a),(c),(d), and (f) have applied for an order that paragraph 2 of the amended statement of defence be struck out on the grounds that it discloses no reasonable defence and that it is scandalous, frivolous and vexatious and may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action and, finally, that it otherwise constitutes an abuse of process.

PROCUREURS:

*Davis and Company*, Vancouver, et *Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour les demandeurs.

*McAlpine & Hordo*, Vancouver, pour les défendeurs Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakai (également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge).

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

LE JUGE SUPPLÉANT ADDY: Je suis saisi de deux requêtes préalables qui concernent des questions de procédure. Dans la présente action, le litige porte sur la question de savoir laquelle des deux bandes indiennes mentionnées dans l'intitulé de cause a droit à la possession et à la jouissance d'une réserve qui est connue sous le nom de réserve n° 12 et qui est située sur la rive droite de la rivière Quinsam.

Les membres défendeurs de la bande indienne de Cape Mudge ont présenté à la Cour une requête fondée sur la Règle 466.1(1) et (8) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à la bande indienne demanderesse de répondre à plusieurs questions qui lui ont été posées dans le cadre de l'interrogatoire écrit qui lui a été adressé et auxquelles elle a refusé de répondre, et en vue d'obtenir une ordonnance lui enjoignant de fournir des réponses plus complètes à d'autres questions. D'autre part, les membres demandeurs de la bande indienne de Campbell River ont présenté une requête fondée sur la Règle 419(1)(a),(c),(d) et (f) des *Règles de la Cour fédérale* en vue d'obtenir une ordonnance radiant le paragraphe 2 de la défense au motif qu'il ne révèle aucune défense raisonnable, qu'il est scandaleux, futile ou vexatoire et qu'il peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, et finalement qu'il constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour.



Both motions were heard together. The defendant Crown was not a party to either one nor was it represented at the hearing.

It would be more convenient to deal with the last-mentioned motion (i.e. that of the plaintiffs) as some of the findings will have a bearing on the other motion brought by the defendant Indian Band. Rule 419(1)(a),(c),(d) and (f) reads as follows:

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

(a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,

(c) it is scandalous, frivolous or vexatious,

(d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,

(f) it is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

Paragraph 2 of the statement of defence which the plaintiffs are requesting to be struck out reads as follows:

2. These Defendants deny the authority of the Plaintiffs Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson to represent all or any other members of the Wewaikum Indian Band, also known as the Campbell River Band (the "Wewaikum Band"), including past, present and future members of that Band.

This pleading is in answer to paragraph 3 of the statement of claim which reads as follows:

3. The named Plaintiffs are suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Plaintiff Band, including all past, present and future members.

Before dealing with the merits of the plaintiffs' motion, however, it is of some importance to note in paragraph 3 of their amended statement of claim that they purport to be suing not only on their own behalf but also on behalf of all past and future members of the Band.

It is trite law that neither a deceased nor an unborn person can as such sue or be sued. They do not exist. It is true that the Band as it is presently constituted depends both for its existence and for the rights to which it is presently entitled, upon the

Les deux requêtes ont été entendues ensemble. La Couronne défenderesse n'était partie ni à l'une ni à l'autre et elle n'était pas représentée à l'audience.

Il serait plus commode de traiter de la requête que j'ai mentionnée en dernier lieu (c.-à-d. celle des demandeurs) car certaines conclusions auront une incidence sur l'autre requête présentée par la bande indienne défenderesse. Voici le libellé de la Règle 419(1)(a),(c),(d) et f):

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,

c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,

d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,

f) qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour,

et elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Le paragraphe 2 de la défense dont les demandeurs sollicitent la radiation est ainsi libellé:

[TRADUCTION] 2. Les défendeurs nient que les demandeurs Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson aient qualité pour représenter les membres de la bande indienne Wewaikum, également connue sous le nom de bande indienne de Campbell River (la «bande de Wewaikum»), y compris les anciens membres de la bande et ses membres actuels et futurs.

Cette conclusion fait suite au paragraphe 3 de la déclaration, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 3. Les demandeurs nommément désignés poursuivent en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande demanderesse, y compris les anciens membres de la bande et ses membres actuels et futurs.

Mais avant d'examiner le bien-fondé de la requête des demandeurs, il importe de remarquer qu'au paragraphe 3 de leur déclaration modifiée, les demandeurs prétendent agir non seulement en leur nom, mais également au nom de tous les anciens et futurs membres de la bande.

C'est un principe élémentaire de droit que ni les personnes décédées ni celles qui ne sont pas encore nées ne peuvent ester en justice. Elles n'existent pas. Il est vrai que, telle qu'elle est présentement constituée, la bande doit son existence et les droits

fact that members now deceased did at one time constitute the Band and by their actions and their very existence, did ensure its continuity and the preservation of the rights and privileges presently enjoyed by its members. But this state of affairs now exists and cannot be changed by any action for or against the deceased members. It is equally true that future members will benefit from whatever rights and privileges presently exist or are acquired by the Band, but this will result solely from the future membership in the Band and not from the fact that any action is now being instituted on behalf of them as individuals.

Counsel for the plaintiffs maintains that the Court must characterize the proceeding as a class action. Since an action can neither be instituted nor defended by any person who is not living, no such person can be made part of a class of plaintiffs. Paragraph 3 of the amended statement of claim must therefore be further amended by deleting any reference to the fact that the action is instituted on behalf of past or future members of the plaintiff Band. The order will be made *ex proprio motu* by the Court, because the pleading as presently worded is fundamentally bad at law and should not be allowed to stand. The same remarks and the same order will apply to paragraph 2 of the statement of defence whereby the defendants in effect purport to require the plaintiffs to establish that they are authorized to act on behalf of past and future members.

Several cases have referred to past and future members of an Indian band as parties in the style of cause. This practice for the same reason is quite improper. It apparently originated some time ago where a band claimed the right to so style its action as a plaintiff and the Crown as defendant having agreed, the Court, because of the consent, allowed the designation to stand. It is time that this erroneous practice be terminated.

Regarding the merits of the plaintiffs' motion, there is no evidence whatsoever to substantiate the allegations that the paragraph is either scandalous, frivolous or vexatious or that it may prejudice or

qu'elle peut présentement exercer au fait que des membres qui sont maintenant décédés ont déjà constitué la bande et qui, par leurs actes et leur existence même, ont assuré sa continuité et la protection des droits et des privilèges dont jouissent présentement ses membres. Mais cet état de fait existe déjà et il ne peut être changé par une action en justice intentée au nom des membres décédés ou contre eux. Il est également vrai que les futurs membres bénéficieront des droits et des privilèges que la bande possède présentement ou qu'elle peut acquérir, mais cela résultera uniquement de l'appartenance future à la bande et non du fait qu'une action en justice est présentement intentée en leur nom personnel.

L'avocat des demandeurs maintient que la Cour doit qualifier la présente instance de recours collectif. Comme une action ne peut être ni entamée ni contestée par une personne qui n'est pas vivante, cette personne ne peut faire partie d'un groupe de demandeurs. Le paragraphe 3 de la déclaration modifiée doit donc être à nouveau modifié par la suppression de toute allusion au fait que l'action est intentée au nom d'anciens ou de futurs membres de la bande demanderesse. L'ordonnance sera prononcée d'office par la Cour, parce que telle qu'elle est présentement libellée, cette conclusion est mal fondée en droit et qu'elle doit être écartée. Les mêmes remarques et la même ordonnance valent pour le paragraphe 2 de la défense, par lequel les défendeurs prétendent en fait obliger les demandeurs à établir qu'ils ont qualité pour agir au nom d'anciens et de futurs membres.

Il est arrivé dans plusieurs affaires que des anciens et des futurs membres d'une bande indienne soient désignés comme parties dans l'intitulé de cause. Cet usage est, pour la même raison, tout à fait abusif. Il s'est vraisemblablement implanté il y a un certain temps lorsqu'une bande a revendiqué le droit d'intituler ainsi son action à titre de demanderesse et que la Couronne y a consenti en tant que défenderesse. À cause de ce consentement, la Cour a décidé de ne rien changer à la désignation. Il est temps de mettre un terme à cet usage erroné.

En ce qui concerne le bien-fondé de leur requête, les demandeurs n'ont pas présenté la moindre preuve pour justifier leurs allégations que le paragraphe est scandaleux, futile ou vexatoire, qu'il

delay a fair trial or otherwise constitutes an abuse of process. The application in so far as it relates to paragraphs (c), (d) and (f) of Rule 419(1) must therefore fail.

In considering whether paragraph 2 of the statement of defence constitutes a valid defence at law, it is obvious that no evidence is required and indeed no matter other than the text of the pleading itself is to be considered when applying Rule 419(1)(a).

The plaintiffs argue that the Chief and Council members have, at law, the right to bring a class or representative action in the name of the members of the Band, that the question whether they have obtained authorization to do so and to prosecute the action is totally immaterial and irrelevant as it is an ordinary class action and as any member of the class who objects may request to be added as a party defendant. They therefore claim that paragraph 2 of the statement of defence discloses no valid ground of defence and should be struck out.

It has indeed been consistently held by our courts that the Chief with members of Council may institute an action in the name of a Band, but the question regarding whether authorization to do so must exist has never been directly raised in any of the reported cases of which I am aware. On the other hand, the question whether a Band Chief and Council had proper authority to renounce any rights on behalf of the Band or to enter into an obligation binding upon it has often been put in issue and been regarded as very relevant.

In *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (S.C.), McEachern C.J.S.C., as he then was, stated that the question was still open whether Indian bands were judicial persons capable of suing or being sued and therefore recommended in that case that the plaintiff members of Council and their Chief bring their action in a representative capacity.

peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, ou qu'il constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour. La requête doit donc être rejetée en ce qui concerne les moyens tirés de la Règle 419(1)(c), (d) et (f).

Quant à la question de savoir si le paragraphe 2 de la défense constitue un moyen de défense bien fondé en droit, il est évident qu'aucune preuve n'est nécessaire et, en fait, que la seule chose dont on doit tenir compte lorsqu'on applique la Règle 419(1)(a) est le texte de l'acte de procédure lui-même.

Les demandeurs font valoir que le chef et les membres du conseil sont fondés en droit à exercer un recours collectif au nom des membres de la bande, que la question de savoir s'ils ont obtenu l'autorisation de le faire et d'introduire l'action est dénuée de tout intérêt et de toute pertinence, étant donné qu'il s'agit d'un recours collectif ordinaire et que toute personne qui fait partie du groupe et qui formule une objection peut demander à être constituée codéfenderesse. Ils prétendent donc que le paragraphe 2 de la défense ne révèle aucun moyen de défense valable et qu'il devrait être radié.

Il est de jurisprudence constante que le chef d'une bande peut, avec les membres du conseil, intenter une action au nom de la bande, mais la question de savoir s'ils doivent y être autorisés n'a jamais été directement posée dans les décisions publiées que je connais. D'autre part, la question de savoir si un chef et un conseil de bande étaient dûment autorisés à renoncer à des droits au nom de la bande ou à contracter une obligation qui lie la bande a souvent été mise en litige et a été considérée comme très pertinente.

Dans le jugement *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (C.S.), le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique McEachern, tel était alors son titre, a affirmé que la question de savoir si les bandes indiennes étaient des personnes morales ayant la capacité d'ester en justice est une question non résolue. Il a recommandé par conséquent dans cette affaire que les demandeurs qui étaient membres du conseil intentent leur action avec leur chef sous forme de recours collectif.

It appears to me that the members of an Indian band as such and quite apart from any provisions of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], must necessarily enjoy a special legal status derived from their existence as a separate society and from common fundamental and special tribal customs, laws, privileges, rights and obligations, akin, to some extent at least, to the rights and privileges enjoyed by and to the obligations and duties incumbent upon the citizens of a state. Its members are not merely individuals living in a close vicinity to each other, who might happen to enjoy a particular common interest in the favourable outcome of a court decision. Indian bands as such can themselves be sued and become the subject of a legal pronouncement. The case at bar well illustrates such a situation as the Campbell River Band, as plaintiff, is suing the Cape Mudge Band as well as Her Majesty the Queen. The plaintiff Band is claiming a right of occupancy and use of the Reserve not only as individual members but as a right to be enjoyed by the Band itself at present and in the future, to the exclusion of the defendant Band.

One need not possess any special knowledge or expertise nor be guided by any particular evidence to be fully aware of the fact that from the time of the first contacts between Indians and Europeans, the latter have recognized the rights of Indian social or racial organizations, be they bands, tribes or nations, to enter into treaties, contracts and obligations, acquire certain rights and renounce and abandon other previously enjoyed ones. Elementary Canadian history, as taught in third grade grammar school, mentions these facts. The Indians among themselves from time immemorial have also recognized these powers as existing in Band Chiefs and Councils and have acted accordingly.

Having regard to the very great probability of serious and fundamental constitutional upheavals and resulting changes occurring in Canada in the very near future and of conflicting claims between

Il me semble qu'en tant que tels—et en faisant tout à fait abstraction des dispositions de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), chap. I-5]—les membres d'une bande indienne doivent nécessairement bénéficier d'un statut juridique spécial en raison de leur existence en tant que société distincte et de coutumes, lois, privilèges, droits et obligations tribaux communs qui sont fondamentaux et spéciaux et qui ressemblent, du moins jusqu'à un certain point, aux droits et aux privilèges dont jouissent les citoyens d'un État et aux obligations et aux devoirs qui incombent à ces derniers. Ses membres ne sont pas seulement des personnes physiques qui vivent très près les unes des autres et qui se trouvent à partager un intérêt particulier quant à l'issue favorable d'une décision judiciaire. Comme telles, les bandes indiennes peuvent elles-mêmes être poursuivies et faire l'objet d'une décision judiciaire. La présente espèce illustre bien cette situation, car la bande indienne de Campbell River poursuit, à titre de demanderesse, la bande indienne de Cape Mudge ainsi que Sa Majesté la Reine. La bande demanderesse revendique un droit d'occupation et d'usage de la réserve non seulement pour chacun de ses membres, mais aussi pour l'ensemble de la bande elle-même, qui jouira de ce droit dès maintenant et pour l'avenir, à l'exclusion de la bande défenderesse.

Il n'est pas nécessaire de posséder des connaissances ou des compétences spéciales ou de se laisser guider par une preuve particulière pour être parfaitement conscient du fait que dès les premiers contacts entre les Indiens et les Européens, ces derniers ont reconnu le droit que possèdent les collectivités sociales ou raciales indiennes—qu'il s'agisse de bandes, de tribus ou de nations—de conclure des traités et des contrats, de contracter des obligations, d'acquérir certains droits et de renoncer à d'autres droits dont elles jouissaient auparavant. L'histoire élémentaire du Canada, telle qu'on l'enseigne en troisième année de l'école primaire, fait état de ces faits. De temps immémorial, les Indiens ont reconnu aussi entre eux que les chefs et les conseils de bandes possèdent ces pouvoirs et ils ont agi en conséquence.

Vu la très forte probabilité que l'on assiste au Canada à des bouleversements constitutionnels graves et fondamentaux dans un avenir très rapproché et compte tenu des changements qui en

the federal authorities, the various provinces and the several bands, tribes and nations of aboriginal peoples, many of whom will be advancing land claims and claims regarding some form of sovereignty or of limited or partial sovereignty or autonomy, it now becomes more important than ever for our courts to determine whether, altogether apart from any provisions of the *Indian Act*, traditional and well-established tribal organizations possess as such, the legal capacity to sue or be sued. To allow them only to claim by means of ordinary class actions, without the requirement of proper authorization of the band concerned, would create utter chaos and render claims which might be denied, subject to being revived and reasserted at a later date.

There seems to me to be no logical reason why Indian bands as such should not possess the same rights to sue as corporations for instance, and, similarly, to be subject to various resulting obligations. Although no general statutory enactment so provides, common sense seems to dictate it. I therefore find that they do possess a special status enabling them to institute, prosecute and defend a court action. It follows that those claiming to sue in the name of a band must be prepared to establish their authority to do so when and if that authority is challenged. Any such authorization of course need not be subject to any special rules, laws or procedures other than those prescribed by the traditions, customs and government of the particular band.

For the above reasons, paragraph 2 of the statement of defence will stand and the motion will be dismissed.

Dealing now with the motion brought by the defendants to order certain questions put in an interrogatory to be answered and others to be more fully answered, counsel for the plaintiff Band argued that any questions pertaining to the occupation by the plaintiff Band either before or after 1888 are irrelevant as the Band is now relying

résulteront et des revendications qui mettront en conflit les autorités fédérales, les diverses provinces et plusieurs bandes, tribus et nations de peuples autochtones, dont beaucoup formuleront des revendications territoriales et des revendications concernant une certaine forme de souveraineté ou de souveraineté ou d'autonomie limitée ou partielle, il devient plus important que nos tribunaux déterminent, en faisant entièrement abstraction des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, si les collectivités tribales traditionnelles et bien établies possèdent, en tant que telles, la capacité juridique d'ester en justice. Leur permettre seulement de faire une réclamation au moyen d'un recours collectif ordinaire sans les obliger à être dûment autorisées par la bande concernée engendrerait le chaos le plus complet, sans compter que des réclamations qui ont pu être rejetées pourraient ultérieurement être à nouveau portées devant les tribunaux.

Il me semble qu'il n'existe aucune raison logique de ne pas reconnaître aux bandes indiennes comme telles les mêmes droits de poursuite que ceux que possèdent, par exemple, les personnes morales et, pareillement, de ne pas les assujettir aux diverses obligations qui en découlent. Bien qu'aucune disposition législative générale ne le prévoie, le bon sens semble imposer cette conclusion. Je conclus donc que les bandes indiennes possèdent effectivement un statut spécial qui leur permet d'intenter, de continuer et de contester une action en justice. Il s'ensuit que ceux qui prétendent poursuivre au nom d'une bande doivent être prêts à démontrer qu'ils ont ce pouvoir dès que celui-ci est contesté. Il n'est évidemment pas nécessaire qu'une autorisation fasse l'objet de règles, de lois ou de procédures spéciales autres que celles que prescrivent les traditions, les coutumes et le gouvernement de la bande concernée.

Par ces motifs, le paragraphe 2 de la défense sera maintenu et la requête sera rejetée.

Je passe maintenant à la requête que les défendeurs ont présentée en vue d'obtenir des réponses à certaines questions qui ont été posées dans le cadre d'un interrogatoire écrit et des réponses plus complètes à d'autres questions. L'avocat de la bande demanderesse soutient que toute question portant sur l'occupation de la réserve par la bande deman-

entirely on a report known as the McKenna McBride Commission of 1912 and on Orders in Council of the province of British Columbia and of Canada to found their action.

A question was originally raised in the present case regarding the Federal Court's jurisdiction to try the matter. On appeal of that issue before the Federal Court of Appeal (see [1987] 2 F.C. 535), Hugessen J. with whom Urie J. concurred, held that the question as to whether aboriginal titles resided in either the plaintiff or the defendant was essential to the disposition of the case. When the appeal reached the Supreme Court of Canada (refer [1989] 1 S.C.R. 322) Wilson J., in delivering judgment on behalf of that Court, affirmed the decision of the Court of Appeal to the effect that the Federal Court Trial Division did have jurisdiction but, more importantly, regarding the present issue, specifically stated that she did not disagree with Hugessen J.'s conclusions regarding aboriginal rights but felt that the *Indian Act*, as well as aboriginal title, was relevant. Before the Supreme Court of Canada, counsel for the plaintiff Band also is reported as having conceded that aboriginal title would be relevant to the determination of the right of occupancy of the Reserve.

In *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Supreme Court of Canada recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their lands. Although aboriginal title pre-dated colonization by the British, the title can be continued either through the original nation or tribe or through a successor to the group which first occupied the lands and established aboriginal title.

Following the decision in the present case regarding jurisdiction, an amended statement of claim was filed. We find the following allegations of fact at paragraphs 9 and 12 of that document:

deresse avant ou après 1888 n'est pas pertinente car la bande fonde maintenant entièrement son action sur un rapport de 1912 connu sous le nom de rapport de la Commission McKenna McBride et sur des décrets pris par la province de la Colombie-Britannique et par le Canada.

Une question a initialement été soulevée en l'espèce au sujet de la compétence de la Cour fédérale pour instruire l'affaire. Cette question a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale (voir [1987] 2 C.F. 535) au nom de laquelle le juge Hugessen a statué, avec l'appui du juge Urie, qu'il était essentiel, pour résoudre le litige, de répondre à la question de savoir si le titre ancestral appartenait à la demanderesse ou à la défenderesse. Un pourvoi a été formé devant la Cour suprême du Canada (voir [1989] 1 R.C.S. 322). Le juge Wilson, qui a prononcé le jugement de cette Cour, a confirmé la décision par laquelle la Cour d'appel avait statué que la Section de première instance de la Cour fédérale avait effectivement compétence et — ce qui est plus important en ce qui concerne le présent point litigieux — elle a expressément déclaré qu'elle n'était pas en désaccord avec les conclusions formulées par le juge Hugessen au sujet des droits ancestraux des autochtones, mais qu'elle estimait qu'il fallait tenir compte non seulement du titre ancestral, mais aussi de la *Loi sur les Indiens*. Devant la Cour suprême du Canada, l'avocat de la bande demanderesse a par ailleurs reconnu que l'on pouvait tenir compte du titre ancestral pour établir le droit d'occupation de la réserve.

Dans l'arrêt *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, la Cour suprême du Canada a reconnu que le titre ancestral était un droit strict qui tirait sa source de l'occupation historique des Indiens et de la possession de leurs terres. Même s'il est antérieur à la colonisation britannique, le titre ancestral peut être maintenu en vigueur soit par l'entremise de la nation ou de la tribu originale, soit par l'entremise d'un successeur du groupe ayant occupé le premier les terres et ayant établi le titre ancestral.

À la suite de la décision qui a été rendue en l'espèce au sujet de la compétence, une déclaration modifiée a été déposée. Nous trouvons les allégations de fait suivantes aux paragraphes 9 et 12 de ce document:

9. In 1888 and for many years before then the Indians at Campbell River were the ancestors of the present members of the Plaintiff Band.

12. Both before 1888, and continuing since then to the present time, the Plaintiff Band has occupied and enjoyed the use and benefit of Reserve No. 11 but, since 1888, the Defendant, Her Majesty the Queen, has wrongfully denied to them the occupation, use and benefit of Reserve No. 12 . . . .

In these circumstances, the plaintiff Band cannot be heard to object to interrogatories concerning the extent of its occupation of the disputed Reserve both before and after 1888.

Counsel for the plaintiff Band also argued most forcibly that interrogatories are much more restrictive than oral examinations for discovery in the sense that certain areas of enquiry which might be open to a party questioning on an oral discovery are not subject to enquiry by that same party in a written interrogatory. In addition to the jurisprudence to which I shall refer, he relied in support of his argument, on Federal Court Rule 466.1(1) for interrogatories and on Rule 465(15) for oral discovery. It should be noted here that both these rules and other related rules concerning discovery and pre-trial procedures regarding the disclosure of evidence, have recently been substantially amended by Amending Order No. 13. The term "interrogatories" has now been removed and replaced by the term "written examinations for discovery". However, new Rule 466.2 [as enacted by SOR/90-846, s. 16] referring to the transitional period provides that "[a]ll examinations for discovery that are not yet concluded by December 7, 1990, shall be conducted in accordance with Rules 455 to 465.5 and Rule 466.1 as they read before that date". This transitional Rule clearly applies to the present case and my decision must therefore rest on Rules 466.1(1) and 465(15) as if the Amending Order had not been enacted. Wherever reference is hereinafter made in these reasons to those Rules the old Rule shall apply and any comments regarding interrogatories and oral dis-

[TRANSCRIPTION] 9. En 1888 et pendant de nombreuses années auparavant, les Indiens de Campbell River étaient les ancêtres des membres actuels de la présente bande demanderesse.

12. Avant 1888 et sans interruption depuis cette date, la bande demanderesse a occupé la réserve n° 11 et en a eu l'usage et la jouissance, mais, depuis 1888, la défenderesse, Sa Majesté la Reine, lui refuse à tort l'occupation, l'usage et la jouissance de la réserve n° 12 . . . .

Dans ces circonstances, la bande demanderesse est irrecevable à s'opposer aux questions portant sur l'étendue de son occupation de la réserve contestée tant avant qu'après 1888.

L'avocat de la bande demanderesse affirme également de façon très énergique que l'interrogatoire écrit a une portée beaucoup plus restrictive que l'interrogatoire préalable oral, en ce sens que certains champs d'investigation que pourrait aborder la partie qui pose les questions au cours de l'interrogatoire préalable oral ne peuvent faire l'objet d'une demande de renseignements de la part de la même partie dans le cadre d'un interrogatoire écrit. En plus de la jurisprudence que je mentionnerai, l'avocat a invoqué au soutien de sa thèse les Règles 466.1(1) et 465(15) des *Règles de la Cour fédérale* concernant respectivement l'interrogatoire écrit et l'interrogatoire préalable oral. Il convient de noter ici que ces deux paragraphes ont, avec d'autres dispositions connexes des Règles concernant l'interrogatoire préalable et les mesures préparatoires à l'instruction relatives à la communication de la preuve, été récemment modifiés en profondeur par l'ordonnance modificatrice n° 13. Le terme «interrogatoires» a été supprimé et remplacé par l'expression «interrogatoires préalables par écrit». Par ailleurs, la nouvelle Règle 466.2 [ajoutée par DORS/90-846, art. 16] des Règles, qui traite de la période de transition, prévoit que «[l]es interrogatoires préalables qui ne sont pas encore terminés le 7 décembre 1990 demeurent assujettis aux règles 455 à 465.5 et à la règle 466.1 qui étaient en vigueur avant cette date». Cette disposition transitoire s'applique manifestement au cas qui nous occupe et ma décision doit donc reposer sur les Règles 466.1(1) et 465(15) comme si l'ordonnance modificatrice n'avait pas été adoptée. Chaque fois que les Règles en question sont mentionnées ci-après dans les présents motifs, l'ancienne Règle s'applique et tout commentaire concernant les interrogatoires écrits et les interrogatoires préalables oraux sera considéré comme étant

coveries shall be considered in conformity with that situation. Rule 466.1(1)(a) read as follows:

*Rule 466.1* (1) A party to any proceeding in the Court may apply to the Court for an order

(a) giving him leave to serve on any other party interrogatories relating to any matter of fact in question between those two parties; . . .

Rule 465(15) provided that:

*Rule 465*. . .

(15) Upon examination for discovery otherwise than under paragraph (5), the individual being questioned shall answer any question as to any fact within the knowledge or means of knowledge of the party being examined for discovery that may prove or tend to prove or disprove or tend to disprove any unadmitted allegation of fact in any pleading filed by the party being examined for discovery or the examining party.

The expression “to any matter of fact in question between those two parties” is substantially as broad in my view as a reference to a fact “that may prove or tend to prove or disprove or tend to disprove any unadmitted allegation of fact in any pleading filed by the party being examined for discovery or the examining party”. They are, in any event, sufficiently equivalent to convince me to reject the argument that, on the basis of the wording of the Rules as they existed before Amending Order No. 13, interrogatories had to be considered as more restrictive in scope than oral discoveries.

With regard to the general jurisprudence on that subject I have considered the several cases referred to by counsel. These include, among others, the old English case of *Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.); *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365 (B.C.C.A.); *Delgamuukw et al. v. The Queen*, (not reported) Smithers Registry, No. 0843, August 5, 1987 (B.C.S.C.); *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 (B.C.C.A.); *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.).

With regard to actions in the Federal Court I

conforme à cette situation. La Règle 466.1(1)a) était ainsi conçue:

*Règle 466.1* (1) Toute partie à des procédures devant cette Cour peut demander à la Cour de rendre une ordonnance

a) lui permettant de signifier à toute autre partie un interrogatoire écrit portant sur tout fait en litige entre ces deux parties; . . .

La Règle 465(15) disposait:

*Règle 465*. . .

(15) À un interrogatoire préalable autre qu'un interrogatoire en vertu de l'alinéa (5), l'individu qui est interrogé doit répondre à toute question sur tout fait que la partie interrogée au préalable connaît ou a les moyens de connaître et qui peut soit démontrer ou tendre à démontrer ou réfuter ou tendre à réfuter une allégation de fait non admis dans une plaidoirie à la cause de la partie qui est interrogée au préalable ou de la partie qui procède à l'interrogatoire.

L'expression «sur tout fait en litige entre ces deux parties» a, en substance, une portée aussi large selon moi que l'expression «sur tout fait . . . qui peut soit démontrer ou tendre à démontrer ou réfuter ou tendre à réfuter une allégation de fait non admis dans une plaidoirie à la cause de la partie qui est interrogée au préalable ou de la partie qui procède à l'interrogatoire». Elles sont, en tout état de cause, suffisamment équivalentes pour me convaincre de rejeter l'argument que, suivant le libellé des Règles dans leur rédaction en vigueur avant l'adoption de l'ordonnance modificatrice n° 13, il faut considérer que les interrogatoires écrits ont une portée plus restreinte que les interrogatoires préalables oraux.

En ce qui concerne la jurisprudence générale sur ce sujet, j'ai examiné les diverses décisions citées par les avocats. Mentionnons notamment l'ancienne décision anglaise *Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.); l'arrêt *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365 (C.A.C.-B.); le jugement *Delgamuukw et al. v. The Queen*, (jugement non publié rendu le 5 août 1987), greffe Smithers, n° 0843 (C.S.C.-B.); l'arrêt *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 (C.A.C.-B.); et le jugement *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (C.S.).

En ce qui concerne les actions intentées devant la Cour fédérale, je ne puis adopter la portée très



ries laid down in the *Kennedy* case which was decided about one hundred years ago when discoveries were considerably much more limited and restricted, even though this case was referred to with approval in *B.C. Lightweight Aggregates v. Canada Cement LaFarge*, (*supra*) and other cases. I cannot adopt either the principle that although a question may be put to a witness on an oral examination for discovery the same question may not be permitted in a written interrogatory. I can find no practical nor logical reason why an interrogatory should be more restrictive. The questioner is already considerably handicapped and restricted for the simple reason that he does not enjoy the benefit of knowing what the answer will be to the previous questions before inserting subsequent questions in the interrogatory. By the same token a person answering an interrogatory has ample time and opportunity to carefully consider the question and to consult if necessary before answering. Furthermore, in oral discoveries, where the person being examined is not aware of or is not sure of the answer at the time, a general practice has developed for counsel to normally agree that the answer be reserved, to be subsequently answered in writing by the solicitor of the party after due enquiries have been made and the information obtained.

It is obvious, on examining the reported decisions of Canadian provincial courts that substantial differences do exist between certain provinces regarding what should or should not be the subject-matter of discovery before trial, regarding the limits to be applied thereto and the methods in which discoveries are to be conducted. Some jurisdictions for instance permit cross-examination while others absolutely forbid it. As distinguished from general principles of substantive law the accepted rules in each jurisdiction regarding pre-trial procedures such as oral or written discoveries depend not only on the wording of the applicable rules but on practice locally developed and the courts' interpretation of that practice. This is an understandable result of the application of the

limitée qu'on a donnée aux interrogatoires écrits dans l'arrêt *Kennedy*, qui a été rendu il y a une centaine d'années à une époque où les interrogatoires préalables étaient beaucoup plus limités et restrictifs, même si cet arrêt a été cité et approuvé dans l'arrêt *B.C. Lightweight Aggregates v. Canada Cement LaFarge* (précité) et dans d'autres décisions. Je ne puis non plus souscrire au principe suivant lequel même si une question peut être posée à un témoin au cours d'un interrogatoire préalable oral, la même question ne peut être posée dans un interrogatoire écrit. Je ne vois aucune raison pratique ou logique pour laquelle un interrogatoire écrit devrait être plus restrictif. La personne qui pose les questions est déjà considérablement désavantagée et limitée pour la simple raison qu'elle n'a pas l'avantage de connaître la réponse aux questions déjà posées avant d'insérer d'autres questions dans l'interrogatoire écrit. De même, la personne qui répond aux questions qui lui sont posées dans le cadre d'un interrogatoire écrit a amplement le temps et la possibilité d'étudier attentivement la question et de consulter au besoin une autre personne avant de répondre. Qui plus est, dans les interrogatoires préalables oraux, lorsque la personne interrogée n'est pas au courant de la réponse ou ne la connaît pas encore avec certitude, les avocats ont pris en général l'habitude de s'entendre normalement pour attendre avant d'obtenir la réponse et pour que l'avocat qui occupe pour la partie donne par la suite la réponse par écrit après s'être dûment informé et après avoir obtenu les renseignements demandés.

Il ressort à l'évidence des décisions publiées rendues par les tribunaux provinciaux canadiens qu'il existe effectivement des différences importantes entre certaines provinces au sujet de ce sur quoi doit ou ne doit pas porter l'interrogatoire préalable, au sujet des limites à y apporter et de son déroulement. Ainsi, certaines provinces permettent le contre-interrogatoire alors que d'autres l'interdisent formellement. À la différence des principes généraux touchant le fond du droit, les règles qui s'appliquent dans chaque province en matière de mesures préparatoires à l'instruction telles que celles concernant l'interrogatoire préalable oral ou écrit dépendent non seulement du libellé des règles applicables mais aussi de l'usage qui s'est implanté localement et de l'interprétation que les tribunaux

principle that from a practical standpoint the courts are generally regarded to a large extent as masters of their own procedure as opposed to any substantive rule of law which they must apply. In any event in recent years there has been a general extension of the rules of practice regarding pre-trial discoveries. In *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. and Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.), McNair J. of this Court stated at page 229:

The purpose of discovery, whether oral or by production of documents, is to obtain admissions to facilitate proof of the matters in issue between the parties. The prevailing trend today favours broadening the avenues of fair and full disclosure to enable the party to advance his own case or to damage the case of his adversary. Discovery can serve to bring the issues more clearly into focus, thus avoiding unnecessary proof and additional costs at trial. Discovery can also provide a very useful tool for purposes of cross-examination.

This statement has been favourably quoted by other members of this Court.

Although it seems that in British Columbia several cases appear to opt for a much more restrictive attitude regarding the use of discovery, McEachern C.J.S.C. in *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352 (S.C.) did nevertheless state at page 359:

It seems to me that the clear right of the plaintiffs to have access to documents which *may* fairly lead them to a train of inquiry which *may* directly or indirectly advance their case or damage the defendant's case particularly on the crucial question of one party's version of the agreement being more probably correct than the other, entitles the plaintiffs to succeed on some parts of this application.

This test of relevancy for the purpose of discovery was specifically approved and applied by the Federal Court of Appeal in the *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation*, [1984] 1 F.C. 856 (C.A.).

Counsel for the plaintiffs further argued that, as many of the questions were of an historical nature, they need not be answered on discovery and answers must only be furnished by an expert

en donnent. Cela découle, naturellement, de l'application du principe suivant lequel, en pratique, on considère en règle générale que les tribunaux sont les maîtres de leur propre procédure mais non des règles de fond, qu'ils sont tenus d'appliquer. De toute façon, au cours des dernières années, on a de façon générale élargi la portée des règles de pratique concernant les interrogatoires préalables. Dans le jugement *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. et Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McNair, de notre Cour, a déclaré à la page 229:

Le but de l'interrogatoire préalable, qu'il soit fait oralement ou par la production de documents, est d'obtenir des admissions en vue de faciliter la preuve des questions en litige entre les parties. On a tendance aujourd'hui à accroître les possibilités de communication franche et complète de la preuve permettant à la partie de prouver ses allégations ou de réfuter celles de son adversaire. La communication peut servir à faire ressortir plus nettement les questions, permettant ainsi d'éviter d'en faire inutilement la preuve au procès et de réduire ainsi les frais de l'instruction. La communication peut également donner des armes très utiles en vue du contre-interrogatoire.

Cet énoncé a été cité et approuvé par d'autres juges de notre Cour.

Bien qu'il semble qu'en Colombie-Britannique, on ait opté dans plusieurs décisions pour une approche plus restrictive en ce qui concerne le recours à l'interrogatoire préalable, le juge en chef de la Cour suprême McEachern a néanmoins déclaré dans le jugement *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352 (C.S.), à la page 359:

[TRADUCTION] Les demandeurs ont incontestablement le droit de consulter tout document *susceptible* de les lancer dans un interrogatoire qui *pourra*, directement ou indirectement, bénéficier à leur cause ou nuire à celle du défendeur, particulièrement sur la question vitale de la probabilité que la version du contrat donnée par une partie soit plus exacte que celle de l'autre. Tel étant le cas, il me semble que les demandeurs doivent avoir gain de cause sur certains aspects de la demande.

Ce critère, qui sert à établir la pertinence aux fins d'un interrogatoire préalable, a été expressément approuvé et appliqué par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corporation*, [1984] 1 C.F. 856 (C.A.).

L'avocat des demandeurs soutient en outre que, comme de nombreuses questions ont un caractère historique, il n'est pas nécessaire d'y répondre au cours de l'interrogatoire préalable et que seul un

through expert evidence filed and subsequently provided at trial in the usual manner in accordance with the rules.

His argument was again based on the *Martin* case, *supra*, and several other decisions which followed it. They state that history is not the proper subject for interrogatories or oral discoveries. I can agree with that statement only if the word "history" is taken as meaning opinion or historical conclusions drawn from detailed study or examination of past events. The past events themselves, however, in so far as they may constitute simple or basic facts, are fully discoverable as such. Any type of record or document or writing purporting to state a fact, as distinguished from the expression of broad conclusions or opinions, is not subject to exclusion from pre-trial discovery merely because the fact is historical in the sense that it originates beyond living memory. The same test applies to oral statements of fact originating beyond living memory and subsequently related to others. In the latter case of course, the vagaries of memory and a natural tendency to recall matters in a favourable light may normally greatly reduce the probative value of any such statement. Due to the tenuous circumstances surrounding it, the oral transmission might be such that the alleged statement would not only be considered as of little weight but because of remoteness, be held to be inadmissible. This does not however mean that it would automatically be excluded from being the subject of an interrogatory on the sole grounds that it is an oral statement made beyond living memory. Besides offending against the general principle which I have mentioned, to do so would be particularly unfair to the Indian peoples. It is well known that for centuries after the European, Asiatic and Mid-Eastern peoples had been recording in writing various events and occurrences, now forming part of their history, North American Indians and other aboriginal peoples were relying entirely on oral traditions and the custom of passing information from father to son and from generation to generation and of frequently incorporating the recording of important occurrences in various tribal customs and ceremonies. There may of course also be cases where what purports to be an oral statement of fact, was subsequently reduced to writing. The same rules should apply.

expert peut y répondre au moyen d'une déposition d'expert qui sera versée au dossier et qui sera communiquée par la suite au procès de la manière habituelle conformément aux règles.

<sup>a</sup> Il tire à nouveau ce moyen du jugement *Martin*, précité, et de plusieurs autres décisions dans lesquelles les tribunaux ont suivi ce jugement et ont déclaré que l'histoire n'entre pas dans le cadre des interrogatoires écrits ou des interrogatoires préalables oraux. Je ne suis disposé à souscrire à cette affirmation que si l'on interprète le mot «histoire» comme signifiant une opinion ou des conclusions historiques tirées d'une étude ou d'un examen détaillés des événements du passé. Cependant, les événements du passé peuvent en tant que tels faire parfaitement l'objet d'un interrogatoire préalable, pour autant qu'ils constituent des faits simples ou fondamentaux. Les registres, documents ou écrits de tout genre qui sont censés affirmer un fait ne peuvent, à la différence des conclusions ou opinions générales qui sont exprimées, être exclus de l'interrogatoire préalable pour la simple raison que le fait est historique en ce sens qu'il est si ancien qu'il n'en reste plus de témoins. Le même critère s'applique aux déclarations orales de fait qui remontent à une époque trop lointaine pour que des personnes puissent en témoigner et qui ont été transmises à d'autres personnes. Évidemment, dans ce dernier cas, les caprices de la mémoire et la tendance naturelle à se rappeler des choses sous un jour favorable peuvent normalement diminuer grandement la valeur probante de ce genre de déclaration. En raisons des circonstances précaires qui l'entourent, il se pourrait que la transmission orale soit telle que la déclaration présumée soit non seulement considérée comme ayant peu de valeur probante mais qu'à cause de l'éloignement dans le temps, elle soit également jugée irrecevable. Cela ne signifie cependant pas qu'elle ne pourrait automatiquement pas faire l'objet d'un interrogatoire écrit au seul motif qu'il s'agit d'une déclaration orale qui a été faite il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner. En plus de contrevenir au principe général que j'ai mentionné, cela serait particulièrement injuste envers les peuples indiens. Il est bien connu que pendant des siècles après que les peuples de l'Europe, de l'Asie et du Moyen-Orient eurent consigné par écrit divers faits et événements qui font maintenant partie de leur histoire, les Indiens

Many answers, of course, although admissible on discovery may not be held to be admissible at trial.

Although often referred to as an opinion, the mere expression of a simple self-evident conclusion, which in the light of certain facts would necessarily be reached as a matter of course by any ordinary person, is clearly to be distinguished from an opinion resulting from an analysis of certain specified facts, which require special expertise or knowledge, on the part of the person expressing it and is also to be distinguished from an involved or remote conclusion requiring special or detailed consideration or analysis of certain facts and with which every ordinary person would not necessarily agree. The first of the above three examples might well in certain cases properly form the subject-matter of a question on discovery or in an interrogatory while the other two would not. Conclusions from facts, which are not simple uncontested every-day conclusions, are properly the subject-matter of argument and not of evidence and very special rules govern expert evidence. However, the basic facts on which any of these are founded are indeed fully subject to pre-trial discovery. No opinion evidence, no matter how learned the expert might be, is of any probative value unless, in so far as the issue to be decided is concerned, it is supported by basic facts which are ultimately accepted as such by the Court.

The essence of what is being advanced by the plaintiff is that only an expert historian is legally capable of testifying as to facts which are beyond living memory. The historian is therefore to be considered as the sole fact finder as well as the person whose opinion is being sought. Presumably

de l'Amérique du Nord et d'autres peuples autochtones s'en remettaient entièrement à la tradition orale et à la coutume de transmettre l'information de père en fils et de génération en génération et d'incorporer fréquemment dans leurs coutumes et cérémonies tribales les événements importants qu'ils consignaient. Il peut également arriver que ce qui est présenté comme une déclaration orale de fait soit par la suite consigné par écrit. Les mêmes règles devraient s'appliquer. Bon nombre de réponses qui seraient recevables dans le cadre d'un interrogatoire préalable pourraient évidemment être jugées irrecevables au procès.

Bien qu'on la qualifie souvent d'opinion, la simple expression d'une conclusion évidente et que tirerait nécessairement toute personne ordinaire à la lumière de certains faits doit de toute évidence être distinguée de l'opinion qui résulte de l'analyse de certains faits précis, qui exigent une certaine compétence ou certaines connaissances techniques de la part de la personne qui l'exprime, et elle doit évidemment être distinguée d'une conclusion complexe ou indirecte exigeant un examen ou une analyse spéciale ou détaillée de certains faits qui n'emporterait pas nécessairement l'adhésion de toute personne ordinaire. Le premier des trois exemples précités pourrait bien, dans certains cas, faire légitimement l'objet d'une question dans le cadre d'un interrogatoire préalable ou d'un interrogatoire écrit alors que les deux autres ne le pourraient pas. Les conclusions tirées de faits, qui ne sont pas des conclusions courantes, simples et incontestables, peuvent légitimement faire l'objet d'un débat mais non d'une preuve, et des règles très spéciales régissent les témoignages d'expert. Cependant, les faits essentiels sur lesquels elles sont fondées entrent parfaitement dans le cadre de l'interrogatoire préalable. Quelle que soit la compétence de l'expert consulté, un témoignage d'opinion n'a aucune valeur probante à moins qu'il soit appuyé, en ce qui concerne la question à trancher, par des faits essentiels qui sont finalement acceptés comme tels par la Cour.

Les demandeurs soutiennent essentiellement que seul un historien expert peut légalement témoigner au sujet de faits qui sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner. L'historien doit donc être considéré comme le seul juge du fait ainsi que comme la

the opinion can also be based on other facts providing they are also found by another historian. This is a strange theory indeed which can be explained only by a narrow and restrictive interpretation of certain pronouncements of some British Columbia jurists. This also leads to the unacceptable conclusion that where a party's claim is based on aboriginal title or is based on matters which are beyond living memory, that party would only be subject to production of documents and would not be subject to and could not be examined for discovery on the very facts which are truly relevant to the claim, since the party will obviously not be an expert historian and answers to discovery are required to be given by a party and not by a complete stranger to the action.

For the above reasons, I cannot accept the bald assertion of counsel for the plaintiffs to the effect that where questions refer to historical facts, in the sense that they are beyond living memory, they can only be answered by experts and therefore cannot form the subject-matter of pre-trial discovery questions whether put *viva voce* or by means of interrogatories.

As distinguished from an order granting the right of pre-trial examination of a witness, interrogatories, as in the case of questions put in an oral discovery, are required to be answered by a party to the action and not by a stranger. Rule 466.1(1)(b) states:

*Rule 466.1* (1) A party to any proceeding in the Court may apply to the Court for an order

(b) requiring that other party to answer the interrogatories on affidavit within such period as may be specified in the order. [Emphasis added.]

Similarly, Rule 466.1(5) states:

*Rule 466.1* . . . .

(5) An affidavit answering interrogatories as required under this Rule may, subject to paragraph (6), be made by an appropriate responsible officer of a corporation or the Crown or by a responsible person who has the management of the appropriate part of the party's affairs. [Emphasis added.]

personne dont on sollicite l'avis. Il semble que son opinion puisse aussi être fondée sur d'autres faits, à condition qu'ils soient constatés par un autre historien. Voilà, en fait, une théorie étrange qui ne peut s'expliquer que par une interprétation étroite et restrictive de certains énoncés de quelques juristes de la Colombie-Britannique. Cela nous conduit par ailleurs à la conclusion inacceptable suivant laquelle lorsque la réclamation d'un plaideur est fondée sur un titre ancestral ou sur des questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins, ce plaideur serait seulement tenu de produire des documents et ne pourrait être interrogé au préalable au sujet des faits précis qui se rapportent véritablement à la réclamation, étant donné que le plaideur n'est évidemment pas un historien expert et que c'est le plaideur et non une personne qui est complètement étrangère à l'action qui doit répondre aux questions qui sont posées au cours de l'interrogatoire préalable.

Par ces motifs, je ne saurais accepter la simple affirmation de l'avocat des demandeurs qui prétend que lorsque des questions se rapportent à des faits historiques, en ce sens qu'ils sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner, seuls des experts peuvent y répondre et qu'ils ne peuvent donc faire l'objet de questions dans le cadre d'un interrogatoire préalable, que ce soit de vive voix ou au moyen d'un interrogatoire écrit.

Contrairement à ce qui se produit lorsque la Cour prononce une ordonnance accordant le droit d'interroger un témoin avant le procès, c'est une des parties à l'action et non une personne étrangère au procès qui doit répondre aux questions qui sont posées dans le cadre d'un interrogatoire préalable oral. La Règle 466.1(1)b) dispose:

*Règle 466.1* (1) Toute partie à des procédures devant cette Cour peut demander à la Cour de rendre une ordonnance

b) enjoignant à cette autre partie de répondre à cet interrogatoire par affidavit dans le délai prévu par l'ordonnance. [Passage souligné par mes soins.]

De même, la Règle 466.1(5) dispose:

*Règle 466.1* . . . .

(5) L'affidavit de réponse à l'interrogatoire requis en vertu de la présente Règle peut, sous réserve de l'alinéa (6), être souscrit par un officier compétent d'une corporation ou de la Couronne ou par la personne chargée de la gestion du secteur en cause des affaires de la partie. [Passage souligné par mes soins.]

The plaintiffs engaged the services of an historian who obviously is not a member of the plaintiff Band nor a person exercising authority within it, to answer the interrogatories. The defendant Band has apparently not objected to that witness answering the interrogatories on behalf of the plaintiffs. This whole method of proceeding is quite improper: it is certainly in contravention of the *Federal Court Rules* regarding discovery process and, to the best of my knowledge, contravenes the generally accepted practice adopted by common law courts for the examination of parties. The situation undoubtedly arose out of certain pronouncements of British Columbia courts regarding the principle that only an historian can testify as to what took place or what existed beyond living memory. I have already indicated my disagreement with that principle.

In the order rendered by Mr. Justice Cullen of this Court on September 24, 1990, authorizing both parties to proceed by way of written interrogatories, there is no mention whatsoever that the general rule regarding the parties themselves to answer interrogatories was to be waived. On the contrary, the order states in part as follows: "The plaintiffs are required to respond to these interrogatories . . ." and further on that "the defendant Cape Mudge Indian Band is required to respond to these interrogatories . . .".

I do not intend to make any order regarding this matter as it was never mentioned at the hearing. I leave it to the parties by way of special application or otherwise to rectify this situation should they deem it advisable.

The plaintiffs are objecting to answering some forty-three questions contained in interrogatories produced by the defendants. Of this number, thirty-eight are either identical to those put by the plaintiffs in their own interrogatories or are slightly different as to form but really equivalent as to substance.

Les demandeurs ont, pour répondre aux questions posées dans l'interrogatoire écrit, retenu les services d'un historien qui ne faisait de toute évidence pas partie de la bande demanderesse et qui n'exerçait aucune autorité au sein de cette dernière. La bande défenderesse ne s'est apparemment pas opposée à ce que ce témoin réponde au nom des demandeurs aux questions posées dans l'interrogatoire écrit. Cette façon de procéder est tout à fait irrégulière: elle va certainement à l'encontre des *Règles de la Cour fédérale* relatives au déroulement de l'interrogatoire préalable et, autant que je sache, elle va à l'encontre de l'usage généralement accepté par les tribunaux de common law en matière d'interrogatoire des parties. La situation découle indubitablement de certaines décisions rendues par des tribunaux de la Colombie-Britannique au sujet du principe que seul un historien peut témoigner sur des événements ou des faits dont il ne reste plus de témoins. J'ai déjà déclaré que je ne souscrivais pas à ce principe.

Dans l'ordonnance qui a été rendue le 24 septembre 1990 par le juge Cullen de notre Cour et qui autorisait les deux parties à procéder par voie d'interrogatoire écrit, il n'est nullement mentionné qu'il faut écarter le principe général qui exige que les plaideurs eux-mêmes répondent aux questions posées dans l'interrogatoire écrit. Au contraire, l'ordonnance prévoit notamment ce qui suit: [TRADUCTION] «La Cour ordonne aux demandeurs de répondre à ces questions . . . et ordonne à la bande indienne défenderesse de Cape Mudge de répondre à ces questions . . . »

Je n'ai pas l'intention de rendre une ordonnance sur cette question car elle n'a jamais été soulevée à l'audience. Je laisse aux parties le soin de présenter une requête spéciale ou de prendre d'autres mesures pour corriger cette situation si elles le jugent à propos.

Les demandeurs refusent de répondre à quelque quarante-trois questions formulées dans l'interrogatoire écrit produit par les défendeurs. De ce nombre, trente-huit sont soit identiques à celles qui ont été posées aux demandeurs dans leur propre interrogatoire écrit ou en diffèrent légèrement quant à la forme mais y équivalent en réalité quant au fond.

In addition, the plaintiffs on September 19, 1990, following a similar application by the defendant Cape Mudge Indian Band on September 7, 1990, applied for a court order requiring the defendant Band to answer these questions. This constitutes a very strange state of affairs and it is difficult to now accept arguments on behalf of the plaintiffs to the effect that the defendant Band's interrogatories are improper. A party should not, as counsel for the defendant Band has put it, be permitted "to blow hot and then cold". There exists jurisprudence to the effect that a party may be prevented from adopting a completely contradictory position in the same action. See for instance *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139 (S.C.). It is not my intention to fully apply this principle, although in a few instances, some of the questions in the interrogatories which would normally have been disallowed on the ground that they seek too much detail on matters beyond living memory, may nevertheless be asked because the same or very similar details were requested by the plaintiffs to be furnished by the defendant Band. I fully anticipate that understandably, in several cases, the plaintiffs will really not be able to furnish the details requested because of a lack of knowledge of same. In those instances, the defendant Band will be entitled to be so informed.

In deciding whether a question can properly form part of the discovery process, the Court must at times consider such matters as the probable amount of time, effort, research, work and expenditure involved in attempting to arrive at an answer and weighing them against such matters as the amount of money or the importance of non-monetary issues involved in a litigation, the degree of relevancy, the probable importance, value or usefulness which the answer might have in determining the basic issues of the litigation. However, where a question is relevant and not otherwise objectionable, it is not sufficient for the party refusing to answer to merely state in argument that obtaining an answer would involve unwarranted, unjustifiable or exceptionally onerous difficulties. Some evidence must be furnished or referred

En outre, le 19 septembre 1990, à la suite d'une requête semblable présentée par la bande indienne défenderesse de Cape Mudge le 7 septembre 1990, les demandeurs ont demandé à la Cour de prononcer une ordonnance enjoignant à la bande défenderesse de répondre à ces questions. Cela crée une situation très étrange, et il est difficile d'accepter maintenant les prétentions des demandeurs suivant lesquelles les questions de la bande défenderesse sont irrégulières. On ne devrait pas permettre à une partie de [TRADUCTION] «changer d'idée à chaque instant», pour reprendre l'expression de l'avocat de la bande défenderesse. Suivant une certaine jurisprudence, une partie peut être déclarée irrecevable à adopter une position complètement contradictoire au cours de la même action (voir, par exemple, le jugement *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139 (C.S.)). Je n'ai pas l'intention d'appliquer ce principe à la lettre, même si dans certains cas, certaines des questions qui ont été posées dans l'interrogatoire écrit et qui auraient normalement été écartées au motif qu'elles réclament beaucoup trop de détails sur des questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins, peuvent quand même être posées parce que les demandeurs ont demandé à la bande défenderesse de lui fournir les mêmes détails ou des détails très semblables. Je m'attends naturellement à ce qu'il arrive dans plusieurs cas que les demandeurs soient véritablement incapables de fournir les détails demandés parce qu'ils ne les connaissent pas. En pareil cas, la bande défenderesse aurait le droit d'en être informée.

Pour décider si une question peut régulièrement faire partie de l'interrogatoire préalable, la Cour doit parfois tenir compte de certains facteurs comme la somme probable de temps, d'efforts, de recherches, de travail et de dépenses qu'il faudra consacrer pour essayer d'obtenir une réponse et les mettre en balance avec d'autres facteurs tels que le montant d'argent ou l'importance des questions non pécuniaires en litige dans le procès, ainsi que le degré de pertinence et l'importance, la valeur ou l'utilité probable que la réponse pourrait avoir pour permettre de trancher les questions essentielles du procès. Toutefois, lorsqu'une question est pertinente et qu'elle n'est pas par ailleurs répréhensible, le plaideur qui refuse de y répondre ne peut se contenter de rétorquer lors du débat que l'obtention d'une réponse impliquerait des difficul-

to in order to explain the difficulties and, where applicable, to establish what reasonable though eventually unsuccessful efforts were made to obtain an answer.

Questions involving conclusions of law as well as opinion evidence are not properly the subject-matter of the party and party discovery process. Thus enquiries requiring the definition or substance of property rights and disputes and the legal issues pertaining to them are not to be answered where they involve in any way a question of law.

The issue of whether any particular question should be answered by the plaintiffs will be decided in the light of the above-mentioned principles, findings and comments. Many of the answers may well require, as is usually the case, the examination of documents. The plaintiffs, however, in such cases, will only be required to refer to documents or to other articles or objects containing inscriptions or other information, which are within their possession or control.

Among the interrogatory questions to which objection was taken by the plaintiffs, they shall be obliged to answer the following: Q-1 to Q-3; Q-4(a) and (b) (to be answered in so far as Campbell River Band members are concerned); Q-5 (except for (d)); Q-6 to Q-8; Q-9 (a) and (b); Q-22 to Q-24; Q-28; Q-29 except for (d); Q-31; Q-32; Q-34 (except that plaintiffs not obliged to disclose evidence which they will be leading); Q-35; Q-36 (except for (e)); Q-46 to Q-49; Q-61 (except last sentence); Q-63 (a), (b), (c) and (e); Q-79 (first part only); Q-80 (except for (f)).

Plaintiffs will be required to give a more responsive answer to question 38(b),(c),(d), and (e). Although they do not admit these actions by the defendant Band, the question asked is whether any of the plaintiff members ever protested against

tés injustifiées ou exceptionnellement onéreuses. Il doit fournir ou mentionner certains éléments de preuve pour expliquer les difficultés et, le cas échéant, pour démontrer les démarches raisonnables quoique infructueuses qu'il a entreprises pour obtenir une réponse.

Les questions qui impliquent des conséquences juridiques et des témoignages d'opinion ne peuvent légitimement faire l'objet de l'interrogatoire préalable qui se déroule entre les parties. Ainsi donc, une partie n'est pas tenue de donner suite aux demandes de renseignements qui touchent à la définition ou au fond d'un droit de propriété ou qui portent sur une contestation de propriété ni aux questions d'ordre juridique qui s'y rapportent, lorsqu'elles impliquent de quelque façon que ce soit une question de droit.

La question de savoir si les demandeurs doivent répondre à une question donnée devrait être tranchée en tenant compte des principes, conclusions et commentaires susmentionnés. Il est fort possible que bon nombre des questions nécessitent, comme c'est habituellement le cas, l'examen de documents. Cependant, en pareil cas, les demandeurs seront uniquement tenus de mentionner les documents ou les autres articles ou objets qui contiennent des inscriptions ou d'autres renseignements et qu'ils ont en leur possession ou sous leur garde.

Parmi les questions qui leur ont été posées au cours de l'interrogatoire écrit et auxquelles ils ont refusé de répondre, les demandeurs devront répondre aux questions suivantes: 1 à 3; 4a) et b) (auxquelles il devront répondre dans la mesure où les membres de la bande indienne de Campbell River sont concernés); 5 (sauf d)); 6 à 8; 9a) et b); 22 à 24; 28, 29 (sauf d)); 31, 32; 34 (les demandeurs ne sont toutefois pas obligés de divulguer les éléments de preuve qu'ils présenteront); 35, 36 (sauf e)); 46 à 49; 61 (sauf la dernière phrase); 63a), b), c) et e); 79 (première partie seulement); 80 (sauf f)).

Les demandeurs devront donner une réponse plus complète aux questions 38b), c), d) et e). Bien que les demandeurs nient que la bande défenderesse ait accompli ces actes, la question qui leur est posée est celle de savoir si l'un ou l'autre des membres de la bande demanderesse les a déjà contestés. Ils doivent répondre à cette question. La



them. This should be answered. The requests to answer further questions are denied.

Costs will be in the cause as between the two Indian Bands.

Cour refuse d'ordonner aux demandeurs de répondre aux autres questions.

Les dépens suivront le sort du principal entre les deux bandes indiennes.

A-1057-90

A-1057-90

**Attorney General of Quebec (*Appellant*)**

v.

**National Energy Board (*Respondent*)**INDEXED AS: *QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Desjardins J.J.A.—Montréal, June 10, 11, 12, 13, 14; Ottawa, July 9, 1991.

*Energy — NEB granting Hydro-Québec licences to export electricity to U.S.A. on condition EARPGO complied with — Hydro-Québec appealing condition — Indians appealing granting of licences — NEB lacking jurisdiction to impose conditions as to energy production in export licence — Board did not err in considering recent statutory amendments, aimed at deregulation, which lay down less strict conditions in ruling on export applications — Natural justice rules not breached — Board finding former export price requirements met — While no direct evidence as to cost recovery, there was evidence supporting Board's finding as to feasibility.*

*Environment — NEB granting licences for electricity export to U.S.A. on condition EARPGO complied with — Condition struck down as NEB lacking information to impose conditions as to energy production in export licence — Board concerned only with environmental consequences of sending power from Canada — Authorities other than NEB responsible for serious environmental questions raised by construction of electrical energy production facilities.*

In September 1990, the National Energy Board granted Hydro-Québec seven licences authorizing the export, over some twenty years, of 1,450 megawatts of electricity to the United States, generating income of close to \$25 billion. The licences were all subject to the same conditions which had the effect of requiring Hydro-Québec to comply with the EARP Guidelines Order. The Attorney General of Quebec and Hydro-Québec seek to have those conditions vacated while the Grand Council of the Crees and the Cree Regional Authority object to the licences being granted at all.

*Held*, the principal and related appeal with respect to the conditions should be allowed and the conditions vacated. The appeals with respect to the decision granting the licences should be dismissed.

It is clear from the Board's reasons that it imposed the conditions affecting the construction of production facilities on the basis that it was bound by the EARP Guidelines Order and

**Procureur général du Québec (*appelant*)**

c.

a

**Office national de l'énergie (*intimé*)**RÉPERTORIÉ: *QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (C.A.)*

b

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 10, 11, 12, 13 et 14 juin; Ottawa, 9 juillet 1991.

c

*Énergie — L'ONÉ a accordé à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité aux É.-U. à condition qu'elle respecte le Décret sur le PEEE — Hydro-Québec a fait appel de l'imposition de cette condition — Des Indiens ont interjeté appel de l'octroi des licences — L'ONÉ n'a pas compétence pour imposer des conditions quant à la production d'énergie dans une licence d'exportation — L'Office n'a pas commis d'erreur en tenant compte des modifications législatives récentes, qui visaient à la déréglementation et qui posaient des conditions moins strictes, pour se prononcer sur les demandes d'exportation — Il n'y a pas eu violation des règles de justice naturelle — L'Office a conclu qu'on avait satisfait aux anciennes exigences quant au prix d'exportation — S'il est vrai qu'il n'existait aucune preuve directe quant à la récupération des coûts, il existait cependant des éléments de preuve qui étayaient la conclusion de l'Office quant à la rentabilité.*

d

e

f

g

h

i

j

*Environnement — L'ONÉ a accordé à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à la condition qu'elle respecte le Décret sur le PEEE — Cette condition a été écartée puisque l'ONÉ ne disposait pas de renseignements pour imposer des conditions quant à la production d'énergie dans la licence d'exportation — L'Office ne doit se préoccuper que des conséquences environnementales du fait de transporter de l'électricité à l'extérieur du Canada — Des autorités autres que l'ONÉ s'occupent des problèmes environnementaux sérieux posés par la construction d'installations de production d'énergie.*

En septembre 1990, l'Office national de l'énergie a accordé à Hydro-Québec sept licences autorisant l'exportation, au cours d'une période de vingt ans, de 1 450 mégawatts d'électricité aux États-Unis, ce qui générerait un revenu de près de 25 milliards de dollars. Les licences étaient toutes assujetties aux mêmes conditions qui avaient pour effet d'exiger d'Hydro-Québec qu'elle se conforme au Décret sur les lignes directrices visant le PEEE. Le procureur général du Québec et Hydro-Québec cherchent à faire annuler ces conditions alors que le Grand Conseil des Cris et l'Administration régionale crie s'opposent à l'octroi des licences elles-mêmes.

*Arrêt*: l'appel principal et l'appel incident relativement aux conditions devraient être accueillis et les conditions annulées. Les appels relativement à la décision portant octroi des licences devraient être rejetés.

Il ressort des motifs rendus par l'Office qu'il a imposé les conditions touchant la construction d'installations de production parce qu'il s'estimait lié par le Décret sur les lignes

that the Hydro-Québec applications were covered by that Order.

The Board does not have jurisdiction to make the granting of an export licence subject to conditions pertaining to production. The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave cannot relate to anything but the export of electricity. As it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself. The only question can be as to the environmental consequences of the export. Authorities other than the Board are responsible for the serious environmental questions raised by the construction of electrical energy production facilities. The conditions imposed herein cannot stand, but since they can be dissociated from the licences themselves, the quashing of the conditions does not entail quashing the decision itself.

Contrary to what was argued by the Grand Council of the Crees, the Board did not err in law by applying the provisions of amendments to the *National Energy Board Act* which came into effect in June 1990, before the decision was rendered but after the hearing had taken place and the applications taken under advisement. The new statutory provisions were enacted with a view to deregulation and placed less strict conditions on the exercise of the Board's discretion in considering applications to export electricity. The Board was bound by the new Act rather than by the provisions concerning cost recovery in force when the licence applications were made. The application of the new Act was not contrary to the rules of natural justice since the Grand Council of the Crees had complete latitude at the hearing to act on the understanding that the coming into effect of the new Act could affect the decision to be rendered. In any case, the application of the new provisions would not be a basis for reopening the hearing or holding a special additional hearing. Furthermore, even if the argument were valid, it lead nowhere since the Board had chosen to analyse the evidence in light of the old Act and decided, in accordance with its obligations, thereunder, that the Hydro-Québec applications met the traditional requirements of an export price that was just and reasonable in relation to the public interest.

Hydro-Québec had objected to openly disclosing its detailed estimate of certain costs for fear of injury in its business dealings with its neighbours. The Indians were, therefore, correct in noting that the Board had no direct evidence on which to base its conclusion that the export price would recover the appropriate share of the costs incurred in Canada. There is, however, nothing which requires the Board to decide only on direct evidence. There was evidence which, while not direct in all respects, carried a strong persuasive force in determining feasibility. The Court therefore could not dispute the Board's conclusion on that basis.

directrices visant le PEEE, et qu'il a conclu que les demandes d'Hydro-Québec étaient visées par ce décret.

L'Office n'a pas compétence pour assujettir l'octroi d'une licence d'exportation à des conditions se rapportant à la production. Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. L'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même. Ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir. Les problèmes environnementaux sérieux posés par la construction d'installations de production d'énergie électrique relèvent d'autres autorités que l'Office. Les conditions imposées en l'espèce ne sauraient tenir, mais puisqu'elles sont dissociables des licences elles-mêmes, l'annulation des conditions n'entraîne donc pas l'annulation de la décision elle-même.

Contrairement à ce qu'a prétendu le Grand Conseil des Cris, l'Office n'a pas commis une erreur de droit en appliquant les dispositions des modifications apportées à la *Loi sur l'office national de l'énergie* qui sont entrées en vigueur en juin 1990, soit avant la décision mais après l'audition et la prise des demandes en délibéré. Les nouvelles dispositions législatives ont été édictées dans une optique de déréglementation et ont soumis l'exercice de la discrétion de l'Office, dans l'examen des demandes d'exportation d'électricité, à des règles moins rigides. L'Office était lié par la nouvelle Loi plutôt que par les dispositions concernant la récupération des coûts en vigueur au moment où les demandes de licence ont été faites. L'application de la nouvelle Loi n'est pas contraire aux règles de justice naturelle, puisque le Grand Conseil des Cris a eu toute latitude d'agir au cours de l'audition dans la perspective que l'entrée en vigueur de la Loi nouvelle pouvait influencer sur la décision à venir. De toute façon, l'application des dispositions nouvelles ne fournissait pas matière à la réouverture de l'enquête ni à la tenue d'une audition spéciale additionnelle. De plus, l'argument, même s'il était fondé, ne pourrait conduire nulle part puisque l'Office a choisi d'analyser la preuve à la lumière de l'ancienne Loi et de décider, conformément aux obligations qu'il avait sous le régime de celle-ci, que les demandes d'Hydro-Québec ont satisfait aux exigences traditionnelles d'un prix d'exportation qui était juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public.

Hydro-Québec s'est refusée à révéler ouvertement son estimation détaillée de certains coûts de peur que la divulgation de ceux-ci ne lui cause un préjudice dans ses négociations commerciales avec ses voisins. C'est donc à juste titre que les Indiens ont noté que l'Office ne disposait d'aucune preuve directe sur laquelle il pouvait fonder sa conclusion que le prix d'exportation permettrait la récupération d'une bonne part des coûts assumés au Canada. Toutefois, rien ne force l'Office à ne se satisfaire que d'une preuve directe. Il existait une preuve, qui n'était peut-être pas directe en tous points, mais sa force probante relativement à la détermination de la rentabilité était de poids. La Cour ne saurait donc critiquer la conclusion de l'Office sur cette base.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof* (Bill C-23), S.C. 1990, c. 7.

*Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1307.

*Government Organization Act, 1979*, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14.

*Hydro-Québec Act*, R.S.Q. 1987, c. H-5.

*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 2, 22, 118 (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 32), 119.06(2)(b) (as enacted *idem*, s. 34), 119.08(2) (as enacted *idem*), 119.09(2) (as enacted *idem*).

*National Energy Board Part VI Regulations*, C.R.C., c. 1056, ss. 6(1),(2)(z),(aa), 15(m).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Consumers' Ass'n (Can.) v. Ontario Hydro [No. 1]*, [1974] 1 F.C. 453; (1974), 2 N.R. 467 (C.A.).

## COUNSEL:

*Jean-K. Samson, Robert Monette, Alain Gingras, Jean Robitaille* for Attorney General of Québec.

*Bernard A. Roy, Pierre Bienvenue, Jean G. Bertrand* for Hydro-Québec.

*Robert Mainville, James O'Reilly, Johanne Mainville* for Grand Council of the Crees of Quebec and Cree Regional Authority.

*Jean-Marc Aubry, René Leblanc, James Mabbutt, F. Jean Morel* for National Energy Board and Attorney General of Canada.

*William G. Lea* for Maritime Electric Co. Ltd.

*Harvey Morrison, John K. Poirier* for Nova Scotia Power Corp.

## SOLICITORS:

*Bernard Roy & Ass.*, Montréal, for Attorney General of Québec.

*Ogilvy Renaud*, Montréal, for Hydro-Québec.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.

*Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence* (Projet de loi C-23), L.C. 1990, chap. 7.

*Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 6.

*Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. 1987, chap. H-5.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), chap. N-7, art. 2, 22, 118 (mod. par L.C. 1990, chap. 7, art. 32), 119.06(2)(b) (édicte par *idem*, art. 34), 119.08(2) (édicte, *idem*), 119.09(2) (édicte, *idem*).

*Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1978-79, chap. 13, art. 14.

*Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, C.R.C., chap. 1056, art. 6(1),(2)(z),(aa), 15(m).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 1307.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*L'Ass'n des Consommateurs (Can.) c. Hydro-Ontario [n° 1]*, [1974] 1 C.F. 453; (1974), 2 N.R. 467 (C.A.).

## AVOCATS:

*Jean-K. Samson, Robert Monette, Alain Gingras, Jean Robitaille* pour le procureur général du Québec.

*Bernard A. Roy, Pierre Bienvenue, Jean G. Bertrand* pour Hydro-Québec.

*Robert Mainville, James O'Reilly, Johanne Mainville* pour le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie.

*Jean-Marc Aubry, René Leblanc, James Mabbutt, F. Jean Morel* pour l'Office national de l'énergie et le procureur général du Canada.

*William G. Lea* pour Maritime Electric Co. Ltd.

*Harvey Morrison, John K. Poirier* pour Nova Scotia Power Corp.

## PROCUREURS:

*Bernard Roy & Ass.*, Montréal, pour le procureur général du Québec.

*Ogilvy Renaud*, Montréal, pour Hydro-Québec.

*O'Reilly, Mainville, Montréal, for Grand Council of the Crees of Quebec and Cree Regional Authority.*

*Deputy Attorney General of Canada for National Energy Board and Attorney General of Canada.* <sup>a</sup>

*Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot, Charlottetown, for Maritime Electric Co. Ltd.*

*Nova Scotia Power Corp., Halifax, for Nova Scotia Power Corp.* <sup>b</sup>

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

MARCEAU J.A.: On July 28, 1989 Hydro-Québec applied to the National Energy Board for leave to export a certain quantity of electricity. The purpose of its applications, made in accordance with the provisions of Part VI of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, were: first, the issuing of a licence authorizing export to the New York Power Authority of two blocks of power and energy guaranteed for a twenty-year period; second, the issuing of six licences authorizing the export to Vermont Joint Owners of seven blocks of power and energy guaranteed for periods ranging from five to twenty-two years.

The mission of Hydro-Québec, an agent of the Crown in right of the province created by the *Hydro-Québec Act*, R.S.Q. 1987, c. H-5, is to anticipate and to supply demand for energy in Quebec, and to this end it is empowered to produce, acquire, sell, transport and distribute energy. Hydro-Québec in fact operates a vast network in the province, consisting of production facilities and facilities for the transport and distribution of electrical energy, the capacity of which is now over 30,000 megawatts (MW). In order to meet constantly rising demand, Hydro-Québec has prepared a development plan for its equipment which it expects to implement in the coming years, and this plan contemplates the sale outside of Quebec of a certain quantity of electricity produced by its facilities as a whole. The purpose of the two applications to the Board was to give effect to two agreements, negotiated and signed shortly before,

*O'Reilly, Mainville, Montréal, pour le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie.*

*Le sous-procureur général du Canada pour l'Office national de l'énergie et le procureur général du Canada.*

*Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot, Charlottetown, pour Maritime Electric Co. Ltd.*

*Nova Scotia Power Corp., Halifax, pour Nova Scotia Power Corp.*

*Voici les motifs du jugement rendu en français* <sup>c</sup> *par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Le 28 juillet 1989, Hydro-Québec s'adressait à l'Office national de l'énergie pour obtenir l'autorisation de procéder à l'exportation d'une certaine quantité d'électricité. Ses demandes, soumises en conformité des dispositions de la Partie VI de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), chap. N-7, avaient pour but: l'une, l'émission d'une licence autorisant l'exportation à New York Power Authority de deux blocs de puissance et d'énergie garanties pendant une période de vingt ans; l'autre, l'émission de six licences autorisant l'exportation à Vermont Joint Owners de sept blocs de puissance et d'énergie garanties durant des périodes variant de cinq à vingt-deux ans.

Hydro-Québec, un agent de la Couronne provinciale créé par la *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. 1987, chap. H-5, a pour rôle de prévoir et de satisfaire les demandes en énergie du Québec et à cette fin elle est habilitée à produire, acquérir, vendre, transporter et distribuer l'énergie. De fait, Hydro-Québec exploite dans la province un vaste réseau, composé d'installations de production, ainsi que d'installations de transport et de distribution d'énergie électrique, dont la capacité est aujourd'hui de plus de 30 000 mégawatts (MW). Afin de répondre à des besoins sans cesse croissants, Hydro-Québec a élaboré un plan de développement de ses équipements qu'elle compte mettre en service au cours des années à venir, plan qui envisage la vente hors du Québec d'une certaine quantité d'électricité venant de la production d'ensemble de ses installations. Les deux demandes présentées à l'Office visaient à donner effet à deux

which covered a total quantity of 1,450 MW and would provide income of nearly \$25 billion.

The Hydro-Québec applications gave rise to a lengthy public hearing in which a number of persons took part and which continued until March 5, 1990. On September 27, 1990 the Board made public the decision it had taken a few days earlier and published the reasons for that decision. Subject to the approval of the Governor in Council — approval which was in fact given soon afterwards — the Board granted the seven licences requested, except that it made them all subject to the same conditions, among which were the following two, Nos. 10 and 11:

10. This licence remains valid to the extent that

(a) any production facility required by Hydro-Québec to supply the exports authorized herein, for which construction had not yet been authorized pursuant to the evidence presented to the Board at the EH-3-89 hearing that ended on 5 March 1990, will have been subjected, prior to its construction, to the appropriate environmental assessment and review procedures as well as to the applicable environmental standards and guidelines in accordance with federal government laws and regulations.

(b) Hydro-Québec, following any of the environmental assessment and review procedures mentioned in subcondition (a), will have filed with the Board

- (i) a summary of all environmental impact assessments and reports on the conclusions and recommendations arising from the said assessment and review procedures;
- (ii) governmental authorizations received; and
- (iii) a statement of the measures that Hydro-Québec intends to take to minimize the negative environmental impacts.

11. The generation of thermal energy to be exported hereunder shall not contravene relevant federal environmental standards or guidelines.

The Board's decision seemed questionable to many. In October 1990 first Hydro-Québec and then the Attorney General of Quebec both applied to this Court, pursuant to section 22 of the *National Energy Board Act*, for leave to appeal the decision with respect to these conditions 10 and 11, while the Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority also took steps to object to the licences even being granted. Leave to

ententes, négociées et signées peu de temps auparavant, portant sur une quantité totale de 1 450 MW et devant assurer des revenus de près de 25 milliards de dollars.

a

Les demandes d'Hydro-Québec devaient donner lieu à une longue audience publique à laquelle participèrent plusieurs intervenants et qui se poursuivit jusqu'au 5 mars 1990. Le 27 septembre 1990, l'Office rendait publique la décision qu'il avait prise quelques jours auparavant et publiait les motifs qui l'y avaient conduit. Sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil—approbation qui devait effectivement être donnée peu après—l'Office accordait les sept licences demandées sauf qu'il les soumettait toutes au respect des mêmes conditions, parmi lesquelles se trouvaient, sous les numéros 10 et 11, les deux suivantes:

10. La présente licence ne demeure valide que dans la mesure où

a) toute installation de production requise par Hydro-Québec pour alimenter les exportations autorisées par la présente et dont la construction n'était pas encore autorisée conformément à la preuve faite devant l'Office lors de l'audience EH-3-89 terminée le 5 mars 1990, aura été soumise, préalablement à sa construction, aux évaluations et examens en matière d'environnement ainsi qu'aux normes environnementales applicables en vertu des lois et règlements du gouvernement fédéral.

b) Hydro-Québec, suite à tout processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement mentionné à la sous-modalité a), aura déposé auprès de l'Office

- i) un sommaire de toutes les évaluations environnementales et de tous les rapports faisant état des conclusions et des recommandations de ces études et rapports;
- ii) les autorisations gouvernementales reçues; et
- iii) un énoncé des mesures qu'Hydro-Québec entend prendre pour atténuer les impacts environnementaux défavorables.

11. La production de l'énergie thermique qui sera exportée en vertu de la présente ne doit pas contrevenir aux normes ni aux lignes directrices fédérales pertinentes en matière d'environnement.

La décision de l'Office parut contestable à plusieurs. Au cours du mois d'octobre 1990, Hydro-Québec d'abord puis le procureur général du Québec s'adressaient tous deux à cette Cour, en vertu de l'article 22 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, pour obtenir permission d'en appeler de la décision relativement à ces conditions 10 et 11, pendant que le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie procé-

appeal was granted to the three parties and the first notice of appeal entered was, pursuant to the Rules of the Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], designated the principal appeal, the others related appeals.

Maritime Electric Company Limited, which had appeared before the Board, and Nova Scotia Power Corporation intervened in the appeal pursuant to Rule 1307 of the Rules of practice of the Court, both in support of the objection by Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec to the imposition of conditions 10 and 11.

Two observations should be made on the reasons for judgment I am about to render.

The hearing of the principal and related appeals lasted for five days and gave rise to lengthy argument submitted with a host of authorities. The setting out of my views and my conclusions will be nowhere near reflecting the importance and complexity of the arguments presented. As I will explain in a moment, several of the arguments made were only made alternatively by counsel and it will not be necessary for me to consider them.

Furthermore, I will first examine the challenge to the imposition of conditions 10 and 11. The reason is not only that it originates with the applicant to the Board, Hydro-Québec, is supported by three of the four other appellants and interveners and was argued before the other one at the hearing, but also that by disposing of it first I feel I can simplify my analysis as a whole.

Challenge by Attorney General of Quebec and Hydro-Québec to imposition of conditions 10 and 11

daient de leur côté pour pouvoir s'en prendre à l'octroi même des licences. Les trois permissions demandées ayant été accordées, le premier avis d'appel inscrit fut désigné, en vertu des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], appel principal, les deux autres, appels incidents.

Maritime Electric Company Limited, qui avait comparu devant l'Office, et Nova Scotia Power Corporation intervinrent à l'appel, en vertu de la Règle 1307 des Règles de pratique de la Cour, toutes deux pour appuyer l'opposition d'Hydro-Québec et du procureur général du Québec à l'imposition des conditions 10 et 11.

Relativement aux motifs de jugement que je m'appête à faire valoir, deux remarques sont de mise.

L'audition des appels principal et incidents a duré cinq jours et a donné lieu à de longs plaidoyers présentés avec l'appui d'une foule d'autorités. L'exposé de ma façon de voir et de mes conclusions sera loin de refléter l'importance et la complexité des arguments développés. C'est que, comme j'expliquerai dans un moment, plusieurs des moyens invoqués ne furent mis de l'avant par les procureurs que subsidiairement et il ne m'a pas été nécessaire de les aborder.

D'autre part, c'est l'attaque portée contre l'imposition des conditions 10 et 11 que je considérerai d'abord. Ce n'est pas seulement qu'elle vient du demandeur devant l'Office, Hydro-Québec, qu'elle est appuyée par trois des quatre autres appelants et intervenants, et qu'elle a été plaidée avant l'autre à l'audition, c'est aussi qu'en en disposant en premier, je pense pouvoir simplifier mon exposé d'ensemble.

L'attaque du procureur général du Québec et d'Hydro-Québec contre l'imposition des conditions 10 et 11

It is clear from reading the introductory "whereas" to each of the licences<sup>1</sup> and the lengthy reasons published in support of the decision that the Board imposed conditions 10 and 11 because it felt it was bound by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, adopted on June 22, 1984 on the recommendation of the Minister of the Environment pursuant to subsection 6(2) of the *Government Organization Act*, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14<sup>2</sup> (hereinafter the "EARP Order"), and it considered that the Hydro-Québec applications were covered by the EARP Order. This obvious connection between the imposition of the conditions and compliance with the EARP Order raises the question of the application of that Order, first to the Board itself, and then to the promoter Hydro-Québec as an agent of the Crown in right of the province, and even ultimately its constitutional validity. It is these problems, raised among the appellants' grounds of challenge, which required the most extensive analysis; however, as I have just said, they were only mentioned alternatively, and I will explain why.

While the connection between imposition of the disputed conditions and the EARP Order is not formally stated in the formal text of the conclusions of the decision (a fact which the Attorney General of Canada relied on as a basis for dissociating the validity of the conditions as such from questions of the implementation and constitutionality of the EARP Order, a pointless effort in my opinion), the very wording of the conditions indicates that they relate to production facilities. The Board made the licences subject to conditions 10 and 11 because it felt it could, and under its legal mandate had to, be concerned about the

<sup>1</sup> Including the following two:

AND WHEREAS pursuant to the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* ("EARP Guidelines Order"), the Board has performed an environmental screening of the application by considering the evidence gathered during the above-mentioned public hearing;

AND WHEREAS the Board has determined, subject to the undertaking of appropriate environmental reviews prior to the construction of production facilities used in part to support the proposed exports, that the requirements of the *EARP Guidelines Order* will have been fulfilled . . .

<sup>2</sup> Now section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10.

Il est clair, à la lecture des «attendus» introductifs de chacune des licences<sup>1</sup> et des longs motifs publiés au soutien de la décision, que l'Office a imposé les conditions 10 et 11 parce qu'il s'est estimé lié par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, adopté le 22 juin 1984, sur avis conforme du ministre de l'Environnement et en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1978-79, chap. 13, art. 14<sup>2</sup> (ci-après *Décret sur le PEEE*), et qu'il a considéré que les demandes d'Hydro-Québec étaient visées par ce *Décret sur le PEEE*. Ce lien évident entre l'imposition des conditions et le respect du *Décret sur le PEEE* met en cause le problème de l'application de ce *Décret*, d'abord à l'Office lui-même puis au promoteur Hydro-Québec en tant qu'agent de la Couronne provinciale, et même par delà celui de sa validité constitutionnelle elle-même. Ce sont ces problèmes, soulevés parmi les moyens d'attaque des appelants, qui ont requis les développements les plus considérables. Mais, comme je viens de dire, ils ne se présentent que subsidiairement, et voici pourquoi.

Si le lien entre l'imposition des conditions contestées et le *Décret sur le PEEE* n'est pas formellement exprimé dans le texte formel du dispositif de la décision (un fait que le procureur général du Canada a fait valoir pour tenter de dissocier la validité des conditions prises en elles-mêmes des problèmes d'application et de constitutionnalité du *Décret sur le PEEE*, une tentative à mon sens sans portée), il ressort du texte même des conditions qu'elles se rapportent aux installations de production. C'est parce qu'il a jugé qu'il pouvait et devait, de par son mandat légal, s'inquiéter des effets environnementaux susceptibles d'être causés par la

<sup>1</sup> Parmi lesquels les deux suivants:

ET ATTENDU que conformément au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («*Décret sur le PEEE*»), l'Office a procédé à un examen préalable de la demande en considérant la preuve déposée au cours de l'audience publique ci-haut mentionnée;

ET ATTENDU que l'Office a déterminé que les exigences du *Décret sur le PEEE* seront respectées sous réserve d'un engagement à soumettre aux évaluations et examens en matière d'environnement, préalablement à leur construction, les installations de production utilisées en partie pour alimenter les exportations proposées; . . .

<sup>2</sup> Devenu l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10.



environmental consequences that might be caused by the eventual construction of production facilities. This explains the first question that arises, namely whether the Board's jurisdiction in fact extends to facilities for the production of goods for export, or in other words, whether the Board can make the granting of a licence to export certain goods subject to conditions pertaining to their production. Clearly, a negative answer to this question will make any question about the EARP Order academic; and I do feel that the answer should be negative.

Naturally, the Board derives its authority and jurisdiction from its enabling Act, the *National Energy Board Act*, which prohibits anyone from exporting electricity without leave of the Board. At the time the Hydro-Québec applications were filed, that leave necessarily took the form of a licence and certain of the factors which the Board had to take into account were expressly mentioned. Now, since the coming into effect on June 1, 1990 of Bill C-23, *An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7 ("Bill C-23"), the leave may consist of a permit or a licence and the criteria the Board must consider are not the same. We will see below that applying the new provisions to the Hydro-Québec applications then pending created a problem; however, in any case the Board's jurisdiction still is and has always been the granting of leave to export electricity. The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave clearly cannot relate to anything but the export of electricity. Section 2 of the Act defines what is meant by export (in French "*exportation*") in the case of electricity:

2. . . .

"export" means, with reference to

(a) power, to send from Canada by a line of wire or other conductor power produced in Canada . . .

It seems clear that, as it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself, and it is only reasonable that this

construction éventuelle d'installations de production que l'Office a soumis les licences aux conditions 10 et 11. D'où la question première qui se pose, celle de savoir si effectivement la juridiction de l'Office s'étend aux installations de production des biens devant être exportés ou, en d'autres termes, si l'Office peut assujettir l'octroi d'une licence d'exportation de certains biens à des conditions relatives à leur production. Une réponse négative à cette question initiale rendra évidemment académique toute question relative au Décret sur le PEEÉ. Or, je crois justement que la réponse est négative.

L'Office, naturellement, tire son autorité et sa juridiction de sa loi constitutive, la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, cette loi qui interdit à quiconque d'exporter de l'électricité sans une autorisation de l'Office. À la date du dépôt des demandes d'Hydro-Québec, cette autorisation prenait nécessairement la forme d'une licence et certains des facteurs dont l'Office devait tenir compte étaient expressément prévus. Aujourd'hui, suite à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 1990, du projet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, chap. 7 («Projet de loi C-23»), l'autorisation peut consister en un permis ou une licence et les critères que l'Office doit considérer ne sont plus les mêmes. On verra plus loin que l'application des nouvelles dispositions aux demandes d'Hydro-Québec alors en délibéré a soulevé un problème. Mais, de toute façon, ce sur quoi porte la juridiction de l'Office est encore et a toujours été l'autorisation d'exporter de l'électricité. Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent évidemment se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. Or, l'article 2 de la Loi définit ce qu'il faut entendre par exportation (en anglais «*export*») dans le cas d'électricité:

2. . . .

«exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur . . .

Il me paraît clair que l'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même, et ce n'est que

should be so. Of course, anyone wishing to export a good must produce it or arrange for it to be produced elsewhere, but when he produces it or arranges for its production elsewhere he is not exporting it, and when he is exporting it he is not producing it.

I do not think anyone would dispute for a moment that in considering an application for leave to export electricity, the Board must be concerned about the environmental consequences, since the public interest is involved. The Board's function in this respect is in any case confirmed in several enactments.<sup>3</sup> However, the only question can be as to the environmental consequences of the export, namely the consequences for the environment of "[sending] from Canada . . . power produced in Canada". It might be possible to conceive of a situation in which a production facility was so much a part of export operations that it would be possible to bring the use of that facility within the Board's jurisdiction — though I do not see how such a situation could arise, and I even strongly doubt whether the consequence I am assuming would follow — but it is clear that there is nothing of the kind here. Some of the Hydro-Québec construction projects will be moved up by several years to meet the needs of the export contracts, but the carrying out of these projects is not in any way connected with the exports, which will be supplied by the network itself and which only affect a small fraction of its total capacity.

It is clear that the construction of electrical energy production facilities raises serious environmental questions which must be considered and resolved, but those questions are the responsibility of other authorities besides the Board, and those authorities have no need of the Board's support in

<sup>3</sup> First, it should be noted that this function is based on ss. 119.06(2)(b), 119.08(2) and 119.09(2) of the *National Energy Board Act* (R.S.C., 1985, c. N-7, as amended by *An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7, s. 34), and on ss. 6(2)(aa), 15(m) of the *National Energy Board Part VI Regulations*, C.R.C., c. 1056, as amended, and to this might be added the Canadian Electricity Policy of September 1988 and the Guidelines of the National Energy Board of December 1988, although this Policy and these Guidelines have not been given legislative or regulatory form.

rationnel qu'il en soit ainsi. Bien sûr, celui qui veut exporter un bien doit le produire ou se le procurer ailleurs, mais quant il le produit ou se le procure ailleurs il ne l'exporte pas, et quand il l'exporte il ne le produit pas.

Personne, je pense, ne songerait un moment à contester qu'en considérant une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité, l'Office soit tenu de s'inquiéter des conséquences environnementales, puisqu'il y va de l'intérêt public. Le mandat de l'Office à cet égard est d'ailleurs confirmé dans plusieurs textes<sup>3</sup>. Mais ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir, soit les conséquences sur l'environnement du «fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays». Peut-être pourrait-on imaginer une situation où une usine de production serait tellement intégrée à des opérations d'exportation qu'il serait possible de faire tomber l'utilisation de cette usine dans le champ de compétence de l'Office—encore que je vois mal comment une telle situation pourrait se présenter et je doute même fort sérieusement que la conséquence que je suppose s'ensuivrait—; mais il est évident qu'il n'y a rien de tel ici. Quelques-uns des projets de construction d'Hydro-Québec seront devancés de quelques années pour satisfaire aux besoins des contrats d'exportation, mais la réalisation de ces projets n'est nullement liée aux exportations qui seront alimentées par le réseau lui-même et ne couvrent qu'une faible fraction de sa capacité totale.

Il est évident que la construction d'installations de production d'énergie électrique pose des problèmes environnementaux sérieux qui doivent être considérés et résolus, mais ces problèmes relèvent d'autres autorités que l'Office et ces autorités n'ont nullement besoin pour agir du support de

<sup>3</sup> Il faut noter d'abord que ce mandat s'appuie sur les art. 119.06(2)(b), 119.08(2) et 119.09(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (L.R.C. (1985), chap. N-7, telle que modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, chap. 7, art. 34), et sur les art. 6(2)(aa) et 15(m) du *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, C.R.C., chap. 1056, tel qu'amendé, et on peut ajouter sur la *Politique canadienne de l'électricité* de septembre 1988 et sur les *Directives de l'Office national de l'énergie* de décembre 1988, quoique cette Politique et ces Directives n'ont reçu aucune sanction législative ou réglementaire.

order to act, nor in any case is it the Board's function to lend such support.

By imposing conditions 10 and 11, in my opinion, the Board clearly exceeded the limits of its jurisdiction and its authority. Such an imposition cannot stand. Does it then follow that the decision itself is vitiated and the Board must reconsider the matter? I do not think so. These conditions can clearly be dissociated from the licences themselves, and there is nothing in the reasons for the decision to suggest that, within the limits of its jurisdiction, the Board had reasons for refusing to grant the applications made to it. The quashing of these two conditions therefore should not entail quashing the decision itself.

However, the decision may be void on other grounds.

Challenge by the Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority to granting of licences themselves

The Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority (hereinafter "the Grand Council of the Crees") argued that by deciding the Hydro-Québec applications as it did, the Board did not observe the requirements of its mandate and that its decision is void because it was not made in accordance with the provisions of the Act. Their argument is based on two propositions.

1. First, the Grand Council of the Crees argued that the Board erred in law by applying to the Hydro-Québec applications the new provisions of *An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof, supra* ("Bill C-23"), which as we have seen above came into effect on June 1, 1990, that is well before the decision but after the hearing had taken place and the applications been taken under advisement.

It must be recalled that, with a view to deregulation, Bill C-23 placed less strict conditions on the exercise of the Board's discretion in considering applications to export electricity. Section 118 of the *National Energy Board Act* read as follows before June 1990:

l'Office, qui n'a d'ailleurs aucunement reçu mission de le leur accorder.

En imposant les modalités 10 et 11, l'Office, à mon avis, a clairement excédé les limites de sa juridiction et de son autorité. Une telle imposition ne saurait tenir. Faut-il alors en conclure que la décision elle-même est viciée et que l'Office doit procéder à une nouvelle considération? Je ne le crois pas. Il s'agit de conditions manifestement dissociables des licences elles-mêmes et rien dans les motifs de la décision ne peut permettre de penser que, dans les limites de sa compétence, l'Office avait des raisons pour refuser d'accéder aux demandes qui lui avaient été faites. L'annulation des deux conditions ne devrait donc pas entraîner l'annulation de la décision elle-même.

Mais évidemment la décision peut être nulle pour d'autres motifs.

L'attaque du Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie contre l'octroi des licences elles-mêmes

Le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie (ci-après «le Grand Conseil des Cris») soutiennent qu'en disposant des demandes d'Hydro-Québec comme il l'a fait, l'Office n'a pas respecté les exigences de son mandat et que sa décision est nulle parce qu'elle n'a pas été prise en conformité des prescriptions de la Loi. Leur prétention s'appuie sur deux propositions.

1. Le Grand Conseil des Cris argumente d'abord que l'Office a erré en droit en appliquant aux demandes d'Hydro-Québec les dispositions nouvelles de la *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, précitée (la «Loi C-23») qui, comme nous l'avons vu plus haut, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1990, soit bien avant la décision mais néanmoins après l'audition et la prise des demandes en délibéré.

Il faut savoir que, dans une optique de déréglementation, la Loi C-23 a soumis l'exercice de la discrétion de l'Office, dans la considération des demandes d'exportation d'électricité, à des règles moins rigides. L'article 118 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* se lisait, avant juin 1990, comme suit:

**118.** On an application for a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant and, without limiting the generality of the foregoing, the Board shall:

(a) satisfy itself that the quantity of oil, gas or power to be exported does not exceed the surplus remaining after due allowance has been made for the reasonably foreseeable requirements for use in Canada having regard, in the case of an application to export oil or gas, the trends in the discovery of oil or gas in Canada;

(b) satisfy itself that the price to be charged by an applicant for power exported by the applicant is just and reasonable in relation to the public interest; and

(c) where oil or gas is to be exported and subsequently imported or where oil or gas is to be imported, have regard to the equitable distribution of oil or gas, as the case may be, in Canada.

and the *National Energy Board Part VI Regulations*, under the heading "*Information to be Furnished by Applicants for Licence to Export Power*", echoed this obligation contained in paragraph (b) by stating:

6. (1) Every applicant for a licence for the exportation of power shall furnish to the Board such information as the Board may require.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the information required to be furnished by any applicant described in subsection (1) shall, unless otherwise authorized by the Board, include

(z) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price

(i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas . . .

With the coming into effect of Bill C-23 in June 1990, section 118 simply reads:

**118.** On an application for a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant and shall

(a) satisfy itself that the quantity of oil or gas to be exported does not exceed the surplus remaining after due allowance has been made for the reasonably foreseeable requirements for use in Canada having regard to the trends in the discovery of oil or gas in Canada; . . .

and a new subsection 119.08(2), dealing with the factors to be considered in issuing a licence, merely states:

**119.08 . . .**

(2) In deciding whether to issue a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant.

**118.** Pour délivrer une licence, l'Office tient compte des facteurs qui lui semblent pertinents; il doit notamment:

a) s'assurer que la quantité de pétrole, de gaz ou d'électricité à exporter ne dépasse pas l'excédent sur les besoins normalement prévisibles du Canada, eu égard, dans le cas du pétrole et du gaz, à l'orientation des découvertes de pétrole ou de gaz au Canada;

b) s'assurer que, dans les cas d'exportation d'électricité, le prix à demander est juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public;

c) tenir compte, dans les cas d'importation, ou d'exportation pour réimportation, du pétrole ou du gaz, de la distribution équitable du pétrole ou du gaz, selon le cas, au Canada.

et le *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, sous le titre «*Renseignements à fournir par les requérants de licences visant l'exportation de force motrice*», avait fait écho à cette obligation prévue à l'alinéa b) en édictant:

6. (1) Tout requérant d'une licence pour l'exportation de force motrice doit fournir à l'Office des renseignements exigés par ce dernier.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), les renseignements que tout requérant décrit au paragraphe (1) est tenu de fournir doivent, sauf autorisation contraire de l'Office, comprendre

z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation

(i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes, . . .

Depuis juin 1990 et l'entrée en vigueur de la Loi C-23, l'article 118 se lit simplement:

**118.** Pour délivrer une licence, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents; il doit notamment:

a) veiller à ce que la quantité de pétrole ou de gaz à exporter ne dépasse pas l'excédent de la production par rapport aux besoins normalement prévisibles du Canada eu égard aux perspectives liées aux découvertes de pétrole ou de gaz au Canada; . . .

et un nouveau paragraphe 119.08(2), relatif aux facteurs à considérer pour délivrer une licence, répète sans plus:

**119.08 . . .**

(2) L'Office tient compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents.

The Board was wrong, the Grand Council of the Crees said, to take into account the provisions of Bill C-23, which led it to neglect or at least to not apply in the same way the criteria of price in the Act as it stood at the time the Hydro-Québec applications were made and taken under advisement, in particular the first criterion of cost recovery, defined in subparagraph 6(2)(z)(i) of the Regulations.

It is true that the Board considered it was bound by the new Act, but I think it was quite right in this respect and its reasoning seems to me to be faultless:

The Board shares the opinion of parties with respect to the application of the principle of non-retroactivity of legislation to Bill C-23, and can only say that none of the provisions of the Bill which apply to the export of electricity constitutes an express exception to this principle. The Board also believes that the provisions of Bill C-23 must begin producing their effects from the moment the bill came into force, on 1 June 1990, in accordance with the general principle of the immediate effect of legislation.

The substantive provisions of Bill C-23 dealing with electricity are essentially aimed at modifying the criteria which the Board must consider when authorizing exports, and the scope of the Board's jurisdiction in certain cases. Other provisions modify the procedure relating to applications for licences to export electricity. None of the provisions of the Bill deals with the manner in which the Board should handle pending applications, nor do they suspend the immediate effect of the amendments to section 118 of the *NEB Act* or to any other rules previously applicable to the export of electricity.

The Board believes that procedural amendments should have an immediate effect, but that the immediate application of substantive amendments should not affect vested rights, obligations acquired or responsibilities incurred before these amendments came into force.

Counsel for the Grand Council of the Crees tried to show that application of the new Act to the pending applications could be contrary here to the rules of natural justice applicable to their clients as interested parties opposed to the granting of the licences. However, I admit that I am somewhat baffled by the argument since the Grand Council of the Crees had complete latitude at the hearing to act on the clear understanding that the coming into effect of the new Act could affect the decision to be rendered, and in any case the easing of the requirements resulting from application of the new provisions certainly would not be a basis for reopening the hearing or holding a special additional hearing.

L'Office a eu tort, dit le Grand Conseil des Cris, d'avoir tenu compte des prescriptions de la Loi C-23, ce qui l'emmena à négliger ou à tout le moins à ne pas appliquer de même façon les critères de prix de la Loi telle qu'elle existait au moment où les demandes d'Hydro-Québec ont été faites et prises en délibéré, tout spécialement le premier critère, relatif à la récupération des coûts, défini au sous-alinéa 6(2)z(i) du Règlement.

Il est vrai que l'Office s'est considéré lié par la nouvelle Loi mais je crois que c'est avec pleine raison et son raisonnement à cet égard me paraît sans faille:

L'Office partage l'opinion des parties sur l'application de la règle de la non-rétroactivité des lois au projet de loi C-23 et ne peut que constater qu'aucune disposition de ce projet de loi visant les exportations d'électricité ne fait exception expresse à cette règle. L'Office est d'avis aussi que les dispositions du projet de loi C-23 doivent commencer à produire leurs effets à compter de leur entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 1990, selon le principe général de l'effet immédiat des lois.

Les dispositions de fond du projet de loi C-23 touchant l'électricité ont essentiellement pour but de modifier les critères dont l'Office doit tenir compte pour en autoriser l'exportation ainsi que l'étendue de la juridiction de l'Office dans certains cas. D'autres dispositions modifient la procédure applicable aux demandes d'autorisation d'exporter. Aucune disposition du projet de loi ne traite de la façon dont l'Office doit disposer des demandes pendantes devant lui ni ne suspend l'effet immédiat des modifications à l'article 118 de la *Loi sur l'ONÉ* ou aux autres règles applicables auparavant à l'exportation de l'électricité.

L'Office est d'avis que les modifications relatives à la procédure doivent avoir un effet immédiat. Quant aux modifications de fond, leur application immédiate ne devrait porter atteinte à des droits acquis, des obligations contractées ou des responsabilités encourues avant leur entrée en vigueur.

Les procureurs du Grand Conseil des Cris ont tenté de faire valoir que l'application de la nouvelle Loi aux demandes en délibéré pouvait ici aller à l'encontre des règles de justice naturelle applicables à leurs clients en tant qu'intéressés opposés à l'octroi des licences. Mais j'avoue être quelque peu dérouté par l'argument étant donné que le Grand Conseil des Cris a eu toute latitude d'agir au cours de l'audition dans la perspective nette que l'entrée en vigueur de la Loi nouvelle pouvait influencer sur la décision à venir et que, de toute façon, l'adoucissement des exigences résultant de l'application des dispositions nouvelles ne fournissait certes pas matière à réouverture d'enquête ou audition spéciale additionnelle.

That is by no means all. Even if the argument were valid, it leads nowhere. It appears from the reasons for the decision that once it had stated its conclusion that the new Act applied, the Board freely chose to analyse the evidence presented in light of the first price criterion of the old Act and decide in accordance with the obligation it had under the old Act. At page 29 of its decision, the Board wrote the following:

The coming into force of Bill C-23 on 1 June 1990 has removed these considerations as explicit criteria to which the Board is obliged to have regard under the new review procedures applicable to electricity export applications. Nonetheless, under the *Amended Act*, there is nothing to preclude the Board from having regard to such considerations, either in making a recommendation to the Governor in Council to designate a proposed export application for licensing procedures or in deciding whether to issue a licence.

In view of the fact that the application was filed prior to the removal of the surplus and price criteria from the Act by Bill C-23, these considerations have been afforded some importance in the Board's examination of the application.

#### Applications for export

The Board has given careful consideration to all the evidence and submissions presented and has reached the following conclusions.

##### 6.1 Export Price

In assessing whether the price to be charged by an applicant is just and reasonable in the public interest, the Board has used the following two criteria: (a) the export price should recover the applicable costs incurred in Canada and (b) the export price should not be less than the price for an equivalent service to Canadian customers.

Indeed, as can clearly be seen from reading the Board's analysis and commentary on the first criterion of price, the Board decided that the Hydro-Québec applications had to meet the traditional requirements dating from prior to June 1990. Clearly, it was by reference to the information provided by Hydro-Québec in compliance with the requirements of subparagraph 6(2)(z)(i) of the Regulations that the Board said it felt certain that the export price was just and reasonable in relation to the public interest. The new provisions of Bill C-23 had no influence in this regard. The first proposition of the Grand Council of the Crees is untenable.

2. Even though the Board said it intended to take into account the first criterion of price in subparagraph 6(2)(z)(i) of the Regulations, the Grand Council of the Crees went on in its second

Il y a d'ailleurs beaucoup plus. L'argument, même s'il était fondé, ne pourrait conduire nulle part. Il appert, en effet, des motifs de la décision, que sitôt après avoir affirmé sa conclusion que la nouvelle Loi s'appliquait, l'Office a librement choisi d'analyser la preuve offerte à la lumière du premier critère de prix de l'ancienne Loi et de décider conformément à l'obligation qu'il avait sous l'ancienne Loi. Voici ce qu'écrivit l'Office à la page 29 de sa décision:

Avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 1990, du projet de loi C-23, et conformément à la nouvelle méthode de traitement des demandes visant des exportations d'électricité, l'Office n'a plus l'obligation explicite d'appliquer ces dispositions. Néanmoins, il n'y a rien dans la *Loi modifiée* qui empêche l'Office de tenir compte de ces considérations s'il estime qu'elles sont pertinentes, soit en recommandant au gouverneur en conseil qu'un projet d'exportation soit assujéti au processus de délivrance de licence, soit en décidant d'accorder ou non une licence.

Puisque les présentes demandes ont été déposées avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-23 qui a entraîné la disparition des dispositions relatives aux excédents et aux prix, l'Office s'est penché sur ces questions lors de l'examen des demandes.

#### Demandes d'exportation

L'Office a soigneusement examiné toute la preuve et les témoignages présentés et a tiré les conclusions suivantes.

##### 6.1 Prix à l'exportation

Afin de s'assurer que le prix demandé sur le marché d'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public, l'Office a utilisé les deux critères suivants: le prix à l'exportation a) devrait permettre de récupérer les coûts applicables engagés au Canada et b) ne devrait pas être inférieur au prix d'un service équivalent fourni aux clients canadiens.

Et de fait, la lecture de l'analyse et des commentaires de l'Office sur le premier critère de prix en témoigne clairement, l'Office a jugé comme si les demandes d'Hydro-Québec devaient satisfaire aux exigences traditionnelles d'avant juin 1990. C'est bel et bien en se référant aux renseignements fournis par Hydro-Québec en réponse aux exigences du sous-alinéa 6(2)z(i) du Règlement que l'Office dit s'être assuré que le prix d'exportation était juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public. Les dispositions nouvelles de la Loi C-23 n'ont eu sur ce plan aucune influence. La première proposition du Grand Conseil des Cris est sans portée.

2. Même si l'Office a prétendu vouloir tenir compte du premier critère de prix du sous-alinéa 6(2)z(i) du Règlement, poursuit le Grand Conseil des Cris dans sa seconde proposition alternative, il

alternative proposition, it could not validly arrive at the conclusion that the price "would recover (the) appropriate share of the costs incurred in Canada", because it had no direct evidence of this before it.

The proposition can only be understood taken in context. Hydro-Québec had shown that exports of power and energy would come from its network as a whole, but in order to meet the additional needs resulting from the two contracts, as mentioned above, it would have to move up the date on which certain hydro-electric facilities contemplated in its development plan were brought on line. The Board thus concluded that the recoverable costs under the first criterion of price should include all marginal production costs, opportunity costs for the part of the exports taken from existing facilities and in particular the cost of bringing forward proposed new hydro-electric facilities. At the time its evidence was filed, Hydro-Québec nevertheless objected to openly disclosing with all supporting documentation its detailed estimate of the cost of bringing forward the production facilities, arguing that the disclosure of these costs would cause it serious injury in its business dealings with its neighbours. The Board did not feel it should insist and allowed Hydro-Québec to submit its evidence by indirect means, namely by filing the testimony of a chartered accountant, who after an audit was able to say, first, that the costs used in making the profitability studies were in fact the cost of the equipment used by Hydro-Québec, and second, that the methodology used by Hydro-Québec in determining the profitability of the exports allowed it to arrive at the results stated regarding the importance of recovering the costs involved. The Grand Council of the Crees was thus right in saying that the evidence was not direct in all respects.

However, why should the evidence be direct in all respects? There is nothing that requires the Board to decide only on direct evidence. The Board had before it the testimony of a series of witnesses and the abundant documentary evidence submitted by Hydro-Québec on the question of profitability. It also had before it the important statement that the Government of Quebec had

ne pouvait arriver valablement à la conclusion que le prix «permettra(it) la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada» parce qu'il n'avait de cela aucune preuve directe devant lui.

La proposition ne se comprend que située dans son contexte. Hydro-Québec avait démontré que les exportations de puissance et d'énergie devaient provenir de l'ensemble de son réseau mais que, pour satisfaire aux besoins additionnels résultant des deux contrats, il lui faudrait, comme dit plus haut, devancer la date de mise en service de certaines installations hydro-électriques prévues dans son plan de développement. L'Office avait ainsi conclu que les coûts à récupérer en vertu du premier critère de prix devaient inclure tous les coûts marginaux de production, les coûts d'opportunité pour la partie des exportations provenant des installations existantes et spécialement les coûts de devancement des nouvelles installations hydro-électriques projetées. Au moment du dépôt de sa preuve, Hydro-Québec néanmoins s'objecta à révéler ouvertement, tous les livres à l'appui, son estimation détaillée des coûts de devancement des installations de production en soutenant que la divulgation de ces coûts lui causerait un préjudice sérieux dans ses négociations commerciales avec ses voisins. L'Office ne crut pas nécessaire d'insister et permit à Hydro-Québec de faire sa preuve par un moyen indirect, soit en déposant le témoignage d'un comptable agréé qui, après vérification, fut en mesure d'attester: d'abord, que les coûts utilisés pour réaliser les études de rentabilité étaient bien les coûts des équipements utilisés par Hydro-Québec et ensuite, que la méthodologie suivie par Hydro-Québec pour déterminer la rentabilité des exportations permettait d'en arriver aux résultats attestés quant à l'importance de la récupération des coûts impliqués. Ainsi, le Grand Conseil des Cris a raison d'affirmer que la preuve n'a pas été en tous points directe.

Mais pourquoi faudrait-il que la preuve ait été en tous points directe? Rien ne force l'Office à ne se satisfaire que d'une preuve directe. L'Office avait devant lui la série de témoignages et l'abondante preuve documentaire qu'Hydro-Québec avait soumis relativement à la question de rentabilité. Il avait aussi devant lui l'attestation non négligeable que le Gouvernement du Québec avait

approved the contract because of the clear benefit the province would derive from it. At the same time, it was able to get the comments and note the lack of interest of those responsible for adjacent Canadian networks connected with Hydro-Québec (which use sources of electrical production based much less on hydraulic energy and whose production costs are thus higher) regarding electricity to be sold at the price contemplated. All this evidence may not have been direct in all respects, but it certainly carried a strong persuasive force in determining feasibility.

The Board held that it was persuaded by this evidence, and I do not see on what basis this Court could undertake to dispute its conclusion. An appeal filed under section 22 of the *National Energy Board Act* can be concerned only with questions of law and jurisdiction. It cannot be concerned with the way in which the Board arrived at its opinion in light of the facts established before it. The oft-cited remarks of Jackett C.J. on this point in *Consumers' Ass'n (Can.) v. Ontario Hydro [No. 1]*, [1974] 1 F.C. 453 (C.A.), at pages 457 and 458, are worth repeating:

Section 83(b) calls for a determination by the Board as to whether the price to be charged is "just and reasonable" in relation to the public interest. Generally speaking, as it seems to me, where Parliament leaves it to a tribunal to decide "fair and reasonable" or "just and reasonable" rates or prices or public convenience and necessity, the tribunal has a discretion to decide in what manner it will obtain information and the courts have no right to refute the Board's opinion based on the facts established before it. See *Northwest Utilities Ltd. v. The City of Edmonton, Union Gas Company of Canada, Limited v. Sydenham Gas and Petroleum Company, Limited and Memorial Gardens Association (Canada) Limited v. Colwood Cemetery Company*. Furthermore, where a tribunal adopts a rule of practice to guide it in the exercise of its statutory functions, the question whether it properly appreciates its own rule cannot be a question of law. Nor "can the question whether in a given case the Board has properly appreciated the facts for the purpose of applying the rule be such a question. This is so because . . . there is no statutory rule and there is no rule of law that prescribes considerations by which the Board is to be governed in exercising its administrative discretion . . .". See *Bell Telephone Co. v. Canadian National Railways* per Duff C.J.C. (giving the judgment of the Supreme Court of Canada) at page 21.

approuvé les contrats en raison du bénéfice net que la province était en mesure d'en retirer. Il avait pu en même temps recueillir les commentaires et noter l'absence d'intérêt des responsables des réseaux voisins canadiens interconnectés à Hydro-Québec (qui utilisent des sources de production d'électricité beaucoup moins axées sur l'hydraulique et dont les coûts de production sont, partant, plus élevés) à l'égard de l'électricité à être vendue au prix prévu. Toute cette preuve n'était peut-être pas directe en tous points mais sa force probante relativement à la détermination de la rentabilité était certes de poids.

L'Office a jugé que cette preuve le convainquait et je ne vois pas sur quelle base cette Cour pourrait se permettre de critiquer sa conclusion. Un appel logé en vertu de l'article 22 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence. Il ne peut porter sur la façon dont l'Office s'est formé une opinion à la lumière des faits établis devant lui. Les propos souvent cités que le juge en chef Jackett tenait sur ce point dans l'arrêt *L'Ass'n des Consommateurs (Can.) c. Hydro-Ontario [N° 1]*, [1974] 1 C.F. 453, aux pages 457 et 458, méritent d'être repris:

L'article 83b) demande à l'Office de décider si le prix est «juste et raisonnable» en fonction de l'intérêt public. Il me semble qu'en général, lorsque le Parlement laisse à un tribunal la détermination de ce qui est «équitable et raisonnable» ou «juste et raisonnable», en matière de taux, de prix ou de ce qui est adapté ou nécessaire au public, le tribunal en cause a le pouvoir discrétionnaire de décider de quelle manière il obtiendra les renseignements; les tribunaux judiciaires n'ont donc pas le droit d'examiner l'opinion de l'Office, cette opinion étant fondée sur des faits établis devant lui. Voir les arrêts *Northwest Utilities Ltd. c. La cité d'Edmonton, Union Gas Company of Canada, Limited c. Sydenham Gas and Petroleum Company, Limited et Memorial Gardens Association (Canada) Limited c. Colwood Cemetery Company*. En outre, lorsqu'un tribunal adopte une règle de pratique qui doit régir l'exercice de ses fonctions statutaires, la question de savoir s'il interprète correctement sa propre règle ne peut être une question de droit. De même [TRADUCTION] «la question de savoir si, dans un cas précis, l'Office a interprété correctement les faits dans le but d'appliquer la règle en cause ne peut être considérée comme une telle question. Il en est ainsi parce qu' . . . il n'existe ni règle statutaire ni principe juridique qui indique expressément sur quelles considérations l'Office doit se fonder dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire administratif . . . ». Voir l'arrêt *La Cie Bell Téléphone c. Le Canadien National*, rendu par le juge en chef du Canada Duff (prononçant le jugement de la Cour suprême du Canada), à la page 21.



The second proposition put forward by the Grand Council of the Crees in support of its appeal has no more foundation than the first.

Conclusion

Thus, for all the reasons I have just stated, I consider that the Court should dismiss the related appeal filed by the Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority, but allow the appeal of the Attorney General of Quebec and the related appeal of Hydro-Québec. It should thus vacate conditions Nos. 10 and 11 imposed by the National Energy Board on licences EL-179, EL-180, EL-181, EL-182, EL-183, EL-184 and EL-185 which it issued to Hydro-Québec, and at the same time find those licences to be valid.

PRATTE J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

La deuxième proposition que le Grand Conseil des Cris a avancée au soutien de son appel est aussi dénuée de fondement que la première.

Conclusion

*a* Ainsi pour tous les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis que la Cour devrait rejeter l'appel incident logé par le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie, mais *b* accueillir l'appel du procureur général du Québec et celui incident d'Hydro-Québec. Elle devrait ainsi annuler les conditions numéros 10 et 11 auxquelles l'Office national de l'énergie a assujetti les licences EL-179, EL-180, EL-181, EL-182, *c* EL-183, EL-184 et EL-185 qu'il a délivrées à Hydro-Québec, tout en déclarant lesdites licences valides par ailleurs.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis d'accord.

*d* LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

T-183-88

T-183-88

Antrim Yards Ltd., Bakerview Forest Products Inc., Brink Forest Products Inc., Byrnexco Inc., English Bay Cedar Products Ltd., Faulkener Wood Specialties Ltd., Greenwood Forest Products (1983) Ltd., Holcan Millworks Ltd., Marks Lumber Limited, Midland Wood Products Ltd., Naimark Lumber Ltd., Northwest Pre-Cut Inc., Okanagan Lumber Services Ltd., Pacific Pallet Ltd., Portbec Forest Products Ltd., Prince George Precut Limited, Quadra Wood Products Ltd., Ridge Forest Products Inc., Sauder Industries Limited, Shera Wood Products Inc., Spruceland Millworks B.C. Ltd., Spruceland Millworks Ltd., Still Creek Forest Products Ltd., Summerland Forest Products, Tye Timber Products Ltd., Moga Timber Mill Ltd., Peter F. Beulah, John Brink, Trevor Russell Buddo, George Burns, Harry Earnest Erskine, Vernon D. Friesen, Jean Patricia Fujikawa, Levi Giesbrecht, John Gorman, Morris Grondin, Raymond Harms, Ian C. Hudson, William LaCoste, William Arthur McInnes, Erik Madsen, Fred Marks, Barry Naimark, Peter Redeker, William L. Sauder, Ben Sawatzky, Peter Sheremeta, David M. Sweeney, Robert F. West and Balwinder Brar (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

INDEXED AS: ANTRIM YARDS LTD. v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Strayer J.—Vancouver, March 26; Ottawa, April 29, 1991.

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Softwood Lumber Products Charge Exemption Order exempting from 15% export charge only those companies already exempted by U.S.A. — Corporate plaintiffs not protected under Charter s. 15 which applies only to natural persons — Distinctions created by Exemption Order not contrary to s. 15 — S. 15 prohibiting only discrimination on enumerated or analogous grounds — Prohibited discrimination involving distinctions based on personal characteristics not readily changed — Plaintiffs not prejudicially affected by membership in group of companies not exempted from duty as group not existing before alleged discrimination — Adoption of distinctions of timeliness of applications and economic grounds used by American authorities to deny exemption not “so grossly unfair” or “devoid of any rational relationship to legitimate state purpose” as to offend against principle of equality before and under law — None of indicia of discrimi-*

Antrim Yards Ltd., Bakerview Forest Products Inc., Brink Forest Products Inc., Byrnexco Inc., English Bay Cedar Products Ltd., Faulkener Wood Specialties Ltd., Greenwood Forest Products (1983) Ltd., Holcan Millworks Ltd., Marks Lumber Limited, Midland Wood Products Ltd., Naimark Lumber Ltd., Northwest Pre-Cut Inc., Okanagan Lumber Services Ltd., Pacific Pallet Ltd., Portbec Forest Products Ltd., Prince George Precut Limited, Quadra Wood Products Ltd., Ridge Forest Products Inc., Sauder Industries Limited, Shera Wood Products Inc., Spruceland Millworks B.C. Ltd., Spruceland Millworks Ltd., Still Creek Forest Products Ltd., Summerland Forest Products, Tye Timber Products Ltd., Moga Timber Mill Ltd., Peter F. Beulah, John Brink, Trevor Russell Buddo, George Burns, Harry Earnest Erskine, Vernon D. Friesen, Jean Patricia Fujikawa, Levi Giesbrecht, John Gorman, Morris Grondin, Raymond Harms, Ian C. Hudson, William LaCoste, William Arthur McInnes, Erik Madsen, Fred Marks, Barry Naimark, Peter Redeker, William L. Sauder, Ben Sawatzky, Peter Sheremeta, David M. Sweeney, Robert F. West et Balwinder Brar (*demandeurs*)

c.

f Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)RÉPERTORIÉ: ANTRIM YARDS LTD. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Strayer—Vancouver, 26 mars; Ottawa, 29 avril 1991.

g

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre exempte du droit à l'exportation de 15 % seulement des compagnies déjà exemptées par les É.-U. — Les personnes morales demanderesse ne sont pas protégées par l'art. 15 de la Charte, qui ne s'applique qu'aux personnes physiques — Les distinctions créées par le Décret sur l'exemption ne sont pas contraires à l'art. 15 — L'art. 15 n'interdit la discrimination que pour les motifs énumérés ou analogues — La discrimination prohibée porte sur des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles qui ne peuvent être aisément modifiées — Les demandeurs n'ont pas été désavantagés par leur appartenance à un groupe de compagnies non exemptées du paiement du droit car le groupe n'existait pas avant la perpétration de l'action discriminatoire reprochée — L'adoption des distinctions relatives aux demandes tardives et aux motifs d'ordre économique invoquées par les autorités américaines pour refuser l'exemption n'est pas «tellement injuste» ni «dénuée de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l'État» qu'elle viole le droit à la même*

nation for identifying analogous grounds (stereotyping, historical disadvantage, political isolation) present.

*Practice — Parties — Standing — Application for declaration of invalidity of Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order as contrary to Charter, s. 15 and for recovery of export charges already paid — Requirements of standing vary according to remedy — Corporate and individual plaintiffs granted standing to seek declaration of invalidity — Application of criteria in Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski — Plaintiff corporations granted standing: claim for damages or recovery of money, but individual plaintiffs denied standing with respect thereto — Only party suffering loss can claim recovery of money or damages.*

*Construction of statutes — Charter of Rights, s. 15 — Whether equality rights of natural persons only guaranteed — More precise meaning of "individual" preferred to potentially broader "personne" in French version as consistent with prohibited forms of discrimination involving personal characteristics.*

This was an application for a declaration that the *Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order* was invalid as inconsistent with Charter, section 15. The plaintiffs also sought an order discharging the corporate plaintiffs from liability for unpaid export charges under the *Softwood Lumber Products Export Charge Act*, special damages for such export charges as had already been paid, and general damages for loss of sales.

American competitors, asserting that the Canadian lumber industry was unfairly subsidized by government programs, petitioned the United States Department of Commerce to impose a 27% countervailing duty on imported softwood lumber. On June 30, 1986 the Department of Commerce advised that Canadian exporters had until July 11 to apply for an exclusion from the countervailing duty order. Some of the plaintiffs were not notified that they could make such application. Others, who had been certified by the Canadian Government as entitled to exclusions, were not approved for exclusion by the Department of Commerce. When it became apparent that a countervailing duty of at least 15% would be imposed, an agreement was reached that a 15% export charge would be imposed by the Government of Canada on softwood lumber products exported to the U.S.A. in return for a withdrawal of the petition. It was agreed that only companies already granted an exclusion by the Department of Commerce would be exempted from this charge. Shortly after the agreement was signed the *Softwood Lumber Products Export Charge Act*, which permitted the Governor in Council to "exempt any person from the requirement to pay such a charge", was

protection et au même bénéfice de la loi — Aucun des signes de discrimination permettant de trouver des motifs analogues (les stéréotypes, les désavantages historiques, la vulnérabilité à des préjugés politiques) n'est présent.

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire portant que le Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre est inconstitutionnel au motif qu'il est incompatible avec l'art. 15 de la Charte; ils sollicitent aussi le recouvrement des droits à l'exportation déjà payés — Les exigences applicables à la qualité pour agir varient selon le recours — Les personnes morales demanderesse et les personnes physiques demanderesse ont qualité pour rechercher un jugement déclarant le Décret inconstitutionnel — Application des critères exposés dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski* — Les personnes morales demanderesse obtiennent qualité pour agir à l'égard de la demande en dommages-intérêts ou en remboursement d'argent, mais les personnes physiques demanderesse n'ont pas obtenu qualité pour agir à cet égard — Seule la partie qui a subi le préjudice peut demander un remboursement ou des dommages-intérêts.*

*Interprétation des lois — Art. 15 de la Charte des droits — Il s'agit de savoir si seuls les droits à l'égalité des personnes physiques sont garantis — Le sens plus précis du mot «individual» de la version anglaise est préféré au terme potentiellement plus général de la version française, soit «personne», le premier étant considéré plus conforme aux motifs de discrimination prohibés visant des caractéristiques personnelles.*

Il s'agit d'une demande de jugement déclaratoire portant que le Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre est invalide en raison de son incompatibilité avec l'article 15 de la Charte. Les demandeurs ont aussi sollicité une ordonnance libérant les personnes morales demanderesse de toute obligation de paiement des droits à l'exportation impayés exigibles en vertu de la *Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre*, et ils ont aussi réclamé des dommages-intérêts spéciaux pour les droits à l'exportation déjà payés, et des dommages-intérêts généraux pour perte de ventes.

Des concurrents américains, alléguant que l'industrie canadienne du bois d'œuvre était injustement subventionnée par certains programmes fédéraux, a demandé au Department of Commerce des États-Unis d'imposer un droit compensatoire de 27 % sur certains produits de bois d'œuvre importés aux États-Unis. Le 30 juin 1986, le Department of Commerce a fait savoir que les exportateurs canadiens avaient jusqu'au 11 juillet pour présenter leur demande d'exemption du paiement du droit en question. Certaines des personnes morales demanderesse n'ont pas été avisées de la possibilité de faire une telle demande. D'autres, que le gouvernement du Canada avait attesté être admissibles aux exemptions, ont vu le Department of Commerce les leur refuser. Lorsqu'il est devenu évident qu'un droit compensatoire d'au moins 15 % serait imposé, il a été entendu que le gouvernement du Canada imposerait un droit à l'exportation de 15 % sur certains produits de bois d'œuvre exportés aux États-Unis en échange du retrait de la pétition en cause. Il a été convenu que seules les compagnies que le Department of Commerce exemptait déjà du paiement du droit compensatoire seraient exemptées du paiement du droit à l'exportation. Peu après la conclusion de l'entente, la *Loi*

introduced. The Governor in Council then adopted the *Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order* which exempted the twenty companies and two of their associates already excluded by the U.S.A. from its countervailing duty. The companies not excluded had to pay the Canadian export charge throughout 1987.

Charter, section 15 guarantees the right of "[e]very individual" to equal protection and benefit of the law. The defendant argued that the corporate plaintiffs had no standing because they were not entitled to protection under subsection 15(1), which only guarantees the rights of individuals. Relying on the principle in *Foss v. Harbottle* that only a corporation may sue for a wrong done to it, the defendant further argued that the individual plaintiffs had no standing because any alleged loss they had suffered resulted from injury to the corporations and not to them. The plaintiffs argued that the use of "personne" in the French version of section 15 was broad enough to include corporations.

The plaintiffs submitted that it was "discrimination" to deny the plaintiff companies an exemption under Canadian law based on the denial of an exclusion from the foreign countervailing duty pursuant to American law, either because they had been late applying for an exclusion or because their application had been refused. The issues were (1) whether the plaintiffs had standing to bring this action; (2) whether Charter, subsection 15(1) applies to corporations; (3) whether Charter, subsection 15(1) prohibits the type of distinctions made in the *Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order*; and (4) whether the remedies sought were appropriate.

*Held*, the action should be dismissed.

(1) As the requirements for standing vary from one remedy to another, it was necessary to look at each remedy separately.

The corporate and individual plaintiffs had standing to seek the declaration of invalidity. On the one hand, the defendant argued that the plaintiffs could not assert a "public interest" standing because they were seeking relief from taxes, i.e. because they had a particular interest in setting aside the Exemption Order. On the other hand, it was argued that the validity of the Exemption Order could not be attacked by the plaintiffs because the parties directly affected, the corporate plaintiffs, had no right to invoke the Charter, and the individual plaintiffs who alleged indirect prejudice had no right to complain of damage to the corporation. In respect of standing to seek declarations, one had to distinguish between the establishment of standing to bring the action and the ultimate proof of violation of a substantive right of the plaintiff. Where there is a justiciable issue, standing may be based on "the right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament" and equally by the Governor in Council. There was a justiciable issue. The plaintiff need not show a substantive legal injury to himself

sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre, qui permettait au gouverneur en conseil d'exempter toute personne de l'obligation de payer ces droits», a été déposée. Le gouverneur en conseil a alors pris le *Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre*, qui exemptait les vingt-deux compagnies et deux de leurs associées déjà exemptées par les É.-U. du paiement du droit compensatoire américain. Les compagnies non exemptées ont été obligées de payer le droit à l'exportation canadien pendant toute l'année 1987.

L'article 15 de la Charte garantit le droit de «tous» à la même protection et au même bénéfice de la loi. La défenderesse a soutenu que les personnes morales défenderesses n'avaient pas qualité pour agir parce qu'elles n'ont pas droit à la protection prévue au paragraphe 15(1) de la Charte, qui ne garantit que les droits des personnes physiques. Invoquant le principe posé dans l'arrêt *Foss v. Harbottle* suivant lequel seule une personne morale peut poursuivre pour le préjudice dont elle a été victime, la défenderesse a affirmé également que les personnes physiques demanderesses n'avaient pas non plus qualité pour agir parce que la perte qu'elles prétendent avoir subie est imputable au préjudice causé aux personnes morales et non à elles. Les demandeurs ont soutenu que l'emploi du mot «personne» dans la version française de l'article 15 était suffisamment général pour comprendre les personnes morales.

Les demandeurs ont fait valoir que les compagnies demanderesses ont été victimes d'une «discrimination» en se faisant refuser l'exemption prévue par la loi canadienne parce qu'elles s'étaient vu refuser l'exemption du paiement du droit compensatoire américain en vertu de la loi américaine, soit en raison du dépôt tardif de la demande d'exemption du paiement du droit compensatoire, soit à cause du rejet de leur demande. Les points litigieux sont les suivants: (1) les demandeurs ont-ils qualité pour introduire la présente action; (2) le paragraphe 15(1) de la Charte s'applique-t-il aux personnes morales; (3) le paragraphe 15(1) de la Charte interdit-il le type de distinctions que fait le *Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre*; et (4) les recours que les demandeurs cherchent à exercer sont-ils appropriés.

*Jugement*: l'action devrait être rejetée.

(1) Comme les exigences relatives à la qualité pour agir varient d'un recours à l'autre, il a été nécessaire d'examiner séparément chacun d'eux.

Les personnes morales et les personnes physiques demanderesses ont qualité pour demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. D'une part, la défenderesse soutient que les demandeurs ne peuvent revendiquer une qualité pour agir fondée sur «l'intérêt public» parce qu'ils demandent d'être exemptés de taxes, c'est-à-dire parce qu'ils ont un intérêt particulier à faire annuler le décret d'exemption. D'autre part, on a soutenu que la constitutionnalité du décret d'exemption ne peut être contestée par les demandeurs parce que les parties directement touchées, les personnes morales demanderesses, n'ont pas le droit d'invoquer la Charte, et que les personnes physiques demanderesses qui prétendent subir un préjudice indirect n'ont pas le droit de se plaindre du préjudice causé à la personne morale. En ce qui concerne la qualité pour solliciter un jugement déclaratoire, il est nécessaire d'établir une distinction entre la reconnaissance de la qualité du demandeur pour introduire l'action et la preuve ultime de la violation d'un droit substantiel du demandeur. Lorsqu'il existe une question suscep-

to have standing to sue, provided the criteria for standing for a declaration of invalidity set out by the Supreme Court of Canada in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski* are met. Applying those criteria: (1) The possible infringement of the Charter by the Exemption Order was a serious issue. (2) The plaintiff companies were directly affected by the law by being obliged to pay the export charge when certain of their competitors did not have to pay it. They should not be refused standing on the ground that they will not be able to make out their constitutional claim. They have a "genuine interest" as Canadian entrepreneurs in the validity of the law. A corporation which can demonstrate its own financial loss flowing from an unconstitutional law has an "interest" in seeking a declaration of invalidity. The individual plaintiffs, as officers and shareholders of companies which have lost money pursuant to a law, also have a "genuine interest" in attacking the validity of that law. They were also "directly affected" by the loss of salary and dividends. (3) The only other means to bring the matter before the courts would be actions by the defendant to enforce taxes due or prosecutions of the corporate or individual plaintiffs under the Act for failure to pay. The plaintiffs did not have to wait until they are sued or prosecuted to impugn the statute under which such enforcement measures might be taken.

Only the plaintiff corporations had standing with respect to the claim for damages or recovery of money because they were seeking the recovery of money paid and losses suffered by them as a result of the Exemption Order. An action for recovery of money or damages can only be brought by the party who actually suffered the loss.

(2) The word "individual" in the English version of section 15 guarantees equality rights to natural persons only, according to its normal meaning and several decisions of the Federal Court of Appeal. The more precise meaning of "individual" in the English version of section 15 is more consistent with the forms of discrimination — involving personal characteristics — prohibited by subsection 15(1) than is the potentially broader language of the French version.

(3) The distinctions created by the Exemption Order were not contrary to the guarantees of subsection 15(1). Although unfavourable treatment of an economic nature, even of a tax nature, can form the basis for a claim under subsection 15(1), the grounds for making this unfavourable distinction must amount to "discrimination" within section 15. There must be an unfavourable distinction on one of the enumerated or analogous grounds. "Discrimination" involves distinctions based on

tible d'être tranchée par les voies de justice, la qualité pour agir peut être fondée sur «le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement» et également par le gouverneur en conseil. Il existe une question susceptible d'être tranchée par les voies de justice. Il n'est pas essentiel que le demandeur démontre qu'il a été personnellement victime d'une violation de ses droits substantiels pour avoir qualité pour agir, pourvu que les critères relatifs à la qualité pour solliciter un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité exposés par la Cour suprême dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski* soient respectés. Si l'on applique ces critères: (1) La violation possible de la Charte par le décret d'exemption est une question sérieuse. (2) Les personnes morales demanderessees sont directement touchées en étant tenues de payer le droit à l'exportation alors que certains de leurs concurrents n'y ont pas été contraints. On ne devrait pas leur refuser la qualité pour agir au seul motif qu'elles ne réussissent pas à établir le bien-fondé du moyen qu'elles tirent de la constitution. Elles ont un «intérêt véritable» en tant qu'entrepreneurs canadiens dans la constitutionnalité de la mesure législative. La personne morale qui peut démontrer qu'elle a elle-même subi un préjudice financier en raison d'une loi inconstitutionnelle a sûrement un «intérêt» quelconque à demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. En leur qualité d'administrateurs et d'actionnaires des compagnies qui auraient perdu de l'argent en raison d'une loi, les personnes physiques demanderessees ont aussi un «intérêt véritable» à contester la constitutionnalité de cette loi. Elles sont «directement touchées» par la perte de salaire et des dividendes. (3) Le seul autre moyen de soumettre la question aux tribunaux serait une action introduite par la défenderesse pour obtenir le paiement forcé des taxes imposées ou une poursuite intentée contre les personnes morales demanderessees ou contre les personnes physiques demanderessees en vertu de la Loi pour omission de payer. Les demandeurs n'ont pas à attendre d'être poursuivis pour contester la loi en vertu de laquelle de telles accusations pourraient être portées.

En ce qui concerne la demande de dommages-intérêts ou de remboursement d'argent, seules les personnes morales ont la qualité pour agir parce qu'elles demandent d'être remboursées de l'argent qu'elles ont payé et d'être indemnisées des pertes qu'elles ont subies en raison du décret d'exemption. Une action en remboursement d'argent ou en dommages-intérêts ne peut être intentée que par la personne qui a effectivement subi la perte.

(2) Le mot «*individual*» dans la version anglaise de l'article 15 ne garantit les droits à l'égalité qu'aux personnes physiques, selon son sens courant et plusieurs décisions de la Cour d'appel fédérale. Le sens plus précis du mot «*individuals*» dans la version anglaise de l'article 15 se concilie davantage que le terme plus général de la version française avec les formes de discrimination — visant les attributs personnels — prohibées par le paragraphe 15(1).

(3) Les distinctions créées par le décret d'exemption ne violent pas les garanties prévues par le paragraphe 15(1). Bien qu'un traitement défavorable de nature économique, même de nature fiscale, puisse donner ouverture à une demande fondée sur le paragraphe 15(1), les motifs de cette distinction défavorable doivent équivaloir à une «discrimination» au sens de l'article 15. Il doit y avoir une distinction défavorable fondée sur l'un des motifs énumérés à ce paragraphe ou sur un motif

“personal characteristics” which individuals cannot readily change.

The plaintiffs were not prejudicially affected because of their membership in a group i.e. those companies not entitled to exemption from the U.S. countervailing duty. For a person to be prejudicially treated due to association with a group, the group must have existed before the act of alleged discrimination.

The plaintiffs also argued that there could be unconstitutional discrimination going beyond the grounds enumerated in subsection 15(1). The adoption by Canadian authorities of the distinctions of timeliness of applications and economic grounds used by American authorities was not “so grossly unfair” or “devoid of any rational relationship to a legitimate state purpose” as to offend against the principle of equality before and under the law and to merit intervention under subsection 15(1). Those who filed late were partially responsible for their applications being out of time. The plaintiffs’ argument that the Canadian Government should not have entered into the agreement could not be accepted since the second guessing of policy decisions is beyond the “institutional competence of the courts”. Although the prohibited grounds of discrimination may not necessarily be limited to those enumerated in subsection 15(1) or those analogous thereto, such possibilities have been narrowed in ways relevant to the present case. Of the indicia of discrimination for the purpose of identifying analogous grounds i.e. stereotyping, historical disadvantage, or political isolation, none were present in the group represented by the plaintiffs.

(4) There were several difficulties with the remedies as sought. A declaration that the Exemption Order was invalid would not exempt the plaintiffs from payment of the export charge under the Act. The results would be that the companies exempted by the Order would have to pay the export charge and that an order that the corporate plaintiffs be discharged from all liability for unpaid export charges could not be granted. The claim for “special damages” already paid could not succeed if the Exemption Order were simply declared invalid. To recover the charges paid, it would have to be proven that the payments had been made under coercion resulting in the unjust enrichment of the defendant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

*Softwood Lumber Products Export Charge Act*, S.C. 1987, c. 15, s. 15.

*Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order*, SOR/87-480 (as am. by SOR/88-67).

analogue. La «discrimination» vise des distinctions fondées sur des «caractéristiques personnelles» d’un genre que les personnes physiques ne peuvent aisément changer.

Les demandeurs ne sont pas désavantagés en raison de leur appartenance à un groupe, à savoir le groupe de compagnies qui n’ont pas droit à l’exemption du paiement du droit compensatoire américain. Pour qu’une personne fasse l’objet d’un traitement défavorable en raison de son association à un groupe, il faut que ce groupe ait existé avant la perpétration de l’acte discriminatoire reproché.

Les demandeurs ont également avancé qu’il pouvait y avoir discrimination inconstitutionnelle fondée sur d’autres motifs que ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1). L’adoption par les autorités canadiennes des distinctions fondées sur les demandes tardives et les motifs d’ordre économique invoquées par les autorités américaines n’est pas «tellement injuste» ni si «dénuée de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l’État» qu’elle enfreint le principe de l’application égale et générale de la loi et qu’elle justifie la Cour d’intervenir en vertu du paragraphe 15(1). Ceux qui ont déposé des demandes tardives sont en partie responsables du fait qu’elles n’ont pas été présentées dans les délais prescrits. L’argument des demandeurs selon lequel le gouvernement canadien n’aurait pas dû signer le protocole d’entente ne peut être retenu puisque la vérification des décisions de principe ne relève pas de la «compétence institutionnelle des tribunaux». Même si les motifs de discrimination illicites ne se limitent pas nécessairement à ceux qui sont exposés au paragraphe 15(1) ou à des motifs analogues, cette possibilité a été restreinte de manières qui sont pertinentes à la présente affaire. Le groupe que représentent les demandeurs ne présente aucun des signes de discrimination permettant de trouver des motifs analogues, c’est-à-dire les stéréotypes, les désavantages historiques ou la vulnérabilité à des préjugés politiques.

(4) Les recours tels qu’ils sont formulés soulèvent plusieurs difficultés. Un jugement déclarant inconstitutionnel le décret d’exemption n’empêcherait pas les demandeurs d’être assujettis au paiement du droit à l’exportation prévu par la Loi. Il en résulterait que les compagnies exemptées aux termes du décret seraient assujetties au paiement du droit à l’exportation et que la demande visant à libérer les personnes morales demanderesse de toute obligation de paiement des droits à l’exportation impayés serait irrecevable. La demande de «dommages-intérêts spéciaux» équivalant aux droits à l’exportation déjà payés serait aussi irrecevable si le décret d’exemption était simplement déclaré inconstitutionnel. Pour recouvrer les droits payés, il faudrait prouver que les paiements ont été faits sous la contrainte, entraînant l’enrichissement sans cause de la défenderesse.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

*Décret sur l’exemption du droit à l’exportation de produits de bois d’œuvre*, DORS/87-480 (mod. par DORS/88-67).

*Loi sur le droit à l’exportation de produits de bois d’œuvre*, L.C. 1987, chap. 15, art. 15.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.); *Foss v. Harbottle* (1843), 67 E.R. 189 (Ch.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.*, [1986] R.J.Q. 2513; [1987] D.L.Q. 42 (C.S.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

## CONSIDERED:

*Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227.

## REFERRED TO:

*Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 5 W.W.R. 193; (1985), 64 B.C.L.R. (2d) 63; 30 B.L.R. 41 (B.C.S.C.); aff'd [1987] 2 W.W.R. 364; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 190 (B.C.C.A.); *McGauley v. B.C.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 223 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 28 F.T.R. 160; 99 N.R. 181 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 109 N.R. 357 (C.A.); *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522; 29 D.L.R. (4th) 583; 19 Admin. L.R. 192; 1 C.E.L.R. (N.S.)1; 25 C.R.R. 50; 16 O.A.C. 14 (Div. Ct.); *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279; (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (B.C.C.A.); *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (S.C., 1938); *Jacobs (George Porky) Enterprises Ltd. v. City of Regina*, [1964] S.C.R. 326; (1964), 44 D.L.R. (2d) 179; 47 W.W.R. 305; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; (1967), 63 D.L.R. (2d) 561; *Hydro Electric Commission of Nepean*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.); *Foss v. Harbottle* (1843), 67 E.R. 189 (Ch.); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.*, [1986] R.J.Q. 2513; [1987] D.L.Q. 42 (C.S.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 5 W.W.R. 193; (1985), 64 B.C.L.R. (2d) 63; 30 B.L.R. 41 (C.S.C.-B); confirmée [1987] 2 W.W.R. 364; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 190 (C.A.C.-B.); *McGauley v. B.C.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 223 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 26 C.P.R. (3d) 440; 28 F.T.R. 160; 99 N.R. 181 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 109 N.R. 357 (C.A.); *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and the Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522; 29 D.L.R. (4th) 583; 19 Admin. L.R. 192; 1 C.E.L.R. (N.S.)1; 25 C.R.R. 50; 16 O.A.C. 14 (Div. Ct.); *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279; (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (C.A.C.-B.); *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (S.C., 1938); *Jacobs (George Porky) Enterprises Ltd. v. City of Regina*, [1964] R.C.S. 326; (1964), 44 D.L.R. (2d) 179; 47 W.W.R. 305; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573; (1967), 63 D.L.R. (2d)

v. *Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347; (1982), 132 D.L.R. (3d) 193; 16 B.L.R. 215; 41 N.R. 1.

561; *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347; (1982), 132 D.L.R. (3d) 193; 16 B.L.R. 215; 41 N.R. 1.

## AUTHORS CITED

Ely, John Hart *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1980.

## DOCTRINE

Ely, John Hart *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1980.

## COUNSEL:

*Bryan Williams, Q.C.* and *Meredith A. Quartermain* for plaintiffs.

*Harry J. Wruck* and *Mary A. Humphries* for defendant.

## AVOCATS:

*Bryan Williams, c.r.* et *Meredith A. Quartermain* pour les demandeurs.

*Harry J. Wruck* et *Mary A. Humphries* pour la défenderesse.

## SOLICITORS:

*Swinton & Company*, Vancouver, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

## PROCUREURS:

*Swinton & Company*, Vancouver, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

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

STRAYER J.:

LE JUGE STRAYER:

Relief RequestedRéparation demandée

The plaintiffs seek a declaration that the *Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order*,<sup>1</sup> made under the *Softwood Lumber Products Export Charge Act*,<sup>2</sup> was invalid as being inconsistent with subsection 15(1) 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]]. They also seek an order that the corporate plaintiffs be discharged from all liability to the defendant for any unpaid export charge under the said Act, special damages for such amounts of export charge as have already been paid by the corporate plaintiffs to the defendant, and "general damages".

Les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire portant que le *Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre*<sup>1</sup> pris en application de la *Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre*<sup>2</sup> est inconstitutionnel au motif qu'il est inconciliable avec le paragraphe 15(1) 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Ils sollicitent également une ordonnance libérant les personnes morales demanderesses envers la défenderesse de toute obligation de paiement des droits à l'exportation impayés exigibles en vertu de la Loi en question. Ils réclament également des dommages-intérêts spéciaux pour les droits à l'exportation que les personnes morales demanderesses ont déjà payés à la défenderesse, et des «dommages-intérêts généraux».

<sup>1</sup> SOR/87-480 of July 30, 1987, as amended by SOR/88-67 of December 31, 1987.

<sup>2</sup> S.C. 1987, c. 15.

<sup>1</sup> DORS/87-480 du 30 juillet 1987, modifié par DORS/88-67 du 31 décembre 1987.

<sup>2</sup> L.C. 1987, chap. 15.



Before the trial the parties had filed an agreed statement of facts, and some witnesses and documents were produced at the trial. At the opening of the trial it was explained that the parties had agreed that I should decide the issues on the basis of the evidence which would be produced concerning Antrim Yards Ltd. ("Antrim") and Prince George Precut Limited ("PGP"), two of the corporate plaintiffs, and on the evidence concerning William LaCoste and William McInnes, major shareholders of Antrim and PGP respectively, being two of the individual plaintiffs. The parties accepted that my decision in respect of these parties would be applied to the other plaintiffs.

It was also agreed that I would not need to determine the *quantum* of damages, if any, such matter being left presumably for a reference to be ordered in the judgment if necessary.

#### Facts

The corporate plaintiffs in question were at all relevant times secondary manufacturers of softwood lumber products in Canada and exporters of such products to the United States. As I understand it, a "secondary manufacturer" is one who does not directly cut trees in the forest, but who takes rough cut lumber and processes it into precise dimension material, cuts or finishes wood parts to the specification of certain end users, or "upgrades" lower quality cuts obtained from primary producers by selective trimming and piecing.

According to the agreed statement of facts, on May 19, 1986 the Coalition for Fair Lumber Imports, an American group representing softwood lumber associations and forest product companies in the United States, filed a petition with the United States Department of Commerce alleging that the Canadian lumber industry was unfairly subsidized by certain federal and provincial programs. It asked that a 27% countervailing duty be placed on certain softwood lumber products imported into the United States from Canada. On or about June 11, 1986, the Department of Com-

Avant le procès, les parties avaient déposé un exposé conjoint des faits, et certains témoins et documents ont été produits au procès. À l'ouverture du procès, il a été expliqué que les parties avaient convenu que je devais trancher les questions en litige d'après les éléments de preuve qui seraient produits au sujet d'Antrim Yards Ltd. («Antrim») et de Prince George Precut Limited («PGP»), deux des personnes morales demanderes-  
 ses, et d'après les éléments de preuve concernant deux des personnes physiques demanderes-  
 ses, William LaCoste et William McInnes, qui sont respectivement les principaux actionnaires d'Antrim et de PGP. Les parties ont accepté que la décision que je rendrais au sujet de ces parties s'appliquerait aux autres demandeurs.

Il a également été convenu que je n'aurais pas à déterminer le montant des éventuels dommages-intérêts, et que cette question serait probablement tranchée dans le cadre d'un renvoi dont la tenue serait ordonnée au besoin dans le jugement.

#### Les faits

Les personnes morales demanderes-  
 ses en question étaient à l'époque en cause des fabricants du secteur secondaire de produits de bois d'œuvre au Canada et des exportateurs de ces produits aux États-Unis. Si j'ai bien compris, un «fabricant du secteur secondaire» ne fait pas directement l'abat-  
 tage d'arbres sur pied; il prend du bois de sciage de premier débit et le transforme en des pièces de dimensions précises, il procède à la taille ou à la finition des pièces de bois selon les spécifications de certains utilisateurs ultimes ou améliore la qualité des pièces obtenues de producteurs du secteur primaire en procédant à un équarrissage et à un débitage sélectifs.

Suivant l'exposé conjoint des faits, le 19 mai 1986, la Coalition for Fair Lumber Imports, un groupe américain représentant des associations de bois d'œuvre et des compagnies de produits forestiers des États-Unis, a adressé au Department of Commerce des États-Unis une pétition dans laquelle elle alléguait que l'industrie canadienne du bois d'œuvre était injustement subventionnée par certains programmes fédéraux et provinciaux. Elle a demandé qu'un droit compensatoire de 27 % soit imposé sur certains produits de bois d'œuvre exportés du Canada aux États-Unis. Le

merce commenced an investigation in response to the petition.

The defendant, represented by the Government of Canada, became aware of this petition on the day it was filed. The Canadian Forest Industries Council which represents eighteen member associations (which in turn represent most primary lumber producers in Canada and some secondary lumber producers) also became aware of it at an early date. It advised its members as early as June 3 of the investigation and informed them that they could request an exclusion from a countervailing duty order. According to the agreed statement of facts, it was not until June 30, 1986 that the Department of Commerce officially informed the Government of Canada that requests for exclusion would be considered and that the deadline for submitting such requests was July 11, 1986. Any Canadian company wishing to request an exclusion was required to inform the Department of Commerce by that date. Thereafter to complete their applications such companies would have to answer a questionnaire and the Government of Canada was then required to certify with respect to each company whether it benefited from any such "subsidy" program. Even for those companies so benefiting, if the Government of Canada certified that their benefits were "*de minimis*" they would still be eligible for an exclusion. The questionnaires and certifications had to be completed by October 16, 1986.

At the outset, according to the evidence, the Government of Canada in consultation with provincial governments decided to rely on the Canadian Forest Industries Council to inform its member associations who would in turn inform their members. This was thought to be the best means of making the Canadian softwood manufacturing industry aware of the possibility and means for obtaining an exclusion from any possible countervailing duty. Typical of various of the plaintiff companies, Antrim was not a member of any association affiliated with the Canadian Forest

11 juin 1986 ou vers cette date, le Department of Commerce a ouvert une enquête pour donner suite à cette pétition.

a La défenderesse, qui est représentée par le gouvernement du Canada, a été mise au courant de cette pétition le jour de son dépôt. Le Conseil canadien des industries forestières, qui représente dix-huit associations membres (qui à leur tour b représentent la plupart des producteurs du secteur primaire de bois d'œuvre du Canada et certains producteurs du secteur secondaire de bois d'œuvre) en avait lui aussi déjà été informé. Il a avisé ses membres dès le 3 juin de la tenue de l'enquête c et les a informés qu'ils pouvaient demander à être soustraits à l'application d'un décret imposant un droit compensatoire. Selon l'exposé conjoint des faits, ce n'est que le 30 juin 1986 que le Department of Commerce a officiellement informé le d gouvernement du Canada que les demandes d'exemption seraient examinées et que la date limite pour présenter ces demandes était fixée au 11 juillet 1986. Toute compagnie canadienne désirant demander une exemption était tenue d'en e informer le Department of Commerce au plus tard à cette date. Par la suite, pour compléter leur demande, les compagnies en question devaient répondre à un questionnaire et le gouvernement du Canada devait ensuite attester, relativement à f chaque compagnie, si elle bénéficiait d'un tel programme de «subvention». Même dans le cas des compagnies qui bénéficiaient de tels programmes, si le gouvernement du Canada attestait que les avantages qu'elles recevaient étaient négligeables, g les compagnies en question seraient quand même admissibles à l'exemption. Les questionnaires et les attestations devaient être remplis au plus tard le 16 octobre 1986.

h Suivant la preuve, le gouvernement du Canada a d'abord décidé, après avoir consulté les gouvernements provinciaux, de s'en remettre au Conseil canadien des industries forestières pour qu'il i informe ses associations membres qui devaient, à leur tour, informer leurs membres. On pensait que c'était la meilleure façon de mettre l'industrie manufacturière canadienne du bois d'œuvre au courant de la possibilité et des moyens d'obtenir j une exemption de l'obligation de payer un éventuel droit compensatoire. Antrim—qui constitue un exemple typique des diverses compagnies deman-

Industries Council and therefore received no notice concerning applications for exclusions. PGP was a member of the British Columbia Council of Forest Industries, a member association of the Canadian Forest Industries Council, and thus did receive notification. By July 11, 1986, fifty-nine Canadian companies had applied to the Department of Commerce in Washington for exclusions. PGP was one of these. Antrim, being unaware of the need or possibility to apply for an exclusion, did not do so before July 11. By October 16, the Government of Canada had certified forty-seven of the fifty-nine timely applicants as being entitled to exclusions. This included PGP which was certified as receiving only *de minimis* benefits under the alleged "subsidy" programs.

On October 16, 1986, the Department of Commerce issued a preliminary determination finding that subsidies to Canadian producers amounted to 15% of the value of the lumber produced and it imposed a preliminary countervailing duty of 15% on certain softwood lumber products exported to the United States from Canada. Of the forty-seven companies certified by the Government of Canada as being entitled to exclusions, only twenty were approved for exclusion by the Department of Commerce.

A final determination as to the existence of a subsidy was required to be made by the Department of Commerce by December 31, 1986. It was not known by the Government of Canada with complete certainty whether the final determination would be the same as the preliminary determination, whether there would be any significant countervailing duty and if so in what amount or whether further exclusions would be granted beyond the twenty already granted. The Government of Canada, specifically the Department of External Affairs and International Trade, prepared new submissions in respect of companies whose timely applications for exclusion had been turned down,

deresses—n'était membre d'aucune des associations affiliées au Conseil canadien des industries forestières et elle n'a donc reçu aucun avis concernant les demandes d'exemption. PGP était membre de la British Columbia Council of Forest Industries, une association membre du Conseil canadien des industries forestières, et elle a donc été avisée. Au 11 juillet 1986, cinquante-neuf compagnies canadiennes avaient déposé une demande auprès du Department of Commerce de Washington en vue d'obtenir une exemption. PGP était au nombre de ces compagnies. Antrim, qui n'était pas au courant de la nécessité ou de la possibilité de demander une exemption, n'a pas présenté sa demande avant le 11 juillet. Au 16 octobre 1986, le gouvernement du Canada avait attesté que quarante-sept des cinquante-neuf compagnies qui avaient déposé leur demande dans les délais prescrits avaient le droit d'obtenir une exemption. PGP était au nombre de ces compagnies. Le gouvernement a attesté que PGP recevait seulement des avantages négligeables en vertu des présumés programmes de «subvention».

Le 16 octobre 1986, le Department of Commerce a rendu une décision préliminaire par laquelle il a conclu que les subventions versées aux producteurs canadiens équivalaient à 15 % de la valeur du bois d'œuvre produit et il a imposé un droit compensatoire provisoire de 15 % sur certains produits de bois d'œuvre exportés du Canada aux États-Unis. Sur les quarante-sept compagnies ayant fait l'objet d'une attestation de leur droit à une exemption de la part du gouvernement du Canada, seulement vingt ont obtenu une approbation d'exemption du Department of Commerce.

Le Department of Commerce devait se prononcer de façon définitive au plus tard le 31 décembre 1986 sur l'existence d'une subvention. Le gouvernement du Canada ne savait pas avec certitude si la décision définitive serait identique à la décision préliminaire, si un droit compensatoire élevé serait imposé et, dans l'affirmative, quel en serait le montant ou si d'autres exemptions seraient accordées à part les vingt exemptions qui avaient déjà été accordées. Le gouvernement du Canada, et plus précisément le ministère des Affaires extérieures et du Commerce extérieur, a fait de nouvelles démarches au sujet des compagnies dont les demandes d'exemption présentées dans les délais

and also received and processed for certification applications from other companies who had only heard about the possibility of applying after the July 11 deadline had passed. Antrim, as one of the latter companies, had only heard of the possibility of exclusions after October 16 when it learned that twenty companies, including some of its competitors, had been excluded. Its application was processed by the Department of External Affairs and International Trade. Notwithstanding the fact that the U.S. Department of Commerce indicated on December 4, 1986 that it would consider no new applications for exemptions beyond those received prior to July 11, the Government of Canada on December 23 submitted seventy additional applications with the proper certification, together with eleven revised certifications for companies which had filed a request before July 11 but had been turned down in the decision announced on October 16.

According to the agreed statement of facts, however, as the dispute progressed it had become increasingly apparent to the Government of Canada that the Department of Commerce determination would be unfavourable and that a countervailing duty of at least 15% would be imposed and perhaps one as high as 27%. During this period after October 16 discussions were also proceeding at the political level. In answers obtained by the plaintiffs on examination for discovery of Donald Campbell, Assistant Deputy Minister (United States), Department of External Affairs and International Trade, and from documents produced in connection therewith and put in as evidence by the plaintiffs, it appears that the then Minister for International Trade, Honourable Pat Carney, had discussions with Malcolm Baldrige, the United States Secretary of Commerce. There was also a meeting of Canada's first ministers in Vancouver on November 21, 1986 where the matter was discussed. An agreement was reached in support of a proposal whereby, in return for a withdrawal of the countervail proceeding before the Department of Commerce in Washington, the

prescrits avaient été refusées, et a également reçu et examiné en vue de délivrer une attestation les demandes d'autres compagnies qui n'avaient entendu parler de la possibilité de présenter une demande qu'après l'expiration du délai se terminant le 11 juillet. Antrim, l'une de ses dernières compagnies, n'avait entendu parler de la possibilité d'obtenir une exemption qu'après le 16 octobre en apprenant que vingt compagnies, y compris certains de ses concurrents, avaient obtenu une exemption. Sa demande a été examinée par le ministère des Affaires extérieures et du Commerce extérieur. Malgré le fait que le Department of Commerce des États-Unis avait précisé le 4 décembre 1986 qu'il n'examinerait pas d'autres demandes d'exemption que celles qui avaient été reçues avant le 11 juillet, le gouvernement du Canada a déposé, le 23 décembre, soixante-dix nouvelles demandes dûment attestées, ainsi que onze attestations révisées concernant des compagnies qui avaient déposé une demande avant le 11 juillet mais dont la demande avait été refusée dans la décision annoncée le 16 octobre.

Pourtant, selon l'exposé conjoint des faits, au fur et à mesure que le différend progressait, il est devenu de plus en plus évident pour le gouvernement du Canada que le Department of Commerce rendrait une décision défavorable et qu'il imposerait un droit compensatoire d'au moins 15 % qui pourrait peut-être aller jusqu'à 27 %. Pendant la période qui a suivi le 16 octobre, des pourparlers étaient également en cours sur le plan politique. Il ressort des réponses que les demandeurs ont obtenues au cours de l'interrogatoire préalable du sous-ministre adjoint (États-Unis) du ministère des Affaires extérieures et du Commerce extérieur, Donald Campbell, ainsi que des documents qui ont été produits à cet égard et qui ont été mis en preuve par les demandeurs, que le ministre du Commerce extérieur de l'époque, Pat Carney, était en pourparlers avec Malcolm Baldrige, le Secretary of Commerce des États-Unis. Il y a également eu le 21 novembre 1986 à Vancouver une rencontre des premiers ministres du Canada au cours de laquelle la question a été discutée. On s'est entendu pour appuyer une proposition aux termes de laquelle, en échange du retrait de la procédure de droit compensatoire en cours devant le Department of Commerce de Washington, le gouvernement canadien prendrait des mesures (pour

Canadian Government would take action (in the words of the news release following that meeting)

... that will allow the provinces to retain the right to manage their natural resources without foreign restrictions and that will retain resource revenues in Canada.

By this time the Government of Canada had already proposed to the Government of the United States, on or about November 16, that the dispute be settled by the imposition by the Government of Canada of a 15% export charge on certain softwood lumber products exported from Canada to the United States, in return for the withdrawal of the countervailing duty petition to the Department of Commerce. It is admitted that during these negotiations the Government of Canada was aware of the unequal treatment already accorded to Canadian companies, as between those who had successfully applied prior to July 11 for an exclusion and those companies such as Antrim and PGP who in the opinion of the Government of Canada were also entitled to exclusion but for whom there seemed little prospect of exclusion in the process then under way.

The agreement finally reached between the Governments of Canada and the United States was set out in a memorandum of understanding which was finalized on December 30, 1986. It provided for the withdrawal of the countervail petition and for the imposition by the Government of Canada of a 15% export charge on certain softwood lumber products exported from Canada to the United States on or after January 8, 1987. It was understood that the only companies which could be exempted from this charge would be the twenty already granted an exclusion by the Department of Commerce to the countervailing duty, it having been made clear (according to the agreed statement of facts) by the U.S. negotiators that there would be no agreement if more than the existing exclusions were insisted upon. Shortly after this agreement was signed the Government of Canada introduced in Parliament the *Softwood Lumber Products Export Charge Act* which was eventually adopted and proclaimed on July 20, 1987. Subsection 15(1) of that Act provided, *inter alia*, that the Governor in Council could "exempt any person from the requirement to pay such a charge". On July 30, 1987 the Governor in Council adopted the *Softwood Lumber Products Export Charge*

reprendre le libellé du communiqué de presse qui a été publié à l'issue de la rencontre):

[TRADUCTION] ... qui permettront aux provinces de conserver le droit de gérer leurs ressources naturelles sans restrictions de l'étranger et de garder au Canada les recettes provenant des ressources.

À l'époque, le gouvernement du Canada avait déjà proposé le 16 novembre ou vers cette date au gouvernement des États-Unis de régler le différend par l'imposition par le gouvernement du Canada d'un droit à l'exportation de 15 % sur certains produits de bois d'œuvre exportés du Canada aux États-Unis en échange du retrait de la pétition déposée devant le Department of Commerce au sujet du droit compensatoire. Il est constant qu'au cours de ces négociations, le gouvernement du Canada était conscient du traitement inégalitaire qui existait entre les compagnies canadiennes qui avaient déjà présenté avec succès avant le 11 juillet une demande d'exemption et celles, comme Antrim et PGP, qui de l'avis du gouvernement du Canada avaient également droit à une exemption mais qui semblaient avoir peu de chances d'obtenir une exemption à l'issue de la procédure en cours.

L'entente à laquelle le gouvernement du Canada et celui des États-Unis en sont finalement arrivés a été énoncée dans un protocole d'entente dont la version définitive a été rédigée le 30 décembre 1986. Elle prévoyait le retrait de la pétition relative au droit compensatoire et l'imposition par le gouvernement du Canada d'un droit à l'exportation de 15 % sur certains produits de bois d'œuvre exportés du Canada aux États-Unis à partir du 8 janvier 1987. Il a été convenu que les seules compagnies qui pouvaient être exemptées du paiement de ce droit seraient les vingt compagnies à qui le Department of Commerce avait déjà accordé une exemption de paiement du droit compensatoire, car les négociateurs américains avaient bien précisé (suivant l'exposé conjoint des faits) qu'il n'y aurait pas d'entente si l'on insistait pour obtenir d'autres exemptions que celles qui avaient déjà été accordées. Peu de temps après la conclusion de cette entente, le gouvernement du Canada a déposé devant le Parlement la *Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre* qui a finalement été adoptée et promulguée le 20 juillet 1987. Le paragraphe 15(1) de la Loi prévoit notamment que le gouverneur en conseil peut «exempter toute personne de l'obligation de payer

*Exemption Order* ("Exemption Order") which exempted twenty-two companies from the requirement to pay the export charge imposed by the Act. These twenty-two companies were the twenty companies already excluded by the U.S. from its countervailing duty plus two additional companies agreed to be associated with two respective excluded companies and to have been covered by the U.S. exclusionary decision. Neither Antrim nor PGP were, of course, exempted. Those companies not exempted were obliged to pay the Canadian export charge throughout 1987. By January 1, 1988 all company exclusions were ended as provinces replaced the export charge with other measures to capture additional revenues for the province while avoiding any further countervail action. During 1987 PGP paid only part of the export charge owing by it: it remitted some \$203,000 but failed to pay the remainder owing, the claim of the Government of Canada for the unpaid remainder together with interest being, at the time of trial, some \$380,000. Antrim paid all of the export charge due from it in 1987, some \$205,000. As noted earlier, these plaintiff companies seek the return of any charge paid in 1987 and in the case of PGP a discharge from liability for any unpaid export charge.

The plaintiff companies also claim general damages, and I understand from the tenor of argument that these damages allegedly include losses said to be suffered by the plaintiff companies through loss of sales experienced as a result of certain of their competitors being exempted from payment of the export charge pursuant to the Exemption Order. It was agreed that the *quantum* of damages was not a matter for determination at trial but there was a dispute between counsel as to whether the plaintiffs needed to establish some loss in order to enable the Court to make a finding of liability. It was further disputed as to whether the plaintiffs had in fact provided proof of any loss due to certain of their competitors being exempted. However, in examination for discovery answers entered

ces droits». Le 30 juillet 1987, le gouverneur en conseil a pris le *Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre* («le décret d'exemption») qui exemptait vingt-deux <sup>a</sup> compagnies de l'obligation de payer le droit à l'exportation imposé par la Loi. Ces vingt-deux compagnies étaient les vingt compagnies déjà exemptées par les É.-U. du paiement du droit compensatoire américain ainsi que deux autres <sup>b</sup> compagnies acceptées comme associées à deux compagnies exemptées et réputées avoir été visées par la décision américaine d'exemption. Ni Antrim ni PGP n'ont été, évidemment, exemptées. Les compagnies non exemptées ont été obligées de <sup>c</sup> payer le droit à l'exportation canadien pendant toute l'année 1987. Au 1<sup>er</sup> janvier 1988, on a mis fin à toutes les exemptions accordées aux compagnies car les provinces ont remplacé le droit à l'exportation par d'autres mesures pour obtenir des <sup>d</sup> recettes supplémentaires pour la province tout en évitant d'autres mesures compensatoires. Au cours de 1987, PGP n'a payé qu'une partie du droit à l'exportation qu'elle devait; elle a remis quelque 203 000 \$, mais n'a pas acquitté le solde. La <sup>e</sup> réclamation du gouvernement du Canada pour le solde impayé s'élevait, avec les intérêts, à quelque 380 000 \$ au moment du procès. Antrim a acquitté la totalité du droit à l'exportation qu'elle devait en 1987, à savoir quelque 205 000 \$. <sup>f</sup> Comme je l'ai déjà signalé, ces compagnies demanderesse demandent d'être remboursées des droits qu'elles ont payés en 1987 et, dans le cas de PGP, d'être libérée de toute obligation du paiement des droits à l'exportation impayés.

<sup>g</sup> Les compagnies demanderesse sollicitent également des dommages-intérêts généraux et je crois comprendre, d'après le sens général de leur argumentation, que ces dommages-intérêts incluraient <sup>h</sup> les pertes dont les compagnies demanderesse se prétendent victimes en raison du manque à gagner qu'elles ont subi par suite de l'exemption du paiement du droit à l'exportation qui a été accordée à certains de leurs concurrents aux termes du décret d'exemption. Il a été convenu que la question du montant des dommages-intérêts ne devait pas être tranchée au procès, mais il y a eu un différend entre les avocats sur la question de savoir si les demanderesse devaient établir une perte quelconque pour que la Cour puisse tirer une conclusion <sup>j</sup> au sujet de la responsabilité. Ils étaient également

at trial Mr. Donald Campbell, representative of the defendant, had admitted that the companies included in the Exemption Order would have a "competitive advantage" over the companies not exempted from payment of the export charge. There was also evidence on behalf of both Antrim and PGP to the effect that they had lost sales as a result of the export charge being imposed on them. While the evidence was seriously lacking in specifics it was not effectively refuted on cross-examination or by any evidence adduced by the defendant. I find that there was sufficient evidence of financial prejudice to the plaintiffs at least to sustain a claim for a declaration of invalidity (other criteria being met) and probably to support a finding of liability, albeit that on a reference to fix *quantum* it would be necessary for the plaintiffs to establish any actual damages suffered on a precise cause and effect basis to be laid out in the terms of the reference. For reasons which will become apparent later, I do not believe that the plaintiffs' case stands or falls on this issue.

The two individual plaintiffs whose situations provide the "test case" for all the named individual plaintiffs both testified. They are William Arthur McInnes, President of PGP and William LaCoste, a Vice-President of Antrim. Each testified that because of his company's losses he suffered a reduction in income. I believe this establishes a sufficient prejudice to them to make out a *prima facie* case of damages which could be particularized on a suitably instructed reference, were all the necessary other elements of liability established. Again, for reasons which will become apparent, I do not think all the individual plaintiffs' claims can be dismissed out-of-hand simply because of lack of specific evidence as to their

en désaccord sur la question de savoir si les demandeurs avaient effectivement démontré qu'ils avaient subi une perte en raison de l'exemption accordée à certains de leurs concurrents. Toutefois, dans les réponses qu'il a données au cours de l'interrogatoire préalable et qui ont été déposées au procès, M. Donald Campbell, le représentant de la défenderesse, avait reconnu que les compagnies visées par le décret d'exemption auraient un [TRANSLATION] «avantage concurrentiel» sur les compagnies non exemptées du paiement du droit à l'exportation. Antrim et PGP ont également présenté des éléments de preuve tendant à démontrer qu'elles avaient subi un manque à gagner par suite de l'imposition du droit à l'exportation. Même si elle était très insuffisamment détaillée, la preuve n'a pas été réfutée efficacement par le contre-interrogatoire ou par des éléments de preuve présentés par la défenderesse. Je conclus qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve concernant le préjudice financier subi par les demandeurs pour soutenir à tout le moins une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité (les autres critères étant respectés) et, probablement, pour justifier une conclusion de responsabilité, à cette réserve près que dans le cadre d'un renvoi visant à fixer le montant, les demandeurs seraient obligés d'établir les dommages subis en établissant un lien de causalité précis à déterminer dans les conditions du renvoi. Pour des raisons qui deviendront évidentes plus loin, je ne crois pas que l'issue de la cause des demandeurs dépende de cette question.

Les deux personnes physiques demanderessees dont la situation représente l'«exemple type» de celle de toutes les personnes physiques demanderessees nommément désignées ont toutes les deux témoigné. Il s'agit de William Arthur McInnes, président de PGP, et de William LaCoste, vice-président d'Antrim. Chacun a témoigné qu'à cause des pertes de sa compagnie, il avait subi une réduction de revenu. J'estime que cela démontre qu'ils ont subi un préjudice suffisant pour justifier le bien-fondé apparent d'une action en dommages-intérêts, qui pourraient être précisés dans le cadre d'un renvoi au sujet duquel des directives appropriées seraient fournies, en supposant que tous les autres éléments de la responsabilité seraient par ailleurs établis. De nouveau, pour des raisons qui deviendront évidentes, je ne pense pas que les

losses. There are more fundamental issues upon which the case must turn.

réclamations des personnes physiques demanderes-  
ses puissent être rejetées d'emblée du seul fait qu'il  
n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve spéci-  
fiques au sujet des pertes qu'elles ont subies. Il y a  
a des questions plus fondamentales dont l'issue de la  
cause doit dépendre.

### Issues

### Questions en litige

The principal issues flowing from the pleadings and argument appear to me to be:

b Il me semble que les principaux points litigieux qui découlent des actes de procédure et des plaidoiries sont les suivants:

(1) Do the corporate and individual plaintiffs respectively have standing to bring this action?

c (1) Les personnes morales demanderes et les personnes physiques demanderes ont-elles respectivement qualité pour introduire la présente action?

(2) Does subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protect corporations against discrimination?

d (2) Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* protège-t-il les personnes morales contre la discrimination?

(3) Does subsection 15(1) of the Charter prohibit the type of distinctions made in the *Softwood Lumber Products Export Charge Exemption Order*?

e (3) Le paragraphe 15(1) de la Charte interdit-il le type de distinctions que fait le *Décret sur l'exemption du droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre*?

(4) If the distinctions under the Exemption Order are prohibited by subsection 15(1) of the Charter, are they nevertheless justifiable under section 1 of the Charter?

f (4) Si les distinctions faites par le décret d'exemption sont interdites par le paragraphe 15(1) de la Charte, sont-elle néanmoins justifiables en vertu de l'article premier de la Charte?

(5) Are the remedies sought by the plaintiffs available and appropriate?

g (5) Les recours que les demandeurs cherchent à exercer leur sont-ils ouverts et sont-ils utiles?

### Conclusions

### Conclusions

I shall deal with each of these issues in turn.

J'aborderai à tour de rôle chacun de ces points.

### Standing

h

### Qualité pour agir

The essential argument of the defendant is that the corporate plaintiffs have no standing because corporations are not entitled to protection under subsection 15(1) of the Charter, and the individual plaintiffs have no standing because any alleged loss they have suffered has been suffered due to injury to the corporations and not to them. With respect to the latter point, reliance is placed on the

i La défenderesse soutient essentiellement que les personnes morales demanderes n'ont pas qualité pour agir parce que les personnes morales n'ont pas droit à la protection prévue au paragraphe 15(1) de la Charte, et que les personnes physiques demanderes n'ont pas qualité pour agir parce que la perte qu'elles prétendent avoir subie est imputable au préjudice qui a été causé aux personnes morales et non à elles. En ce qui concerne ce dernier point, elle invoque le principe posé dans



principle in the case of *Foss v. Harbottle*<sup>3</sup> that only a corporation may sue for a wrong done to it.

In matters of standing, it is necessary to look at each remedy separately since the requirements of standing vary from one to another. One of the remedies being sought here is a declaration of invalidity. It seems to me that the defendant goes too far in asserting that none of the plaintiffs have standing to seek a declaration of the constitutional invalidity of the Exemption Order. On the one hand the defendant argues that the plaintiffs cannot assert a "public interest" standing because they are after the recovery of, or relief from, taxes—i.e. because they have a particular interest in setting aside the Exemption Order. On the other hand the defendant argues that the validity of the Exemption Order cannot be attacked by either of these parties because the parties directly affected, the corporate plaintiffs, have no right to invoke the constitutional norm in question, and the individual plaintiffs who allege to be indirectly prejudiced by the Exemption Order have no right to complain of damage to the corporation.

In respect of standing to seek declarations, at least, it is I believe necessary to distinguish between the establishment of the standing of the plaintiff to bring the action and the ultimate proof of violation of a substantive right of the plaintiff. As Laskin J. [as he then was] said in *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, where there is a justiciable issue standing may be based on

... the right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament....<sup>4</sup>

The same can equally be said of constitutional behaviour by the Governor in Council acting under Acts of Parliament. There is no dispute that there

<sup>3</sup> (1843), 67 E.R. 189 (Ch.); followed in such Canadian cases as *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 5 W.W.R. 193 (B.C.S.C.); affd [1987] 2 W.W.R. 364 (B.C.C.A.); and *McGauley v. B.C.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 223 (C.A.).

<sup>4</sup> [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 163.

l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>3</sup> suivant lequel seule une personne morale peut poursuivre pour le préjudice dont elle a été victime.

a En matière de qualité pour agir, il est nécessaire d'examiner séparément chaque recours étant donné que les exigences de la qualité pour agir varient d'un à l'autre. L'un des recours sollicités en l'espèce est un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. Il me semble que la défenderesse va trop loin en affirmant qu'aucun des demandeurs n'a qualité pour solliciter un jugement déclarant inconstitutionnel le décret d'exemption. D'une part, la défenderesse soutient que les demandeurs ne peuvent revendiquer une qualité pour agir fondée sur «l'intérêt public» parce qu'ils demandent d'être remboursés ou exemptés de taxes, c'est-à-dire parce qu'ils ont un intérêt particulier à faire annuler le décret d'exemption. D'autre part, la défenderesse soutient que la constitutionnalité du décret d'exemption ne peut être contestée par aucune des parties en cause étant donné que les parties directement touchées, les personnes morales demanderesses, n'ont pas le droit d'invoquer la norme constitutionnelle en question, et que les personnes physiques demanderesses qui prétendent subir un préjudice indirect en raison du décret d'exemption n'ont pas le droit de se plaindre du préjudice causé à la personne morale.

f En ce qui concerne du moins la qualité pour solliciter un jugement déclaratoire, j'estime nécessaire d'établir une distinction entre la reconnaissance de la qualité du demandeur pour introduire l'action et la preuve ultime de la violation d'un droit substantiel du demandeur. Ainsi que le juge Laskin [tel était alors son titre] l'a dit dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, lorsqu'il existe une question susceptible d'être tranchée par les voies de justice, la qualité pour agir peut être fondée sur

... le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement...<sup>4</sup>

i On peut dire la même chose du respect de la constitution par le gouverneur en conseil agissant en vertu des lois du Parlement. Il est constant qu'il

<sup>3</sup> (1843), 67 E.R. 189 (Ch.); suivi dans les décisions canadiennes comme *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 5 W.W.R. 193 (C.S.C.-B.); confirmée [1987] 2 W.W.R. 364 (C.A.C.-B.); et *McGauley v. B.C.* (1989), 39 B.C.L.R. 223 (C.A.).

<sup>4</sup> [1975] 1 R.C.S. 138, à la p. 163.

is a justiciable issue involved in this case. The requirements for standing for a declaration of invalidity of a law have been stated by the Supreme Court to be that: there must be a serious issue as to invalidity, the person seeking a declaration must show that he is affected directly by that law or has a "genuine interest as a citizen" in its validity, and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.<sup>5</sup> It is obvious from the modern jurisprudence concerning "public interest" standing to seek declarations of invalidity, and in particular from the very case in which these criteria were authoritatively enunciated, the *Borowski* case, that it is not essential that a plaintiff seeking such a declaration be able to show a substantive legal injury to himself in order to have standing to sue. In relying on Charter jurisprudence it is necessary to distinguish cases where claims for declarations have failed not for want of standing but because of an inability to establish a substantive right or the denial thereof.<sup>6</sup> If a plaintiff meets the three criteria referred to above he may be recognized as having standing, even where he cannot demonstrate that he is personally entitled to the substantive constitutional right whose denial he alleges.

In applying these three criteria to the present case, it is not in dispute that there is a serious issue to be considered as to the possible infringement of the Charter by the Exemption Order. The second

<sup>5</sup> *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598.

<sup>6</sup> See e.g. *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 97 with particular reference to the unsuccessful claim based on section 7 of the Charter, at pp. 1002-1004; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1382 where La Forest J. writing for three judges, expressly made this distinction and declined to deal with the standing issue.

existe en l'espèce une question susceptible d'être tranchée par les voies de justice. Les critères à respecter pour se voir reconnaître la qualité pour demander un jugement déclarant une loi inconstitutionnelle ont été énoncés par la Cour suprême. Les voici: il doit exister une question sérieuse au sujet de l'inconstitutionnalité et la personne qui sollicite le jugement déclaratoire doit démontrer qu'elle est directement touchée par cette loi ou qu'elle «a, à titre de citoyen, un intérêt véritable» quant à sa constitutionnalité et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour<sup>5</sup>. Il ressort à l'évidence de la jurisprudence moderne concernant la qualité pour demander, sur le fondement de «l'intérêt public», un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité, et notamment de l'arrêt même dans lequel ces critères ont été péremptoirement énoncés, l'arrêt *Borowski*, qu'il n'est pas essentiel que le demandeur qui sollicite un tel jugement déclaratoire soit en mesure de démontrer qu'il a été personnellement victime d'une violation de ses droits substantiels pour qu'on lui reconnaisse la qualité pour agir. En invoquant la jurisprudence fondée sur la Charte, il est nécessaire d'établir une distinction entre les affaires dans lesquelles les demandes de jugements déclaratoires ont été rejetées non pas à cause d'une absence de qualité pour agir mais à cause de l'incapacité à démontrer l'existence d'un droit substantiel ou la violation de celui-ci<sup>6</sup>. Si le demandeur répond aux trois critères susmentionnés, on peut lui reconnaître la qualité pour agir, même s'il ne réussit pas à démontrer qu'il est personnellement fondé à bénéficier du droit substantiel qui est garanti par la constitution et qu'il prétend violé.

Si j'applique ces trois critères au cas qui nous occupe, il n'est pas contesté qu'il existe une question sérieuse à examiner au sujet de la possible violation de la Charte par le décret d'exemption.

<sup>5</sup> *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la p. 598.

<sup>6</sup> Voir, par ex., l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et notamment le moyen tiré de l'article 7 de la Charte qui a été rejeté aux p. 1002 à 1004 et l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1382, où le juge La Forest, qui s'exprimait au nom de trois juges, a expressément fait cette distinction et a refusé d'aborder la question de la qualité pour agir.

criterion, that the plaintiff either be affected “directly” or that he have a “genuine interest as a citizen” in the validity of the legislation, would appear to me to be met here by both the corporate and the individual plaintiffs. The plaintiff companies allege that they have been directly affected by the law in question by being obliged to pay the export charge when certain of their competitors did not have to pay it, and they allege the invalidity of this law which has so affected them. They should not be refused standing simply on the grounds that they will not be able to make out their constitutional claim: that might have been a basis for applying to have the action struck out on substantive grounds but is not a proper basis for denying them standing at this point. Further, they can be seen to have a “genuine interest” (I attach no particular importance to the words “as a citizen” found in the *Borowski* decision) as Canadian entrepreneurs in the validity of this law. The Federal Court of Appeal in *Canadian Council of Churches v. Canada*<sup>7</sup> recognized that a corporation could have sufficient interest in the fairness of treatment for refugees to seek declarations as to the invalidity of amendments to the *Immigration Act, 1976*<sup>8</sup> at least where there was “no other reasonable and effective manner” in which such issues might be brought before the Court—the third criterion enunciated in *Borowski* for standing to seek a declaration of invalidity. *A fortiori* a corporation which can demonstrate its own financial loss flowing from an unconstitutional law must surely have an “interest” of some sort in seeking a declaration of invalidity.

It would also appear that the individual plaintiffs, as officers and shareholders of companies which have allegedly lost money pursuant to a law, have a “genuine interest” in attacking the validity of that law. They can also be seen as “directly affected” by that law, certainly much more so than

<sup>7</sup> [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), at pp. 546-547.

<sup>8</sup> S.C. 1976-77, c. 52.

Le second critère, celui qui exige que le demandeur soit «directement» touché ou qu'il ait «à titre de citoyen, un intérêt véritable» quant à la constitutionnalité de la loi, me semble respecté tant par les personnes morales demanderessees que par les personnes physiques demanderessees. Les compagnies demanderessees allèguent qu'elles ont été directement touchées par la loi en question en étant forcées de payer le droit à l'exportation alors que certains de leurs concurrents n'y ont pas été contraints, et elles prétendent que la loi qui les a ainsi touchées est inconstitutionnelle. On ne devrait pas refuser de leur reconnaître la qualité pour agir au seul motif qu'elles ne réussiront pas à établir le bien-fondé du moyen qu'elles tirent de la constitution; cela aurait pu justifier une demande de radiation de l'action sur des moyens de fond mais cela ne constitue pas une raison valable de refuser de leur reconnaître la qualité pour agir à cette étape-ci. De plus, on peut considérer qu'elles ont un «intérêt véritable» (je n'accorde aucune importance particulière aux mots «à titre de citoyen» qu'on trouve dans l'arrêt *Borowski*) en tant qu'entrepreneurs, quant à la validité de cette loi. Dans l'arrêt *Conseil canadien des églises c. Canada*<sup>7</sup>, la Cour fédérale du Canada a reconnu qu'une personne morale pouvait avoir un intérêt suffisant à l'égard de l'égalité de traitement des réfugiés qui demandent un jugement déclarant inconstitutionnelles certaines modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*<sup>8</sup> du moins lorsqu'il n'existait «aucune autre manière raisonnable et efficace» de soumettre les questions au tribunal—le troisième critère énoncé dans l'arrêt *Borowski* pour se voir reconnaître la qualité pour demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. À plus forte raison, une personne morale qui peut démontrer qu'elle a elle-même subi un préjudice financier en raison d'une loi inconstitutionnelle doit sûrement avoir un «intérêt» quelconque à demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité.

Il semblerait également qu'en leur qualité d'administrateurs et d'actionnaires des compagnies qui auraient perdu de l'argent en raison d'une loi, les personnes physiques demanderessees ont un «intérêt véritable» à contester la constitutionnalité de cette loi. On peut également considérer qu'elles sont

<sup>7</sup> [1990] 2 C.F. 534 (C.A.), aux p. 546 et 547.

<sup>8</sup> S.C. 1976-77, chap. 52.

the individual plaintiff who sought the declaration in the *Borowski* case. If the individual plaintiffs could prove their damages, these would consist of loss of salary and dividends which losses would be direct effects of the law.

With respect to the third *Borowski* criterion as to whether the validity of the Exemption Order might be brought before the courts by other means, it appears to me that the only other means probable would be actions by the defendant to enforce taxes due or prosecutions of the corporate or individual plaintiffs under the *Softwood Lumber Products Export Charge Act* for failure to pay. I do not understand the jurisprudence on standing to seek declarations of invalidity to require plaintiffs to wait until they are sued or prosecuted to impugn the statute under which such charges might be laid.

In the exercise of my discretion I would therefore grant standing to the corporate and individual plaintiffs to seek the declaration of invalidity.

With respect to the claim for damages or recovery of money, I think it will suffice to say that the plaintiff corporations have standing because what they seek is the recovery of money paid by them and losses allegedly suffered by them as a result of the Exemption Order. I am unable to find any basis for standing for the individual plaintiffs to seek recovery of money paid out by their companies or business losses suffered by their companies alleged to be attributable to the impugned Order. I believe the rule in *Foss v. Harbottle*<sup>9</sup> precludes any action by them as a matter of law. Unlike an action for a declaration, an action for recovery of money or damages can only be brought by the party who actually suffered the loss. It was the corporations who were the taxpayers and who were the competitors of those exempted by the Exemp-

«directement touchées» par cette loi, certainement beaucoup plus que la personne physique qui sollicitait un jugement déclaratoire dans l'affaire *Borowski*. Si les personnes physiques demanderes-  
 a ses pouvaient établir leurs dommages, ceux-ci consisteraient en une perte de salaire et de dividendes et cette perte découlerait directement de la loi.

En ce qui concerne le troisième critère de l'arrêt  
 b *Borowski*, celui de savoir si la question de la constitutionnalité du décret d'exemption pourrait être soumise aux tribunaux par d'autres moyens, il me semble que le seul autre moyen probable serait une action introduite par la défenderesse pour  
 c obtenir le paiement forcé des taxes impayées ou une poursuite intentée contre les personnes morales demanderes-  
 d à l'exportation de produits de bois d'œuvre pour omission de payer. À mon avis, la jurisprudence relative à la qualité pour solliciter un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité n'oblige pas les demandeurs à attendre d'être poursuivis pour con-  
 e tester la loi en vertu de laquelle de telles accusa-  
 e tions pourraient être portées.

Dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je suis par conséquent d'avis de reconnaître aux  
 f personnes morales demanderes-  
 f physiques demanderes-  
 f la qualité pour solliciter un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité.

En ce qui concerne la demande de dommages-  
 g intérêts ou de remboursement d'argent, je pense qu'il suffit de dire que les personnes morales demanderes-  
 g ont la qualité pour agir parce que ce qu'elles demandent, c'est d'être remboursées de l'argent qu'elles ont payé et d'être indemnisées des  
 h pertes que leur compagnie aurait subies en raison du décret d'exemption. Je suis incapable de trouver un fondement à la qualité des personnes physiques demanderes-  
 h pour demander le remboursement de l'argent payé par leur compagnie ou une indem-  
 i nité pour les pertes commerciales qu'aurait subies leur compagnie en raison du décret contesté. J'estime que le principe posé dans l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>9</sup> rend irrecevable en droit toute action  
 i qu'elles pourraient tenter. À la différence d'une  
 j action en jugement déclaratoire, une action en

<sup>9</sup> *Supra*, note 3.

<sup>9</sup> *Supra*, note 3.

tion Order. I therefore find that the individual plaintiffs lack standing to claim recovery of tax monies paid or damages suffered pursuant to the Exemption Order.

#### Application of Charter subsection 15(1) to corporations

Subsection 15(1) of the Charter provides as follows in both official languages:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The defendant takes the position that because this subsection guarantees the rights of every "individual" those rights are not guaranteed to corporations. Therefore the plaintiff corporations cannot be said to have suffered any denial of rights under this subsection. The corporate plaintiffs contend, however, that the terminology in the French version of subsection 15(1) is broad enough to include corporations. They point out that elsewhere in the Charter, for example in subsection 6(4), where the word "individuals" is used in English the word "*individus*" is used in the French version whereas in subsection 15(1) where the English version employs the phrase

15. (1) Every individual is equal before and under the law . . . [Emphasis added.]

the French version provides that

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous . . . [Emphasis added.]

They say that the use of the term "*personne*" which arguably could apply to corporate as well as natural persons and the reference to the application of the law equally "*à tous*" which need not be confined to human beings, the French version indicates an intention that the guarantees of subsec-

remboursement d'argent ou en dommages-intérêts ne peut être intentée que par la personne qui a effectivement subi la perte. C'étaient les compagnies qui étaient les contribuables et qui étaient les concurrents des compagnies exemptées par le décret d'exemption. J'en viens donc à la conclusion que les personnes physiques demanderessees n'ont pas qualité pour demander d'être remboursées des sommes payées ou d'être indemnisées des dommages subis en raison du décret d'exemption.

#### Application du paragraphe 15(1) de la Charte aux personnes morales

Le paragraphe 15(1) de la Charte prévoit ce qui suit dans les deux langues officielles:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La défenderesse adopte le point de vue selon lequel parce que ce paragraphe garantit les droits de toute «personne» (en anglais «*individuals*»), ces droits ne sont pas garantis aux personnes morales. Par conséquent, on ne saurait dire que les personnes morales demanderessees ont été victimes d'une violation des droits prévus à ce paragraphe. Les personnes morales demanderessees prétendent toutefois que le libellé de la version française du paragraphe 15(1) est suffisamment large pour comprendre les personnes morales. Elles soulignent qu'ailleurs dans la Charte, par exemple au paragraphe 6(4), où le mot «*individuals*» est employé en anglais, c'est le mot «*individus*» qui est employé dans la version française tandis qu'au paragraphe 15(1) dans lequel on trouve dans la version anglaise l'expression

15. (1) Every individual is equal before and under the law . . . [C'est moi qui souligne.]

la version française dispose:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous . . . [C'est moi qui souligne.]

Elles affirment qu'il ressort de l'emploi du terme «personne», qui pourrait vraisemblablement s'appliquer tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques, et du fait qu'il est précisé que la loi s'applique également «à tous»—expression dont il n'est pas nécessaire de restreindre la portée aux

tion 15(1) should apply to corporations as well as natural persons.

Certainly the normal understanding of the word "individual" would confine its application to human beings. I am bound by several decisions of the Federal Court of Appeal which have so held in respect of subsection 15(1).<sup>10</sup> Various provincial courts have held to the same effect.<sup>11</sup> This view has also been endorsed by three judges of the Supreme Court in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*.<sup>12</sup> The corporate plaintiffs submit, however, that in none of these cases was the potentially broader language of the French version considered. While this is so, I would respectfully adopt the reasoning of Gonthier J. while a judge of the Superior Court of Quebec in the case of *Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.*<sup>13</sup> where he compared the two versions of subsection 15(1) and concluded that the guarantees therein did not apply to corporations. He reasoned as follows:

[TRANSLATION] The phrase "ne fait acception de personne" ["Every individual is equal"] is not defined and does not specify what type of person may be affected. The pronoun "tous" ["Every individual"] is also not defined.

The English text, on the other hand, states:  
[English text quoted]

The word used here, "individual" is precise and not open to ambiguity. It excludes corporations.

The word "individual" is also consistent with the grounds of discrimination listed in the section, dealing with attributes which only an individual, a natural person, can have, such as race, ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. Only a national origin could thus be ascribed to a corporation. These same attributes are repeated in

<sup>10</sup> *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.); *Canadian Council of Churches v. Canada*, supra, note 7; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.).

<sup>11</sup> See e.g. *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.); *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.).

<sup>12</sup> *Supra*, note 6. The other judges did not deal with this point.

<sup>13</sup> [1986] R.J.Q. 2513 (C.S.), at p. 2533.

êtres humains—que la version française indique que le législateur voulait que les garanties prévues au paragraphe 15(1) s'appliquent tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques.

<sup>a</sup> Certes, dans son sens habituel, le mot anglais «*individual*» ne s'appliquerait qu'aux êtres humains. Je suis lié par plusieurs décisions dans lesquelles c'est ce qu'a statué la Cour d'appel fédérale au sujet du paragraphe 15(1).<sup>10</sup> Divers tribunaux provinciaux ont statué dans le même sens<sup>11</sup>. Cette opinion a également reçu l'assentiment de trois juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*.<sup>12</sup> Les personnes morales demandereses font toutefois valoir que le libellé par hypothèse plus large de la version française n'a été examiné dans aucune de ces décisions. Même si elles ont raison, je préfère me rallier au raisonnement suivi <sup>d</sup> par le juge Gonthier, qui était alors juge à la Cour supérieure du Québec, dans le jugement *Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.*<sup>13</sup> dans lequel il compare les deux versions du paragraphe 15(1) et conclut que <sup>e</sup> les garanties qui y sont énoncées ne s'appliquent pas aux personnes morales. Voici le raisonnement qu'il a suivi:

<sup>f</sup> L'expression «ne fait acception de personne» est indéfinie et ne précise pas le type de personne qui peut être visée. Le pronom «tous» est également indéfini.

Par contre, le texte anglais énonce:  
[Citation du texte anglais]

<sup>g</sup> Ici, l'expression employée «*individual*» est précise et ne prête pas à ambiguïté. Elle exclut les corporations.

<sup>h</sup> Le mot «*individual*» est d'ailleurs conséquent avec les motifs de discrimination qui sont énumérés à l'article, ceux-ci visant des attributs que seul un individu, une personne naturelle, peut posséder, soit la race, l'origine ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Seule une origine nationale pourrait être attribuée aussi à une corpo-

<sup>10</sup> *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.); *Conseil canadien des églises c. Canada*, supra, note 7; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.).

<sup>11</sup> Voir, par ex., le jugement *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.) et l'arrêt *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.).

<sup>12</sup> *Supra*, note 6. Les autres juges n'ont pas traité de ce point.

<sup>13</sup> [1986] R.J.Q. 2513 (C.S.), à la p. 2533.

subsection (2), where the French text used the word "individual".

He thus favours the more precise meaning of "individual" in the English version because it is more consistent with the forms of discrimination—involving personal characteristics—prohibited by subsection 15(1).

I therefore conclude that the word "individual" should be given its natural meaning in the English version so as to guarantee equality rights in subsection 15(1) to natural persons only and not to corporations.

This means that the Exemption Order could only be declared invalid if it were somehow demonstrated to abridge the rights of natural persons under subsection 15(1) of the Charter.

Are the distinctions made by the Exemption Order contrary to Charter subsection 15(1)?

The discrimination alleged against the defendant is that "arbitrary and unfair" distinctions were made between the twenty companies and their two associates, on the one hand, exempted under the Exemption Order from paying the export charge, and the other companies exporting secondary softwood lumber products to the United States including the corporate plaintiffs. It is contended that, notwithstanding the fact that the defendant knew that the plaintiff companies had unfairly been denied by U.S. authorities an exclusion from the countervailing duty, through signing the memorandum of understanding and implementing it by the Exemption Order the defendant perpetuated that arbitrary and unfair distinction by making it part of Canadian law. By this means the corporate and individual plaintiffs allegedly were denied equal protection and equal benefit of the law without discrimination. In essence they are saying that it was "discrimination" for the plaintiff companies to be denied an exemption under Canadian law based on the fact that they had, through either filing late for an exclusion from the countervailing duty (in the case of Antrim) or through a refusal on the part of U.S. authorities to grant an exclusion applied for in a timely fashion (in the case of

ration. Ces mêmes attributs sont repris au deuxième alinéa, où le texte français emploie le mot «individual».

Il favorise donc le sens plus précis du mot «individual» de la version anglaise parce qu'il se concilie davantage avec les formes de discrimination—visant des attributs personnels—qu'interdit le paragraphe 15(1).

Je conclus donc qu'il y a lieu de donner au mot anglais «individual» le sens courant qu'il a dans la version anglaise de manière à garantir les droits à l'égalité prévus au paragraphe 15(1) seulement aux personnes physiques et non aux personnes morales.

Il s'ensuit que le décret d'exemption ne pourrait être déclaré inconstitutionnel que si l'on pouvait démontrer d'une façon quelconque qu'il restreint les droits que possèdent les personnes physiques en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte.

Les distinctions que fait le décret d'exemption sont-elles contraires au paragraphe 15(1) de la Charte?

L'acte discriminatoire qu'on reproche à la défenderesse est d'avoir fait des distinctions «arbitraires et injustes» entre, d'une part, les vingt compagnies et les sociétés qui leur sont affiliées qui ont été exemptées en vertu du décret d'exemption de l'obligation de payer le droit à l'exportation et, d'autre part, les autres compagnies qui exportent aux États-Unis des produits secondaires de bois d'œuvre, parmi lesquelles se trouvent les personnes morales demanderesse. Les demanderesse prétendent que, malgré le fait qu'elle savait que les compagnies demanderesse s'étaient vu injustement refuser par les autorités américaines l'exemption du paiement du droit compensatoire, la défenderesse a, en signant le protocole d'entente et en y donnant suite par le décret d'exemption, perpétué la distinction arbitraire et injuste en l'incorporant dans la loi canadienne. Par ce moyen, les personnes morales demanderesse et les personnes physiques demanderesse se seraient vu nier le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination. En substance, elles affirment que les compagnies demanderesse ont été victimes d'une «discrimination» en se faisant refuser l'exemption prévue par la loi canadienne en raison du fait que, à cause soit du

PGP), been denied an exclusion from the U.S. countervailing duty pursuant to U.S. law.

I have no doubt that unfavourable treatment of an economic nature, even of a tax nature, can form the basis for a claim under subsection 15(1), provided that the grounds for making this unfavourable distinction amount to "discrimination". But there are several Supreme Court of Canada decisions which have held that, for there to be "discrimination" within the meaning of subsection 15(1), there must be an unfavourable distinction made by or under the law on one of the grounds enumerated in that subsection or on a ground analogous thereto.<sup>14</sup> Counsel for the plaintiffs contends, however, that in the first of these cases, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, the Supreme Court kept open the possibility of extensions beyond these grounds. In reviewing the judgments of McIntyre and Wilson J.J. writing for the majority, it appears to me that while they both wanted to avoid premature limitation of the meaning of "discrimination", they both essentially viewed it as involving distinctions based on "personal characteristics" of a kind which individuals cannot readily change. As McIntyre J. said:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

<sup>15</sup> *Andrews case, ibid.*, at pp. 174-175.

dépôt tardif de la demande d'exemption du paiement du droit compensatoire (dans le cas d'Antrim) soit du refus des autorités américaines de faire droit à la demande d'exemption présentée dans les délais prescrits (dans le cas de PGP), elles s'étaient vu refuser l'exemption du paiement du droit compensatoire américain en vertu d'une loi américaine.

*a* Je ne doute pas qu'un traitement défavorable de nature économique, même de nature fiscale, puisse donner ouverture à une demande fondée sur le paragraphe 15(1), à condition que les motifs de cette distinction défavorable équivalent à une «discrimination». Mais il existe plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada dans lesquels il a été statué que, pour qu'il y ait «discrimination» au sens du paragraphe 15(1), il faut que la loi établisse une distinction défavorable fondée sur l'un des motifs énumérés à ce paragraphe ou sur un motif analogue<sup>14</sup>. L'avocat des demandeurs prétend toutefois que dans le premier de ces arrêts, l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, la Cour suprême a ouvert la porte à l'inclusion d'autres motifs. En examinant les jugements des juges McIntyre et Wilson, qui ont rédigé l'opinion des juges majoritaires, il me semble que même s'ils voulaient tous les deux éviter une limitation prématurée du sens du mot «discrimination», ils ont tous les deux considéré qu'il visait des distinctions fondées sur des «caractéristiques personnelles» d'un genre que des personnes physiques ne peuvent aisément changer. Ainsi que le juge McIntyre l'a déclaré:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

<sup>15</sup> Arrêt *Andrews, ibid.*, aux p. 174 et 175.



All judges of the Court participating in that decision agreed with McIntyre J.'s analysis.

Some argument was made in the present case that the plaintiffs were prejudicially affected because of their membership in a "group", namely the group of companies not entitled to exemption from the U.S. countervailing duty. I have two basic difficulties with this argument. First, I think one must view with scepticism any claim to discrimination under subsection 15(1) where a person has been singled out for unfavourable treatment simply on the basis of some act of omission or commission on the part of that person. Second, I think one must view with equally great scepticism any allegation of discrimination of a person by reason of membership in a group, where there was no pre-existing identification of that group in fact or in law prior to the allegedly discriminatory action taken against it. That is, if the group is defined solely by the common feature that all of its members have suffered the same alleged discrimination, it would normally not be considered the kind of group referred to in the judgment of McIntyre J. For a person to be prejudicially treated due to association with a group, there must have been a group which pre-existed the act of alleged discrimination.

In the present case the plaintiffs were all treated unfavourably under the Exemption Order simply because they had, whether through their own fault or otherwise, failed to satisfy U.S. authorities that they should be excluded from the countervailing duty. This unfavourable distinction, initially made under U.S. law, was adopted by the Government of Canada in passing the Exemption Order. Those not exempted under Canadian law were selected on the basis of their inability to satisfy U.S. authorities and it was such identification of these individual companies which produced a "group". I am unable to find any basis for extending the concept of discrimination enunciated in the judgment of McIntyre J., and approved by all the judges participating in the *Andrews* decision, to the present circumstances.

Tous les juges de la Cour qui ont participé à cette décision ont souscrit à l'analyse du juge McIntyre.

On a fait valoir en l'espèce que les demandeurs étaient désavantagés en raison de leur appartenance à un «groupe», à savoir le groupe de compagnies qui n'ont pas droit à l'exemption du paiement du droit compensatoire américain. J'ai deux sérieuses réserves à formuler au sujet de cette prétention. Premièrement, je pense qu'on doit envisager avec scepticisme l'accusation de discrimination fondée sur le paragraphe 15(1) que porte une personne qui a été l'unique victime d'un traitement défavorable sur le simple fondement d'un acte ou d'une omission de cette personne. Deuxièmement, j'estime qu'on doit également considérer avec tout autant de scepticisme l'accusation de discrimination fondée sur l'appartenance à un groupe que porte une personne, alors que ce groupe n'avait pas été identifié en fait ou en droit avant l'acte discriminatoire dont la personne se prétend victime. En d'autres termes, si le groupe est défini uniquement en fonction d'une caractéristique commune, à savoir que tous ses membres ont fait l'objet du même acte discriminatoire présumé, il ne serait pas normalement considéré comme le type de groupe évoqué par le juge McIntyre dans son jugement. Pour qu'une personne fasse l'objet d'un traitement défavorable en raison de son association à un groupe, il faut que ce groupe ait existé avant la perpétration de l'acte discriminatoire reproché.

En l'espèce, les demandeurs ont tous fait l'objet d'un traitement défavorable en raison du décret d'exemption du seul fait que, par leur propre faute ou pour une autre raison, ils n'avaient pas réussi à convaincre les autorités américaines qu'ils devaient être exemptés du paiement du droit compensatoire. Cette distinction défavorable, qui a été initialement faite en vertu d'une loi américaine, a été reprise par le gouvernement du Canada lorsqu'il a pris le décret d'exemption. Ceux qui n'ont pas été exemptés en vertu de la loi canadienne ont été choisis en fonction de leur incapacité à convaincre les autorités américaines et c'est la détermination de ces compagnies individuelles qui est à l'origine du «groupe» en question. Je ne vois aucune raison d'étendre aux faits de l'espèce le concept de la discrimination qui a été énoncé dans le jugement du juge McIntyre et auquel tous les juges qui ont participé à l'arrêt *Andrews* ont souscrit.

The plaintiffs also sought support in the separate judgment of La Forest J. in that case for possible findings of unconstitutional discrimination going beyond the enumerated grounds of subsection 15(1) and grounds analogous thereto. La Forest J. said:

... there may well be legislative or governmental differentiation between individuals or groups that is so grossly unfair to an individual or group and so devoid of any rational relationship to a legitimate state purpose as to offend against the principle of equality before and under the law as to merit intervention pursuant to s. 15. For these reasons I would think it better at this stage of *Charter* development to leave the question open.<sup>16</sup>

Again I am unable to characterize the present circumstances as falling within this language as being “so grossly unfair” or “devoid of any rational relationship to a legitimate state purpose”. I am not called upon to decide whether the memorandum of understanding between Canada and the United States was the best arrangement Canada could achieve in the interest of the softwood lumber industry as a whole in Canada. But it seems clear from the evidence that the limitation of exemptions to the twenty companies and their associates already exempted by U.S. authorities was an integral part, a *sine qua non*, of that agreement. It also appears that the plaintiff companies had not achieved an exclusion from the countervailing duty and hence had failed to get an exemption under Canadian law because they either did not apply in time for the U.S. exclusion or were unable to convince U.S. authorities that they were not the beneficiaries of undue subsidies. I agree with counsel for the plaintiffs that if U.S. authorities had distinguished among Canadian softwood manufacturers on some basis related to race, sex, or other ground enumerated in subsection 15(1) or analogous thereto, the Parliament and Government of Canada would violate that subsection if it were to give force to the same distinction by Canadian law. But where U.S. authorities had rejected certain applications because they were untimely and others on economic grounds applied pursuant to American law, I am unable to say that the adoption of the same distinctions by Canadian authorities is “grossly unfair” or “devoid of any rational relationship to a

<sup>16</sup> *Ibid.*, at p. 194.

Les demandeurs ont également cherché un appui dans le jugement distinct que le juge La Forest a prononcé dans cet arrêt afin d’amener éventuellement la Cour à conclure à l’existence d’actes discriminatoires inconstitutionnels fondés sur d’autres motifs que ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) et sur des motifs qui leur sont analogues. Le juge La Forest a déclaré:

... il se peut fort bien qu’une différenciation d’individus ou de groupes par une loi ou un gouvernement s’avère tellement injuste pour un individu ou un groupe et tellement dénuée de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l’État qu’elle viole le principe de l’égalité devant la loi et dans la loi et justifie ainsi une intervention conformément à l’art. 15. Pour ces motifs, je pense qu’il est préférable à cette étape de l’évolution de la *Charte* de laisser la question en suspens<sup>16</sup>.

De nouveau, je suis incapable de considérer que les faits de l’espèce répondent à cette définition et qu’on puisse les qualifier de «tellement injuste[s]» ou de «dénué[s] de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l’État». Je ne suis pas appelé à décider si le protocole d’entente signé entre le Canada et les États-Unis constituait la meilleure entente que le Canada pouvait obtenir dans l’intérêt de l’ensemble de l’industrie canadienne du bois d’œuvre. Mais la preuve semble démontrer à l’évidence que le fait de limiter l’exemption aux vingt compagnies et à leurs sociétés affiliées qui avaient déjà obtenu une exemption des autorités américaines faisait partie intégrante de l’entente et en constituait une condition *sine qua non*. Il semble également que la raison pour laquelle les compagnies demanderessees n’avaient pas obtenu l’exemption du paiement du droit compensatoire et qu’elles n’avaient par conséquent pas obtenu l’exemption prévue par la loi canadienne tient au fait qu’elles n’avaient pas présenté dans les délais prescrits une demande en vue d’obtenir l’exemption américaine ou parce qu’elles n’avaient pas réussi à convaincre les autorités américaines qu’elles ne recevaient pas de subventions excessives. Je suis d’accord avec l’avocat des demandeurs pour dire que si les autorités américaines avaient fait entre les fabricants canadiens de bois d’œuvre une distinction fondée sur la race, le sexe, ou un autre des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou un motif analogue, le législateur fédéral et le gouvernement du Canada violeraient ce paragraphe s’ils reprenaient la même distinction dans la loi canadienne. Mais comme les autorités américaines ont

<sup>16</sup> *Ibid.*, à la p. 194.

legitimate state purpose". It is arguable at least that those who filed late applications due to ignorance of U.S. requirements bear at least some of the responsibility for their applications being out of time. Perhaps the Government of Canada could or should have done more by way of notifying them rather than relying on the advice of provincial governments and communicating to the industry through the Canadian Forest Industries Council. But it could also be argued that Canadian entrepreneurs who export to the United States, a market which they themselves say is very important to them, should take some steps to ensure that they are aware of U.S. import regulations affecting their products. They attach much blame to the Government of Canada for its failure to inform them, but initially this was legally a matter between the U.S. Government and these Canadian exporters, not between the two Governments. In declining to find that the present circumstances fit within the hypothetical category of "grossly unfair" differentiations referred to by La Forest J. in the *Andrews* judgment, I am very mindful of another comment which he made in that judgment immediately prior to the passage now relied on. He said:

... I am convinced that it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society. Like my colleague, I am not prepared to accept that all legislative classifications must be rationally supportable before the courts. Much economic and social policy-making is simply beyond the institutional competence of the courts; their role is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *Ibid.*

rejeté certaines demandes parce qu'elles n'avaient pas été présentées dans les délais prescrits et d'autres pour des raisons économiques appliquées selon la loi américaine, je suis incapable de dire que  
 a l'adoption des mêmes distinctions par les autorités canadiennes est «tellement injuste» ou «dénuée de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l'État». On peut à tout le moins prétendre que ceux qui ont produit leur demande tardivement à cause  
 b de leur ignorance des exigences américaines doivent porter au moins une partie de la responsabilité du retard de leur demande. Il se peut que le gouvernement du Canada aurait pu ou aurait dû prendre davantage de mesures pour les aviser au lieu de s'en remettre à l'avis donné par les gouvernements provinciaux et de communiquer avec l'industrie par l'intermédiaire du Conseil canadien des industries forestières. Mais on pourrait également prétendre que les entrepreneurs canadiens qui  
 d exportent aux États-Unis—lesquels constituent un marché qui, comme ils le disent eux-mêmes, est très important pour eux—devraient prendre certaines mesures pour s'assurer qu'ils sont au courant des règlements américains en matière d'importation qui ont une incidence sur leurs produits. Ils  
 e imputent une grande partie du blâme au gouvernement du Canada à cause de son omission de les informer, mais il s'agissait au départ d'une question d'ordre juridique qui concernait le gouverne-  
 f ment américain et les exportateurs canadiens en question, et non les deux gouvernements. Pour refuser de conclure que les faits de l'espèce relèvent de la catégorie hypothétique des différenciations «tellement injustes» qu'a mentionnées le juge  
 g La Forest dans l'arrêt *Andrews*, je tiens compte d'un autre commentaire qu'il a formulé dans ce jugement immédiatement avant le passage qui est maintenant invoqué. Voici en quels termes il s'est exprimé:

... je suis convaincu qu'en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. À l'instar de mon collègue, je ne suis pas prêt à  
 i accepter que toutes les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux; leur rôle est d'assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *Ibid.*

Here the plaintiffs say that the Government of Canada should not have entered into the memorandum of understanding; that it should have left it open to the plaintiffs to pursue such remedies as they might have had under U.S. law whereby they might have succeeded in defeating or reducing the countervailing duty; or that if Canada was to enter into a memorandum of understanding, such agreement should either have exempted all the corporate plaintiffs from paying the export charge which was to replace the countervailing duty, or it should have provided that no Canadian companies would be exempted (thus precluding an Exemption Order). On the other hand it is apparent from portions of the examination for discovery of the defendant's witness as put in by the plaintiffs, and from the agreed statement of facts, that the Government of Canada considered it better to have an agreement whose effect would be certain as compared to the uncertainty of the countervail proceedings still pending at that time; that it was better for the Canadian industry as a whole to preserve at least the twenty exemptions which the U.S. had granted; and that the overall result of the agreement would be to keep within Canada revenues under the *Softwood Lumber Products Export Charge Act* (estimated to be from \$400 million to \$600 million per year) rather than to have similar revenues collected by U.S. authorities under a countervailing duty charged at the same rate. Whatever the respective merits of these positions, I believe their review by this Court to involve, in the language of La Forest J., the second guessing of policy decisions beyond the "institutional competence of the courts".

Although the language of the judgments of both Wilson J. and La Forest J. in the *Andrews* case did, as the plaintiffs contend, leave open possibilities for extending prohibited grounds beyond those enumerated in subsection 15(1) or those analogous thereto, subsequent decisions of the Supreme Court written by the same learned Judges have, I believe, narrowed such possibilities in ways relevant to the present case. In the *Andrews* case McIntyre J. had found that non-citizens were a

En l'espèce, les demandeurs prétendent que le gouvernement du Canada n'aurait pas dû signer le protocole d'entente, qu'il aurait dû permettre aux demandeurs d'exercer les recours que la loi américaine pouvait leur ouvrir et qui leur auraient permis de faire annuler ou réduire le droit compensatoire, ou que si le Canada devait signer le protocole d'entente, cette entente aurait dû exempter toutes les personnes morales demanderesse du paiement du droit à l'exportation qui devait remplacer le droit compensatoire, ou qu'il aurait dû prévoir qu'aucune compagnie canadienne ne serait exemptée (rendant ainsi inutile un décret d'exemption). En revanche, il ressort à l'évidence de certains extraits de l'interrogatoire préalable des témoins de la défenderesse que les demandeurs ont déposé en preuve, ainsi que de l'exposé conjoint des faits, que le gouvernement du Canada a jugé préférable une entente dont les conséquences seraient certaines à l'incertitude que comportait la procédure relative au droit compensatoire qui était en instance à l'époque. Il a jugé préférable dans l'intérêt de l'ensemble de l'industrie canadienne de conserver au moins les vingt exemptions accordées par les É.-U. et a estimé que l'entente aurait pour conséquence générale de conserver au Canada les recettes générées par la *Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre* (évaluées entre 400 et 600 millions de dollars par année) au lieu de laisser les autorités américaines percevoir des recettes semblables en vertu d'un droit compensatoire imposé au même taux. Quel que soit le bien-fondé de chacun de ces points de vue, j'estime que leur révision par notre Cour implique, pour reprendre les termes employés par le juge La Forest, une vérification de décisions de principe qui ne relève pas de la «compétence institutionnelle des tribunaux».

h

Même si, dans leurs jugements, les juges Wilson et La Forest ont effectivement tous les deux laissé la possibilité d'ajouter des motifs de distinction illicites à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) ou à ceux qui leur sont analogues, des décisions subséquentes de la Cour suprême redigées par les mêmes juges ont, à mon avis, restreint cette possibilité de manières qui sont pertinentes à la présente affaire. Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a conclu que ceux qui n'ont pas la citoyenneté constituent une «minorité discrète et

“discrete and insular minority”<sup>18</sup> and thus a group subjected to discrimination on grounds analogous to those enumerated in subsection 15(1). Wilson J. in the same case elaborated on that concept, invoking the writings of J. H. Ely [*Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1980] to the effect that such groups require protection because elected officials have no direct interest in protecting non-voters. She went on to say that whether a group falls into an analogous category is a determination

... which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society.<sup>19</sup>

Writing for the majority in the later *Turpin* case she referred to certain indicia of discrimination, for the purpose of identifying analogous grounds, as including “stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice . . .” She then went on to apply these tests to the “group” of persons invoking subsection 15(1) in that case, namely those charged outside of Alberta with murder, and found that it had none of these characteristics.<sup>20</sup>

Similarly, in the present case I can see none of these characteristics in the “group” said to be represented by the plaintiffs. They have none of the attributes of stereotyping, historical disadvantage, or political isolation. Indeed they had access to the political process in Canada, having hired a representative who appeared before the Parliamentary Committee considering the *Softwood Lumber Products Export Charge Act* and met with the Minister of International Trade. As the employers of many Canadian voters, they could not simply be ignored by elected officials.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 183, employing the language of the U.S. Supreme Court in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152-153.

<sup>19</sup> *Ibid.*, at p. 152.

<sup>20</sup> *Supra*, note 14, at pp. 1332-1333.

isolée<sup>18</sup>» et qu'ils forment en conséquence un groupe qui fait l'objet d'une discrimination fondée sur des motifs analogues à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1). Dans le même arrêt, le juge Wilson a analysé plus en détail ce concept, en invoquant les écrits de J. H. Ely [*Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1980] suivant lequel ces groupes ont besoin d'être protégés parce que les représentants élus n'ont pas d'intérêt direct à protéger des personnes qui n'ont pas le droit de vote. Elle a poursuivi en disant que la question de savoir si un groupe fait partie d'une catégorie analogue est une conclusion

... qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société<sup>19</sup>.

Rédigeant l'opinion des juges majoritaires dans l'arrêt ultérieur *Turpin*, elle a énuméré certains signes de discrimination, dans le but de trouver des motifs analogues, notamment «[les] stéréotypes, [les] désavantages historiques ou [...] la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux . . .» Elle a poursuivi en appliquant ces critères au «groupe» de personnes qui invoquait le paragraphe 15(1) dans cette affaire, à savoir des personnes accusées de meurtre à l'extérieur de l'Alberta, et elle a conclu qu'il ne possédait aucune des caractéristiques en question<sup>20</sup>.

De la même manière, dans la présente affaire, je ne distingue aucune des caractéristiques en question dans le «groupe» qui serait représenté par les demandeurs. Ils ne possèdent aucun des attributs des stéréotypes, des désavantages sociaux ou de l'isolement politique. En fait, ils se sont prévalus des mécanismes politiques canadiens, ayant engagé un représentant qui a comparu devant le comité parlementaire chargé d'étudier la *Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre* et a rencontré le ministre du Commerce extérieur. En tant qu'employeurs de bon nombre d'électeurs canadiens, ils ne pouvaient tout simplement pas être ignorés par les représentants élus.

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 183, reprenant l'expression employée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux p. 152 et 153.

<sup>19</sup> *Ibid.*, à la p. 152.

<sup>20</sup> *Supra*, note 14, aux p. 1332 et 1333.

The decision of the Supreme Court in *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*<sup>21</sup> is another application of the *Andrews* decision as a limitation on the scope of subsection 15(1). La Forest J., who had suggested in the *Andrews* decision that there might be some kinds of "grossly unfair" differentiations which would still be prohibited by subsection 15(1) even if they did not fall within the enumerated grounds or those analogous thereto, nevertheless in this *Reference* limited prohibited forms of discrimination to such grounds. Writing for the Court, he rejected the proposition that the limitation imposed on those covered by the Act, to the compensation provided under that Act in lieu of a right of action, was not a differentiation analogous to those listed in subsection 15(1). It can be observed that the "group" in question there was defined by the very legislation which was attacked as discriminatory, and was not identified with any historical prejudice or stereotyping or political and social isolation.

I therefore conclude that the kind of distinctions created by the Exemption Order and complained of by the plaintiffs are not contrary to the guarantees of subsection 15(1) of the Charter.

#### Justification of the Exemption Order under Charter section 1

Given my finding that there is no abridgment of rights guaranteed by subsection 15(1), I need not consider this issue.

#### Availability and appropriateness of remedies sought

Although for the same reason I need not consider these issues, I wish to indicate that there are several difficulties with the remedies as sought.

The plaintiffs seek a declaration that the Exemption Order is invalid. Even if this were granted, it would not prevent the plaintiffs from being subject to payment of the export charge under the *Softwood Lumber Products Export Charge Act*. It would simply mean that the twenty

<sup>21</sup> *Supra*, note 14.

L'arrêt *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*<sup>21</sup> de la Cour suprême est un autre exemple de l'application de l'arrêt *Andrews* à titre de restriction à la portée du paragraphe 15(1). Le juge La Forest, qui avait laissé entendre dans l'arrêt *Andrews* qu'il pouvait exister des différenciations «tellement injustes» qui seraient quand même interdites par le paragraphe 15(1) même si elles ne relevaient pas des motifs énumérés ou des motifs analogues, a néanmoins limité dans cet arrêt les formes de discrimination illicites à ces motifs. Le juge, qui rédigeait le jugement de la Cour, a rejeté la proposition que la limite imposée aux personnes visées par la loi à l'indemnisation accordée par cette loi à la place d'un droit d'action ne constituait pas un motif de distinction analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1). Il y a lieu d'observer que le «groupe» en question dans cette affaire était défini par le texte de loi même qui était contesté au motif qu'il était discriminatoire, et qu'il n'a pas été associé à un préjudice historique ou à un stéréotype ou à un isolement politique et social.

J'en viens donc à la conclusion que le type de distinctions que crée le décret d'exemption et dont les demandeurs se plaignent ne viole pas les garanties prévues par le paragraphe 15(1) de la Charte.

#### Justification du décret d'exemption en vertu de l'article premier de la Charte

Compte tenu de ma conclusion qu'il n'y a pas violation des droits garantis par le paragraphe 15(1), il n'est pas nécessaire que j'examine cette question.

#### Ouverture et utilité des recours sollicités

Bien que pour la même raison il ne soit pas nécessaire que j'examine ces questions, je tiens à souligner que les recours soulèvent plusieurs difficultés tels qu'ils sont formulés.

Les demandeurs sollicitent un jugement déclarant inconstitutionnel le décret d'exemption. Même si cette réparation était accordée, cela n'empêcherait pas les demandeurs d'être assujettis au paiement du droit à l'exportation prévu par la *Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois*

<sup>21</sup> *Supra*, note 14.

companies and their two associates exempted by the Exemption Order would become subject to payment of the export charge.

This would in turn preclude an order, as requested by the corporate plaintiffs, that they “be discharged from all liability . . . for any unpaid export charge”.

With respect to the claim for “special damages” in the amount of any export charges already paid, these too would be unavailable (even if properly pleaded) if the Exemption Order were simply declared invalid so that all softwood lumber exporters to the United States were subject to the export charge. But even if it had been successfully pleaded that the whole export charge scheme, including the Act, was invalid as discriminatory, it would then be necessary to plead properly for the recovery of charges paid pursuant to that scheme. This would, I believe, involve alleging that the payments had been made under coercion resulting in an unjust enrichment of the defendant.<sup>22</sup> These necessary elements have neither been pleaded nor proven in the present case.

I specifically decline any comment on the remedy of general damages although I have noted earlier that the individual plaintiffs are not entitled to damages in respect of what is alleged to be business losses of the corporate plaintiffs.

#### Disposition

The action is therefore dismissed with costs.

*d'œuvre*. Il en résulterait simplement que les vingt compagnies et les deux sociétés qui leur sont affiliées qui bénéficient d'une exemption aux termes du décret d'exemption seraient assujetties au paiement du droit à l'exportation.

Cela rendrait à son tour irrecevable la demande d'ordonnance présentée par les personnes morales demandereses en vue d'être «libérées de toute obligation . . . de paiement à l'égard des droits à l'exportation impayés».

En ce qui concerne la demande de «dommages-intérêts spéciaux» équivalant aux droits à l'exportation déjà payés, elle serait également irrecevable (même si elle était régulièrement formée) si le décret d'exemption était simplement déclaré inconstitutionnel de sorte que tous les exportateurs de bois d'œuvre aux États-Unis seraient assujettis au droit à l'exportation. Mais même si l'on avait plaidé avec succès que tout le système de perception du droit à l'exportation, y compris la Loi, était inconstitutionnel parce que discriminatoire, il serait ensuite nécessaire de demander de la manière appropriée le remboursement des droits payés conformément à ce système. Pour ce faire, il faudrait, selon moi, alléguer que les paiements avaient été faits sous la contrainte, entraînant l'enrichissement sans cause de la défenderesse<sup>22</sup>. Les éléments requis en question n'ont pas été plaidés ou prouvés en l'espèce.

Je refuse expressément de formuler des commentaires au sujet de la demande de dommages-intérêts généraux, même si j'ai déjà fait remarquer que les personnes physiques demandereses n'ont pas droit à des dommages-intérêts relativement aux présumées pertes commerciales subies par les personnes morales demandereses.

#### Dispositif

L'action est par conséquent rejetée avec dépens.

<sup>22</sup> See e.g. *Jacobs (George Porky) Enterprises Ltd. v. City of Regina*, [1964] S.C.R. 326; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; and *Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347.

<sup>22</sup> Voir, par ex. les arrêts *Jacobs (George Porky) Enterprises Ltd. v. City of Regina*, [1964] R.C.S. 326; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573 et *Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347.

T-2845-90

T-2845-90

**Mehmet and Emine Demirtas** (*Applicants*)

v.

**The Minister of Employment and Immigration** (*Respondent*)

and

**The Immigration and Refugee Board** (*Mis-en-cause*)INDEXED AS: *DEMIRTAS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Teitelbaum J.—Montréal, December 10, 1990; Ottawa, July 30, 1991.

*Immigration — Practice — Transitional Provisions, s. 41(b)(iii) providing ineligible to have Convention refugee claims determined by Refugee Division if application for redetermination "is to be dealt with by the former Board under section 48" — Application for redetermination of Convention refugee claims not heard before January 1, 1990 — Under s. 48(3) former Board losing jurisdiction over applications not disposed of by December 31, 1989 — Refugee claimants arriving in Canada before January 1, 1989 not losing right to credible basis hearing because claims not "dealt with by former Board" — Intended to be dealt with pursuant to either Regulations via former Act (now impossible) or Transitional Provisions, s. 43 or new Immigration Act (Transitional Provisions without going through Regulations) — Application of doctrine of legitimate expectation — Board not having denied applications, still part of backlog and reasonable to expect claims would be dealt with pursuant to Regulations — Statutory enablement not necessary — No statutory bar to credible basis hearing before claims determined by Refugee Division.*

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Director of Immigration Centre refusing request for credible basis hearing — Refusal constituting decision subject to Federal Court Act, s. 18 review — Director's decision cause of denial of credible basis hearing, not Transitional Provisions, s. 48(3) — Application of legitimate expectation doctrine.*

This was an application for *certiorari*, *mandamus* and prohibition against the refusal to grant a credible basis hearing

**Mehmet et Emine Demirtas** (*appelants*)

c.

<sup>a</sup> **Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)

et

<sup>b</sup> **La Commission de l'immigration et du statut de réfugié** (*mise en cause*)RÉPERTORIÉ: *DEMIRTAS c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*<sup>c</sup> Section de première instance, juge Teitelbaum—Montréal, 10 décembre 1990; Ottawa, 30 juillet 1991.

*Immigration — Pratique — L'art. 41b)(iii) des Dispositions transitoires prévoit que les revendications du statut de réfugié au sens de la Convention ne peuvent pas être examinées par la section du statut si la demande de réexamen «doit être traitée par l'ancienne Commission conformément à l'article 48» — La demande de réexamen des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas été entendue avant le 1<sup>er</sup> janvier 1990 — Selon l'art. 48(3), l'ancienne commission a perdu toute compétence en ce qui concerne les demandes qui n'ont pas été tranchées au 31 décembre 1989 — Les demandeurs du statut de réfugié qui sont arrivés au Canada avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989 ne perdent pas le droit à la tenue d'une audience de détermination du minimum de fondement puisque leurs revendications n'ont pas été «traitées par l'ancienne Commission» — On a voulu que les revendications soient traitées conformément au Règlement en ayant recours à l'ancienne Loi (ce qui n'est plus possible maintenant) ou à l'art. 43 des Dispositions transitoires ou de la nouvelle Loi sur l'immigration (Dispositions transitoires sans avoir recours au Règlement) — Application de la doctrine de l'espoir légitime*

<sup>d</sup> *Comme la commission n'avait pas refusé les demandes, elles faisaient encore partie de l'arriéré et il était raisonnable de s'attendre à ce que les revendications soient traitées conformément au Règlement — Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une disposition législative habilitante — La Loi ne prévoit aucune fin de non-recevoir à la tenue d'une audience pour déterminer si les revendications ont un minimum de fondement avant que les revendications ne soient examinées par la section du statut.*

<sup>e</sup> *Contrôle judiciaire — Brefs de prérrogative — Certiorari — Le directeur d'un Centre d'immigration Canada a refusé une demande en vue de la tenue d'une audience pour déterminer si les revendications avaient un minimum de fondement — Ce refus constitue une décision assujettie au pouvoir de révision prévu à l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — C'est à cause de la décision du directeur qu'il n'y a pas eu d'audience pour déterminer si les revendications avaient un minimum de fondement, et non pas à cause de l'art. 48(3) des Dispositions transitoires — Application de la doctrine de l'espoir légitime.*

<sup>f</sup> *Il s'agissait d'une demande en vue de brefs de certiorari, de mandamus et de prohibition à l'encontre du refus d'accorder*



before an adjudicator and a member of the Refugee Division. The applicants arrived in Canada from Turkey in 1986. They were refused refugee status in 1987 and immediately applied for redetermination of their claims before the Immigration Appeal Board (the "former" Board). The hearing was adjourned several times until they were informed on June 11, 1990 that their cases were pending before the Immigration and Refugee Board (the "new" Board). The applicants then requested a credible basis hearing in order to be able to comply with the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*, section 3 requirements for eligibility to apply for landing under the Regulations, which imposed less stringent requirements for landing. Under paragraph 3(1)(c) of the Regulations, there must have been a determination that there is a credible basis for the Convention refugee claim pursuant to (i) subsection 46.01(6) or (7) of the *Immigration Act*, or (ii) subsection 43(1) of the Transitional Provisions. The Director of the Canadian Immigration Centre refused to deal with their cases under the Regulations, stating that pursuant to section 48 of the Transitional Provisions, the former Board was no longer seized of the applicants' claims and that their claims would be reheard before the new Board. Subparagraph 41(b)(iii) of the Transitional Provisions provides that persons whose applications for a redetermination of the Convention refugee claim are "to be dealt with by the former Board under section 48" are not eligible to have their claims determined by the Refugee Division. Subsection 48(1) continued the jurisdiction of the former Board over applications for redetermination commenced before January 1, 1989, but subsection 48(3) limited the period for the application of subsection 48(1) to December 31, 1989 after which applications not disposed of by the former Board would be "reheard" by either Division of the new Board. The applicants did not want the Refugee Division to determine their refugee claims because a negative finding would result in their exclusion from the designated class under the Regulations. They argued that as of January 1, 1990, their claims were no longer "to be dealt with by the former Board" for it had ceased to exist and they were entitled to a credible basis hearing by the Refugee Division. The respondent submitted that subsection 48(3) eliminated the section 41 requirement of eligibility to have one's claim determined by the Refugee Division and the requirement of a determination of a credible basis for their claim. Therefore, the applicants must have their refugee determinations heard by the Refugee Division without first having a credible basis hearing.

une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié pour déterminer si les revendications avaient un minimum de fondement. Les requérants sont arrivés au Canada en provenance de la Turquie en 1986. On leur a refusé le statut de réfugié en 1987 et ils ont immédiatement demandé un réexamen de leurs revendications devant la Commission d'appel de l'immigration (l'«ancienne» Commission). L'audience a été ajournée à plusieurs reprises, jusqu'à ce qu'ils soient informés le 11 juin 1990 que leurs cas étaient maintenant en instance devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «nouvelle» Commission). Les requérants ont alors demandé la tenue d'une audience pour déterminer si les revendications avaient un minimum de fondement afin de pouvoir satisfaire aux exigences prévues à l'article 3 du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* relativement à la capacité de présenter une demande du droit d'établissement en vertu du Règlement, qui imposait des exigences moins rigoureuses en ce qui concernait le droit d'établissement. Selon l'alinéa 3(1)c) du Règlement, il doit avoir été déterminé que les revendications du statut de réfugié ont un minimum de fondement pour qu'une demande du statut de réfugié au sens de la Convention puisse être présentée conformément au sous-alinéa (i) des paragraphes 46.01(6) ou (7) de la *Loi sur l'immigration* ou au sous-alinéa (ii) du paragraphe 43(1) des Dispositions transitoires. Le directeur du Centre d'Immigration Canada a refusé d'examiner leurs cas sous le régime du Règlement, sous prétexte que, suivant l'article 48 des Dispositions transitoires, l'ancienne Commission n'était plus saisie de leurs revendications et que celles-ci seraient entendues de nouveau par la nouvelle Commission. Le sous-alinéa 41b)(iii) des Dispositions transitoires prévoit que les personnes dont les demandes de réexamen du statut de réfugié au sens de la Convention doivent «être examinées par l'ancienne Commission en vertu de l'article 48» ne peuvent faire en sorte que leurs revendications soient examinées par la section du statut de réfugié. Selon le paragraphe 48(1), l'ancienne Commission continuait d'avoir la compétence voulue en ce qui concernait les demandes de réexamen engagées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989, mais le paragraphe 48(3) limitait la durée d'application du paragraphe 48(1) au 31 décembre 1989, date après laquelle les demandes qui n'auraient pas été tranchées par l'ancienne Commission seraient «entendues de nouveau» par l'une ou l'autre section de la nouvelle Commission. Les requérants ne voulaient pas que la section du statut examine leurs revendications du statut de réfugié, car une conclusion négative entraînerait leur exclusion de la catégorie établie conformément au Règlement. Ils ont allégué que, au 1<sup>er</sup> janvier 1990, leurs revendications ne devaient plus «être examinées par l'ancienne Commission» car celle-ci avait cessé d'exister et qu'ils avaient droit à ce que la section du statut tienne une audience pour déterminer si leurs revendications avaient un minimum de fondement. L'intimé a prétendu que le paragraphe 48(3) supprimait l'obligation prévue par l'article 41 voulant que la revendication d'une personne soit recevable par la section du statut et l'obligation de déterminer que leurs revendications avaient un minimum de fondement. Par conséquent, les revendications du statut de réfugié présentées par les requérants doivent être entendues par la section du statut sans qu'il ait d'abord été déterminé si les revendications ont un minimum de fondement.

The applicants also submitted that they had a legitimate expectation that their claims would be dealt with pursuant to the Regulations based on the Minister's "promise" of December 28, 1988 to deal with the "processing of refugee claims not completed by January 1, 1989" and that "all claims would be determined by an adjudicator and a member of the Immigration and Refugee Board" and because they were not expressly excluded from the Regulations, and it was only the respondent's illegal act which prevented them from fulfilling the requirements of subsection 3(1) of the Regulations.

The respondent submitted that a writ of *certiorari* could not issue because the Director's letter did not constitute a decision and it was not a decision of a "federal board, commission or other tribunal" pursuant to section 2 of the *Federal Court Act*. It argued that the simple reply to a letter is not the exercise of "jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament." The applicants argued that the Director's response was an administrative decision or the exercise of a discretionary power to which *Federal Court Act*, section 18 applied. The respondent replied that subsection 48(3) eliminated the requirement of having a credible basis to one's claim before it is heard by the Refugee Division.

*Held*, the application should be granted.

The applicants are eligible for a credible basis hearing.

The applicants did not fall within section 46.01 of the Act, which sets out Convention refugee claimants who are not eligible to have their claims determined by the Refugee Division. Therefore they were eligible to have their claims determined by the Refugee Division, subject to the Transitional Provisions.

Refugee claimants who arrived in Canada before January 1, 1989 shall be dealt with pursuant to either (1) the Regulations via (a) the former Act (which is impossible now for the Immigration Appeal Board no longer exists), or (b) section 43 of the Transitional Provisions or (2) the new Act, which is the Transitional Provisions without going through the Regulations. Claimants have a right to a credible basis hearing either way. Parliament did not intend to take away the opportunity to have a credible basis hearing from those claimants who had not had their claims "dealt with" by the former Board.

It was reasonable for the applicants to expect that their claims would be dealt with under the backlog system for they were still part of the backlog. The claims had not been "dealt with" in that the Immigration Appeal Board had not denied their applications for redetermination. In *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Court of Appeal held that the question was not whether there was statutory enablement, but whether there was a statutory bar preventing the Minister's compliance. There was no statutory bar to a credible basis hearing before the Convention refugee claims are determined by the Refugee Division, for claimants

Les requérants ont également fait valoir qu'ils avaient l'espoir légitime que leurs revendications seraient traitées conformément au Règlement compte tenu de la «promesse» faite par le ministre le 28 décembre 1988 de s'occuper du «traitement des revendications du statut de réfugié non réglées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989» et que «toutes les revendications seraient examinées par un arbitre et un membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié», et parce qu'ils n'étaient pas expressément exclus de l'application du Règlement et que c'était seulement l'acte illicite de l'intimé qui les empêchait de satisfaire aux exigences du paragraphe 3(1) du Règlement.

L'intimé a soutenu qu'on ne pouvait pas délivrer un bref de *certiorari* parce que la lettre du directeur ne constituait pas une décision et que ce n'était pas une décision d'un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a allégué que la simple réponse à une lettre n'entraîne pas l'exercice d'une «compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale».

Les requérants ont prétendu que la réponse du directeur constituait une décision administrative ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire auquel s'appliquait l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'intimé a répondu que le paragraphe 48(3) supprimait l'obligation de conclure au minimum de fondement de la revendication d'une personne avant que la revendication de cette personne ne soit entendue par la section du statut.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

Les requérants ont droit à ce qu'une audience soit tenue pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement.

Les requérants n'étaient pas visés par l'article 46.01 de la Loi, qui énumère les demandeurs du statut de réfugié au sens de la Convention dont la revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut. Leurs revendications étaient donc recevables par la section du statut, sous réserve des Dispositions transitoires.

Les revendications du statut de réfugié présentées par des personnes qui sont arrivées au Canada avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989 doivent être traitées conformément (1) au Règlement en ayant recours a) à l'ancienne Loi (ce qui n'est plus possible maintenant car la Commission d'appel de l'immigration n'existe plus) ou b) à l'article 43 des Dispositions transitoires ou (2) à la nouvelle Loi, que constituent les Dispositions transitoires, sans avoir recours au Règlement. Les demandeurs ont droit à une audience, selon l'une ou l'autre façon, pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. Le Parlement n'a pas voulu enlever aux demandeurs dont les revendications n'avaient pas été «tranchées» par l'ancienne Commission la possibilité d'obtenir une audience pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement.

Il était raisonnable que les requérants s'attendent à ce que leurs revendications soient traitées en vertu du système d'élimination de l'arriéré puisqu'ils faisaient encore partie de l'arriéré. Leurs revendications n'avaient pas été «traitées», en ce sens que la Commission d'appel de l'immigration n'avait pas refusé de réexaminer leurs demandes. Dans l'arrêt *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour d'appel a jugé qu'il ne s'agissait pas de savoir si il existait une disposition législative habilitante, mais de savoir si la loi prévoyait une fin de non-recevoir qui empêchait le ministre de combler cet espoir. Il n'y avait aucune fin de non-recevoir

must normally be eligible to have a credible basis hearing before having their claims determined by the Refugee Division.

It was as a result of the Director's decision that the applicants were denied a credible basis hearing, not subsection 48(3).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof [Transitional Provisions], R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, ss. 41, 42, 43, 48.

*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/89-103, s. 18(1).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 23(4)(a), 27(4), 28, 44, 46(2), 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

*Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40, ss. 3, 4.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; (1989), 61 D.L.R. (4th) 313; 26 F.T.R. 122 (note); 8 Imm.L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Zeybekoglu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-2894-90, Joyal J., judgment dated 8/5/91, F.C.T.D., not yet reported.

##### CONSIDERED:

*Russo v. Minister of Manpower & Immigration*, [1977] 1 F.C. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (T.D.); *Fee et al. v. Bradshaw et al.*, [1982] 1 S.C.R. 609; (1982), 137 D.L.R. (3d) 695; 68 C.C.C. (2d) 425; 82 DTC 6160 (Fr.); 82 DTC 6264 (Eng.); 43 N.R. 329; *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 A.C. 629 (P.C.).

##### COUNSEL:

*William Sloan* for applicants.  
*Joanne Granger* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Sloan, Lanoue, Arpin et Associés*, Montréal, for applicants.

prévues par la loi qui empêchait la tenue d'une audience de détermination du minimum de fondement avant que leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention ne soient examinées par la section du statut, puisque les demandeurs doivent normalement être admissibles à une audience de détermination du minimum de fondement avant que leurs revendications ne soient examinées par la section du statut.

C'est à la suite de la décision du directeur que les requérants ont été privés d'une audience pour déterminer si leurs revendications avaient un minimum de fondement, et non pas en raison du paragraphe 48(3).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence [Dispositions transitoires], L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 41, 42, 43, 48.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 23(4)a), 27(4), 28, 44, 46(2), 46.01 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14).

*Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40, art. 3, 4.

*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/89-103, art. 18(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; (1989), 61 D.L.R. (4th) 313; 26 F.T.R. 122 (note); 8 Imm.L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-2894-90, juge Joyal, jugement en date du 8-5-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Russo c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (1<sup>re</sup> inst.); *Fee et autre c. Bradshaw et autres*, [1982] 1 R.C.S. 609; (1982), 137 D.L.R. (3d) 695; 68 C.C.C. (2d) 425; 82 DTC 6160 (fr.); 82 DTC 6264 (ang.); 43 N.R. 329; *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 A.C. 629 (P.C.).

##### AVOCATS:

*William Sloan* pour les requérants.  
*Joanne Granger* pour l'intimé.

##### PROCUREURS:

*Sloan, Lanoue, Arpin et Associés*, Montréal, pour les requérants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

The following are the reasons for order rendered in English by

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

TEITELBAUM J.: The applicants request, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], relief in the form of writs of *certiorari*, *mandamus* and prohibition against the "decision" of the respondent refusing the applicants' request for a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division. The applicants also claim that they had a legitimate expectation that their refugee claims would be dealt with pursuant to the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*<sup>1</sup> (hereinafter the "Regulations"), adopted on December 21, 1989. These Regulations allow certain individuals, whose claims for refugee status have been determined to have a credible basis, to make an application for landing without having to leave Canada and provide an exemption from all but health and security requirements.

LE JUGE TEITELBAUM: Les requérants demandent, conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], un redressement sous forme de brefs de *certiorari*, de *mandamus* et de prohibition à l'encontre de la «décision» par laquelle l'intimé a refusé la demande des requérants en vue de la tenue d'une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié pour déterminer si les revendications ont un minimum de fondement. Les requérants prétendent également qu'ils avaient l'espoir légitime que leurs revendications du statut de réfugié seraient examinées conformément au *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*<sup>1</sup> (ci-après appelé le «Règlement»), adopté le 21 décembre 1989. Ce Règlement permet à certaines personnes, dont il a été déterminé que les revendications du statut de réfugié avaient un minimum de fondement, de présenter une demande du droit d'établissement sans devoir quitter le Canada et prévoit une dispense de toutes les exigences sauf celles relatives à la santé et à la sécurité.

## FACTS

The applicants arrived in Canada, from Turkey, and applied for refugee status on September 12, 1986. An inquiry was held on October 18, 1986, and adjourned pursuant to subsection 44(1) of the *Immigration Act*.<sup>2</sup> On January 27, 1987, the applicants' examinations under oath took place and, on September 15, 1987, the Minister determined that they were not Convention refugees.

The applicants applied for a redetermination of their claims before the Immigration Appeal Board (the "former" Board) on October 1, 1987. The hearing before the Immigration Appeal Board was adjourned upon several occasions, until they were informed on June 11, 1990, that their cases were now pending before the Immigration and Refugee Board (the "new" Board).

## f LES FAITS

Les requérants sont arrivés au Canada en provenance de la Turquie et ont demandé le statut de réfugié le 12 septembre 1986. Une enquête s'est tenue le 18 octobre 1986 et a été suspendue conformément au paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration*.<sup>2</sup> Les requérants ont été interrogés sous serment le 27 janvier 1987, et le ministre a déterminé le 15 septembre 1987 qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

Les requérants ont demandé un réexamen de leurs revendications devant la Commission d'appel de l'immigration (l'«ancienne» Commission) le 1<sup>er</sup> octobre 1987. L'audience tenue devant la Commission d'appel de l'immigration a été ajournée à plusieurs reprises, jusqu'à ce qu'ils soient informés le 11 juin 1990 que leurs cas étaient maintenant en instance devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «nouvelle» Commission).

<sup>1</sup> SOR/90-40.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-2.

<sup>1</sup> DORS/90-40.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. I-2.

In a letter dated July 4, 1990, addressed to Mr. Louis Grenier, the Director of the Canadian Immigration Centre in Montréal, counsel for the applicants requested that they be given the opportunity to comply with paragraph 3(1)(c) of the Regulations, that is, that they be granted a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division. The Director refused to deal with their cases under the Regulations, stating that, pursuant to section 48 of the Transitional Provisions,<sup>3</sup> the former Board was no longer seized of the applicants' claims and that their claims would be "reheard" before the new Board.

The applicants submit that they have the right to a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division. If their claims for refugee status are found to have a credible basis, this would enable them to benefit from the advantages accorded to those whose claims are dealt with under the Regulations. They also submit that they had a legitimate expectation that their files would be dealt with under the Regulations following the respondent's "declaration" or "promise" that measures would be taken to deal with the existing backlog.

In order to determine whether the applicants are in fact eligible to a credible basis hearing, it is imperative to look at the relevant provisions and their application to the case at bar.

#### REFUGEE CLAIMANTS DESIGNATED CLASS REGULATIONS

Subsection 3(1) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* designates the class of persons eligible to make an application for landing pursuant to the Regulations. There are three criteria:

3. (1) Subject to subsection (2), the Refugee Claimants Designated Class is hereby designated for the purposes of subsection 6(2) of the Act as a class the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian

<sup>3</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28.

Dans une lettre en date du 4 juillet 1990 adressée à M. Louis Grenier, directeur du Centre d'Immigration Canada de Montréal, l'avocat des requérants a demandé qu'on leur offre la possibilité de satisfaire à l'alinéa 3(1)c) du Règlement, c'est-à-dire qu'on leur accorde une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. Le directeur a refusé d'examiner leurs cas sous le régime du Règlement sous prétexte que, suivant l'article 48 des Dispositions transitoires<sup>3</sup>, l'ancienne Commission n'était plus saisie des revendications des requérants et que leurs revendications seraient «entendues de nouveau» par la nouvelle Commission.

Les requérants soutiennent qu'ils ont droit à une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. Si l'on jugeait que leurs revendications du statut de réfugié ont un minimum de fondement, cela leur permettrait de profiter des avantages accordés à ceux dont les revendications sont examinées conformément au Règlement. Ils soutiennent également qu'ils avaient l'espoir légitime que leurs dossiers seraient examinés conformément au Règlement à la suite de la «déclaration» ou de la «promesse» de l'intimé selon laquelle des mesures seraient prises pour éliminer l'arriéré existant.

Pour déterminer si les requérants sont de fait admissibles à une audience pour établir si leurs revendications ont un minimum de fondement, il faut absolument examiner de très près les dispositions pertinentes et la façon dont elles s'appliquent à l'espèce.

#### RÈGLEMENT SUR LA CATÉGORIE ADMISSIBLE DE DEMANDEURS DU STATUT DE RÉFUGIÉ

Le paragraphe 3(1) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* établit la catégorie de personnes qui peuvent présenter une demande du droit d'établissement selon le Règlement. Il existe trois critères:

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées, la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié est établie par l'application du

<sup>3</sup> L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28.

tradition with respect to the displaced and the persecuted, and shall consist of those persons who

(a) were in Canada on January 1, 1989 or had been directed back, prior to that date, to the United States pursuant to subsection 23(5) of the Act, to await the availability of an adjudicator for an inquiry scheduled to be held on or after that date;

(b) signified, before January 1, 1989, an intention to make a claim to be a Convention refugee

(i) to an immigration officer, who recorded that intention before that date, or to a person acting on behalf of an immigration officer, who an immigration officer is satisfied recorded that intention before that date, or

(ii) to an adjudicator prior to the conclusion of an inquiry respecting those persons' status in Canada; and

(c) have been determined to have a credible basis for their claim to be a Convention refugee pursuant to

(i) subsection 46.01(6) or (7) of the Act, or

(ii) subsection 43(1) of an *Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S., c. 28 (4th Suppl.). [My emphasis.]

The applicants meet the first and second criteria for they were in Canada before January 1, 1989, having arrived on September 12, 1986, at which time they applied for refugee status. The problem arises with regards to the third criteria which may be met by one of two methods.

(i) Subsection 46.01(6) or (7) of the Immigration Act

Subsections 46.01(6) and (7) of the Act [s. 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 14)] are the provisions pursuant to which a credible basis is determined. However, it is subsection 46.01(1) which sets out those persons who claim to be Convention refugees who are not eligible to have their claims determined by the Refugee Division. The relevant provisions read as follows:

**46.01** (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if

(c) the claimant has, since last coming into Canada, been determined

(i) by the Refugee Division, the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada not to be a Convention refugee or to have abandoned the claim, or

(ii) by an adjudicator and a member of the Refugee Division as not being eligible to have the claim determined

paragraphe 6(2) de la Loi et est constituée de personnes, à la fois:

a) qui se trouvaient au Canada le 1<sup>er</sup> janvier 1989 ou qui avaient reçu l'ordre avant cette date, en application du paragraphe 23(5) de la Loi, de retourner aux États-Unis et d'attendre qu'un arbitre puisse mener une enquête dont la tenue était fixée pour cette date ou après celle-ci;

b) qui ont manifesté, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989, leur intention de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention qui, selon le cas:

(i) a été communiquée à un agent d'immigration qui l'a consignée avant cette date ou à une personne agissant au nom d'un agent d'immigration, laquelle a, de l'avis d'un agent d'immigration, consigné cette intention avant cette date,

(ii) a été communiquée à l'arbitre au cours de l'enquête concernant leur statut au Canada;

c) dont la revendication a un minimum de fondement selon ce qui a été conclu ou déterminé conformément:

(i) soit aux paragraphes 46.01(6) ou (7) de la Loi,

(ii) soit au paragraphe 43(1) de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.R., ch. 28 (4<sup>e</sup> suppl.). [C'est moi qui souligne.]

Les requérants satisfont au premier et au deuxième critère parce qu'ils se trouvaient au Canada avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989, étant arrivés le 12 septembre 1986, date à laquelle ils ont demandé le statut de réfugié. Le problème surgit relativement au troisième critère, auquel il peut être satisfait suivant l'une de deux méthodes.

(i) Paragraphes 46.01(6) ou (7) de la Loi sur l'immigration

Les paragraphes 46.01(6) et (7) [art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14)] de la Loi sont les dispositions selon lesquelles on détermine si la revendication a un minimum de fondement. Toutefois, c'est le paragraphe 46.01(1) qui prévoit quand la revendication du statut de réfugié n'est pas recevable par la section du statut. Les dispositions pertinentes sont libellées ainsi:

**46.01** (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si le demandeur se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

(c) depuis sa dernière venue au Canada, il a fait l'objet:

(i) soit d'une décision de la section du statut, de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour suprême du Canada lui refusant le statut de réfugié au sens de la Convention ou établissant le désistement de sa revendication,

(ii) soit d'une décision d'un arbitre et d'un membre de la section du statut portant que sa revendication n'était pas

by that Division or as not having a credible basis for the claim;

The applicants surely do not fall under subparagraph 46.01(1)(c)(ii) for this is the thrust of their motion. Furthermore, they are not excluded by subparagraph (i) for they have not yet come before the Refugee Division. Therefore, one would conclude that the applicants are eligible to have their claims determined by the Refugee Division. However, there are still the Transitional Provisions to consider.

(ii) Subsection 43(1) of the Transitional Provisions

Subsection 43(1) is the actual provision under which the adjudicator and a member of the Refugee Division determine whether a particular claimant has a credible basis for his or her claim. However, one must first be eligible to have one's claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division pursuant to section 41, which reads in part as follows:

41. Notwithstanding any provision of the said Act, the following persons, being persons who claim to be Convention refugees, are eligible to have their claims determined by the Refugee Division:

(b) every person who, on the commencement day [January 1, 1989], is the subject of an inquiry that is in adjournment pursuant to subsection 44(1) of the former Act and who has then been determined by the Minister under subsection 44(4) of the former Act not to be a Convention refugee, other than a person

(iii) whose application under subsection 68(1) of the former Act for a redetermination of the claim is to be dealt with by the former Board under section 48, or [My emphasis.]

Pursuant to subsection 48(1) of the Transitional Provisions, the Immigration Appeal Board, the former Board, had a continuing jurisdiction with regards to pending applications and appeals:

48. (1) Subject to this section, applications for redetermination of claims and appeals to the former Board commenced under the former Act before the commencement day [January 1, 1989] and not disposed of by the former Board before that day shall be dealt with and disposed of by the former Board in accordance with the former Act and the rules thereunder. [Underlining added.]

The claimants' applications were commenced before January 1, 1989. However, subsection

recevable par celle-ci ou qu'elle n'avait pas un minimum de fondement;

Les requérants ne sont sûrement pas visés par le sous-alinéa 46.01(1)(c)(ii) car c'est l'idée maîtresse de leur requête. De plus, ils ne sont pas exclus par le sous-alinéa (i) puisqu'ils n'ont pas encore comparu devant la section du statut. On conclurait donc que les revendications des requérants sont recevables par la section du statut. Cependant, il y a encore les Dispositions transitoires à prendre en considération.

(ii) Paragraphe 43(1) des Dispositions transitoires

Le paragraphe 43(1) est la véritable disposition en vertu de laquelle l'arbitre et un membre de la section du statut déterminent si la revendication d'une personne a un minimum de fondement. Toutefois, il faut d'abord que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention soit recevable par la section du statut conformément à l'article 41, qui est libellé en partie ainsi:

41. Malgré toute disposition contraire de la nouvelle loi, la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention est recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

b) l'enquête dont, à la date référence [le 1<sup>er</sup> janvier 1989], il fait l'objet a été ajournée conformément au paragraphe 44(1) de l'ancienne loi et, le ministre lui ayant refusé le statut, rien de ce qui suit ne s'applique à son cas:

(iii) application de l'article 48 à la demande de réexamen, [C'est moi qui souligne.]

D'après le paragraphe 48(1) des Dispositions transitoires, la Commission d'appel de l'immigration, l'ancienne Commission, continuait d'avoir la compétence voulue en ce qui concernait les demandes et les appels encore en instance:

48. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les demandes de réexamen et les appels engagés devant l'ancienne Commission avant la date de référence [le 1<sup>er</sup> janvier 1989] et encore en instance à cette date sont tranchés par celle-ci conformément à l'ancienne loi et aux règles établies sous son régime. [Soulignement ajouté.]

Les demandes des requérants ont été présentées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989. Cependant, le para-

48(3) of the Transitional Provisions sets out the limitation period for the application of subsection 48(1). The jurisdiction of the Immigration Appeal Board to hear certain cases was limited to December 31, 1989, for after that date it ceased to exist:

48. ...

(3) Where an application or appeal referred to in subsection (1) is not disposed of by the former Board within one year after the commencement day, [January 1, 1989], the proceedings before the former Board shall be terminated and the application or appeal shall be re-heard by the Refugee Division or the Appeal Division, as the case may require, in accordance with the said Act. [Underlining added.]

The applications in the case at bar were not disposed of before the Immigration Appeal Board before January 1, 1990, and the applicants were informed that their files were before the Immigration and Refugee Board. The claimants do not want to go via this route because they claim that a negative finding by the Refugee Division of their refugee determinations would result in their exclusion from the designated class pursuant to paragraph 3(2)(g) of the Regulations.

The claimants fulfil paragraph 41(b), however, the problem arises with respect to subparagraph 41(b)(iii). The applicants claim that the French version of subparagraph 41(b)(iii) is vague: "application de l'article 48 à la demande de réexamen", whereas the English version is more specific: "is to be dealt with by the former Board under section 48" [underlining added]. Therefore, they claim that, as of January 1, 1990, their claims were no longer to be dealt with by the Immigration Appeal Board for it ceased to exist and so they should be dealt with by the Refugee Division, commencing with a credible basis hearing.

The respondent, however, claims that Parliament's intention is clear that those claimants who fall under section 48 would be excluded from the Regulations such that the applicants are not eligible to have their credible basis claims heard by the Refugee Division.

The respondent also claims that subsection 48(3) has [TRANSLATION] "the effect of waiving the requirement that there be both a determination

48(3) des Dispositions transitoires mentionne la date limite pour l'application du paragraphe 48(1). Le pouvoir de la Commission d'appel de l'immigration d'instruire certaines affaires était limité au 31 décembre 1989, car elle cessait d'exister après cette date:

48. ...

(3) L'ancienne Commission est dessaisie des demandes et des appels visés au paragraphe (1) et qui n'ont pas encore été tranchés dans l'année qui suit la date de référence [le 1<sup>er</sup> janvier 1989]. Ceux-ci sont entendus de nouveau par la section du statut ou la section d'appel, selon le cas, conformément à la nouvelle loi. [Soulignements ajoutés.]

Les demandes dans la présente affaire n'ont pas été tranchées devant la Commission d'appel de l'immigration avant le 1<sup>er</sup> janvier 1990, et les requérants ont été informés que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait été saisie de leurs dossiers. Ils ne veulent pas suivre cette voie, car ils prétendent que, si la section du statut aboutissait à une conclusion négative au sujet de la reconnaissance de leur statut de réfugié, ils seraient alors exclus de la catégorie établie, conformément à l'alinéa 3(2)g) du Règlement.

Les requérants remplissent les conditions de l'alinéa 41b), mais le problème surgit relativement au sous-alinéa 41b)(iii). Ils prétendent que la version française du sous-alinéa 41b)(iii) est vague: "application de l'article 48 à la demande de réexamen", alors que la version anglaise est plus précise: "is to be dealt with by the former Board under section 48" [soulignement ajouté]. Ils allèguent donc que, au 1<sup>er</sup> janvier 1990, leurs revendications ne devaient plus être examinées par la Commission d'appel de l'immigration car celle-ci avait cessé d'exister mais qu'elles devraient alors être examinées par la section du statut, en faisant d'abord l'objet d'une audience pour déterminer si elles ont un minimum de fondement.

L'intimé fait valoir cependant que le Parlement voulait manifestement que les demandeurs qui sont visés à l'article 48 soient exclus du Règlement, de sorte que les revendications des requérants ne sont pas recevables par la section du statut pour déterminer s'il y a un minimum de fondement.

L'intimé prétend également que le paragraphe 48(3) a «pour effet d'affranchir la nécessité de la reconnaissance de la recevabilité et du minimum



of eligibility and a credible basis for the claim to refugee status before a hearing is held before the Refugee Division". In other words, the respondent is submitting that subsection 48(3) does away with fulfilling the section 41 requirement (i.e. being eligible to have one's Convention refugee claim determined by the Refugee Division) and with the requirement to have been determined to have a credible basis for their Convention refugee claim. Therefore, the respondent claims that the applicants must have their refugee determinations heard by the Refugee Division without first having a credible basis hearing.

I understand why the applicants have a problem with this for not only are they excluded from the application of the more favourable Regulations which provide an exemption from all but health and security requirements in the making of landing applications but, they must appear before the Refugee Division for the determination of their Convention refugee claims while not even having a credible basis hearing. Also, they claim that the evidentiary burden to be met to establish a credible basis is much lighter than the burden to be recognized as a refugee.

Subsection 3(2) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* sets out who shall not be included in the designated class. The only paragraph which could eventually apply to the claimants is (g) which reads as follows:

3. ...

(2) The Refugee Claimants Designated Class shall not include a person who

(g) is determined by the Refugee Division not to be a Convention refugee. [Underlining added.]

The respondent submits that a claimant whose claim is not eligible to be determined by the Refugee Division pursuant to section 41 of the Transitional Provisions, does not have the right to a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division pursuant to

de fondement à la revendication du statut de réfugié avant d'avoir la possibilité d'être entendu par la section du statut». En d'autres mots, l'intimé soutient que le paragraphe 48(3) supprime l'obligation de remplir la condition prévue à l'article 41 (c'est-à-dire que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention soit recevable par la section du statut) et l'obligation de déterminer que leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention avaient un minimum de fondement. Par conséquent, l'intimé prétend que les revendications du statut de réfugié présentées par les requérants doivent être entendues par la section du statut sans qu'il ait d'abord été déterminé si les revendications ont un minimum de fondement.

Je comprends pourquoi les requérants rencontrent un problème à ce sujet, car non seulement sont-ils privés de l'application du Règlement le plus favorable qui prévoit une dispense de toutes les exigences sauf celles relatives à la santé et à la sécurité au moment de présenter des demandes du droit d'établissement, mais ils doivent comparaître devant la section du statut pour l'examen de leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention bien qu'il n'y ait pas encore eu d'audience pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. De plus, ils prétendent que la charge de la preuve pour établir que leurs revendications ont un minimum de fondement est beaucoup moins astreignante que celle qui est imposée pour se faire reconnaître comme réfugié.

Le paragraphe 3(2) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* énumère les personnes qui ne peuvent pas faire partie de la catégorie désignée. Le seul alinéa qui pourrait éventuellement s'appliquer aux demandeurs est l'alinéa g), qui est libellé ainsi:

h 3. ...

(2) Les personnes suivantes ne peuvent faire partie de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié:

i g) celles à qui la section du statut refuse le statut de réfugié au sens de la Convention. [Soulignement ajouté.]

L'intimé soutient que le demandeur dont la revendication ne peut pas être examinée par la section du statut conformément à l'article 41 des Dispositions transitoires n'a pas droit à une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut conformément à l'article 43 pour

section 43, and, therefore, cannot satisfy the third criteria at subparagraph 3(1)(c)(ii) of the Regulations.

This is the result that the applicants fear if they are forced to have their refugee determinations heard by the Refugee Division without having a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division.

It is my understanding that the relevant provisions are such that those persons who are in the designated class pursuant to subsection 3(1) of the Regulations and are not excluded pursuant to subsection 3(2), can make an application for landing pursuant to section 4 of the Regulations. However, those persons who are not in the designated class pursuant to subsection 3(1), as well as those who are in the designated class but have been excluded under subsection 3(2), cannot make an application for landing pursuant to section 4 of the Regulations. Finally, those persons who are excluded from the Regulations will have their Convention refugee claims determined pursuant to sections 41 to 47 of the Transitional Provisions as per normal under the new scheme. This means that their Convention refugee claims will be determined by the Refugee Division after an adjudicator and a member of the Refugee Division have concluded on the claim's credible basis.

The intention of Parliament seems to be that refugee claimants who arrived in Canada before January 1, 1989, would be dealt with pursuant to either:

(1) the Regulations via

- (a) the former Act (which is impossible now for the Immigration Appeal Board no longer exists), or
- (b) section 43 of the Transitional Provisions;

or

(2) the new Act, which is the Transitional Provisions, without going through the Regulations.

déterminer si sa revendication a un minimum de fondement et que, par conséquent, il ne peut pas satisfaire au troisième critère prévu au sous-alinéa 3(1)c)(ii) du Règlement.

*a* C'est l'issue que redoutent les requérants s'il faut que leurs revendications du statut de réfugié soient examinées par la section du statut sans la tenue au préalable d'une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement.

*c* Selon ma perception des choses, les dispositions pertinentes sont telles que les personnes qui font partie de la catégorie admissible conformément au paragraphe 3(1) du Règlement et n'en sont pas exclues conformément au paragraphe 3(2) peuvent présenter une demande du droit d'établissement conformément à l'article 4 du Règlement. Toutefois, les personnes qui ne font pas partie de la catégorie admissible conformément au paragraphe 3(1), ainsi que celles qui font partie de la catégorie admissible mais qui ont été exclues en vertu du paragraphe 3(2), ne peuvent pas présenter une demande du droit d'établissement conformément à l'article 4 du Règlement. Enfin, quant aux personnes qui sont exclues de l'application du Règlement, leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention seront examinées conformément aux articles 41 à 47 des Dispositions transitoires comme d'habitude sous le nouveau régime. Cela signifie que leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention seront examinées par la section du statut après qu'un arbitre et un membre de la section du statut auront conclu que la revendication a un minimum de fondement.

*h* Le Parlement semble avoir voulu que les revendications du statut de réfugié présentées par des personnes qui sont arrivées au Canada avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989 soient traitées conformément:

(1) au Règlement en ayant recours

- i* a) à l'ancienne Loi (ce qui n'est plus possible maintenant car la Commission d'appel de l'immigration n'existe plus) ou
- b) à l'article 43 des Dispositions transitoires;

ou

*j* (2) à la nouvelle Loi, que constituent les Dispositions transitoires, sans avoir recours au Règlement.

In any event, claimants have a right to a credible basis hearing either way. In this case, the respondent appears to be claiming that the applicants do not come under the Regulations, and that they have a right to only part of the new scheme, that is, to have their claims determined by the Refugee Division without a prior credible basis hearing.

With all due respect to the respondent, I disagree. It does not appear that the intention of Parliament was to take away the opportunity to have a credible basis hearing from those claimants who had not had their claims "dealt with" by the former Board. The applicants are therefore eligible for a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division such that they will be given the opportunity to fulfil the third criteria of subsection 3(1) of the Regulations.

#### Certiorari and the Director's "decision"

The applicants claim that the Director's decision to hold a refugee determination hearing without a prior credible basis hearing is preventing them from fulfilling the third criteria of subsection 3(1) of the Regulations which requires that they have been determined to have a credible basis for their claims to be Convention refugees pursuant to subsection 46.01(6) or (7) of the *Immigration Act*, or subsection 43(1) of the Transitional Provisions.

However, the respondent submits that a writ of *certiorari* cannot issue for the following reasons.

First, the respondent submits that the Director's letter does not constitute a decision regarding the application of the Regulations and that it is not a decision of a "federal board, commission or other tribunal" pursuant to section 2 of the *Federal Court Act* which reads as follows:

2. In this Act,

En tout cas, les demandeurs ont droit à une audience, selon l'une ou l'autre façon, pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. En l'espèce, l'intimé semble prétendre que les requérants ne sont pas visés par le Règlement et qu'ils ont droit à une partie seulement du nouveau régime, c'est-à-dire qu'ils ont droit à ce que leurs revendications soient examinées par la section du statut sans audience préalable pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement.

Sauf le respect que je dois à l'intimé, je ne suis pas d'accord. Il ne semble pas que le Parlement ait voulu enlever la possibilité d'obtenir une audience pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement aux demandeurs dont les revendications n'avaient pas été «tranchées» par l'ancienne Commission. Les requérants sont donc admissibles à une telle audience devant un arbitre et un membre de la section du statut, de sorte qu'ils auront la possibilité de satisfaire au troisième critère prévu au paragraphe 3(1) du Règlement.

#### <sup>e</sup> Le bref de *certiorari* et la «décision» rendue par le directeur

Les requérants prétendent que la décision du directeur de tenir une audience en vue de l'examen du statut de réfugié sans une audience préalable pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement les empêche de satisfaire au troisième critère prévu au paragraphe 3(1) du Règlement, qui exige qu'il ait été déterminé que leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention avaient un minimum de fondement conformément aux paragraphes 46.01(6) ou (7) de la *Loi sur l'immigration* ou au paragraphe 43(1) des Dispositions transitoires.

Toutefois, l'intimé soutient qu'on ne peut pas délivrer un bref de *certiorari* pour les raisons suivantes.

Premièrement, l'intimé allègue que la lettre du directeur ne constitue pas une décision concernant l'application du Règlement et qu'elle ne constitue pas non plus une décision d'un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui est libellé ainsi:

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

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

The respondent cites the decision of Sweet D.J. in *Russo v. Minister of Manpower & Immigration*<sup>4</sup> for the clear statement that “federal board, commission or other tribunal”, as defined by section 2 of the *Federal Court Act* refers to persons to whom Parliament has conferred jurisdiction or powers to make decisions. The simple reply to a letter does not result in the exercise of “jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament”.

It appears that the applicants’ files were sent directly from the former Board, the Immigration Appeal Board, to the new Board, the Immigration and Refugee Board, without any transit through the Backlog Administration.

The applicants claim that counsel’s letter of July 4, 1990, was not requesting that the Director review a decision which he or some other authority had made, but was rather a request to the competent authority to hold a credible basis hearing pursuant to section 42 of the Transitional Provisions. Therefore, they submit that the Director’s response of July 11, 1990, was the first indication by a person with the power to decide, that immigration officials were refusing to hold a credible basis hearing. Therefore, the applicants claim that, in view of the decision in *Fee et al. v. Bradshaw et al.*<sup>5</sup> where the Court held that section 18 of the *Federal Court Act* is applicable to an administrative decision or the exercise of a discretionary power, the issue is whether the Director’s letter

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, à l’exclusion d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L’intimé cite la décision rendue par le juge suppléant Sweet dans l’affaire *Russo c. Le ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*<sup>4</sup>, où il est mentionné clairement qu’un «office fédéral», tel que défini par l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, renvoie aux personnes auxquelles le Parlement a conféré la compétence ou les pouvoirs voulus pour rendre des décisions. La simple réponse à une lettre n’entraîne pas l’exercice d’une «compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale».

Il semble que les dossiers des requérants ont été envoyés directement de l’ancienne Commission, c’est-à-dire la Commission d’appel de l’immigration, à la nouvelle Commission, c’est-à-dire la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, sans passer par la section d’examen des cas de l’arriéré.

Les requérants prétendent que, dans sa lettre en date du 4 juillet 1990, leur avocat ne demandait pas que le directeur examine une décision rendue par lui-même ou une autre autorité, mais qu’il demandait plutôt que l’autorité compétente tiennne une audience conformément à l’article 42 des Dispositions transitoires pour déterminer si leurs revendications avaient un minimum de fondement. Ils soutiennent donc que la réponse du directeur en date du 11 juillet 1990 constituait une première indication fournie par une personne investie du pouvoir de rendre une décision que des agents principaux de l’Immigration refusaient de tenir une audience pour déterminer si leurs revendications avaient un minimum de fondement. Par conséquent, ils font valoir que, en raison de l’arrêt *Fee et autre c. Bradshaw et autres*<sup>5</sup> dans lequel la Cour suprême a jugé que l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* s’applique à une décision administrative ou à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, la question est de savoir si la lettre du

<sup>4</sup> [1977] 1 F.C. 325 (T.D.), at p. 329.

<sup>5</sup> [1982] 1 S.C.R. 609, at p. 616.

<sup>4</sup> [1977] 1 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 329.

<sup>5</sup> [1982] 1 R.C.S. 609, à la p. 616.

constitutes an administrative decision or the exercise of a discretionary power.

In view of this situation, the applicants claim that the personal information forms, "P.I.F.", sent to them by the Immigration and Refugee Board must have been sent by mistake, for subsection 46(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the *Immigration Act* and subsection 18(1) of the *Convention Refugee Determination Division Rules* [SOR/89-103] both state that the P.I.F. must be given to the adjudicator when a claim is made during an inquiry or a credible basis hearing. Hearings and inquiries are held following directives or notices from immigration officials addressed to an adjudicator (see sections 23(4)(a), 27(4), 28, 44(3) of the Act and subsection 42(1) of the Transitional Provisions).

In reply, the respondent once again submits that subsection 48(3) of the Transitional Provisions has the effect of doing away with the requirement of the finding of a credible basis of one's claim before one's claim is heard by the Refugee Division. Accordingly, subsection 18(1) of the *Convention Refugee Determination Division Rules* does not apply for the applicants are not to have a credible basis hearing before an adjudicator and a member of the Refugee Division. The letter in question was with respect to a Convention refugee hearing before the Refugee Division, such that subsections 46(2) and 18(1), which only apply with respect to credible basis hearings before an adjudicator and a member of the Refugee Division, do not apply to this situation.

In the alternative, the respondent submits that the Director's letter was not in the nature of a decision for the applicants had been previously informed that their files were pending before the Immigration and Refugee Board by the Deputy Registrar in June of 1990, who the applicants claim surely did not have the jurisdiction or power to make such a decision.

directeur constitue une décision administrative ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Vu la situation, les requérants prétendent que les formulaires de renseignements personnels («F.R.P.») que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié leur a envoyés ont dû leur être expédiés par erreur, car le paragraphe 46(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14] de la *Loi sur l'immigration* et le paragraphe 18(1) des *Règles de la section du statut de réfugié* [DORS/89-103] mentionnent tous deux que les F.R.P. doivent être remis à l'arbitre quand une revendication est présentée durant une enquête ou une audience pour déterminer si la revendication a un minimum de fondement. Les audiences et les enquêtes sont tenues à la suite de directives ou d'avis émanant d'agents principaux de l'Immigration et adressés à un arbitre (voir l'alinéa 23(4)a), les paragraphes 27(4) et 44(3) et l'article 28 de la Loi ainsi que le paragraphe 42(1) des Dispositions transitoires).

En réponse, l'intimé soutient encore une fois que le paragraphe 48(3) des Dispositions transitoires a pour effet de supprimer l'obligation de conclure au minimum de fondement de la revendication d'une personne avant que la revendication de cette personne ne soit entendue par la section du statut. Par conséquent, le paragraphe 18(1) des *Règles de la section du statut de réfugié* ne s'applique pas, car les requérants ne vont pas avoir d'audience devant un arbitre et un membre de la section du statut pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. La lettre en question concernait une audience relative au statut de réfugié au sens de la Convention devant la section du statut, de sorte que les paragraphes 46(2) et 18(1), qui ne s'appliquent qu'aux audiences devant un arbitre et un membre de la section du statut pour déterminer si les revendications ont un minimum de fondement, ne s'appliquent pas à la présente situation.

Subsidiairement, l'intimé allègue que la lettre du directeur n'équivalait pas à une décision, car les requérants avaient été informés antérieurement que leurs dossiers étaient en instance devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par une lettre du greffier adjoint en juin 1990, personne qui, selon les requérants, n'avait certainement pas la compétence ou le pouvoir de rendre une telle décision.

In my opinion, it is as a result of the decision of the Director that the applicants have been denied a credible basis hearing. Subsection 48(3) of the Transitional Provisions does not do away with the requirement of having a credible basis to one's claim before having one's claim determined by the Refugee Division.

### LEGITIMATE EXPECTATION

The applicants claim that they had a legitimate expectation that their claims would be dealt with pursuant to the *Regulations* for the following reasons:

(i) the Minister's "promise" dated December 28, 1988, to deal with the "processing of refugee claims not completed by January 1, 1989" and that "All claims will be determined by an adjudicator and a member of the newly created Immigration and Refugee Board";

(ii) they are not expressly excluded from the Regulations pursuant to the provisions of paragraphs 3(2)(a) to (g);

(iii) they fulfil the inclusion requirements of paragraph 3(1)(a) and subparagraph 3(1)(b)(ii) of the Regulations; and

(iv) it is the respondent's "illegal" act which is preventing them from fulfilling the third requirement for inclusion, that is, paragraph 3(1)(c).

The doctrine of legitimate expectation was well stated in *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*:<sup>6</sup>

... when a public authority has promised to follow a certain procedure, it is in the interest of good administration that it should act fairly and should implement its promise, so long as implementation does not interfere with its statutory duty.

Two questions are left to be answered:

1. Whether the Minister's December 28, 1988, declaration or "promise" and the subsequent publications and Regulations create a "legitimate or reasonable expectation"; and

<sup>6</sup> [1983] 2 A.C. 629 (P.C.), at p. 638.

À mon avis, il résulte de la décision du directeur que les requérants ont été privés d'une audience pour déterminer si leurs revendications ont un minimum de fondement. Le paragraphe 48(3) des Dispositions transitoires ne supprime pas l'obligation de déterminer si la revendication d'une personne a un minimum de fondement, avant que cette revendication ne soit examinée par la section du statut.

### ESPOIR LÉGITIME

Les requérants font valoir qu'ils avaient l'espoir légitime que leurs revendications seraient traitées conformément au Règlement pour les raisons suivantes:

(i) la «promesse» faite par le ministre le 28 décembre 1988 de s'occuper du [TRADUCTION] «traitement des revendications du statut de réfugié non réglées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989» et selon laquelle [TRADUCTION] «Toutes les revendications seront examinées par un arbitre et un membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié nouvellement créée»;

(ii) ils ne sont pas expressément exclus de l'application du Règlement conformément aux alinéas 3(2)a) à g);

(iii) ils satisfont aux exigences d'admissibilité prévues à l'alinéa 3(1)a) et au sous-alinéa 3(1)b)(ii) du Règlement; et

(iv) c'est l'acte «illicite» de l'intimé qui les empêche de satisfaire à la troisième exigence d'admissibilité, c'est-à-dire à l'alinéa 3(1)c).

La doctrine de l'espoir légitime a été bien exposée dans l'arrêt *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*:<sup>6</sup>

[TRADUCTION] ... quand une autorité publique a promis de suivre une certaine procédure, il est dans l'intérêt d'une saine administration qu'elle agisse équitablement et donne suite à sa promesse, aussi longtemps que cela ne vient pas en contradiction avec l'obligation que lui impose la loi.

Il reste deux questions à trancher:

1. Celle de savoir si la déclaration ou «promesse» faite par le ministre le 28 décembre 1988 et les publications et le Règlement ultérieurs créent un [TRADUCTION] «espoir légitime ou raisonnable»; et

<sup>6</sup> [1983] 2 A.C. 629 (P.C.), à la p. 638.

2. Whether the applicants must establish that enabling legislation allows the Minister to fulfil this expectation (respondent's position) or, whether the respondent must rather establish a statutory bar preventing the Minister from complying (applicants' position).

In response to the first question, the information document on backlog procedures released on March 31, 1989, sets out four groups. The applicants could only come under the second group which aims at those persons who entered Canada between May 1986 and February 1987. However, it also stipulates that such persons hold a minister's permit, which the applicants do not. The respondent, therefore, submits that it is clear that the applicants do not come within the 85,000 claimants who were to be dealt with under the backlog procedures and that there is no basis for a legitimate expectation.

However, the ministerial declaration of December 28, 1988, states that the Minister's plan was to process "refugee claims not completed by January 1, 1989". The applicants claim that according to this declaration they had a legitimate expectation that their claims would be dealt with under the backlog procedures.

In *Zeybekoglu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>7</sup> my brother Joyal J. recently dealt with the question of legitimate expectation in very similar but distinguishable circumstances. In that case, he found that there was no legitimate expectation on the part of the applicants for their claims had already been dealt with by the Immigration Appeal Board who had denied their applications for redetermination. Therefore, they were no longer part of the backlog and could not reasonably expect to be dealt with under the system set up to deal specifically with the backlog.

However, in the case at bar, the applicants' claims have not been "dealt with" for the Immigration Appeal Board has not denied their applications for redetermination. It was therefore reason-

<sup>7</sup> (8 May 1991), T-2894-90 (F.C.T.D.), not yet reported.

2. Celle de savoir si les requérants doivent prouver que la loi habilitante permet au ministre de satisfaire à cette attente (la thèse de l'intimé) ou si l'intimé doit plutôt prouver que la loi prévoit une fin de non-recevoir qui empêche le ministre d'y satisfaire (la thèse des requérants).

En réponse à la première question, le document d'information sur les procédures relatives à l'arriéré des revendications émis le 31 mars 1989 prévoit quatre catégories. Les requérants ne pourraient entrer que dans la deuxième catégorie qui vise les personnes qui sont entrées au Canada entre mai 1986 et février 1987. Toutefois, il mentionne également que ces personnes sont titulaires d'un permis du ministre, permis dont les requérants ne sont pas titulaires. L'intimé soutient donc qu'il est manifeste que les requérants n'entrent pas dans la catégorie des 85 000 demandeurs dont les revendications devaient être entendues selon la procédure d'élimination de l'arriéré et que rien ne justifie un espoir légitime.

Cependant, la déclaration du ministre en date du 28 décembre 1988 mentionne que celui-ci projetait de s'occuper des «revendications du statut de réfugié non réglées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989». Les requérants prétendent que, suivant cette déclaration, ils avaient l'espoir légitime que leurs revendications seraient traitées selon la procédure d'élimination de l'arriéré.

Dans l'affaire *Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>7</sup>, mon collègue le juge Joyal a traité récemment de la question de l'espoir légitime dans des circonstances très semblables mais avec lesquelles il faut faire une distinction. Dans cette affaire-là, il a statué qu'il n'y avait pas d'espoir légitime pour les requérants, car leurs revendications avaient déjà été tranchées par la Commission d'appel de l'immigration qui avait refusé de réexaminer leurs demandes. Par conséquent, elles ne faisaient plus partie de l'arriéré et on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient traitées selon le système prévu pour s'occuper de l'arriéré.

Toutefois, en l'espèce, les revendications des requérants n'ont pas été «traitées», car la Commission d'appel de l'immigration n'a pas refusé de réexaminer leurs demandes. Il était donc raisonna-

<sup>7</sup> (8 mai 1991), T-2894-90 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), encore inédite.

able for the applicants to expect that their claims would be dealt with under the backlog system for they were still part of the backlog.

In response to the second question, in *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>8</sup> the Court of Appeal found that:

The Minister has promised to give consideration to the respondent's claim for refugee status. While such consideration is not specifically provided for in the statute, there is nothing to prohibit it and the Minister has, in fact, considered other claims for refugee status by persons for whom the statutory procedure was not available. For the Minister to consider the respondent's claim would not conflict with his statutory duty.

The respondent, however, submits that in *Bendahmane* the Court also found that the claimant had not fulfilled the necessary requirements to fall under the particular scheme, and so the decision refusing him access to and the advantages of the scheme was the only one to be made.

The applicants submit that not only did the Court of Appeal in *Bendahmane* not look for a statutory enablement before ordering compliance with the undertaking, but it went so far as to state that the legislative scheme did not allow for proper compliance, and ordered compliance outside that scheme. In other words, the question was not whether the law enabled the Minister to fulfil the expectation, but whether there was a statutory bar preventing the Minister from complying with the expectation.

The respondent has not pleaded a statutory bar to the compliance, but has concentrated on the establishment of the absence of a statutory enablement.

The applicants, therefore, submit that there is no statutory bar to their having a credible basis hearing before having their Convention refugee claims determined by the Refugee Division, for claimants must normally be eligible to have a credible basis hearing before having their claims

ble que les requérants s'attendent à ce que leurs revendications soient examinées en vertu du système d'élimination de l'arriéré puisqu'elles faisaient encore partie de l'arriéré.

<sup>a</sup> En réponse à la deuxième question, la Cour d'appel a jugé, dans l'arrêt *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>8</sup>, que:

<sup>b</sup> Le ministre a promis d'examiner la revendication du statut de réfugié de l'intimé. Certes, la loi ne prévoit pas expressément cet examen; mais rien ne l'interdit, et le ministre a, en fait, examiné d'autres revendications du statut de réfugié faites par des personnes qui ne pouvaient se prévaloir de la procédure légale. L'examen par le ministre de la revendication de l'intimé ne serait pas incompatible avec ses fonctions légales.

<sup>c</sup> L'intimé soutient cependant que, dans l'arrêt *Bendahmane*, la Cour a également jugé que le requérant n'avait pas satisfait aux conditions requises pour être visé par le régime particulier et qu'ainsi la décision qui lui refusait l'accès au régime et à ses avantages était la seule décision qui pouvait être rendue.

<sup>e</sup> Les requérants font valoir que non seulement la Cour d'appel dans l'affaire *Bendahmane* n'a pas cherché de disposition législative habilitante avant d'ordonner de respecter l'engagement, mais elle alla même jusqu'à déclarer que le régime législatif ne permettait pas de le bien respecter et a ordonné que l'engagement soit respecté en dehors de ce régime. En d'autres termes, la question n'était pas de savoir si la loi habilitait le ministre à combler cet espoir, mais si la loi prévoyait une fin de non-recevoir qui empêchait le ministre de combler cet espoir.

<sup>g</sup> L'intimé n'a pas invoqué l'existence d'une fin de non-recevoir prévue par la loi quant au respect de l'engagement, mais il a mis l'accent sur la preuve de l'absence de disposition législative habilitante.

<sup>h</sup> Les requérants allèguent donc qu'il n'y a aucune fin de non-recevoir prévue par la loi qui empêche la tenue d'une audience de détermination du minimum de fondement avant que leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention ne soient examinées par la section du statut, puisque les demandeurs doivent normalement être admissibles à une audience de détermination du minimum de fondement avant que leurs revendications ne soient examinées par la section du statut. Cela va

<sup>8</sup> [1989] 3 F.C. 16 (C.A.), at p. 32.

<sup>8</sup> [1989] 3 C.F. 16 (C.A.), à la p. 32.



determined by the Refugee Division. This is in line with my finding above.

The application for the issuance of a writ of *certiorari* to quash the decision rendered by Louis Grenier on July 11, 1990 which denied the applicants the right to have their cases processed under the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* is hereby granted. The respondent is ordered to hold a hearing to determine if the applicants' refugee claim has a credible basis and, if so, to thereafter process the applicants' claim under the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*.

The mis-en-cause is enjoined from holding a hearing into the applicants' refugee claim until the above *mandamus* order has been complied with. Costs in favour of the applicants.

dans le sens de la conclusion que j'ai tirée précédemment.

La demande en vue de la délivrance d'un bref de *certiorari* afin d'annuler la décision par laquelle Louis Grenier a, le 11 juillet 1990, refusé que le cas des requérants soit examiné conformément au *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* est accueillie par ces présentes. Il est ordonné à l'intimé de tenir une audience afin de déterminer si la revendication du statut de réfugié présentée par les requérants a un minimum de fondement et, si oui, d'examiner ensuite leur revendication conformément au *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*.

Il est interdit à la mise en cause de tenir une audience relative à la revendication du statut de réfugié présentée par les requérants avant qu'il n'ait été satisfait à l'ordonnance de *mandamus* précitée. Le tout avec dépens en faveur des requérants.

A-290-89

A-290-89

**Her Majesty the Queen (Appellant)**

v.

**Elizabeth C. Symes (Respondent)**

INDEXED AS: SYMES v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, MacGuigan and Décary JJ.A.—Toronto, May 7 and 8; Ottawa, June 19, 1991.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from trial judgment vacating reassessment disallowing self-employed mother's deduction of nanny's salary as business expense under Income Tax Act, s. 18(1)(a), while allowing deduction as child care expense under s. 63 — Child care expenses parental expense (s. 63), not business expense (s. 18(1)(a)) — S. 63 code covering self-employed and salaried parents — Accepting respondent's argument would favour self-employed professional over salaried taxpayers.*

*Construction of statutes — Income Tax Act, s. 18(1)(a) — Trial Judge vacating reassessment disallowing self-employed mother's deduction of nanny's salary as business expense under s. 18(1)(a), allowing relatively modest deduction as child care expense under s. 63 — Meaning of "for the purpose of" in s. 18(1)(a) — Judicial interpretation sensitive to changing circumstances (women's entry into economy) — Context in which business expense developed considered, but Parliament having amended Act to provide for respondent's situation by adopting s. 63 — Legislation not to be minutely examined, given extreme interpretation to implicate Charter — Court not to substitute own view for Parliament's political, social and economic choice.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from trial judgment vacating reassessment disallowing self-employed mother's deduction of nanny's salary as business expense under Income Tax Act, s. 18(1)(a) — Arguing economic and social inequality as cost of child care barrier to women's entry into workplace — Charter not to be implicated by extreme statutory construction — Charter not imposing obligation on legislatures to redress social or economic inequalities — Trial judgment creating discrimination between self-employed professional and salaried taxpayers — S. 63, favouring all women, not infringing right to equality.*

**Sa Majesté la Reine (appelante)**

c.

a

**Elizabeth C. Symes (intimée)**

RÉPERTORIÉ: SYMES c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Pratte, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Toronto, 7 et 8 mai; Ottawa, 19 juin 1991.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision de première instance annulant une nouvelle cotisation par laquelle on a refusé la déduction réclamée, à titre de dépense d'entreprise au sens de l'art. 18(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu, par une mère travaillant à son propre compte, relativement au salaire versé à la bonne d'enfants, et par laquelle on a admis la déduction prévue à l'art. 63 relativement aux frais de garde d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont des dépenses de parents (art. 63) et non des dépenses d'entreprise (art. 18(1)a) — L'art. 63 est un code qui vise les parents travaillant à leur propre compte et les parents salariés — Retenir les prétentions de l'intimée favoriserait davantage les contribuables professionnels travaillant à leur propre compte que les contribuables salariés.*

*Interprétation des lois — Loi de l'impôt sur le revenu, art. 18(1)a — Le juge de première instance a annulé une nouvelle cotisation refusant la déduction réclamée, à titre de dépense d'entreprise au sens de l'art. 18(1)a, par une mère qui travaille à son propre compte, relativement au salaire versé à la bonne d'enfants et admettant une déduction plutôt modeste prévue à l'art. 63 relativement aux frais de garde d'enfants — Sens de l'expression «en vue de» prévue à l'art. 18(1)a — Interprétation judiciaire perméable aux changements de circonstances (venue des femmes dans le monde de l'économie) — Le contexte dans lequel se sont développées les dépenses d'entreprise a été étudié, mais le Parlement, en adoptant l'art. 63, a modifié la Loi afin de prévoir la situation de l'intimée — Un texte législatif ne doit pas être scruté à la loupe pour vérifier si, par une interprétation extrême, la Charte serait mise en jeu — La Cour ne peut substituer sa propre opinion au choix politique, social et économique fait par le Parlement.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel d'une décision de première instance annulant une nouvelle cotisation par laquelle on a refusé la déduction réclamée, à titre de dépense d'entreprise au sens de l'art. 18(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu, par une mère travaillant à son propre compte, relativement au salaire versé à la bonne d'enfants — Allégation d'inégalité économique et sociale parce que les frais de garde d'enfants constituent un obstacle à la venue des femmes sur le marché du travail — La Charte ne doit pas être mise en jeu par une interprétation législative extrême — La Charte n'impose pas aux législatures l'obligation de corriger les inégalités sociales ou économiques — Le jugement de première instance crée une discrimination j entre les contribuables professionnels travaillant à leur propre compte et les contribuables salariés — L'art. 63 favorise toutes les femmes et ne viole pas le droit à l'égalité.*

This was an appeal from the trial judgment vacating notices of reassessment disallowing deductions of a nanny's salary as a business expense under *Income Tax Act*, paragraph 18(1)(a), but substituting the relatively modest deductions for "child care expenses" permitted by section 63. Taxpayer was a married woman, self-employed in the practice of labour law. *Income Tax Act*, paragraph 18(1)(a) allows deductions for expenses made for the purpose of gaining or producing income; paragraph 18(1)(h) precludes deduction of personal or living expenses; and section 63 allows a specified deduction per child for child care expenses. The respondent argued that child care expenses were incurred "for the purpose of gaining income . . . from the business" and were not personal or living expenses. While the respondent invited the Court to interpret "for the purpose of" in paragraph 18(1)(a) so as to take into account contemporary reality in the business world, specifically the problems of child care faced by women in business, the appellant suggested a new concept: expenses incurred within the "revenue-producing circle" are deductible, but those incurred simply to approach the circle are not. The appellant relied on *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)* in support of the argument that "for the purpose of" in paragraph 18(1)(a) means "in the process of earning" and that deductible expenses should be incurred "in the ordinary course of business". The appellant also argued that section 63 was enacted to deal with the question of child care expenses and precluded their deduction under paragraph 18(1)(a). Finally, respondent argued that if a statute fails to redress a social or economic inequality, the courts should interpret it so as to redress the inequality since to interpret it otherwise would be contrary to the Charter in its application, if not in its actual wording. The Trial Judge held that paragraph 18(1)(a) should be interpreted in view of the social and economic realities of the times and that he was not bound by cases decided in the 1950's and 1960's based on the reasoning of an 1891 decision. He added that to ignore that women bear the major responsibility for child rearing and that the costs of child care are a major barrier to women's participation in the economy would violate Charter, section 15.

*Held*, the appeal should be allowed.

Child care expenses are not a business expense within paragraph 18(1)(a), but a parental expense within section 63. While *Mattabi Mines* lent support to the appellant's argument, it did not preclude the respondent's contentions. Judicial interpretation had to be flexible and sensitive so that it could adapt to changing circumstances. The concept of business expense had developed exclusively in relation to the commercial needs of business, without regard to the particular needs of those in charge. It was difficult to see how a change in the needs of these persons could justify modifying an interpretation which had nothing to do with their needs. In any event, section 63 had been enacted to provide for the specific situation in which taxpayer found herself. Section 63 is a complete and independ-

Il s'agit d'un appel de la décision rendue en première instance annulant des avis de nouvelle cotisation par lesquels on a refusé la déduction réclamée à titre de dépense d'entreprise au sens de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement au salaire versé à une bonne d'enfants, et où on a substitué à ces déductions celles relativement modestes autorisées par l'article 63 eu égard aux «frais de garde d'enfants». La contribuable est mariée, travaille pour son propre compte comme avocate en droit du travail. L'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet la déduction des dépenses faites en vue de tirer un revenu; l'alinéa 18(1)h) interdit la déduction des frais personnels ou de subsistance; et l'article 63 permet une déduction précise par enfant pour les frais de garde d'enfants. L'intimée a prétendu que les frais de garde d'enfants étaient encourus «en vue de tirer un revenu . . . d'une entreprise» et n'étaient pas des frais personnels ou de subsistance. Pendant que l'intimée invitait la Cour à donner une interprétation de l'expression «en vue de» que l'on retrouve à l'alinéa 18(1)a) qui tient compte des réalités contemporaines du milieu des affaires et particulièrement des problèmes précis auxquels font face les femmes d'affaires en matière de garde d'enfant, l'appelante suggérait un nouveau concept: les dépenses faites à l'intérieur du «cercle de la production du revenu» seraient déductibles, mais celles engagées simplement pour se rapprocher du cercle ne le seraient pas. L'appelante se fondait sur l'arrêt *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)* pour appuyer la thèse selon laquelle l'expression «en vue de» que l'on retrouve à l'alinéa 18(1)a) doit être interprétée comme signifiant «pendant le processus de gain», et les dépenses déductibles doivent être engagées «dans le cours ordinaire des affaires». L'appelante a également soumis que l'article 63 avait été adopté afin de traiter de la question des frais de garde d'enfants et empêchait leur déduction en vertu de l'alinéa 18(1)a). Enfin, l'intimée a prétendu que si une inégalité sociale ou économique n'est pas corrigée par une loi, les tribunaux devraient interpréter cette loi de manière à corriger l'inégalité puisqu'une interprétation différente de la loi serait, dans son application sinon dans son texte, contraire à la Charte. Le juge de première instance s'est dit d'avis d'interpréter l'alinéa 18(1)a) en tenant compte des réalités sociales et économiques de l'époque et qu'il n'était pas lié par des décisions rendues dans les années 1950 et 1960 sur la base du raisonnement adopté dans une décision rendue en 1891. Il a ajouté que ne pas tenir compte du fait que les femmes sont principalement responsables du soin des enfants et que les frais de garde d'enfants constituent un obstacle principal à la participation des femmes dans l'économie violerait l'article 15 de la Charte.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

Les frais de garde d'enfants ne sont pas des dépenses d'entreprise au sens de l'alinéa 18(1)a), mais des dépenses de parent en vertu de l'article 63. Bien que l'arrêt *Mattabi Mines* accrédite la thèse de l'appelante, il ne constitue pas une fin de non-recevoir à l'égard des prétentions de l'intimée. L'interprétation jurisprudentielle doit être assez souple et perméable pour s'adapter aux changements de circonstances. Le concept de dépense d'entreprise s'est développé exclusivement en fonction des besoins d'affaires de l'entreprise, en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent cette entreprise. Il est difficile de voir en quoi un changement dans les besoins de ces personnes justifierait qu'on modifiât une interprétation qui n'a rien à voir avec ces besoins. Quoi qu'il en soit, l'article

ent code, covering both self-employed and salaried mothers. It was a "liberalization" of the law which permitted a deduction by all parents, regardless of the nature of their work, income or sex.

Legislation was not to be minutely examined to determine whether, by an extreme interpretation, it might be possible to implicate the Charter. The rights which section 15 guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function is to define, distinguish and make categories, would be *prima facie* in breach of section 15 and require justification under section 1. The broader the reach given to section 15, the more likely it will be deprived of any real content.

The Charter imposes on legislatures no obligation to redress all social or economic inequalities. The respondent's proposition would mean that, through the right to equality recognized by section 15, the Charter guarantees individuals every right, whether or not included in those expressly defined in the Charter. For example, though the right to work and the right to be in a position to work are not guaranteed by the Charter, an individual could invoke section 15 to require legislatures to adopt measures enabling him to work and be in a position to work. That is not the effect of section 15. To give effect to taxpayer's argument would accord privileged treatment to mothers in her position and create discrimination between professional and salaried taxpayers. By adopting section 63, Parliament made a political, social and economic choice. A provision which favours all women cannot directly or indirectly infringe the right of women to equality. Even if there were discrimination, in light of the ample evidence of justification, the Court should not substitute its choice for that of Parliament.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.
- Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ii),(iii).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 215, 218.
- Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9, 18(1)(a),(h), 63 (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 21; 1984, c. 1, s. 25; c. 45, s. 22; 1988, c. 55, s. 39).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255;

63 a été adopté afin de répondre à la situation précise dans laquelle la contribuable s'est trouvée. L'article 63 est un code en soi, complet et autonome, qui vise à la fois les mères travaillant à leur propre compte et les mères salariées. Une «libéralisation» de la loi a permis une déduction qui s'applique à tous les parents, quelle que soit la nature de leur travail, quel que soit leur revenu ou leur sexe.

Un texte législatif ne doit pas être scruté à la loupe pour vérifier si, par une interprétation extrême, il ne serait pas possible d'amener la Charte en jeu. Les droits que l'article 15 garantit ne sont pas fondés sur le concept d'égalité numérique stricte entre tous les être humains. Si c'était le cas, presque tous les textes législatifs, dont la fonction est de définir, de distinguer et d'établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l'article 15 et devraient être justifiés aux termes de l'article premier. Plus grande sera la portée de l'article 15, plus il sera susceptible d'être privé de tout contenu réel.

La Charte n'impose pas aux législatures l'obligation de corriger toutes les inégalités sociales ou économiques. La proposition de l'intimée signifierait que, par le biais du droit à l'égalité reconnu à l'article 15, la Charte garantirait aux citoyens tous les droits, qu'ils soient ou non de ceux définis expressément dans la Charte. Par exemple, même si le droit au travail et le droit d'être en mesure de travailler ne sont pas reconnus par la Charte, un individu pourrait, sous le couvert de l'article 15, exiger des législatures qu'elles adoptent les mesures nécessaires pour lui permettre de travailler et d'être en mesure de travailler. Tel n'est pas l'effet de l'article 15. Accepter la prétention de la contribuable accorderait un traitement privilégié aux mères dans sa situation et créerait une discrimination entre les contribuables professionnels et les contribuables salariés. Le Parlement, en adoptant l'article 63, a fait un choix politique, social et économique. Une disposition qui favorise toutes les femmes ne peut porter directement ou indirectement atteinte au droit des femmes à l'égalité. Et s'il y avait discrimination, compte tenu de la preuve abondante de justification qui nous a été soumise, il n'appartient pas à cette Cour de substituer son choix à celui qu'a fait le Parlement.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 215, 218.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9, 18(1)a) (mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 126), h), 63 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 4, art. 21; 1984, chap. 1, art. 25; chap. 45, art. 22; 1988, chap. 55, art. 39).
- Loi sur le bien-être de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 66, art. 19(1)b)(ii),(iii).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.C.R. 193; 91

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; (1986), 34 D.L.R. (4th) 584; 11 C.I.P.R. 181; 12 C.P.R. (3d) 385; 27 C.R.R. 286; 78 N.R. 30 (C.A.); *Ontario Public Service Employees Union et al. v. National Citizens Coalition Inc. et al.* (1987), 60 O.R. (2d) 26; 39 D.L.R. (4th) 449; [1987] 2 C.T.C. 59; 87 DTC 5270 (H.C.); affd (1990), 74 O.R. (2d) 260; 90 DTC 6326; 38 O.A.C. 70 (C.A.); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 CLLC 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161.

## REVERSED:

*Symes v. Canada*, [1989] 3 F.C. 59; [1989] 1 C.T.C. 476; (1989), 89 DTC 5243; 25 F.T.R. 306 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 84 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.

## REFERRED TO:

*Bailey et al. v. M.N.R.* (1980), 1 C.H.R.R. 193 (C.H.R.T.); *Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6607 (F.C.A.); *Royal Trust Co., The v. Minister of National Revenue*, [1956-60] Ex.C.R. 70; (1957), 9 D.L.R. (2d) 28; [1957] C.T.C. 32; 52 DTC 1055; *The Queen v. Kurisko (S.R.)*, [1988] 2 C.T.C. 254; (1988), 88 DTC 6434; 19 F.T.R. 182 (F.C.T.D.); affd [1990] 2 C.T.C. 136; (1990), 90 DTC 6376; 36 F.T.R. 160 (note); 111 N.R. 146 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied; *Tiberio v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2545; (1990), 91 DTC 17 (T.C.C.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90, 88 N.R. 205; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *Irwin Toy*

N.R. 255; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; (1986), 34 D.L.R. (4th) 584; 11 C.I.P.R. 181; 12 C.P.R. (3d) 385; 27 C.R.R. 286; 78 N.R. 30 (C.A.); *Ontario Public Service Employees Union et al. v. National Citizens Coalition Inc. et al.* (1987), 60 O.R. (2d) 26; 39 D.L.R. (4th) 449; [1987] 2 C.T.C. 59; 87 DTC 5270 (H.C.); conf. par (1990), 74 O.R. (2d) 260; 90 DTC 6326; 38 O.A.C. 70 (C.A.); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 CLLC 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161.

## DÉCISION INFIRMÉE:

*Symes c. Canada*, [1989] 3 C.F. 59; [1989] 1 C.T.C. 476; (1989), 89 DTC 5243; 25 F.T.R. 306 (1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Schachter c. Canada*, [1990] 2 C.F. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 84 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Bailey et al. c. M.R.N.* (1980), 1 C.H.R.R. 193 (T.C.D.P.); *Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. c. La Reine* (1990), 90 DTC 6607 (C.A.F.); *Royal Trust Co., The v. Minister of National Revenue*, [1956-60] R.C. de l'É. 70; (1957), 9 D.L.R. (2d) 28; [1957] C.T.C. 32; 52 DTC 1055; *La Reine c. Kurisko (S.R.)*, [1988] 2 C.T.C. 254; (1988), 88 DTC 6434; 19 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 2 C.T.C. 136; (1990), 90 DTC 6376; 36 F.T.R. 160 (note); 111 N.R. 146 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée; *Tiberio c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2545; (1990), 91 DTC 17 (C.C.I.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90, 88 N.R. 205; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R.

*Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004.

## AUTHORS CITED

Arnold, B. J. "The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis" (1973), 12 *West Ont. L. Rev.* 1.

Canada, *House of Commons Debates*, Vol. 21, 1st Sess., 32nd Parl., 33 Eliz. II, 1983, at p. 24744.

Canada, *House of Commons Debates*, Vol. 10, 2nd Sess., 33rd Parl., 33 Eliz. II, 1988, at p. 12926.

Dickson, Alan J. "Deduct the Nanny?" (1989), 16 *N.S.L. News* No. 2, p. 17.

Hanly, Kathleen S. M. "A Break for Working Women" (1989), 37 *Cdn. Tax J.* 733.

Hershfield, Joe E. "Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income" (1989), *Can. Tax Found.* 41.

National Council on Welfare, *Child Care: A Better Alternative*, December 1988.

Ontario Ministry of Labour, *Study of Wages and Employment Conditions of Domestic and their Employers*, Toronto, May 29, 1985.

*Report of the Royal Commission on Taxation*, Ottawa: Queen's Printer, 1966 (Chair. K. M. Carter).

Status of Women Canada. *Report of the Task Force on Child Care*, Ottawa: Supply & Services Canada, 1985.

Task Force on Immigration Practices and Procedures, *Domestic Workers on Employment Authorizations*.

Woodman, Faye "A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals" (1989), 8 *Can. J. Fam. L.* 371.

## COUNSEL:

*John R. Power, Q.C.* and *Sandra E. Phillips* for appellant.

*Mary Eberts* and *Wendy M. Mathieson* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Tory, Tory, DesLauriers & Binnington*, Toronto, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DÉCARY J.A.: The appellant is challenging a judgment of Cullen J. rendered on May 11, 1989

321; 48 C.C.C. (3d) 193; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004.

## DOCTRINE

Arnold, B. J. «The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis» (1973), 12 *West Ont. L. Rev.* 1.

Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 21, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> Parl., 33 Eliz. II, 1983, à la p. 24744.

Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 10, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Parl., 33 Eliz. II, 1988, à la p. 12926.

Condition Féminine Canada. *Rapport du groupe d'étude sur la garde des enfants*, Ottawa: Approvisionnement et services, 1985.

Conseil national du bien-être social, *De meilleurs services de garde d'enfants*, décembre 1988.

Dickson, Alan J. «Deduct the Nanny?» (1989), 16 *N.S.L. News*, No. 2, p. 17.

Groupe de travail sur les pratiques et procédures d'immigration, *Employés de maison munis d'un visa d'emploi*.

Hanly, Kathleen S. M. «A Break for Working Women» (1989), 37 *Rev. fiscale can.* 733.

Hershfield, Joe E. «Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income» (1989), *Can. Tax Found.* 41.

Ontario Ministry of Labour, *Study of Wages and Employment Conditions of Domestic and their Employers*, Toronto, 29 mai 1985.

*Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1966 (Président K. M. Carter).

Woodman, Faye «A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals» (1989), 8 *Rev. Can. D. Fam.* 371.

## AVOCATS:

*John R. Power, c.r.* et *Sandra E. Phillips* pour l'appelante.

*Mary Eberts* et *Wendy M. Mathieson* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*Tory, Tory, DesLauriers & Binnington*, Toronto, pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: L'appelante s'attaque à une décision rendue le 11 mai 1989 [[1989]

[[1989] 3 F.C. 59]. At that time the Trial Judge, as requested by the respondent, vacated notices of reassessment by which the Minister of National Revenue had, first, disallowed deductions which the respondent was claiming for the salary she paid to her nanny and which she regarded as a business expense within the meaning of paragraph 18(1)(a) of the *Income Tax Act*<sup>1</sup> ("the Act"), and second, substituted for those deductions the ones authorized by section 63 of the Act for "child care expenses".

The notices of reassessment cover four taxation years. Depending on whether the respondent can avail herself of the provisions of paragraph 18(1)(a) of the Act, the amount of the eligible deductions will be \$10,075, \$11,200, \$13,173 and \$13,359 instead of \$1,000, \$2,000, \$2,000 and \$4,000 for the 1982, 1983, 1984 and 1985 taxation years respectively.

A brief review of the relevant facts is necessary.

## FACTS AND EVIDENCE

### (a) Respondent's situation

The respondent has been married since 1969. She was admitted to the Ontario Bar in 1978 and practised as a lawyer by herself in Toronto before going into a firm with two colleagues in 1980, which she did not leave until March 1988. Her practice consisted mostly of litigation, primarily in labour law. She developed relations with her clients that were such as to make it difficult for her to delegate her work to her colleagues in any way. Few days went by without her having to go to court and her practice sometimes required her to travel outside Toronto. As a general rule she left her house at 8:30 a.m. and returned at about 6:30 p.m., and would even do two to three hours' work in the evenings. She could not have practised her profession from her home, neither could she have done so on a part-time basis or intermittently.

Her husband is a salaried employee whose income for the period at issue was about the same as her own. When the couple decided to have children, it was agreed that if it became necessary

<sup>1</sup> S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.

3 C.F. 59] par l'honorable juge Cullen. Se rendant à l'invitation de l'intimée, le juge de première instance avait alors annulé des avis de nouvelle cotisation par lesquels le ministre du Revenu national avait, dans un premier temps, refusé les déductions que l'intimée réclamait relativement au salaire qu'elle avait versé à sa bonne d'enfant et qu'elle considérait comme une dépense d'entreprise au sens de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>1</sup> («la Loi») et, dans un second temps, substitué à ces déductions celles autorisées par l'article 63 de la Loi eu égard aux «frais de garde d'enfants».

Les avis de nouvelle cotisation concernent quatre années d'imposition. Selon que l'intimée peut ou non se prévaloir des dispositions de l'alinéa 18(1)a) de la Loi, le montant des déductions admissibles serait de 10 075 \$, 11 200 \$, 13 173 \$ et 13 359 \$ au lieu de 1 000 \$, 2 000 \$, 2 000 \$ et 4 000 \$, respectivement, pour les années d'imposition 1982, 1983, 1984 et 1985.

Un bref rappel des faits pertinents s'impose.

## e LES FAITS ET LA PREUVE

### a) La situation de l'intimée

L'intimée est mariée depuis 1969. Admise au Barreau de l'Ontario en 1978, elle a exercé, seule, à Toronto, la profession d'avocate, avant de former avec deux collègues, en 1980, un cabinet qu'elle ne quittera qu'en mars 1988. Sa pratique était axée sur le litige, principalement en droit du travail. Elle avait développé avec sa clientèle des relations telles qu'elles rendaient difficile toute forme de délégation de son travail à ses collègues. Il se passait peu de jours sans qu'elle ne doive se rendre à la cour et sa pratique l'amenait à voyager à l'occasion à l'extérieur de Toronto. Règle générale, elle quittait la maison à 8h30, pour n'y revenir qu'aux environs de 18h30, se ménageant encore de deux à trois heures de travail pendant la soirée. Il ne lui eût pas été possible d'exercer sa profession à partir de sa résidence, non plus qu'à temps partiel ou par intermittence.

Son époux est un employé à salaire dont les revenus, pour la période qui nous intéresse, sont à peu près les mêmes que les siens. Lorsque le couple a pris la décision d'avoir des enfants, il était

<sup>1</sup> S.C. 1970-71-72, chap. 63, telle que modifiée.

for one of them to remain at home to look after the children, it would be the respondent that would give up her job, rather than her husband.

Their first daughter was born on November 26, 1981. The respondent explored the possibility of obtaining authorized day-care services, but such services were almost non-existent for very young children, did not offer any flexibility after 6:00 p.m. without paying a considerable financial premium and were not available when a child was ill. In short, the only solution consistent with the practice of the respondent's profession was to hire the services of a nanny.

The respondent accordingly hired a Ms. Simpson. She came to the house at 8:30 a.m. and did not leave until 6:30 p.m., when one of the parents returned. She looked after the child exclusively from Monday to Friday, and did no housework, laundry or shopping except in connection with the child's needs. Ms. Simpson also looked after a second child, born on June 12, 1985.

The respondent and her husband agreed that Ms. Simpson's salary would be paid from the respondent's income rather than from her husband's or from the couple's combined income. This, the respondent said, was a "family decision" based on the fact that in practice it was the respondent who was ultimately responsible for looking after the house and caring for the children. The respondent said they were jointly responsible but most of the burden fell onto her.

The respondent deducted tax withholdings from the salary she paid Ms. Simpson as well as contributions to the pension and unemployment insurance plans, and gave her T-4 forms every year. In her own tax returns, the respondent then deducted as a business expense the salary she paid her nanny. It is worth noting at this stage that this expense was treated not as an expense of the firm but as the respondent's personal expense. This approach was suggested by accountants for the firm and applied both to the nanny's salary and,

convenu que s'il devenait nécessaire que l'un d'eux restât à la maison pour s'occuper des enfants, ce serait l'intimée, plutôt que son époux, qui quitterait son emploi.

<sup>a</sup> Une première fille est née le 26 novembre 1981. L'intimée explora la possibilité de recourir aux services autorisés de garderie, mais ces services étaient à toutes fins utiles inexistantes pour les enfants en très bas âge, n'offraient pas, sous peine de pénalité financière considérable, de flexibilité après 18 heures et n'étaient pas offerts lorsqu'un enfant était malade. Bref, la seule solution compatible avec l'exercice de la profession de l'intimée était le louage des services d'une bonne d'enfant.

L'intimée retint donc les services de madame Simpson. Celle-ci arrivait à la maison à 8h30 et n'en repartait que vers 18h30, au retour de l'un des parents. Elle s'occupait exclusivement de l'enfant du lundi au vendredi, et ne faisait ni ménage ni lessivage ni magasinage si ce n'est qu'en relation avec les besoins de l'enfant. Madame Simpson s'occupa également d'un second enfant, née le 12 juin 1985.

L'intimée et son mari avaient convenu que le salaire de madame Simpson serait payé à même les revenus de l'intimée plutôt qu'à même les revenus de son mari ou qu'à même les revenus combinés du couple. C'était là, aux dires de l'intimée, une «décision de famille» qui tenait au fait que c'était l'intimée qui assumait, en pratique, la responsabilité ultime de la tenue de la maison et de la garde des enfants. La responsabilité était conjointe, dira l'intimée, mais le gros du fardeau retombait sur ses épaules.

L'intimée déduisait du salaire qu'elle versait à madame Simpson la retenue d'impôt ainsi que les contributions relatives au régime de pensions et à l'assurance-chômage, et lui remettait tous les ans le formulaire T-4. Dans sa propre déclaration d'impôt, l'intimée déduisait alors, au titre de dépense d'entreprise, le salaire qu'elle avait versé à sa bonne d'enfant. Il est utile à ce stade de préciser que cette dépense était considérée non pas comme une dépense de la société, mais comme une dépense propre à l'intimée. Cette façon de faire avait été suggérée par les comptables de la société et valait aussi bien pour le salaire de la bonne d'enfant que, par exemple, pour les dépenses d'au-



for example, to automobile expenses incurred individually by each of the partners.

After accepting the deductions as claimed for the 1982 and 1983 taxation years, Revenue Canada changed its mind and, by notices of reassessment dated December 9, 1985 and November 7, 1986 told the respondent that she would have to be content with the deductions allowed by section 63 of the Act ("child care expenses"), that is \$1,000 for 1982 (only one child, deduction allowed \$1,000 per child), \$2,000 for each of 1983 and 1984 (one child, deduction allowed raised to \$2,000 per child), and \$4,000 for 1985 (two children, deduction allowed \$2,000 per child). In the opinion of Revenue Canada, the salary paid to the nanny was not an expense incurred by the taxpayer to earn business income (which would be deductible under paragraph 18(1)(a) of the Act), but an expense in the nature of personal or living expenses (which are not deductible under paragraph 18(1)(h)).

(b) Situation of professional women in labour market

Relying on the sworn statement and testimony of an expert in sociology, Dr. Pat Armstrong, the respondent submitted evidence of a major social development which she expected to make use of in her interpretation both of the *Income Tax Act* and section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). Essentially, that evidence was that when women moved into the labour market in the 1970's this radically altered the landscape and the way in which business was conducted; that women who have young children have no choice if they want to work, and they do, but to make use of day-care services; that women bear by far the greatest burden of caring for children, even when they work away from home; that women who are self-employed incur additional problems when the time comes to have their children looked after, in particular because their working hours are unpredictable, they find it very hard to be away from their work when a problem arises involving the children, and if they are to go on operating their businesses

tomobiles encourues individuellement par chacune des associées.

Revenu Canada, après avoir accepté les déductions telles que réclamées pour les années d'imposition 1982 et 1983, s'est ravisé et, par avis de nouvelle cotisation en date du 9 décembre 1985 et du 7 novembre 1986, informait l'intimée qu'elle devait se satisfaire des déductions permises par l'article 63 de la Loi («frais de garde d'enfants»), soit 1 000 \$ pour l'année 1982 (un seul enfant, déduction permise de 1 000 \$ par enfant), 2 000 \$ pour chacune des années 1983 et 1984 (un seul enfant, déduction permise portée à 2 000 \$ par enfant), et 4 000 \$ pour l'année 1985 (deux enfants, déduction permise de 2 000 \$ par enfant). De l'avis de Revenu Canada, le salaire versé à la bonne d'enfant n'était pas une dépense engagée par la contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise (laquelle serait déductible en vertu de l'alinéa 18(1)a) de la Loi) mais une dépense relative aux frais personnels ou de subsistance (laquelle n'est pas déductible en vertu de l'alinéa 18(1)h)).

b) La situation de la femme d'affaires sur le marché du travail

S'appuyant sur la déclaration assermentée et sur le témoignage d'une experte en sociologie, Pat Armstrong, l'intimée a fait la preuve d'une importante réalité sociale dont elle espère tirer profit dans son interprétation tant de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). Cette preuve, essentiellement, est à l'effet que l'arrivée des femmes sur le marché du travail, dans les années 1970, a modifié radicalement le paysage et la conduite du milieu des affaires; que les femmes qui ont de jeunes enfants n'ont pas de choix, si elles veulent, et elles le veulent, travailler, que de recourir à des services de garderie; que les femmes portent de loin le plus grand fardeau en ce qui a trait à la garde des enfants, quand bien même elles travaillent à l'extérieur de la maison; que les femmes qui travaillent pour leur propre compte encourent des difficultés additionnelles quand vient le temps de faire garder leurs enfants, en raison notamment du fait que

they have greater need of day-care services which are reliable and responsible in all respects and at all times. At the risk of simplifying Dr. Armstrong's testimony, it seems advisable to set out what the Trial Judge concluded from this [at pages 73, 81 and 84]:

... Armstrong's evidence supports the notion that the availability of child care increases productivity by enhancing the peace of mind of employees. Enhancing productivity is something that is totally in keeping with well established business practices. Moreover, Armstrong's evidence indicates that the absence of child care is a barrier to women's participation in the economy, in terms of paid work and income-generating work and therefore lowering the barrier by arriving at a satisfactory means of dealing with the cost of child care, would make good business sense.

... women bear by far the largest burden of child care.

... Armstrong's evidence seems to indicate that something is "wrong" and that according to government reports, the present system is not delivering child care in sufficient quantities for Canadian women. The cost of child care takes up a considerable portion of women's income (approximately one-fifth) and is considered a high price item. As a high price item it constitutes a barrier to women's access to the economy.

### (c) Fiscal history of child care expenses

In 1966, the *Report of the Royal Commission on Taxation* (the "Carter Report") expressly recommended that "Such things as commuting expenses, the costs of child care, and recreational club memberships should be explicitly denied as deductions from income"<sup>2</sup> and favoured instead the granting of tax credits to mothers working outside the home.

In 1969, the "Proposals for Tax Reform" (the White Paper) moved away from this recommendation and proposed the following:<sup>3</sup>

2.7 We propose to permit deduction of the child care expenses that face many working parents today. The problem of adequately caring for children when both parents are working, or when there is only one parent in the family and he or she is working, is both a personal and a social one. We

<sup>2</sup> A.B., vol. 2, at p. 243.

<sup>3</sup> A.B., vol. 2, at p. 248.

leurs heures de travail sont imprévisibles, qu'elles peuvent très difficilement s'absenter de leur travail quand surgit un problème avec les enfants et qu'elles ont davantage besoin, si elles veulent continuer leur entreprise, de services de garderie à tous égards et en tout temps fiables et responsables. Au risque de simplifier le témoignage de M<sup>me</sup> Armstrong, il m'apparaît opportun de reproduire ce qu'en a retenu le juge de première instance [aux pages 73, 81 et 84]:

... le témoignage d'Armstrong étaye l'idée que la disponibilité du soin des enfants augmente la productivité en ce sens qu'elle accroît la tranquillité d'esprit des employés. Augmenter la productivité est quelque chose qui correspond parfaitement à la pratique bien établie des affaires. Son témoignage fait voir en outre que l'absence de soin des enfants est un obstacle à la participation des femmes à l'économie, pour ce qui est du travail rémunéré et du travail générateur de revenus, et que, en conséquence, lever l'obstacle en arrivant à un moyen satisfaisant de faire face au coût du soin des enfants serait logique sur le plan commercial.

... les femmes portent de loin le plus grand fardeau de la garde d'enfants.

... le témoignage d'Armstrong semble indiquer que quelque chose «ne vas pas» et que, selon des rapports gouvernementaux, le présent système ne fournit pas des services de garde d'enfants en quantités suffisantes pour les femmes canadiennes. Le coût de la garde d'enfants prend une partie considérable du revenu des femmes (environ un cinquième) et est considéré comme un poste coûteux. En tant que poste coûteux, il constitue un obstacle à l'accès des femmes à l'économie.

### c) L'historique fiscal des frais de garde d'enfants

En 1966, le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (le «Rapport Carter») recommandait expressément que «des dépenses telles que le transport en banlieue, la garde des enfants, et les cotisations à titre de membres de clubs récréatifs devraient être expressément rejetées comme déductions du revenu»<sup>2</sup> et favorisait plutôt l'octroi de crédits d'impôt aux mères qui travaillaient à l'extérieur de la maison.

En 1969, les «Propositions de réforme fiscale» (le Livre blanc) s'écartaient de cette recommandation et proposaient ce qui suit<sup>3</sup>:

2.7 Nous proposons de permettre aux parents qui travaillent de déduire certaines dépenses afférentes à la garde des enfants. Lorsque les deux conjoints travaillent ou lorsque l'enfant n'a qu'un parent et que ce dernier travaille, bien prendre soin des enfants est un problème personnel aussi

<sup>2</sup> Dossier d'appel, vol. 2, à la p. 243.

<sup>3</sup> Dossier d'appel, vol. 2, à la p. 248.

consider it desirable on social as well as economic grounds to permit a tax deduction for child care expenses, under carefully controlled terms, in addition to the general deduction for children.

In 1972, as part of a major tax reform, Parliament accepted the proposals contained in the White Paper and adopted section 63 of the *Income Tax Act*. That section allowed a woman, and in certain well-defined cases a man, to deduct child care expenses of \$500 per child from their income, with a maximum of \$2,000 per family, and made this deduction subject to a considerable number of conditions.

In 1976, section 63 was amended [S.C. 1976-77, c. 4, s. 21]. The deduction allowed per child rose from \$500 to \$1,000, and the total allowable per family rose from \$2,000 to \$4,000.

In 1983, section 63 was again amended [S.C. 1984, c. 1, s. 25]. The deduction allowed per child rose from \$1,000 to \$2,000, and the total allowed per family rose from \$4,000 to \$8,000. Additionally, to correct what the Canadian Human Rights Tribunal had found to be discriminatory,<sup>4</sup> Parliament allowed men the same right to claim deductions as it had granted to women. In his budget speech on April 19, 1983 the Hon. Marc Lalonde, Minister of Finance, said that this amendment was one of four measures designed to assist lower-income families, working parents and others in need<sup>5</sup> and in the "Budget Papers" tabled by the Minister at that time, there is the following:<sup>6</sup>

Through the Family Allowance program, the child tax credit, the child tax exemption, and the child care expense deduction, the federal government provides a comprehensive system of child benefits. [My emphasis.]

Finally, in 1988, section 63 was once again amended [S.C. 1988, c. 55, s. 39]. The deduction allowed per child rose from \$2,000 to \$4,000 for children six years and under, and the total of

<sup>4</sup> *Bailey et al. v. M.N.R.* (1980), 1 C.H.R.R. 193 (C.H.R.T.).

<sup>5</sup> A.B., vol. 2, at p. 175.

<sup>6</sup> A.B., vol. 2, at p. 179.

bien que social. Nous estimons souhaitable, tant du point de vue social qu'économique, qu'il soit possible de déduire du revenu, en plus de la déduction générale accordée à l'égard des enfants, certaines dépenses afférentes à la garde des enfants, sous certaines conditions bien déterminées.

<sup>a</sup> En 1972, dans le cadre d'une importante réforme fiscale, le Parlement a accepté la proposition contenue dans le Livre blanc et adopté l'article 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cet <sup>b</sup> article permettait à une femme et, dans certains cas bien précis, à un homme, de déduire de leur <sup>c</sup> revenu des frais de garde d'enfant de 500 \$ par enfant, avec un maximum de 2 000 \$ par famille, et encadrait cette déduction d'un nombre considérable de conditions.

<sup>d</sup> En 1976, l'article 63 était modifié [S.C. 1976-77, chap. 4, art. 21]. La déduction permise par enfant passait de 500 \$, à 1 000 \$, et le total admissible par famille était porté de 2 000 \$ à 4 000 \$.

<sup>e</sup> En 1983, l'article 63 était de nouveau modifié [S.C. 1984, chap. 1, art. 25]. La déduction permise par enfant passait de 1 000 \$ à 2 000 \$, et le total admissible par famille était porté de 4 000 \$ à 8 000 \$. De plus, afin de corriger ce que le Tribunal canadien des droits de la personne avait jugé discriminatoire<sup>4</sup>, le Parlement accordait aux <sup>f</sup> hommes les mêmes possibilités de déductions que celles qu'il avait accordées aux femmes. Dans son discours sur le budget, prononcé le 19 avril 1983, l'honorable Marc Lalonde, ministre des Finances, déclarait que cette modification était l'une de quatre mesures destinées à venir en aide aux familles à faible revenu, aux parents au travail et à <sup>g</sup> d'autres personnes dans le besoin<sup>5</sup> et dans les «Documents budgétaires» alors déposés par le ministre, on peut lire ce qui suit<sup>6</sup>:

<sup>h</sup> Le gouvernement fédéral offre un système complet de prestations au titre des enfants au moyen du programme d'allocations familiales, du crédit d'impôt pour enfants, de l'exemption fiscale au titre des enfants à charge et de la déduction pour frais de garde d'enfants . . . [Mes soulignements.]

<sup>i</sup> Finalement, en 1988, l'article 63 est encore une fois modifié [S.C. 1988, chap. 55, art. 39]. La déduction permise par enfant passe de 2 000 \$ à 4 000 \$ pour les enfants âgés de 6 ans et moins, et

<sup>4</sup> *Bailey et al. c. M.R.N.* (1980), 1 C.H.R.R. 193 (T.C.D.P.).

<sup>5</sup> Dossier d'appel, vol. 2, à la p. 175.

<sup>6</sup> Dossier d'appel, vol. 2, à la p. 179.

\$8,000 allowed per family was dropped. In his budget speech on February 10, 1988, the Minister of Finance noted that this amendment and several others had been made to the *Income Tax Act* to give effect in tax legislation to the new government policy on child care, announced by the Minister of National Health and Welfare in December 1987.<sup>7</sup>

(d) Government policies on child care expenses

Certain ministerial statements made in the debates on the budget or on other measures are worth examining.

On April 21, 1983 the Hon. Monique Bégin, Minister of National Health and Welfare, said the following in the budget debate:<sup>8</sup>

One of the areas that has brought forth a great deal of discussion is the child care expense deduction. The growing consensus . . . is that the current child care expense deduction is totally inadequate . . . The Government has responded through the budget, and I am pleased about that.

This measure is an excellent one. I realize it does not cover the entire cost of child care, but it has never been the policy of this Government to subsidize the total cost of child care. Our objective is to support the family in its role of bringing up children in a society where all family partners are working. [My emphasis.]

On February 12, 1988 the Hon. Michael Wilson, Minister of Finance, in answer to an Opposition M.P. who charged that he was not doing enough for child care, said:<sup>9</sup>

. . . the program put forward on behalf of the Government by the Minister of National Health and Welfare is a much more balanced program and provides a much broader response to the needs of Canadian working women and other women than would the more narrow approach which the Hon. Member would follow.

(e) Reports and Commissions

Governments both federal and provincial have explored the problems connected with child care and have looked at a range of solutions, including direct grants, tax deductions, tax credits and

le total admissible de 8 000 \$ par famille disparaît. Dans son discours sur le budget, prononcé le 10 février 1988, le ministre des Finances soulignait que cette modification, et plusieurs autres, étaient apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de donner effet, sur le plan fiscal, à la nouvelle politique gouvernementale sur la garde d'enfants qui avait été annoncée par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en décembre 1987.<sup>7</sup>

d) Politiques gouvernementales en matière de frais de garde d'enfants

Certaines déclarations ministérielles prononcées dans le cadre de débats sur le budget ou sur d'autres mesures méritent considération.

Le 21 avril 1983, l'honorable Monique Bégin, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, dans le cadre du débat sur le budget, s'exprimait comme suit<sup>8</sup>:

L'exemption pour les frais de garde d'enfants est l'une des questions qui a soulevé le débat le plus intense. De plus en plus . . . les gens estiment que l'exemption pour les frais de garde d'enfants est tout à fait insuffisante . . . Le budget a remédié à cette insuffisance et je m'en réjouis.

Il est certain que cette mesure est indiscutablement excellente. Bien sûr, elle ne couvre pas tous les frais réels de la garde d'enfants, mais le gouvernement n'a jamais eu comme philosophie de devoir assumer tous les frais de la garde d'enfants. [Mes soulignements.]

Le 12 février 1988, l'honorable Michael Wilson, ministre des Finances, en réponse à un député de l'opposition qui lui reprochait de ne pas faire davantage pour la garde d'enfants, disait<sup>9</sup>:

Le programme que le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social a présenté au nom du gouvernement est beaucoup plus équilibré et fournit aux Canadiennes, qu'elles aient ou non un emploi, une gamme de solutions beaucoup plus vaste que ce que la députée préconise dans le cadre de son approche trop étroite.

e) Rapports et commissions d'enquête

Les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, ont exploré les problèmes reliés à la garde d'enfants et se sont fait proposer une gamme de solutions, incluant subsides directs, déductions

<sup>7</sup> A.B., vol. 2, at pp. 171-173.

<sup>8</sup> Canada, *House of Commons Debates* (April 21, 1983, vol. 21, at p. 24744), A.B., vol. 3, at p. 476.

<sup>9</sup> Canada, *House of Commons Debates* (February 12, 1988, vol. 10, at p. 12926), A.B., vol. 3, at p. 498.

<sup>7</sup> Dossier d'appel, vol. 2, aux p. 171 à 173.

<sup>8</sup> Canada, *Débats de la Chambre des communes* (21 avril 1983, vol. 21, à la p. 24744), Dossier d'appel, vol. 3, à la p. 476.

<sup>9</sup> Canada, *Débats de la Chambre des communes* (12 février 1988, vol. 10, à la p. 12926), Dossier d'appel, vol. 3, à la p. 498.

grant[s] to private and public day-care centers. The parties referred in this connection to the *Report of the Task Force on Child Care*, prepared in 1985 for Status of Women Canada<sup>10</sup> and to certain background papers;<sup>11</sup> to the Report by the National Council on Welfare, titled *Child Care: A Better Alternative*, prepared in December 1988;<sup>12</sup> to the *Study of Wages and Employment Conditions of Domestic Workers and their Employers*, prepared in 1985 by the Ontario Ministry of Labour;<sup>13</sup> and to the Report of the Task Force on Immigration Practices and Procedures, titled *Domestic Workers on Employment Authorizations*.<sup>14</sup>

### ARGUMENTS OF PARTIES

In their simplest form, the parties' arguments may be summarized as follows:

respondent: — child care expenses, inasmuch as the concept of a business expense is given a modern interpretation, are actually incurred by the taxpayer "for the purpose of gaining . . . income from the business" within the meaning of paragraph 18(1)(a) of the Act and are not "personal or living expenses" within the meaning of paragraph 18(1)(h);

— the existence of a statutory deduction for child care expenses in section 63 of the Act does not in any way alter the taxpayer's right to rely on paragraph 18(1)(a);

— any other interpretation would mean that the inability of a self-employed taxpayer to claim a deduction for all the expenses reasonably incurred for child care would be a kind of discrimination prohibited by the Charter, and the courts cannot interpret legislation so as to make it contrary to the Charter.

appellant: — child care expenses are not business expenses, but personal or living expenses;

d'impôt, crédits d'impôt, subvention à des garderies privées et publiques. Les parties ont référé à cet égard au *Rapport du groupe d'étude sur la garde des enfants*, préparé en 1985 pour Condition a Féminine Canada<sup>10</sup> ainsi qu'à certains travaux préparatoires<sup>11</sup>; au Rapport du Conseil national du bien-être social intitulé: *De meilleurs services de garde d'enfants*, préparé en décembre 1988<sup>12</sup>; à la *Study of Wages and Employment Conditions of Domestic Workers and their Employers*, préparée en 1985 b par le ministère du Travail de l'Ontario<sup>13</sup>; et au Rapport du groupe de travail sur les pratiques et procédures d'immigration, intitulé: *Employés de maison munis d'un visa d'emploi*<sup>14</sup>.

### LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

Réduites à leur plus simple expression, les prétentions des parties se résument comme suit:

d l'intimée: — les frais de garde d'enfants, pour peu qu'on interprète à la moderne le concept de dépense d'entreprise, sont véritablement encourus par la contribuable «en vue de tirer un revenu e d'une entreprise» au sens de l'alinéa 18(1)a) de la Loi et ne sont pas des «frais personnels ou de subsistance» au sens de l'alinéa 18(1)h);

f — l'existence, à l'article 63 de la Loi, d'une déduction statutaire pour les frais de garde d'enfants ne modifie en rien la possibilité qu'a la contribuable d'invoquer l'alinéa 18(1)a);

g — toute autre interprétation ferait en sorte que l'impossibilité dans laquelle se trouverait une contribuable travaillant pour son propre compte de réclamer une déduction pour la totalité des frais raisonnablement encourus de garde d'enfants, constituerait une forme de discrimination h prohibée par la Charte, et les tribunaux ne peuvent interpréter une loi de manière à la rendre contraire à la Charte.

i l'appelante: — les frais de garde d'enfants ne sont pas des dépenses d'entreprise, mais des frais personnels ou de subsistance;

<sup>10</sup> A.B., vol. 4, at pp. 521 *et seq.*

<sup>11</sup> A.B., vol. 5, at pp. 618 *et seq.*

<sup>12</sup> A.B., vol. 6, at pp. 855 *et seq.*

<sup>13</sup> A.B., vol. 6, at pp. 913 *et seq.*

<sup>14</sup> A.B., vol. 7, at pp. 999 *et seq.*

<sup>10</sup> Dossier d'appel, vol. 4, à la p. 521 *et s.*

<sup>11</sup> Dossier d'appel, vol. 5, à la p. 618 *et s.*

<sup>12</sup> Dossier d'appel, vol. 6, à la p. 855 *et s.*

<sup>13</sup> Dossier d'appel, vol. 6, à la p. 913 *et s.*

<sup>14</sup> Dossier d'appel, vol. 7 à la p. 999 *et s.*

— in section 63 of the Act, Parliament dealt expressly with the question of child care expenses;

— it is not for the courts to question the validity of the socio-economic policies adopted by governments;

— as the Charter confers no right to deduct child care expenses, it is in no way a breach of the Charter to interpret the *Income Tax Act* as not authorizing this deduction as a business expense.

### JUDGMENT A QUO

The Trial Judge first recognized [at page 75] that “Prior to 1972, child care expenses were treated as non-deductible personal expenses for income tax purposes”.<sup>15</sup>

On paragraph 18(1)(a), the Trial Judge said [at pages 72-73] that in his opinion that paragraph should be interpreted “in view of the social and economic realities of the times” and that he was not bound “by a cluster of cases decided in the 1950’s and 1960’s based on the reasoning of a decision made in 1891”. He found [at page 73] that the respondent “exercised good business and commercial judgment in deciding to dedicate part of her resources from the law practice to the provision of child care” and that this decision by the respondent “was acceptable according to business principles which include the development of intellectual capital, the improvement of productivity, the provision of services to clients and making available the resource which she sells, namely her time”. He noted [at page 73], referring to the testimony of Dr. Armstrong, that “the absence of child care is a barrier to women’s participation in the economy, in terms of paid work and income-generating work and therefore lowering the barrier by arriving at a satisfactory means of dealing with

<sup>15</sup> See also B. J. Arnold, “The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis” (1973), 12 *West. Ont. L. Rev.* 1, at pp. 26-27, and the cases cited there. Thus, for example, the salary of the nanny hired by a professional man or woman, or by a man whose wife was in hospital, was not recognized as a business expense.

— le Parlement, à l’article 63 de la Loi, s’est penché expressément sur la question des frais de garde d’enfants;

— il n’appartient pas aux tribunaux de remettre en question le bien-fondé des politiques socio-économiques adoptées par les gouvernements;

— la Charte ne conférant aucun droit relativement à la déduction de frais de garde d’enfants, ce n’est en rien violer la Charte que d’interpréter la *Loi de l’impôt sur le revenu* comme n’ayant pas autorisé cette déduction à titre de dépense d’entreprise.

### LE JUGEMENT DONT APPEL

Le juge de première instance a d’abord reconnu [à la page 75] qu’«avant 1972, les frais de garde d’enfants étaient considérés comme des dépenses personnelles non déductibles aux fins de l’impôt sur le revenu»<sup>15</sup>.

En ce qui a trait à l’alinéa 18(1)a), le juge de première instance s’est dit d’avis [aux pages 72 et 73] qu’il fallait interpréter cet alinéa «en tenant compte des réalités sociales et économiques de l’époque» et qu’il n’était pas lié «par un groupe de décisions tranchées dans les années 1950 et 1960 sur la base du raisonnement adopté dans une décision rendue en 1891». Il a constaté [à la page 73] que l’intimée «a fait preuve de bon sens commercial en décidant de consacrer une partie de ses ressources tirées de la pratique du droit au soin de ses enfants» et que cette décision de l’intimée «est acceptable selon les principes commerciaux qui incluent le développement du capital intellectuel, l’amélioration de la productivité, la fourniture des services aux clients et la disponibilité de la ressource qu’elle vend, c’est-à-dire son temps». Il a souligné [à la page 73], en référant au témoignage de M<sup>me</sup> Armstrong, que «l’absence de soin des enfants est un obstacle à la participation des femmes à l’économie, pour ce qui est du travail rémunéré et du travail générateur de revenus, et

<sup>15</sup> Voir aussi B. J. Arnold, «The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis» (1973), 12 *West. Ont. L. Rev.* 1, aux p. 26 et 27, et jurisprudence y citée. Ainsi, par exemple, le salaire de la bonne d’enfant engagée par un ou par une professionnelle, ou par un homme dont l’épouse était hospitalisée, n’était pas reconnu comme dépense d’entreprise.

the costs of child care, would make good business sense". He concluded [at page 73] that "it can be said that there is a causal relationship between the dedication of resources generated in her practice to child care and the generation of those resources".

On section 63, the Trial Judge, based on an admission made by counsel for the appellant concluded [at page 75] "that if the nanny expense is a proper business expense pursuant to sections 3, 9 and 18 of the Act, then section 63 cannot prevent it from being allowed as such".

Finally, rather than stopping there, as he might have done, the Trial Judge considered the argument based on the Charter and concluded [at page 84], with respect to taxation subsequent to April 17, 1985, that "an interpretation of the *Income Tax Act* which ignores the realities that women bear a major responsibility for child rearing and that the costs of child care are a major barrier to women's participation, would itself violate section 15 of the Charter".

#### SECTIONS 9(1), 18(1)(a) AND (h) AND 63 OF THE INCOME TAX ACT

According to subsection 9(1) of the Act,

9. (1) ... a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

According to paragraphs 18(1)(a) and (h) of the Act,

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(h) personal or living expenses of the taxpayer except travelling expenses (including the entire amount expended for meals and lodging) incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on his business;

que, en conséquence, lever l'obstacle en arrivant à un moyen satisfaisant de faire face au coût du soin des enfants serait logique sur le plan commercial». Il a conclu [à la page 73] qu'«on peut dire qu'il existe un rapport de cause à effet entre la consécration des ressources provenant de l'exercice de sa profession au soin des enfants et la production de ces ressources».

En ce qui a trait à l'article 63, le juge de première instance, sur la foi d'une admission faite par le procureur de l'appelante, a conclu [à la page 75] «que si la dépense liée à l'engagement d'une bonne d'enfants est une dépense d'entreprise appropriée en vertu des articles 3, 9 et 18 de la Loi, alors l'article 63 ne saurait l'empêcher d'être accueillie comme telle».

Enfin, au lieu de s'arrêter là, comme il aurait pu le faire, le juge de première instance s'est penché sur l'argument tiré de la Charte et a conclu [à la page 84], pour ce qui est de l'imposition ultérieure au 17 avril 1985, qu'«une interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ne tient pas compte du fait que les femmes sont principalement responsables du soin des enfants et que les frais de garde d'enfants constituent un obstacle principal à la participation des femmes violerait elle-même l'article 15 de la Charte».

#### LES ARTICLES 9(1), 18(1)(a) ET (h) ET 63 DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU

De par le paragraphe 9(1) de la Loi,

9. (1) ... le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

De par les alinéas 18(1)(a) [mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 126] et (h) de la Loi,

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

h) le montant des frais personnels ou frais de subsistance du contribuable, sauf les frais de déplacement (y compris la somme intégrale dépensée pour les repas et le logement) engagés par le contribuable alors qu'il était absent de chez lui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise.

As the Trial Judge noted, the determination of profit and the question of whether an expenditure is a proper business expense to be included in the calculation of profit are questions of law.<sup>16</sup> As a general rule, in determining whether an expense can be deducted, the Court first decides whether the calculation of profit was made in accordance with ordinary business principles and the well-established principles of current business practice. If not, the Court does not have to go any further. If it was, the Court must then consider whether the expense was “made or incurred by [the taxpayer] for the purpose of gaining . . . income from a business. . . .”<sup>17</sup> In the case at bar, I will reverse the usual order. I will deal first with paragraph 18(1)(a) and only consider subsection 9(1) if I come to the conclusion that the expense is not prohibited by that paragraph.

At the hearing counsel for the parties went to great lengths to persuade the Court to adopt their own interpretations of the expression “for the purpose of” (“*en vue de*”) to be found in paragraph 18(1)(a). While the respondent invited the Court to give an interpretation that takes into account contemporary reality in the business world, and in particular the specific problems of child care faced by women in business, the appellant suggested a new concept which the Trial Judge described as the “business or revenue-producing circle”: expenses incurred within the revenue-producing circle are properly speaking deductible, but those incurred by the taxpayer simply to approach the circle are not. The appellant relied in particular on the recent judgment of the Supreme Court of Canada, *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*,<sup>18</sup> in which Wilson J. said the following [at page 189] for the Court:

The only thing that matters is that the expenditures were a legitimate expense made in the ordinary course of business with the intention that the company could generate a taxable income some time in the future. [My emphasis.]

<sup>16</sup> *Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6607 (F.C.A.), at p. 6612.

<sup>17</sup> *Royal Trust Co., The v. Minister of National Revenue*, [1956-60] Ex.C.R. 70, at p. 72.

<sup>18</sup> [1988] 2 S.C.R. 175.

Ainsi que le rappelle le juge de première instance, la détermination du bénéfice et la question de savoir si une dépense est une véritable dépense d'entreprise qui doit être incluse dans le calcul du bénéfice sont des questions de droit<sup>16</sup>. Règle générale, pour déterminer si une dépense peut être déduite, la Cour se demande d'abord si le calcul du bénéfice a été fait conformément aux principes ordinaires des affaires commerciales ou aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires. Dans la négative, la Cour n'a pas à aller plus loin. Dans l'affirmative, la Cour doit alors se demander si la dépense a été «fait(e) ou engagé(e) par le contribuable en vue de tirer un revenu de (l') entreprise. . . .»<sup>17</sup>. En l'espèce, j'inverserai l'ordre habituel. Je traiterai d'abord de l'alinéa 18(1)a) et ne m'arrêterai au paragraphe 9(1) que si j'en viens à la conclusion que la dépense n'est pas interdite par ledit alinéa.

À l'audience, le procureur et la procureure des parties se sont livré un beau duel pour nous convaincre d'adopter leur propre interprétation de l'expression «en vue de», «*for the purpose of*», que l'on retrouve à l'alinéa 18(1)a). Pendant que l'intimée invitait la Cour à donner une interprétation qui tienne compte des réalités contemporaines du milieu des affaires et particulièrement des problèmes précis auxquels font face les femmes d'affaires en matière de garde d'enfants, l'appelante suggérait un nouveau concept que le juge de première instance décrivait comme le «cercle des affaires ou de la production du revenu»: les dépenses faites à l'intérieur du cercle de la production du revenu seraient à proprement parler déductibles, mais celles engagées par le contribuable simplement pour se rapprocher du cercle ne le seraient pas. L'appelante se fondait particulièrement sur l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*<sup>18</sup>, où madame le juge Wilson, au nom de la Cour, s'exprimait comme suit [à la page 189]:

Tout ce qui importe, c'est que les dépenses aient été engagées légitimement dans le cours ordinaire des affaires et dans le but qu'il en découle ultérieurement un revenu imposable pour la compagnie. [Mes soulignements.]

<sup>16</sup> *Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. c. La Reine* (1990), 90 DTC 6607 (C.A.F.), à la p. 6612.

<sup>17</sup> *Royal Trust Co., The v. Minister of National Revenue*, [1956-60] R.C. de l'É. 70, à la p. 72.

<sup>18</sup> [1988] 2 R.C.S. 175.



and confirmed [at page 189] for all practical purposes the interpretation given by the federal government itself in an Interpretation Bulletin dated April 26, 1982, on paragraph 18(1)(a):

I find support for this conclusion in the federal government's Interpretation Bulletin dealing with s. 18(1)(a). An Interpretation Bulletin does not, of course, have the binding effect of law (I discuss this later) but such Bulletins do have persuasive force in the event of ambiguity. The federal government's Bulletin IT-487, April 26, 1982, entitled "General Limitation on Deduction of Outlays or Expenses", states in part:

(b) "... for the purpose ...". It is not necessary to show that the income actually resulted from the particular outlay or expenditure itself. It is sufficient that the outlay or expense was a part of the income-earning process.

I reject at the outset the respondent's argument that the existence of a legal obligation to care for children<sup>19</sup> is a reason for treating child care expenses as a business expense. The legal obligation in the case at bar—which I stress is imposed equally on both spouses and is in any case a natural obligation—is imposed on the parents as parents, and follows them wherever they may be, whether they are absent on business, pleasure or for any other reason. The law does not impose an obligation on the respondent to look after her children because she is operating a business.

*Mattabi Mines* lends support to the appellant's argument that the words "for the purpose of" ("*en vue de*") in paragraph 18(1)(a) of the Act should be interpreted as meaning "in the process of earning" ("*pendant le processus de gain*"), and that deductible expenses should be incurred "in the ordinary course of business" ("*dans le cours ordinaire des affaires*").<sup>20</sup> However, that judgment did not deal with the question of child care

<sup>19</sup> See *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 215 and 218; *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ii), (iii).

<sup>20</sup> The parties referred the Court to a number of articles from journals which have examined the validity of the conclusion arrived at by the Trial Judge: Joe E. Hershfield, "Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income", (1989), *Can. Tax Found.*, 44:1-44:23, at p. 44:09; Faye Woodman, "A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals" (1989), 8 *Can. Jl. Fam. L.* 371; Alan J. Dickson, "Deduct the Nanny?" (1989), 16 *N.S.L. News* No. 2, p. 17; Kathleen S. M. Hanly, "A Break for Working Women" (1989), 37 *Cdn. Tax Jl.* 733.

et confirmait [à la page 189] à toutes fins utiles l'interprétation que le gouvernement fédéral lui-même faisait, dans un bulletin d'interprétation en date du 26 avril 1982, de l'alinéa 18(1)a):

a Le bulletin d'interprétation du gouvernement fédéral portant sur l'al. 18(1)a) vient appuyer ma conclusion. Un bulletin d'interprétation n'a évidemment pas force de loi (j'analyse ce point plus loin), mais ces bulletins ont une force persuasive en cas d'ambiguïté. Voici un extrait du Bulletin d'interprétation IT-487 du gouvernement fédéral, en date du 26 avril 1982, intitulé «Exceptions d'ordre général concernant la déduction des débours ou des dépenses»:

b) «... en vue de...» Il n'est pas nécessaire de prouver que le revenu provient réellement d'un débours ou d'une dépense particulière en soi. Il suffit que le débours ou la dépense fasse partie d'une activité du processus de gain.

J'écarte d'entrée de jeu la prétention de l'intimée à l'effet que l'existence d'une obligation légale de garder les enfants<sup>19</sup> est un élément qui permet de considérer comme dépense d'entreprise les frais de garde. L'obligation légale—qui, je le souligne, est imposée également aux deux conjoints et constitue par ailleurs une obligation naturelle—est imposée aux parents en leur qualité de parents et les suit partout où ils se trouvent, qu'ils s'absentent par affaires, par plaisir ou pour quelque raison que ce soit. Ce n'est pas parce que l'intimée exploite une entreprise que la loi lui impose l'obligation de surveiller ses enfants.

En ce qui a trait à l'arrêt *Mattabi Mines*, il accrédite la thèse de l'appelante à l'effet que les mots «en vue de», «*for the purpose of*», à l'alinéa 18(1)a) de la Loi, doivent être interprétés comme signifiant «pendant le processus de gain», «*in the process of earning*», et que les dépenses déductibles doivent avoir été engagées «dans le cours ordinaire des affaires», «*in the ordinary course of business*»<sup>20</sup>. Cependant, puisque cet arrêt n'a pas

<sup>19</sup> Voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 215, 218; *Loi sur le bien-être de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 66, art. 19(1)(b) ii, iii).

<sup>20</sup> Les parties nous ont référé à un certain nombre d'articles de revue qui se sont interrogés sur le bien-fondé de la conclusion à laquelle en est arrivé le juge de première instance: Joe E. Hershfield, «Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income» (1989), *Can. Tax Found.*, 44:1-44:23, à la p. 44:09; Faye Woodman, «A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals» (1989): 8 *Rev. Can. D. Fam.* 371; Alan J. Dickson, «Deduct the Nanny?» (1989), 16 *N.S.L. News* No. 2, p. 17; Kathleen S. M. Hanly, «A Break for Working Women» (1989), 37 *Rev. fiscale can.* 733.

or discuss the possibility of extending the traditional concept of a business expense in light of the new social reality referred to by the respondent and I would hesitate to regard Wilson J.'s remarks as precluding respondent's contentions.

Like the Trial Judge and like the respondent, I consider that judicial interpretation is not cast in stone and must be sufficiently flexible and sensitive to adapt to changing circumstances. I have no problem with the idea that business tax law has developed in a context in which women had no place, and I have no hesitation in saying that concepts should be extended by the courts in order to take into account the presence of women in the business world, and in the labour market, provided that these concepts have been developed in relation to these circumstances which have since changed or that the legislature has not itself adapted its legislation to these new realities. But the concept of a business expense has been developed exclusively in relation to the commercial needs of the business, without any regard to the particular needs of those in charge of the business, and I have difficulty in seeing how a change in the particular needs of these persons could justify modifying an interpretation which has nothing to do with these needs. Having said that, I consider that the case at bar does not require a conclusion on this point for the simple reason that Parliament has itself already amended the *Income Tax Act* to provide for the specific situation relied on by the respondent.

In 1972, by adopting section 63 which in subparagraph (3)(a)(i) authorizes the deduction of child care expenses "to enable the taxpayer, or the supporting person of the child for the year, who resided with the child at the time the expense was incurred, (A) to perform the duties of an office or employment, (B) to carry on a business either alone or as a partner actively engaged in the business . . ." (my emphasis), Parliament has expressly covered self-employed parents as well as salaried parents. (I use the word "parent" to simplify the discussion; it is understood that section 63 deals more generally with an individual

traité de la question de la garde d'enfants ni discuté de la possibilité d'élargir le concept traditionnel de dépense d'entreprise à la lumière des nouvelles réalités sociales dont fait état l'intimée, a j'hésiterais à voir dans les propos de madame le juge Wilson une fin de non-recevoir à l'égard des prétentions de l'intimée.

Comme le juge de première instance, comme b l'intimée, j'estime que l'interprétation jurisprudentielle n'est pas figée dans le béton et qu'elle doit être assez souple et perméable pour s'adapter aux changements de circonstances. Je n'ai aucune peine à croire que le droit fiscal des entreprises c s'est développé dans un contexte où la femme n'avait pas de place et je n'ai aucune hésitation à affirmer que des concepts devront être élargis par les tribunaux de manière à tenir compte de la présence des femmes dans le milieu des affaires et d sur le marché du travail, mais encore faudra-t-il que ces concepts aient été développés en fonction de ces circonstances qui ont, depuis, changé, ou que le législateur n'ait pas lui-même adapté sa législation à ces nouvelles réalités. Or, le concept e de dépense d'entreprise a été développé exclusivement en fonction des besoins d'affaires de l'entreprise, en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent cette entreprise, et je vois difficilement en quoi un changement dans f les besoins particuliers de ces personnes justifierait qu'on modifiât une interprétation qui n'a rien à voir avec ces besoins. Quoi qu'il en soit, je n'ai pas vraiment à trancher cette question, pour la simple raison que le Parlement, de lui-même, a déjà modifié g la *Loi de l'impôt sur le revenu* de manière à tenir compte de la situation précise qu'invoque l'intimée.

En effet, en adoptant, en 1972, l'article 63 qui h autorise au sous-alinéa (3)a(i) la déduction de frais de garde d'enfants «pour permettre au contribuable, ou à la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année, qui résidait avec l'enfant au moment où les frais ont été engagés, i (A) de remplir les fonctions d'une charge ou d'un emploi, (B) d'exploiter une entreprise, soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise» (mes soulignements), le Parlement a expressément visé les parents travaillant à leur propre compte aussi bien que les parents salariés. (J'utilise l'expression «parent»

providing the support for a child and residing with the child at the time the expense was incurred.) In the case at bar, the respondent incurred the child care expenses to enable her “to carry on a business . . . as a partner actively engaged in the business”. Had section 63 been drafted to apply specifically to the respondent’s case, it would not have been drafted otherwise.

That is not all. The expression “earned income” in paragraph (3)(b) is defined as “the aggregate of (i) all salaries, wages and other remuneration . . . received . . . by virtue of offices and employments” and (iii) his incomes from all businesses carried on either alone or as a partner actively engaged in the business” (my emphasis). The respondent’s “earned income” in the case at bar is the income she derived from her partnership, and it is that income which is covered by section 63.

The intent of Parliament, referred to above, and the fact that self-employed mothers were covered by the very wording of the new legislation just as much as salaried mothers, are so clear that I was surprised to read in paragraph 60 of the respondent’s submission: “Further, there is no indication either in the debates or in the permissive wording of section 63 itself that, in enacting this provision designed to redress the inferior economic position of women who were by and large employees in the labour market, the Legislature intended to preclude self-employed women from deducting reasonable costs of child care expenses incurred for the purpose of gaining income”.

Whatever may have been the admission made at trial by counsel for the appellant on a point of law—which certainly cannot bind the Court, and which counsel hastened to withdraw in this Court—it is not possible to interpret paragraph 18(1)(a) of the Act without reference to section 63. As Professor Faye Woodman notes in her article mentioned above, at page 377, “surely the existence of section 63 is very important, if not

pour simplifier le débat; il est entendu que l’article 63 vise, de façon plus générale, le particulier assumant les frais d’entretien de l’enfant et résidant avec l’enfant au moment où les frais ont été engagés.) L’intimée, en l’espèce, a encouru des frais de garde d’enfants pour lui permettre «d’exploiter une entreprise comme associée participant activement à l’exploitation de l’entreprise». L’article 63 eût été rédigé en vue de s’appliquer précisément au cas de l’intimée, qu’il n’aurait pas été rédigé autrement.

Il y a davantage. L’expression «revenu gagné», à l’alinéa (3)b), est définie comme «le total i) des traitements, salaires et autre rémunération . . . reçus . . . dans le cadre de charges ou d’emplois . . .» et iii) des revenus qu’il tire de toutes les entreprises qu’il exploite soit seul, soit comme associé participant activement à l’exploitation de l’entreprise (mes soulèvements). Le «revenu gagné» de l’intimée est, en l’espèce, le revenu qu’elle a tiré de sa société, et c’est ce revenu que vise l’article 63.

L’intention du Parlement dont j’ai fait état plus tôt, et le fait que les mères travaillant à leur propre compte étaient de par le texte même tout autant visées par la nouvelle disposition législative que les mères salariées, sont tellement évidents que je m’étonne de lire dans le mémoire de l’intimée, au paragraphe 60, [TRADUCTION] «De plus, il n’y a aucune indication ni dans les débats ni dans le langage permissif de l’article 63 lui-même que, en adoptant cette disposition destinée à corriger la situation économique inférieure des femmes qui étaient presque uniquement des employées sur le marché du travail, la Législature ait voulu empêcher les femmes travaillant à leur propre compte de déduire les frais raisonnables de garde d’enfants qu’elles avaient engagés en vue de tirer un revenu».

Quelle qu’ait pu être l’admission faite en première instance par le procureur de l’appelante sur une question de droit—qui ne saurait lier la Cour et que le procureur s’est empressé de retirer devant nous—il n’est pas possible d’interpréter l’alinéa 18(1)a) de la Loi en faisant abstraction de l’article 63. Ainsi que le souligne la professeure Woodman, dans l’article précité, à la page 377, [TRADUCTION] «l’existence de l’article 63 est assurément

determinative, in the interpretation of sections 9 and 18". Section 63 is really a code in itself, complete and independent, and it does not matter in the circumstances whether it was inserted in one subdivision of the Act rather than another, as by its very wording, which is clear and not open to question, it covers a parent carrying on a business and income earned by the parent from the operation of a business.

Section 63 was adopted in 1972, and thus at a time when according to the testimony of Dr. Armstrong herself (transcript, page 217), an important social change was occurring with the entry of women of child-bearing age into the labour market. That section has been amended three times, in 1976, 1983 and 1988. In light of the evidence presented of Parliament's intent, it is difficult not to see this section as a "liberalization" which, for obvious monetary reasons, the respondent would have preferred to see take the form of a deduction for business expenses rather than a deduction for parental expenses, a new deduction which is generally applicable and limited to specific amounts, applying to all parents whatever the nature of their work, whatever their income and whatever their sex.

I therefore come to the conclusion that the respondent's particular situation is, literally and fundamentally, one of those which Parliament clearly had in mind when it adopted and then amended section 63. As I have already said, I do not in so doing disregard the possibility of applying a contemporary approach to the interpretation of tax legislation; I am simply saying that, in the case at bar, Parliament in 1972 adapted the Act to contemporary reality when it established a system favouring salaried mothers and self-employed mothers.

As I have decided that in the case at bar child care expenses are not a business expense within the meaning of paragraph 18(1)(a), but a parental expense within the meaning of section 63, I do not have to determine whether they have been correctly taken into account in determining the "profit"

très importante, sinon décisive pour l'interprétation des articles 9 et 18». L'article 63 est un véritable code en soi, complet, autonome, et il importe peu en l'espèce qu'il ait été inséré dans une sous-section de la Loi plutôt que dans une autre, car de par ses termes mêmes, clairs, indiscutables, il vise le parent qui exploite une entreprise et le revenu tiré par le parent de l'exploitation d'une entreprise.

L'article 63 a été adopté dès 1972, au moment, donc, où, de par le témoignage même de M<sup>me</sup> Armstrong (transcription, page 217), un changement social important se produisait avec l'afflux des femmes en âge d'avoir des enfants sur le marché du travail. Cet article a été modifié à trois reprises depuis, soit en 1976, en 1983 et en 1988. À la lumière de la preuve qui a été faite de l'intention du législateur, il est difficile de ne pas voir dans cet article la «libéralisation» que, pour des raisons monétaires évidentes, l'intimée aurait préféré voir prendre la forme d'une déduction pour dépense d'entreprise plutôt que d'une déduction pour dépense de parent, déduction nouvelle, d'application générale, qui est limitée à des montants prédéterminés et qui s'applique à tous les parents, quelle que soit la nature de leur travail, quel que soit leur revenu et quel que soit leur sexe.

J'en viens donc à la conclusion que la situation précise de l'intimée en est une, littéralement et fondamentalement, de celles que le Parlement avait clairement en vue lorsqu'il a adopté, puis modifié l'article 63. Je n'écarte pas, ce faisant, je l'ai déjà dit, la possibilité d'emprunter une approche contemporaine quand il s'agit d'interpréter des dispositions fiscales; je constate simplement que le Parlement, en l'espèce, a adapté la Loi aux réalités contemporaines quand il a établi, en 1972, un régime favorisant les mères salariées et les mères travaillant à leur propre compte.

Ayant décidé que les frais de garde d'enfants payés par la contribuable sont, en l'espèce, non pas une dépense d'entreprise au sens de l'alinéa 18(1)a), mais plutôt une dépense de parent au sens de l'article 63, je n'ai pas à déterminer s'ils ont été correctement pris en considération aux fins de

of the business within the meaning of subsection 9(1).

déterminer le «bénéfice» au sens du paragraphe 9(1).

## SECTION 15 OF CHARTER

Although in a notice of a constitutional question the respondent indicated her intent to challenge the constitutionality of sections 18 and 63 of the *Income Tax Act*, her counsel admitted at the hearing that that notice was only *pro forma* and she was not challenging the constitutionality of those two sections as such. Her argument based on the Charter derives not from the actual wording of those two provisions but from the interpretation this Court would give them if by chance it held—as I have just decided—that child care expenses incurred by a parent are not business expenses.<sup>21</sup>

In support of this proposition, the respondent cited the following extract from the opinions of Lamer J. (as he then was) and L'Heureux-Dubé J. in, respectively, *Slaight Communications Inc. v. Davidson*<sup>22</sup> and *Hills v. Canada (Attorney General)*:<sup>23</sup>

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* . . . (Lamer J.)

Appellant, while not relying on any specific provision of the *Charter*, nevertheless urged that preference be given to Charter values in the interpretation of a statute, namely freedom of association. I agree that the values embodied in the *Charter* must be given preference over an interpretation which would run contrary to them . . . (L'Heureux-Dubé J.)

I do not think that by these statements the Supreme Court of Canada intended to say that legislation should be minutely examined to determine whether, by an extreme interpretation, it might not be possible to implicate the Charter directly or indirectly. Strictly speaking, any legis-

<sup>21</sup> The argument based on s. 15 is admissible with respect to that part of the deductions which is claimed for the salary paid after s. 15 came into effect, that is after April 17, 1985.

<sup>22</sup> [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

<sup>23</sup> [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558.

## L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE

Bien que l'intimée, dans un avis de question constitutionnelle, ait fait part de son intention de remettre en question la constitutionnalité des articles 18 et 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elle a reconnu, à l'audience, que cet avis n'était que *pro forma* et qu'elle n'attaquait pas la constitutionnalité de ces deux articles en tant que tels. Son argument fondé sur la Charte découle, non pas du texte même de ces deux dispositions, mais plutôt de l'interprétation qu'y donnerait cette Cour si d'aventure cette Cour décidait—comme je viens de le décider—que les frais de garde d'enfants encourus par un parent ne sont pas des dépenses d'entreprise<sup>21</sup>.

L'intimée cite, à l'appui de cette proposition, les extraits suivants des opinions des juges Lamer (avant qu'il ne soit juge en chef) et L'Heureux-Dubé, dans, respectivement, *Slaight Communications Inc. c. Davidson*<sup>22</sup>, et *Hills c. Canada (Procureur général)*<sup>23</sup>:

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* . . . (juge Lamer)

Bien qu'il n'invoque aucune disposition précise de la *Charte*, l'appellant a néanmoins soutenu que, dans l'interprétation d'une loi, on doit donner la préférence aux valeurs consacrées dans la *Charte*, notamment à celle de la liberté d'association. Je suis d'accord que ces valeurs doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire . . . (juge L'Heureux-Dubé)

Je ne crois pas que, par ces propos, la Cour suprême du Canada ait voulu dire qu'une disposition législative doit être scrutée à la loupe pour vérifier si, par une interprétation extrême, il ne serait pas possible d'amener directement ou indirectement la Charte en jeu. Toute législation, à la

<sup>21</sup> L'argument fondé sur l'article 15 est recevable à l'égard de cette partie des déductions qui est réclamée pour le salaire versé après l'entrée en vigueur de cet article, soit après le 17 avril 1985.

<sup>22</sup> [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

<sup>23</sup> [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558.

lation is an invasion of a right, and in the field of taxation in particular, everything or nearly everything can be immediately or remotely connected in some way to the concept of equality. On the question of economic rights and section 15, I adopt these observations of Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* [at pages 367-368, 369 and 371]:<sup>24</sup>

The rights which [section 15] guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.

While the generalisation will no doubt require refinement, it would seem to me that, since the Charter's primary focus is upon personal rights, liberties and freedoms, categories whose main impact is elsewhere, such as on property and economic rights, will be less subject to scrutiny.

To succeed, plaintiffs have to urge, as they do, that section 15 guarantees absolute equality to every individual in every conceivable circumstance and that every possible distinction that can result in one receiving a benefit or incurring a disadvantage which is not enjoyed or suffered by all can only be justified, if at all, under section 1 . . . As I have attempted to indicate, that view seems to me to be untenable.

which are essentially the same as those of La Forest, Wilson and McIntyre J.J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*:<sup>25</sup>

That having been said, I am convinced that it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society. Like my colleague, I am not prepared to accept that all legislative classifications must be rationally supportable before the courts. Much economic and social policy-making is simply beyond the institutional compe-

rigueur, constitue une atteinte à un droit, et dans le domaine fiscal en particulier, tout ou presque peut être de près ou de loin rattaché d'une manière quelconque à la notion d'égalité. En ce qui a trait aux droits économiques et à l'article 15, je fais miens ces propos que tenait le juge Hugessen, J.C.A. dans *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)* [aux pages 367-368, 369 et 371]<sup>24</sup>:

Les droits que [l'article 15] garantit ne sont pas fondés sur le concept d'égalité numérique entre tous les êtres humains. Si c'était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d'établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l'article 15 et devraient être justifiés aux termes de l'article premier. L'exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l'article premier pour la plupart des textes législatifs, l'autre choix étant l'anarchie, il existe un risque réel de paradoxe: plus grande sera la portée de l'article 15 plus il sera susceptible d'être privé de tout contenu réel.

Bien que la généralisation exigera sans doute des précisions, il me semble que, comme la Charte vise principalement les libertés et les droits personnels, les catégories dont l'effet principal touche d'autres domaines, comme les droits relatifs à la propriété et à la situation économique, seront moins assujetties à l'examen.

Pour avoir gain de cause, les demandeurs doivent soutenir, comme ils le font en l'espèce, que l'article 15 garantit une égalité absolue à tout particulier dans toutes les circonstances imaginables et que toute distinction possible qui peut faire en sorte qu'un particulier reçoive un avantage ou subisse un désavantage qui n'a pas été reçu ou subi par tous ne peut être justifiée, si c'est possible, qu'aux termes de l'article premier . . . Comme j'ai tenté de l'indiquer, il ne me semble pas possible de soutenir une telle position.

et qui ne sont pas différents de ceux que tiendront les juges La Forest, Wilson et McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*:<sup>25</sup>

Cela étant dit, je suis convaincu qu'en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. À l'instar de mon collègue, je ne suis pas prêt à accepter que toutes les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière

<sup>24</sup> [1987] 2 F.C. 359 (C.A.).

<sup>25</sup> [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>24</sup> [1987] 2 C.F. 359 (C.A.).

<sup>25</sup> [1989] 1 R.C.S. 143.

tence of the courts: their role is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions. [La Forest J., at page 194.]

If every distinction between individuals and groups gave rise to a violation of s. 15, then this standard might well be too stringent for application in all cases and might deny the community at large the benefits associated with sound and desirable social and economic legislation. [Wilson J., at page 154.]

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that legislatures may—and to govern effectively must—treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. [McIntyre J., at pages 168-169.]

At bottom, the approach put forward by the respondent risks trivializing the Charter. As Galligan J. of the Ontario High Court of Justice concluded in *Ontario Public Service Employees Union et al. v. National Citizens Coalition Inc. et al.*:<sup>26</sup>

The argument advanced with respect to s. 15(1) is that the circumstances disclosed in paras. 10 and 11 of the statement of claim show that certain taxpayers could be disentitled to equal benefit of the tax laws. I have some difficulty in understanding how tax laws can be said to bestow benefits on taxpayers. But, having said that, it is clear that some taxpayers are entitled to certain deductions from their income while others are not. The Income Tax Acts are full of examples where one taxpayer for certain reasons has certain deductions which another taxpayer does not have. Also, certain taxpayers are called upon to pay more taxes than others. Some taxpayers are called upon to pay taxes at a higher rate than others.

The Charter, as it has been said in many, many cases, too numerous to mention, is an important piece of legislation which constitutionally protects important rights and freedoms of people who live in this country. It seems to me that it comes very close to trivializing that very important constitutional law, if it is used to get into the weighing and balancing of the nuts and bolts of taxing statutes. [My emphasis.]

<sup>26</sup> (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.), at p. 29; affd Ontario Court of Appeal (1990), 74 O.R. (2d) 260 (C.A.). See also *The Queen v. Kurisko (S.R.)*, [1988] 2 C.T.C. 254 F.C.T.D., at pp. 268-269, Walsh D.J.; affd [1990] 2 C.T.C. 136 (F.C.A.); leave to appeal denied by the Supreme Court of Canada on September 17, 1990; *Tiberio v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2545 (T.C.C.).

socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux: leur rôle est d'assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe. [Juge La Forest, à la page 194.]

*a* Si toutes les distinctions entre des individus et des groupes avaient pour effet de violer l'art. 15, cette norme pourrait alors fort bien se révéler trop stricte pour s'appliquer dans tous les cas et avoir pour effet de priver l'ensemble de la collectivité des bénéfices liés à des lois socio-économiques justes et souhaitables. [Juge Wilson, à la page 154.]

*b* Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne. [Juge McIntyre, aux pages 168 et 169.]

*c* L'approche proposée par l'intimée risque au fond de banaliser la Charte. Ainsi que le concluait le juge Galligan de la Haute Cour de Justice de l'Ontario, dans *Ontario Public Service Employees Union et al. v. National Citizens Coalition Inc. et al.*:<sup>26</sup>

*d* [TRADUCTION] L'argument invoqué à l'égard du paragraphe 15(1) tient à ce que les faits révélés aux paragraphes 10 et 11 de la déclaration montrent que certains contribuables pourraient se voir privés du même bénéfice des lois fiscales. J'ai peine à concevoir comment on peut dire que les lois fiscales accordent des avantages aux contribuables. Mais, ceci étant dit, il est clair que certains contribuables ont droit à certaines déductions de leur revenu contrairement à d'autres. La Loi de l'impôt sur le revenu regorge d'exemples où un contribuable pour certaines raisons jouit de certaines déductions auxquelles n'a pas droit un autre contribuable. Il est vrai aussi que certains contribuables doivent payer plus d'impôts que d'autres. Certains contribuables doivent payer des impôts à un taux plus élevé que d'autres.

*e* La Charte, comme cela a été indiqué dans une jurisprudence trop nombreuse à énumérer, est un texte législatif important qui protège les droits et libertés fondamentaux des personnes qui vivent dans ce pays. Il me semble qu'on finirait par rendre futile cette loi constitutionnelle si importante en y recourant pour soulever des détails secondaires contenus dans des lois fiscales. [Mes soulèvements.]

<sup>26</sup> (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.) à la p. 29; conf. par la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 260 (C.A.). Voir aussi *La Reine c. Kurisko (S.R.)*, [1988] 2 C.T.C. 254 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) aux p. 268 et 269, M. le juge suppléant Walsh; conf. par [1990] 2 C.T.C. 136 (C.A.F.); autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada le 17 septembre 1990; *Tiberio c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2545 (C.C.I.).

Accepting the respondent's arguments would be to fall into the trap of overshooting against which the Supreme Court of Canada has constantly warned the courts.<sup>27</sup> As Dickson C.J., dissenting, noted in *PSAC v. Canada*:<sup>28</sup>

In my opinion, courts must exercise considerable caution when confronted with difficult questions of economic policy. It is not our judicial role to assess the effectiveness or wisdom of various government strategies for solving pressing economic problems. The question how best to combat inflation has perplexed economists for several generations. It would be highly undesirable for the courts to pronounce on the relative importance of various suggested causes of inflation, such as the expansion of the money supply, fiscal deficits, foreign inflation, or the built-in inflationary expectations of individual economic actors. A high degree of deference ought properly to be accorded to the government's choice of strategy in combatting this complex problem. Due deference must be paid as well to the symbolic leadership role of government. Many government initiatives, especially in the economic sphere, necessarily involve a large inspirational or psychological component which must not be undervalued. The role of the judiciary in such situations lies primarily in ensuring that the selected legislative strategy is fairly implemented with as little interference as is reasonably possible with the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*.

The respondent more or less submitted that if a situation of social or economic inequality is not redressed by the legislature in a given statute, the courts should interpret that statute so as to redress the inequality, otherwise the interpretation of the statute would be contrary to the Charter and the statute would itself become contrary to the Charter, in its application if not in its actual wording. With all due respect, I feel this would be giving the courts a function which the Charter has not given them and imposing on legislatures a burden which

<sup>27</sup> See *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 345, Dickson J.; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169, per McIntyre J.; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, per Wilson J.; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401, per La Forest J.

<sup>28</sup> [1987] 1 S.C.R. 424, at p. 442. See also *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 26; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at pp. 487, 489 and 493; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1495 and 1515-1516; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 990; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 285.

Retenir les prétentions de l'intimée serait tomber dans le piège de l'«overshooting» («aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question») contre lequel la Cour suprême du Canada n'a cessé de mettre les tribunaux en garde<sup>27</sup>. Ainsi que le soulignait le juge en chef Dickson, par ailleurs dissident, dans *AFPC c. Canada*<sup>28</sup>:

À mon avis, les tribunaux doivent faire preuve de prudence considérable lorsqu'ils sont confrontés à des questions difficiles de politique économique. Il n'appartient pas à la magistrature d'évaluer l'efficacité ou la sagesse des diverses stratégies gouvernementales adoptées pour résoudre des problèmes économiques urgents. La question de la meilleure forme de lutte contre l'inflation embarrasse les économistes depuis plusieurs générations. Il ne serait guère souhaitable que les tribunaux tentent de se prononcer sur l'importance relative de ce qui, croit-on, cause l'inflation, comme l'expansion de la masse monétaire, les déficits fiscaux, l'inflation étrangère ou les perspectives inflationnistes inhérents de divers acteurs économiques individuels. C'est à bon droit qu'une grande déférence doit être manifestée envers le choix par le gouvernement d'une stratégie pour combattre ce problème complexe. Il faut aussi dûment respecter le rôle symbolique de chef de file que joue le gouvernement. Bien des initiatives gouvernementales, spécialement dans le domaine économique, comportent nécessairement une importante composante psychologique ou incitative qu'on ne saurait sous-évaluer. Le rôle du pouvoir judiciaire dans de telles situations consiste premièrement à assurer que la stratégie législative choisie est équitablement mise en œuvre et qu'elle porte atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits et libertés garantis par la *Charte*.

L'intimée soumet, ni plus ni moins, que si une situation d'inégalité sociale ou économique n'est pas corrigée par le législateur dans une loi donnée, les tribunaux doivent interpréter cette loi de manière à corriger l'inégalité, sans quoi cette interprétation de la loi serait contraire à la Charte et la loi deviendrait elle-même, dans son application mais non dans son texte, contraire à la Charte. Avec déférence, je crois que ce serait là donner aux tribunaux un rôle que la Charte ne leur a pas donné et imposer aux législatures une obligation

<sup>27</sup> Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 345, M. le juge Dickson; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 169, M. le juge McIntyre; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, M<sup>me</sup> le juge Wilson; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401, M. le juge La Forest.

<sup>28</sup> [1987] 1 R.C.S. 424, à la p. 442. Voir aussi *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 26; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, aux p. 487, 489, 493; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux p. 1495 et 1515-1516; *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 990; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 285.



the Charter, far from imposing it on them, has been careful to avoid.

The Charter imposes on legislatures no obligation to redress all social or economic inequalities. Rather, in subsection 15(2), it allows them to adopt “any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. It seems obvious to me that what legislators have a power to do, they do not have a duty to do.

The respondent’s proposition appears to mean, for all practical purposes, that through the right to equality recognized in section 15, the Charter guarantees individuals every right, whether or not included in those expressly defined in the Charter. For example, in the case at bar, though the right to work and the right to be in a position to work are not recognized by the Charter, an individual—on these facts a woman, a parent, but it could be anyone who can make use of the provisions of section 15—could under cover of section 15 require legislatures to adopt measures enabling him or her to work and be in a position to work. That is not the effect of section 15.

In my opinion, no one could have required Parliament to adopt section 63 and allow a parent to deduct child care costs. Parliament adopted section 63 in the enlightened exercise of its discretion, and I do not see on what basis a particular group of professional women or parents, benefiting from the deduction allowed by that section, could require that the section be amended by the legislature or interpreted by the courts so as to give the group the right to take a further deduction. It is the same as saying that when a social promotion program is adopted pursuant to subsection 15(2), Parliament must adopt as many sub-programs as there are sub-groups and the courts must determine which sub-program best corresponds to which sub-group. The situation would of course be different if in section 63 Parliament had provided that only women would be entitled to deduct child care costs. I note in this regard that it is precisely because in its original version section 63 applied to all women but only to some men that, in 1983, Parliament was obliged to give identical treatment

que la Charte, loin de leur imposer, a pris bien soin d’écarter.

La Charte, en effet, n’impose pas aux législatures l’obligation de corriger toutes les inégalités sociales ou économiques. Elle leur permet, plutôt, au paragraphe 15(2), d’adopter des «lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés». Il me semble évident que ce que les législatures ont le pouvoir de faire, elles n’ont pas le devoir de le faire.

La proposition de l’intimée signifierait, à toutes fins utiles, que par le biais du droit à l’égalité reconnu à l’article 15, la Charte garantirait aux citoyens tous les droits, qu’ils soient ou non de ceux définis expressément dans la Charte. Par exemple, dans le cas présent, même si le droit au travail et le droit d’être en mesure de travailler ne sont pas reconnus par la Charte, un individu—une femme, un parent, en l’espèce, mais ce pourrait être quiconque peut se prévaloir des dispositions de l’article 15—pourrait, sous le couvert de l’article 15, exiger des législatures qu’elles adoptent les mesures nécessaires pour lui permettre de travailler et d’être en mesure de travailler. Tel n’est pas l’effet de l’article 15.

Personne, à mon avis, ne pouvait exiger du Parlement qu’il adoptât l’article 63 et permît à un parent de déduire les frais de garde d’enfants. Le Parlement a adopté l’article 63 dans l’exercice éclairé de sa discrétion, et je ne vois pas en vertu de quel fondement un groupe particulier de femmes ou de parents professionnels, qui profite de la déduction établie à cet article, pourrait exiger que l’article soit modifié par le législateur ou interprété par les tribunaux de manière à donner au groupe la possibilité d’une déduction additionnelle. Autant soutenir, lorsqu’un programme de promotion sociale est adopté en vertu du paragraphe 15(2), que le Parlement doit adopter autant de sous-programmes qu’il y a de sous-groupes et que les tribunaux doivent déterminer quel sous-programme correspond le mieux à quel sous-groupe. La situation serait bien sûr différente si le Parlement, à l’article 63, avait établi que seules les femmes auraient droit de déduire les frais de garde d’enfants. Je note à ce sujet que c’est justement parce que l’article 63, dans sa version originale, visait toutes les femmes mais seulement certains

to both.<sup>29</sup> I also note that in the case at bar the respondent, who is in some measure claiming privileged treatment for professional women and parents, does not argue that the *Income Tax Act* would create unlawful discrimination between professional and salaried taxpayers if her argument was allowed. As Professor Faye Woodman argues:<sup>30</sup>

Certainly, in the Canadian context, one of the problems with *Symes* is that the "judicial interpretation" of sections 9 and 18 will affect other classifications, i.e.: employed and self-employed. But even accepting that this result is appropriate, the question still remaining to be answered is whether it is salutary from a tax policy perspective. The answer is a resounding no. Under this new regime, the richer the taxpayer, the more her child care expenses will be subsidized by other Canadian taxpayers. The poorer the taxpayer, the less she will receive. The poorest will receive nothing.

By adopting section 63 and deciding to create a new type of personal deduction for parents applying to child care expenses, Parliament made a political, social and economic choice. On the evidence presented, that choice favours women more than men, and the respondent has no complaint about this. I do not see how a provision which favours all women could directly or indirectly infringe the right of women to equality,<sup>31</sup> and I am not prepared to concede that professional women make up a disadvantaged group against whom a form of discrimination recognized by section 15 has been perpetrated by the adopting of section 63, or would be perpetrated by this Court's refusal to interpret paragraph 18(1)(a) so as to give a self-employed mother an additional deduction for a business expense; and even if there were discrimination within the meaning of section 15, I

<sup>29</sup> *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129 (C.A.) appealed to the Supreme Court of Canada by leave to appeal granted by the Court on November 15, 1990, concerned a provision of the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1] which was discriminatory in itself because it conferred rights on adoptive but not on natural parents. That case does not apply here, since s. 18(1)(a) of the Act is not in itself in any way discriminatory.

<sup>30</sup> *Supra*, note 20, at pp. 382-383.

<sup>31</sup> I refer here to the actual principle of s. 63, not its particular provisions, none of which as I have already said is the subject of a constitutional challenge in the case at bar.

hommes, que le Parlement a été contraint, en 1983, de donner un traitement identique aux unes comme aux autres<sup>29</sup>. Je note aussi qu'en l'espèce l'intimée, qui réclame en quelque sorte un traitement privilégié pour les femmes et les parents professionnels, ne prétend pas que la *Loi de l'impôt sur le revenu* créerait une discrimination illégale entre les contribuables professionnels et les contribuables salariés si elle avait gain de cause. Ainsi que le soutient la professeure Woodman<sup>30</sup>:

[TRADUCTION] Assurément, dans le contexte canadien, l'un des problèmes que pose l'arrêt *Symes*, c'est que l'«interprétation judiciaire» des articles 9 et 18 aura une incidence sur d'autres catégories, à savoir celles des personnes qui sont employées et celles des personnes travaillant pour leur propre compte. Mais même si cette conséquence était acceptable, il reste encore la question de savoir si elle est avantageuse du point de vue de la politique fiscale. Il faut répondre carrément par la négative. Sous ce nouveau régime, plus la contribuable est riche, plus ses frais de garde d'enfants seront subventionnés par les autres contribuables canadiens. Plus la contribuable est pauvre, moins elle recevra. Et la plus démunie ne recevra rien du tout . . .

Le Parlement, en adoptant l'article 63 et en décidant de créer un nouveau type de déduction personnelle destiné aux parents et visant les frais de garde d'enfants, a fait un choix politique, social et économique. Ce choix favorise, selon la preuve faite, davantage les femmes que les hommes, ce dont ne s'est pas plainte l'intimée. Je ne vois pas comment une disposition qui favorise toutes les femmes pourrait porter directement ou indirectement atteinte au droit des femmes à l'égalité<sup>31</sup>, et je ne suis pas prêt à reconnaître que les femmes professionnelles forment un groupe défavorisé à l'égard duquel une forme de discrimination reconnue par l'article 15 a été exercée par l'adoption de l'article 63 ou serait exercée par le refus de cette Cour d'interpréter l'alinéa 18(1)a) de manière à accorder à une mère travaillant à son propre compte une déduction additionnelle pour dépense

<sup>29</sup> L'arrêt *Schachter c. Canada*, [1990] 2 C.F. 129 (C.A.), porté en appel devant la Cour suprême du Canada suite à l'autorisation d'interjeter appel accordée par cette dernière le 15 novembre 1990, concernait une disposition de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985) chap. U-1] qui était en soi discriminatoire car elle accordait des droits aux parents adoptifs et non aux parents naturels. Cet arrêt ne s'applique pas en l'espèce, vu que l'art. 18(1)a) de la Loi n'est en lui-même aucunement discriminatoire.

<sup>30</sup> *Supra*, note 20, aux p. 382 et 383.

<sup>31</sup> Je traite ici du principe même de l'art. 63, et non de ses dispositions particulières dont aucune, en l'espèce, comme je l'ai déjà dit, ne fait l'objet d'une attaque constitutionnelle.

consider in light of the ample evidence of justification submitted to the Court that it is not the function of this Court to substitute its choice for the one made by Parliament, with full knowledge of the options proposed and in keeping with an overall policy of assisting the family.

The Court is here being asked not only to fish in the most troubled socio-economic waters, but also to swim against the tide of a solution expressly adopted by Parliament in preference to that proposed by the respondent. The Charter, the taxpayers and the legal system would be badly served by acceding to such a request.

#### DISPOSITION OF CASE

I would allow the appeal and restore the notices of assessment issued by the Minister of National Revenue, with costs to the appellant at trial and on appeal.

PRATTE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

d'entreprise. Et si tant est qu'il y avait discrimination au sens de l'article 15, je suis d'avis, à la lumière de la preuve abondante de justification qui nous a été soumise, qu'il n'appartient pas à cette Cour de substituer son choix à celui qu'a fait le Parlement en toute connaissance des options proposées et dans le contexte d'une politique globale d'aide à la famille.

b On demande ici à la Cour non seulement de nager dans des eaux socio-économiques des plus troubles, mais aussi de nager à contre-courant d'une solution expressément retenue par le Parlement de préférence à celle proposée par l'intimée. c Ce serait mal servir la Charte, les contribuables et le système judiciaire que d'accéder à semblable demande.

#### DISPOSITIF

d J'accueillerais l'appel et rétablirais les avis de nouvelle cotisation émis par le ministre du Revenu national, avec dépens en faveur de l'appelante en première instance et en appel.

e LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

A-231-91

A-231-91

**Le procureur général du Québec (Appellant)**  
(Intervenor)

v.

**Cree Regional Authority and Bill Namagoose**  
(Respondents) (Applicants)

and

**Raymond Robinson (Mis-en-cause) (Respondent)**

and

**Hydro-Québec (Mise-en-cause) (Intervenor)**

INDEXED AS: CREE REGIONAL AUTHORITY v. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décarry J.J.A.—Montréal, April 18; Ottawa, May 14, 1991.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Trial Division decision holding within its jurisdiction to hear motion for mandamus against federal administrator appointed by Order in Council specifying James Bay and Northern Québec Agreement as authority — Federal Act giving effect to Agreement — Whether statutory grant of federal jurisdiction — Relationship between federal Act and Agreement — According to its principal provisions and guidelines, Agreement intended to be legislated into effect by both Canada and Quebec and to derive all legal force, even as contract, from laws giving it effect and validity — Federal Act making Agreement law — Agreement, ss. 22 and 23 authority for Order in Council — Federal Court Act, s. 2 requiring administrator's jurisdiction or powers, not appointment, be conferred by Act of Parliament — Irrelevant whether Order in Council regulation — Administrator "federal board" for purposes of Federal Court Act, ss. 2 and 18 as powers under Agreement conferred by federal Act.*

This was an appeal from the Trial Division decision that it had jurisdiction to entertain a motion for *mandamus* ordering the federal administrator appointed under sections 22 and 23 of *The James Bay and Northern Québec Agreement*, to pursue the federal environmental impact assessment and review procedures contemplated by those sections. Subsection 3(1) of the *James Bay and Northern Québec Native Claims Settlement Act* (the federal Act) states that the Agreement was approved, given effect and declared valid. Sections 22 and 23 of the Agreement authorized the appointment of both federal and provincial administrators. The administrator was appointed by Order in Council which specified those sections as its authority.

**Le procureur général du Québec (appellant)**  
(intervenant)

a c.

**L'Administration régionale crie et Bill Namagoose**  
(intimés) (requérants)

et

b **Raymond Robinson (mis en cause) (intimé)**

et

**Hydro-Québec (mise en cause) (intervenante)**

c RÉPERTORIÉ: ADMINISTRATION RÉGIONALE CRIE c. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Décarry, J.C.A.—Montréal, 18 avril; Ottawa, 14 mai 1991.

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a statué qu'elle avait compétence pour connaître de la requête en mandamus introduite contre un administrateur fédéral nommé en vertu d'un décret précisant tirer son autorité de la Convention de la Baie James et du Nord québécois — La Loi fédérale a mis en vigueur la Convention — Y a-t-il attribution de compétence fédérale par une loi? — Rapport entre la Loi fédérale et la Convention — Selon ses principales dispositions et lignes directrices, la Convention devait être mise en vigueur par une loi tant du Canada que du Québec et tirer son plein effet juridique, même comme contrat, des lois qui doivent lui donner force et validité — La Loi fédérale a donné force de loi à la Convention — Le décret tire son autorité des chapitres 22 et 23 de la Convention — L'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale exige que la compétence ou les pouvoirs de l'administrateur découlent, non pas d'une nomination, mais d'une loi fédérale — La question de savoir si le décret est un règlement n'est pas pertinente — L'administrateur est un «office fédéral» aux fins des art. 2 et 18 de la Loi sur la Cour fédérale, puisque les pouvoirs découlant de la Convention sont prévus par la Loi fédérale.*

h Appel est interjeté de la décision par laquelle la Section de première instance a statué qu'elle avait compétence pour connaître d'une requête tendant à l'obtention d'un bref de *mandamus* qui enjoindrait à l'administrateur fédéral, nommé en vertu des chapitres 22 et 23 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, de mettre en œuvre le processus fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions en matière d'environnement prévus par ces chapitres. Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* (la Loi fédérale) dit que la Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide. Les chapitres 22 et 23 de la Convention autorisent la nomination des administrateurs fédéral et provincial. L'administrateur a été nommé par un décret qui précisait tirer son autorité de ces chapitres.

Under *Federal Court Act*, section 18 a writ of *mandamus* may be issued against a “federal board, commission or other tribunal”, which is defined in section 2 as any person having “jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament”. The Trial Judge held that he had jurisdiction to grant the relief sought as the Agreement was given the status of law by the federal Act, and the Order in Council naming the administrator was a regulation made under the authority of subsection 3(5), the regulation-making power of the federal Act. The issue was whether the federal administrator exercised “jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament”, which required an analysis of the relationship between the Agreement and the federal and provincial Acts.

The intervenors argued that the Agreement was a contract, not an Act of Parliament. A statute cannot simply refer to a contract or agreement to make it an integral part of a statute. Accordingly, subsection 3(1) of the federal Act was inadequate to render the Agreement law. Furthermore, since there have been ten supplementary agreements modifying the Agreement since it was signed, they could not all have been rendered law by the federal Act, particularly those entered into after that law was passed. Finally, neither the federal nor the provincial authorities alone could render an Agreement, which relates to the jurisdiction of both, law. Parliament must be presumed to intend to legislate only within its jurisdiction, and so could not be supposed to legislate so as to make the Agreement law.

The intervenors also argued that the Order in Council was not a legislative enactment. The mechanism for the appointment of an administrator is provided by sections 22 and 23 of the Agreement and there are no explicit words in the federal Act with respect to such an appointment. Since the Order in Council was not made under subsection 3(5) of the federal Act, the federal Administrator was not a “federal board, commission or other tribunal”. Furthermore, the Order in Council could not be a regulation since it lacked the generality and impersonality of a legislative norm.

The respondents argued that the Agreement received the whole of its legal validity through the federal Act, not on its own as a contract.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Trial Division had jurisdiction under *Federal Court Act*, sections 2 and 18.

Neither Canada nor Quebec could purport on their own to make the whole Agreement law by appending it as a schedule to their Act. Neither legislature has attempted to do so.

The principal provisions of the Agreement indicated that it was intended to have legal effect as a contract only for a maximum of two years (unless extended by consent of the parties). It was intended that it would be a legislated contract, one that derived all of its legal force, even as a contract, from the laws which were to give it effect and validity. There was no confusion of jurisdiction, since both Canada and Quebec were to legislate. It did not matter whether the validating legislation was a single Act by each of Parliament and the National Assembly or a congeries of legislation.

En vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, un bref de *mandamus* peut être décerné contre un «office fédéral», cette expression étant définie à l'article 2 comme étant une personne qui a une «compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale». Le juge de première instance a décidé qu'il avait compétence pour accorder la réparation demandée, puisque la Convention avait reçu de la Loi fédérale le statut de loi et que le décret nommant l'administrateur était un règlement pris en application du paragraphe 3(5), soit le pouvoir de réglementation de la Loi fédérale. La question se pose de savoir si l'administrateur fédéral exerce «une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale», ce qui exige une analyse du rapport entre la Convention et les Lois fédérales et provinciales.

Les intervenants prétendent que la Convention est un contrat et non une loi fédérale. Il ne suffit pas qu'une loi mentionne simplement un contrat ou une entente pour en faire une partie intégrante de la loi. En conséquence, le paragraphe 3(1) de la Loi fédérale ne suffit pas à faire de la Convention une loi. De plus, puisqu'il y a eu, depuis la signature de la Convention, dix conventions supplémentaires modifiant celle-ci, on ne saurait dire que la Loi fédérale a donné à chacune d'elles force de loi, particulièrement à celles qui ont été conclues après l'adoption de cette Loi. Finalement, ni l'instance fédérale ni l'instance provinciale ne pouvait, à elle seule, donner force de loi à une convention qui concerne la compétence de ces deux instances. On doit présumer que le législateur entend légiférer seulement dans les limites de sa compétence, et donc qu'il ne saurait être censé légiférer de façon à donner à la Convention force de loi.

Les intervenants soutiennent également que le décret n'est pas un texte législatif. Le mécanisme de la nomination d'un administrateur est prévu aux chapitres 22 et 23 de la Convention, et la Loi fédérale ne contient aucune disposition explicite au sujet de cette nomination. Puisque le décret n'a pas été pris en vertu du paragraphe 3(5) de la Loi fédérale, l'administrateur fédéral n'était pas un «office fédéral». De plus, le décret ne saurait être un règlement puisqu'il est dépourvu du caractère général et impersonnel d'une norme législative.

Les intimés font valoir que la Convention tenait la totalité de sa validité de la Loi fédérale et non d'elle-même en tant que contrat.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

La Section de première instance avait compétence en vertu des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Ni le Canada ni le Québec ne saurait prétendre à lui seul donner force de loi à l'ensemble de la Convention en l'ajoutant à sa Loi comme annexe. Ni l'une ni l'autre législature n'a tenté d'agir de la sorte.

Il ressort des principales dispositions de la Convention qu'elle n'était censée avoir un effet juridique en tant que contrat que durant une période d'au plus deux ans (sauf prorogation par consentement de toutes les parties). On a voulu qu'elle soit un contrat ayant reçu force de loi, qui tire son plein effet juridique même comme contrat des lois qui doivent lui donner force et validité. Il n'y a aucune confusion de compétence, puisque tant le Canada que le Québec doivent légiférer. Il importe peu que la loi portant validation soit une loi unique aussi bien du Parlement que de l'Assemblée nationale ou un ensemble de lois.

The legislative character of the Agreement was also evident from the guiding principles set out in sections 22 and 23 thereof. Governments were to consider the rights of all people, not just those of native peoples. Parliament did not intend to incorporate the Agreement as a part of the law in the narrow sense, but more broadly to give it its very legal definition, effect and validity. Section 3 of the federal Act makes the Agreement law. It does by law what the Agreement calls for and requires as the condition of its own validity. Subsections 3(3) (extinguishing all native claims to the territory) and (4) (exempting the monetary compensation from taxation) would not be superfluous if the Agreement has the force of law.

The appointment was not made by the Government of Canada as a contracting party under the Agreement, but by the Governor in Council acting legislatively. The document of appointment is not the source of jurisdiction or power. *Federal Court Act*, section 2 requires that the jurisdiction or powers exercised by the administrator be conferred by or under an Act of Parliament, not that he be appointed by or under an Act of Parliament.

It does not matter whether the Order in Council appointing the federal administrator is a regulation as defined in the *Statutory Instruments Act* and the *Interpretation Act*. All that matters is the source of the Administrator's power once appointed. Regardless of the characterization of the Order in Council, the Administrator is a "federal board" for the purposes of sections 2 and 18 of the *Federal Court Act* in that his powers under the Agreement are conferred on him by the federal Act rather than by the Agreement itself. In this respect his powers are the same as everything else in the Agreement: they derive from the federal Act.

Le caractère législatif de la Convention ressort aussi des principes directeurs prévus aux chapitres 22 et 23 de celle-ci. Les gouvernements doivent tenir compte des droits de tous les peuples, non seulement de ceux des peuples autochtones. L'intention du législateur était non pas d'englober la Convention comme partie de la loi au sens étroit, mais de façon plus étendue, de lui donner son caractère, son effet et sa validité en tant que loi. L'article 3 de la Loi fédérale donne à la Convention force de loi. Il accomplit au moyen de la loi ce que demande et exige la Convention, comme condition de sa propre validité. Les paragraphes 3(3) (extinction de toutes les prétentions autochtones au territoire) et (4) (indemnité monétaire exempte d'impôt) ne seraient pas superflus si la Convention devait avoir force de loi.

La nomination a été faite, non par le gouvernement du Canada en qualité de partie contractante en vertu de la Convention, mais par le gouverneur en conseil agissant législativement. Le document constatant la nomination n'est pas la source de la compétence ou des pouvoirs. L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* exige que la compétence ou les pouvoirs exercés par l'administrateur soient prévus par une loi fédérale, mais il n'exige pas que sa nomination soit prévue par celle-ci.

Il importe peu que le décret nommant l'administrateur fédéral soit ou non un règlement tel que défini dans la *Loi sur les textes réglementaires* et dans la *Loi d'interprétation*. Tout ce qui compte, c'est la source des pouvoirs de l'administrateur, une fois nommé. Indépendamment de la qualification du décret, l'administrateur est un «office fédéral» aux fins des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* en ce sens que les pouvoirs qu'il tient de la Convention lui sont conférés par la Loi fédérale plutôt que par la Convention elle-même. À cet égard, ses pouvoirs font un avec tout le reste de la Convention: ils procèdent de la Loi fédérale.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*, S.Q. 1976, c. 46.
- An Act concerning Northern villages and the Kativik Regional Government*, S.Q. 1978, c. 87.
- An Act respecting certain government departments*, S.Q. 1979, c. 77.
- An Act respecting Cree and Inuit Native persons*, S.Q. 1978, c. 97.
- An Act respecting hunting and fishing rights in the James Bay and New Québec territories*, S.Q. 1978, c. 92.
- An Act respecting income security for Cree hunters and trappers who are beneficiaries under the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*, S.Q. 1979, c. 16.
- An Act Respecting the Cree Regional Authority*, S.Q. 1978, c. 89.
- An Act respecting the land regime in the James Bay and New Québec territories*, S.Q. 1978, c. 93.
- An Act respecting the legislation provided for in the Northeastern Québec Agreement and amending other legislation*, S.Q. 1979, c. 25.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte de la langue française*, L.Q. 1977, chap. 5.
- Convention de la Baie James et du Nord québécois*.
- Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, chap. 46.
- Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois*, L.Q. 1978, chap. 98.
- Loi concernant certains ministères*, L.Q. 1979, chap. 77.
- Loi concernant l'Administration régionale crie*, L.Q. 1978, chap. 89.
- Loi concernant le régime des terres dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.Q. 1978, chap. 93.
- Loi concernant les autochtones cris et inuit*, L.Q. 1978, chap. 97.
- Loi concernant les dispositions législatives prévues par la Convention du Nord-Est québécois et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, chap. 25.
- Loi concernant les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.Q. 1978, chap. 92.
- Loi concernant les villages cris*, L.Q. 1978, chap. 88.
- Loi concernant les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, L.Q. 1978, chap. 87.

- An Act respecting the Northeastern Québec Agreement*, S.Q. 1978, c. 98.
- An Act respecting the police force of Cree villages and of the Naskapi village*, S.Q. 1979, c. 35.
- An Act to again amend the Environment Quality Act*, S.Q. 1978, c. 94.
- An Act to amend the Act respecting health services and social services*, S.Q. 1977, c. 48.
- An Act to amend the Education Act*, S.Q. 1978, c. 78.
- An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1976, c. 28.
- An Act to create the La Grande Complex Remedial Works Corporation*, S.Q. 1978, c. 95.
- An Act to establish the James Bay Regional Zone Council*, S.Q. 1978, c. 90.
- An Act to establish the Makivik Corporation*, S.Q. 1978, c. 91.
- An Act to establish the Naskapi Development Corporation*, S.Q. 1979, c. 26.
- An Act to incorporate the James Bay Native Development Corporation*, S.Q. 1978, c. 96.
- Charter of the French language*, S.Q. 1977, c. 5.
- 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. 18, 91(24).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Cree-Naskapi (of Quebec) Act*, S.C. 1984, c. 18.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 23, 25, 44.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.
- James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32, s. 3.
- Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22.
- The Cree Villages Act*, S.Q. 1978, c. 88.
- The James Bay and Northern Québec Agreement*.
- The Quebec Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 45.
- Loi constituant la Société de développement autochtone de la Baie James*, L.Q. 1978, chap. 96.
- Loi constituant la Société de développement des Naskapis*, L.Q. 1979, chap. 26.
- Loi constituant la Société des travaux de correction du Complexe La Grande*, L.Q. 1978, chap. 95.
- Loi constituant la Société Makivik*, L.Q. 1978, chap. 91.
- Loi constituant le Conseil régional de zone de la Baie James*, L.Q. 1978, chap. 90.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 18, 91(24).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
- Loi de l'extension des frontières du Québec, 1912*, S.C. 1912, chap. 45.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21.
- Loi modifiant de nouveau la Loi de la qualité de l'environnement*, L.Q. 1978, chap. 94.
- Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1976, chap. 28.
- Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1978, chap. 78.
- Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1977, chap. 48.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18, 23, 25, 44.
- Loi sur la sécurité du revenu des chasseurs et piégeurs cris bénéficiaires de la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1979, chap. 16.
- Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, chap. 32, art. 3.
- Loi sur les corps de police des villages cris et du village naskapi*, L.Q. 1979, chap. 35.
- Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, S.C. 1984, chap. 18.
- Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), chap. S-22.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Simon v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366; *Coon Come v. Québec Hydro-Electric Commission*, No. 500-05-004330-906, LeBel J., judgment dated 28/6/90, Que. S.C., not yet reported; *Canada (Attorney General) c. Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corpo-*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre.* [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Simon c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366; *Coon Come c. La Commission hydroélectrique de Québec*, n° 500-05-004330-906, juge LeBel, jugement en date du 28-6-90, C.S. Qc, encore inédit; *Canada (Procureur général) c. Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Association des Employés de Radio et Télévision du Canada (SCFP-CTC) c. La Société Radio-Canada,*

ration, [1975] 1 S.C.R. 118; (1973), 40 D.L.R. (3d) 1; [1974] 1 W.W.R. 430; *Rogers v. National Harbours Board*, [1979] 1 F.C. 90 (C.A.); *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.).

a

## CONSIDERED:

*Canadian Northern Pacific Railway Company v. New Westminster Corporation*, [1917] A.C. 602 (P.C.); *Re City of Toronto and Toronto and York Radial R.W. Co. and County of York* (1918), 42 O.L.R. 545; 43 D.L.R. 49; 23 C.R.C. 218 (App. Div.); *Winnipeg v. Winnipeg Electric Ry. Co.* (1921), 31 Man. R. 131; 29 D.L.R. 251; [1921] 2 W.W.R. 282 (C.A.); *Ottawa Electric Railway Co. v. The City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105; (1944), 57 C.R.T.C. 273; *Re Carter and the City of Sudbury*, [1949] O.R. 455; [1949] 3 D.L.R. 756; 64 C.R.T.C. 113 (H.C.); *Houde v. Quebec Catholic School Commn.*, [1978] 1 S.C.R. 937; (1977), 80 D.L.R. (3d) 542; 17 N.R. 451; *P.G. du Québec c. Albert*, [1983] C.S.P. 1017 (Qué.); *P.G. du Québec c. Collier*, [1983] C.S. 366 (Qué.); *P.G. du Québec c. Collier*, [1985] C.A. 559; (1985), 23 D.L.R. (4th) 339 (Qué.); *Quebec (Attorney General) v. Brunet*; *Quebec (Attorney General) v. Albert*; *Quebec (Attorney General) v. Collier*, [1990] 1 S.C.R. 260; (1990), 66 D.L.R. (4th) 575; *Chait c. Northern Quebec Inuit Association*, [1986] R.J.Q. 929 (S.C.); *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241.

b

c

d

e

## REFERRED TO:

*R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22.

f

g

## COUNSEL:

*Jean Bouchard* and *Robert Monette* for appellant (intervenor) procureur général du Québec.

*James A. O'Reilly*, *Peter W. Hutchins*, *Kathleen Lawand* and *Franklin S. Gertler* for respondents (applicants).

*J. M. Aubry* for mis-en-cause (respondent) Raymond Robinson.

*Georges Emery, Q.C.* and *Sylvain Lussier* for mise-en-cause (intervenor) Hydro-Québec.

*Gérard Dugré* and *John D. Hurley* for intervenor Makivik Corp.

h

i

j

[1975] 1 R.C.S. 118; (1973), 40 D.L.R. (3d) 1; [1974] 1 W.W.R. 430; *Rogers c. Le Conseil des ports nationaux*, [1979] 1 C.F. 90 (C.A.); *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canadian Northern Pacific Railway Company v. New Westminster Corporation*, [1917] A.C. 602 (P.C.); *Re City of Toronto and Toronto and York Radial R.W. Co. and County of York* (1918), 42 O.L.R. 545; 43 D.L.R. 49; 23 C.R.C. 218 (Div. App.); *Winnipeg v. Winnipeg Electric Ry. Co.* (1921), 31 Man. R. 131; 29 D.L.R. 251; [1921] 2 W.W.R. 282 (C.A.); *Ottawa Electric Railway Co. v. The City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105; (1944), 57 C.R.T.C. 273; *Re Carter and the City of Sudbury*, [1949] O.R. 455; [1949] 3 D.L.R. 756; 64 C.R.T.C. 113 (H.C.); *Houde c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1978] 1 R.C.S. 937; (1977), 80 D.L.R. (3d) 542; 17 N.R. 451; *P.G. du Québec c. Albert*, [1983] C.S.P. 1017 (Qué.); *P.G. du Québec c. Collier*, [1983] C.S. 366 (Qué.); *P.G. du Québec c. Collier*, [1985] C.A. 559; (1985), 23 D.L.R. (4th) 339 (Qué.); *Québec (Procureur général) c. Brunet*; *Québec (Procureur général) c. Albert*; *Québec (Procureur général) c. Collier*, [1990] 1 R.C.S. 260; (1990), 66 D.L.R. (4th) 575; *Chait c. Northern Quebec Inuit Association*, [1986] R.J.Q. 929 (C.S.); *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22.

## AVOCATS:

*Jean Bouchard* et *Robert Monette* pour l'appelant (intervenant) le procureur général du Québec.

*James A. O'Reilly*, *Peter W. Hutchins*, *Kathleen Lawand* et *Franklin S. Gertler* pour les intimées (requérants).

*J. M. Aubry* pour le mis en cause (intimé) Raymond Robinson.

*Georges Emery, c.r.* et *Sylvain Lussier* pour la mise en cause (intervenante) Hydro-Québec.

*Gérard Dugré* et *John D. Hurley* pour l'intervenante la Société Makivik.



## SOLICITORS:

*Bernard, Roy & Associates*, Montréal, for appellant (intervenor) procureur général du Québec.

*O'Reilly, Mainville*, Montréal, for respondents (applicants).<sup>a</sup>

*Deputy Attorney General of Canada* for mis-en-cause (respondent) Raymond Robinson.

*Desjardins, Ducharme*, Montréal, for mis-en-cause (intervenor) Hydro-Québec.<sup>b</sup>

*Byers, Casgrain*, Montréal, for intervenor Makivik Corp.

## PROCUREURS:

*Bernard, Roy & Associés*, Montréal, pour l'appellant (intervenant) le procureur général du Québec.

*O'Reilly, Mainville*, Montréal, pour les intimées (requérantes).

*Le sous-procureur général du Canada* pour le mis en cause (intimé) Raymond Robinson.

*Desjardins, Ducharme*, Montréal, pour la mise en cause (intervenante) Hydro-Québec.<sup>b</sup>

*Byers, Casgrain*, Montréal, pour l'intervenante la Société Makivik.

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

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

MACGUIGAN J.A.: This case explores the relationship among *The James Bay and Northern Québec Agreement* ("the Agreement"), Éditeur officiel du Québec, 1976, which was executed in the City of Québec on November 11, 1975, the *James Bay and Northern Québec Native Claims Settlement Act* ("the federal Act"), S.C. 1976-77, c. 32, which received Royal Assent on July 14, 1977, and *An Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec* ("the provincial Act"), S.Q. 1976, c. 46, assented to on June 30, 1976. There is only one other federal law which might be said to be in implementation of the Agreement: the *Cree-Naskapi (of Quebec) Act*, S.C. 1984, c. 18. On the other hand, the intervenors listed 22 other provincial Acts which are implementive of the Agreement.<sup>1</sup> For the sake of simplicity, I shall refer to the federal Acts and the

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Cette affaire examine les rapports entre la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* («la Convention»), Éditeur officiel du Québec, 1976, qui a été passée à Québec le 11 novembre 1975, la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* («la Loi fédérale»), S.C. 1976-1977, chap. 32, qui a été sanctionnée le 14 juillet 1977, et la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois* («la Loi provinciale»), L.Q. 1976, chap. 46, sanctionnée le 30 juin 1976. Une seule autre loi fédérale pourrait être considérée comme étant prise en application de la Convention: la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, S.C. 1984, chap. 18. D'autre part, les intervenants ont mentionné 22 autres lois provinciales de mise en œuvre de la Convention<sup>1</sup>. Pour simplifier, je renverrai aux Lois fédérales et aux Lois provinciales en

<sup>1</sup> *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1976, c. 28; *An Act to amend the Act respecting health services and social services*, S.Q. 1977, c. 48; *An Act to amend the Education Act*, S.Q. 1978, c. 78; *An Act concerning Northern villages and the*

(Continued on next page)

<sup>1</sup> *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1976, chap. 28; *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1977, chap. 48; *Loi modifiant la Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1978, chap. 78; *Loi concernant les*

(Suite à la page suivante)

provincial Acts in the singular, while keeping in mind this multiplicity.

The Agreement was two years in the negotiating, among the Grand Council of the Crees of Québec, the Northern Québec Inuit Association, the Government of Québec, the James Bay Energy Corporation, the James Bay Development Corporation, the Québec Hydro-Electric Commission, and the Government of Canada. It covers an area of some 410,000 square miles, which is part of the land transferred to the province of Quebec from the Northwest Territories by *The Quebec Boundaries Extension Act, 1912* [S.C. 1912, c. 45] ("the 1912 Act"). By the 1912 Act, in addition to acquiring territory, Quebec assumed the obligation to settle such land questions and other claims as the native people might raise. This obligation remained undefined until the coming into effect of the Agreement.

utilisant le singulier, tout en tenant compte de cette multiplicité.

La Convention a pris deux ans à se négocier entre le Grand Council Association of the Crees of Québec, la Northern Québec Inuit Association, le gouvernement du Québec, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James, la Commission hydroélectrique de Québec, et le gouvernement du Canada. La Convention vise un territoire de quelque 410 000 milles carrés, qui est une partie des terres des Territoires du Nord-Ouest qui ont été transférées à la province de Québec par la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912* [S.C. 1912, chap. 45] («la Loi de 1912»). Par la Loi de 1912, en plus d'acquérir des terres, le Québec a assumé l'obligation de régler les questions relatives aux terres et les autres revendications que pourraient soulever les autochtones. Cette obligation est restée non définie jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention.

(Continued from previous page)

*Kativik Regional Government*, S.Q. 1978, c. 87; *The Cree Villages Act*, S.Q. 1978, c. 88; *An Act Respecting the Cree Regional Authority*, S.Q. 1978, c. 89; *An Act to establish the James Bay Regional Zone Council*, S.Q. 1978, c. 90; *An Act to establish the Makivik Corporation*, S.Q. 1978, c. 91; *An Act respecting hunting and fishing rights in the James Bay and New Québec territories*, S.Q. 1978, c. 92; *An Act respecting the land regime in the James Bay and New Québec territories*, S.Q. 1978, c. 93; *An Act to again amend the Environment Quality Act*, S.Q. 1978, c. 94; *An Act to create the La Grande Complex Remedial Works Corporation*, S.Q. 1978, c. 95; *An Act to incorporate the James Bay Native Development Corporation*, S.Q. 1978, c. 96; *An Act respecting Cree and Inuit Native persons*, S.Q. 1978, c. 97; *An Act respecting the Northeastern Québec Agreement*, S.Q. 1978, c. 98; *An Act respecting the legislation provided for in the Northeastern Québec Agreement and amending other legislation*, S.Q. 1979, c. 25; *An Act to establish the Naskapi Development Corporation*, S.Q. 1979, c. 26; *An Act respecting income security for Cree hunters and trappers who are beneficiaries under the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*, S.Q. 1979, c. 16; *An Act respecting the police force of Cree villages and of the Naskapi village*, S.Q. 1979, c. 35; *Charter of the French language*, S.Q. 1977, c. 5; Amendments in 1976, 1977 and 1978 to the Civil Code, to the Code of civil procedure and to the *Territorial Division Act*, L.R.Q., c. D-11; *An Act respecting certain government departments*, S.Q. 1979, c. 77.

(Suite de la page précédente)

*villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, L.Q. 1978, chap. 87; *Loi concernant les villages cris*, L.Q. 1978, chap. 88; *Loi concernant l'Administration régionale crie*, L.Q. 1978, chap. 89; *Loi constituant le Conseil régional de zone de la Baie James*, L.Q. 1978, chap. 90; *Loi constituant la Société Makivik*, L.Q. 1978, chap. 91; *Loi concernant les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.Q. 1978, chap. 92; *Loi concernant le régime des terres dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.Q. 1978, chap. 93; *Loi modifiant de nouveau la Loi de la qualité de l'environnement*, L.Q. 1978, chap. 94; *Loi constituant la Société des travaux de correction du Complexe La Grande*, L.Q. 1978, chap. 95; *Loi constituant la Société de développement autochtone de la Baie James*, L.Q. 1978, chap. 96; *Loi concernant les autochtones cris et inuit*, L.Q. 1978, chap. 97; *Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois*, L.Q. 1978, chap. 98; *Loi concernant les dispositions législatives prévues par la Convention du Nord-Est québécois et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, chap. 25; *Loi constituant la Société de développement des Naskapis*, L.Q. 1979, chap. 26; *Loi sur la sécurité du revenu des chasseurs et piégeurs cris bénéficiaires de la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1979, chap. 16; *Loi sur les corps de police des villages cris et du village naskapi*, L.Q. 1979, chap. 35; *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, chap. 5; Amendments in 1976, 1977 et 1978 au Code civil, au Code de procédure civile et à la *Loi de la division territoriale*, L.R.Q., chap. D-11; *Loi concernant certains ministères*, L.Q. 1979, chap. 77.

By the Agreement and the federal and provincial Acts, the Cree and the Inuit surrendered the rights they claimed over the territory in return for the rights and benefits given them by both governments. As a result, the Government of Quebec for the first time extended its administration, its laws, its services, and its governmental structures throughout the area, and Phase I of the hydroelectric power development sought by the Province was able to take place.

In respect of land, the Agreement established three categories: Category I lands (3,250 square miles) were allocated to the native peoples for their exclusive use and self-administration; Category II lands comprised territory where the native peoples were to have exclusive hunting, fishing and trapping rights but no special right of occupancy; and Category III lands were the vast proportion of the territory remaining, public lands to which the entire population, including but not limited to native peoples, were to have access for all purposes, including hunting, fishing and trapping, in accordance with the ordinary laws and regulations of Quebec.

The Agreement also established environmental and social protection regimes for the territory covered. Section 22 of the Agreement dealt with all territory south of the 55th parallel of latitude and some Category I and II lands north of that parallel. The environmental and social protection regime of section 23 applied to all territory north of the 55th parallel except those lands covered by section 22.

The present federal administrator, Raymond Robinson ("Robinson") was appointed by Order in Council, P.C. 1988-1800, on August 25, 1988, as follows (Appeal Book, at page 165):

HER EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Minister of the Environment and the Minister of Indian Affairs and Northern Development, pursuant to subparagraph 22.1.1(ii) and paragraph 23.1.2 of the James Bay and Northern Quebec Agreement, is pleased hereby to appoint Mr. Raymond Robinson, of the Federal Environmental Assessment Review Office, Executive Chairman, administrator, in the case of matters involving federal jurisdiction, for the purpose of sections 22 and 23 of the said agreement, to hold office during pleasure, in the place of Mr. Gilles Lamoureux.

Aux termes de la Convention et des Lois fédérales et provinciales, les Cris et les Inuit renonçaient aux droits auxquels ils prétendaient sur le territoire visé en retour des droits et des avantages que les deux gouvernements leur accordaient. Comme conséquence, le gouvernement du Québec a, pour la première fois, étendu son administration, ses lois, ses services et ses structures gouvernementales à tout le territoire, et la Phase I du développement du pouvoir hydroélectrique recherché par la province a pu être mise en œuvre.

La Convention a établi trois catégories à l'égard des terres: les terres de la catégorie I (3 250 milles carrés) ont été allouées aux autochtones pour qu'ils les utilisent et les gèrent à l'exclusion de tous autres; les terres de la catégorie II comprenaient des terres où les autochtones devaient jouir de droits exclusifs de chasse, de pêche et de trappage, sans y avoir toutefois aucun droit particulier d'occupation; et les terres de la catégorie III se composaient de la plupart des terres restantes, soit des terres publiques auxquelles toute la population, y compris mais non exclusivement les autochtones, devait avoir accès à toutes fins, dont la chasse, la pêche et le trappage, conformément aux lois et aux règlements ordinaires du Québec.

La Convention établissait aussi des régimes de protection de l'environnement et du milieu social à l'égard du territoire visé. Le chapitre 22 de la Convention portait sur tout le territoire au sud du 55° parallèle et sur quelques terres de catégorie I et II au nord de ce parallèle. Le régime de protection de l'environnement et du milieu social prévu au chapitre 23 s'appliquait à tout le territoire au nord du 55° parallèle à l'exception des terres visées au chapitre 22.

Le présent administrateur fédéral, Raymond Robinson («Robinson») a été nommé par le décret C.P. 1988-1800, en date du 25 août 1988, libellé comme suit (Dossier d'appel, à la page 166):

Sur avis conforme du ministre de l'Environnement et du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et en vertu du sous-alinéa 22.1.1(ii) et l'alinéa 23.1.2 de la Convention de la Baie James et du Nord québécois, il plaît à son Excellence le Gouverneur général en conseil de nommer M. Raymond Robinson, président exécutif du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales, administrateur en matière de compétence fédérale aux fins des articles 22 et 23 de ladite Convention, à titre amovible, en remplacement de M. Gilles Lamoureux.

In recent months the Government of Quebec, the James Bay Corporation and Hydro-Québec have made public their intention to proceed with Phase II of the hydroelectric power development, to be called the Great Whale River Hydroelectric Project, and there has been a calling of tenders for the clearing for, and construction of, an access road. Federal ministers initially took the position that an environmental assessment should precede Phase II but in November 1990 Robinson informed the Cree that he had no mandate to apply a federal environmental assessment. Then, on February 12, 1991, the Government of Canada entered into an agreement with the Government of Quebec excluding the federal environmental impact assessment procedures under sections 22 and 23 of the Agreement. One week later, on February 19, 1991, the native applicants brought this application in the Trial Division to compel Robinson to undertake these environmental assessment procedures.

## I

The case began in the Trial Division as a motion by the respondents/applicants for an order of *mandamus* against the mis-en-cause/respondent Robinson, ordering him as federal administrator to comply with sections 22 and 23 of the Agreement and with the federal Act in regard to the Great Whale River Hydroelectric Project, and specifically to pursue the federal impact assessment and review procedures contemplated by the said sections of the Agreement and by the federal Act, or alternatively to obtain an order of injunction, or other relief ordering him to comply with the said sections and to pursue the said procedures.

On March 13, 1991, Rouleau J. [[1991] 2 F.C. 422] determined that the Trial Division had jurisdiction to entertain the motion for relief, rejecting the preliminary objection of the appellant/intervenor and accepting the position of the respondents/applicants. Robinson, the mis-en-cause/respondent, represented by the Attorney General of Canada, took the same position before Rou-

Au cours des derniers mois, le gouvernement du Québec, la Société de la Baie James et Hydro-Québec ont rendu publique leur intention de procéder à la Phase II du développement du pouvoir hydroélectrique, devant être désignée sous le nom de Projet hydroélectrique de la rivière Grande Baleine et il y a eu appel d'offres pour le déblaiement et la construction d'une voie d'accès. Les ministres fédéraux se sont montrés d'avis à l'origine qu'une évaluation environnementale devrait précéder la Phase II, mais en novembre 1990 Robinson a informé les Cris qu'il n'avait pas mandat de réaliser une évaluation environnementale fédérale. Puis, le 12 février 1991, le gouvernement du Canada a conclu une entente avec le gouvernement du Québec excluant le processus fédéral d'évaluation des répercussions sur l'environnement prévu aux chapitres 22 et 23 de la Convention. Une semaine plus tard, le 19 février 1991, les requérants autochtones ont présenté cette demande auprès de la Section de première instance pour forcer Robinson à entreprendre ce processus d'évaluation environnementale.

## e

## I

L'affaire a débuté devant la Section de première instance par une requête présentée par les intimés/requérants en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* contre le mis en cause/intimé Robinson, lui ordonnant d'observer, en sa qualité d'administrateur fédéral, les chapitres 22 et 23 de la Convention et la Loi fédérale relativement au Projet hydroélectrique de la rivière Grande Baleine, et plus précisément de mettre en œuvre le processus d'évaluation et d'examen des répercussions prévu par lesdits chapitres de la Convention et par la Loi fédérale ou, subsidiairement, les intimés/requérants sollicitaient une injonction ou autre réparation enjoignant à Robinson de se conformer auxdits chapitres et de mettre en œuvre le processus en cause.

Le 13 mars 1991, le juge Rouleau [[1991] 2 C.F. 422] statuait que la Section de première instance était compétente à être saisie de la requête en réparation, rejetant l'objection préliminaire de l'appellant/intervenant et accueillant la position des intimés/requérants. Robinson, le mis en cause/intimé, représenté par le procureur général du Canada, a pris la même position devant le

leau J. as the appellant/intervenor (but made no submission on this appeal).

The Supreme Court of Canada recently restated the essential requirements for a finding of Federal Court jurisdiction in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, as follows:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Rouleau J. found that this matter clearly qualified for Federal Court jurisdiction under conditions 2 and 3 and that only the first condition was subject to question. Before this Court only the first condition was put into issue.

The jurisdiction of the Trial Division is at first blush based on section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, F-7, which is as follows:

**18.** The Trial Division has exclusive original jurisdiction

- (a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and
- (b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

By section 18 a writ of *mandamus* or an injunction may be issued against a "federal board, commission or other tribunal." This phrase is defined in section 2 of the *Federal Court Act*,<sup>2</sup> as follows:

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such

<sup>2</sup> In the *Federal Court Act* as originally passed, S.C. 1970-71-72, c. 1, the same definition was located in s. 2(g), and that reference is sometimes found in the materials of the case at bar.

juge Rouleau que l'appelant/intervenant (mais il n'a présenté aucune observation dans le cadre de cet appel).

La Cour suprême du Canada a récemment formulé de nouveau les conditions essentielles à la compétence de la Cour fédérale dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Rouleau a conclu que cette affaire relevait clairement de la compétence de la Cour fédérale en vertu des conditions 2 et 3 et que seule la première condition laissait place au doute. Et seule la première condition a été mise en question devant cette Cour.

La compétence de la Section de première instance est, à première vue, fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, dont voici le libellé:

**18.** La Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

- a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;
- b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

L'article 18 prévoit la délivrance d'un bref de *mandamus* ou d'injonction contre un «office fédéral». Cette expression est définie comme suit à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>2</sup>:

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un

<sup>2</sup> Dans la *Loi sur la Cour fédérale* telle qu'elle a été adoptée à l'origine, S.C. 1970-71-72, chap. 1, la même définition se trouvait à l'art. 2g), et cette référence se trouve parfois dans la documentation en l'espèce.

person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

The issue, then, comes to be whether Robinson exercised "jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament," the intervenors<sup>3</sup> taking the position that the Agreement is a contract, and not an Act of Parliament, and that the Order in Council by which he was appointed is not a legislative enactment.

The Trial Judge dealt with this issue as follows (at pages 429-432):

The initial submission put forth by the respondents, as well as the intervenors, was to the effect that the statute passed by the Parliament of Canada ratifying the Agreement did not of itself incorporate all terms of the Agreement; was not an enactment and therefore created no federal jurisdiction; it was not a statute, therefore, the appointment of Mr. Robinson, by Order in Council, was not by enactment, and could not clothe this Court with jurisdiction to grant the relief sought. Most counsel relied upon and referred me to a quote from *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. at paragraph 938 in volume 44 and argued that from a reading of what was contained therein, a simple ratification of a contract by Parliament did not have the force and effect of a statute. The following is the quote from Halsbury:

**938. Statutory confirmation of contracts.** Where a contract is confirmed by statute, no objection can be taken as to its validity. It cannot, for example, be challenged for uncertainty or remoteness; nor is it material that it creates a right which could not be created by ordinary contract. It does not follow that, because it is confirmed by statute, a contract has the force and effect of a statute, but the terms in which it is confirmed may show that Parliament intended it to operate as a substantive enactment as if the contract had become part of the statute, and it will certainly have such an operation if the statute in question, in addition to confirming it, expressly requires it to be carried into execution. A contract having substantive effect in this way may accordingly affect persons who are not parties to it.

Most other authorities and jurisprudence relied upon by the respondent as well as the intervenors were irrelevant. The authorities referred to may be summarized as incidents where a specific grant of jurisdiction had been conferred on other bodies or cases where it was clearly determined that the jurisdiction belonged in Provincial Superior courts.

It appears evident and clear to me that counsel has misconstrued the passage. A careful reading would seem to indicate the contrary. In fact it suggests that when the terms of the statute clearly confirm what Parliament intended, and it expressly requires that the terms of the contract be carried into execution, it becomes part of the law. The federal Parliament confirmed the Agreement by statute on the 14th of July 1977,

<sup>3</sup> By this word I mean the appellant, le Procureur général du Québec, and the other intervenor, Hydro-Québec.

groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La question litigieuse tient donc à savoir si Robinson a exercé «une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale», les intervenants<sup>3</sup> se montrant d'avis que la Convention est un contrat, non une loi fédérale, et que le décret qui a nommé Robinson n'est pas un texte législatif.

Le juge de première instance a traité de la question comme suit (aux pages 429 à 432):

Dans leur argument initial, les intimés, ainsi que les intervenants, ont allégué que la loi adoptée par le Parlement du Canada pour ratifier la Convention n'a pas, en soi, incorporé toute la teneur de la Convention, qu'il ne s'agissait pas d'une loi à proprement parler, qu'il n'en est donc découlé aucune compétence fédérale; puisqu'il ne s'agissait pas d'une loi, la nomination de M. Robinson, par décret, n'a donc pas été faite par un texte législatif et cette Cour n'était pas habilitée à accorder la réparation sollicitée. La plupart des avocats ont invoqué et cité à mon intention un extrait de *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., au paragraphe 938, volume 44 pour dire que, en interprétant ce qui y était contenu, la simple ratification d'un contrat par le Parlement n'avait pas la force et l'effet d'une loi. Voici cet extrait:

[TRADUCTION] **938. Confirmation de contrats au moyen d'une loi.** Lorsqu'un contrat est confirmé par une loi, on ne saurait contester sa validité. On ne saurait par exemple le contester pour incertitude ou absence de lien de cause à effet. De même, il importe peu qu'il crée un droit qui ne pourrait normalement procéder des contrats. Il ne s'ensuit pas que, parce qu'il est confirmé par une loi, un contrat a la force et l'effet d'une loi, mais les termes dans lesquels il est confirmé peuvent indiquer que le législateur voulait en faire un texte de droit positif comme si le contrat était devenu partie de la loi, et il aura certainement un tel effet si la loi en question, outre le fait qu'elle le confirme, exige expressément son exécution. Un contrat ayant des effets aussi substantiels peut en conséquence toucher les personnes qui n'y sont pas parties.

La plupart des autres auteurs et précédents invoqués par l'intimé comme par les intervenants n'avaient aucun rapport avec l'espèce. Ces magistrètes portent sur les cas où une compétence spécifique a été attribuée à d'autres organismes comme sur les cas où la compétence revenait inéluctablement aux cours supérieures provinciales.

J'estime que les avocats ont, à l'évidence, mal interprété ce passage. Une lecture attentive semblerait indiquer le contraire. En fait, il laisse entendre que lorsque les termes de la loi confirment clairement ce que le législateur voulait, et que la loi exige expressément l'exécution de la teneur du contrat, ce contrat fait partie de la loi. Le Parlement fédéral a confirmé la

<sup>3</sup> Je désigne par ce mot l'appelant, le procureur général du Québec, et l'autre intervenante, Hydro-Québec.

S.C. 1976-77, c. 32. The opening paragraph of the preamble is as follows:

An Act to approve, give effect to and declare valid certain agreements between the Grand Council of the Crees (of Quebec), the Northern Quebec Inuit Association, the Government of Quebec, la Société d'énergie de la Baie James - la Société de développement de la Baie James, la Commission hydro-électrique de Québec and the Government of Canada and certain other related agreements to which the Government of Canada is a party.

The preamble goes on to explain that the government of Canada has assumed certain obligations under the Agreement respecting the Crees and the Inuit. It relates that it is setting aside, for the native peoples, certain lands for hunting, fishing and trapping in accordance with the established regime; it seeks their active participation in the administration of the Territory; it attempts to safeguard and protect their future and to ensure their involvement in the development of their Territory. It refers to the establishment of laws, regulations and procedures to protect the environment and more particularly, refers to remedial and other measures respecting hydroelectric development.

The preamble goes on to state, that in consideration of the surrender of the native claims to this portion of the territory of Quebec, the government of Canada recognizes and affirms a special responsibility to protect the rights, privileges and benefits given to the native peoples under the Agreement (see e.g. section 3). The Agreement was tabled by the Minister of Indian Affairs and Northern Development and approved and declared valid by Parliament.

Section 13 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] provides that the preamble of a statute shall be read as part of the enactment and is intended to assist in explaining its purport and object.

How then can it be argued that Parliament did not contemplate that the Agreement form part of the statute and the law of Canada? There is no doubt in my mind that Parliament intended the Agreement to operate as a substantive enactment, as if the Agreement had become part of the statute. Parliament appears unequivocal as to its intention and purpose.

I am therefore satisfied that the appointment of the administrator, pursuant to subsection 3(5) of the statute allowing the Governor in Council to make regulations which are necessary for the purpose of carrying out the agreement or for giving effect to any of the provisions thereof, does not arise from a joint provincial/federal authority but exclusively from a federal enactment.

The Order in Council specifies that Mr. Robinson is to be the administrator in matters involving federal jurisdiction for the purpose of sections 22 and 23 of the *James Bay and Northern Quebec Agreement*.

Having concluded that the *James Bay and Northern Quebec Agreement* forms part of the federal statute, Mr. Robinson is thus a person exercising powers conferred by or under an Act of Parliament, and is a "federal board" as specified in paragraph 2(g) of the *Federal Court Act*. I find that I have jurisdiction

Convention par une loi adoptée le 14 juillet 1977, S.C. 1976-77, chap. 32. Voici le paragraphe d'ouverture du préambule:

Loi approuvant, mettant en vigueur et déclarant valides certaines conventions conclues entre le Grand Council of the Crees (of Quebec), la Northern Quebec Inuit Association, le gouvernement du Québec, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James, la Commission hydro-électrique de Québec et le gouvernement du Canada et certaines autres conventions connexes auxquelles est partie le gouvernement du Canada.

Le préambule explique en outre que le gouvernement du Canada a, aux termes de cette Convention, contracté certaines obligations à l'égard des Cris et des Inuit. Il y est dit que la Convention prévoit la mise de côté pour les populations autochtones de certaines terres pour la chasse, la pêche et la trappe en vertu d'un régime établi; il appelle à leur pleine participation à l'administration du Territoire; il tend à protéger et à promouvoir leur avenir et à assurer leur participation au développement de leur territoire. Il fait état de l'établissement d'une législation, d'une réglementation et de procédures destinées à protéger l'environnement et, plus particulièrement, de mesures de correction et autres relatives au développement hydro-électrique.

Le préambule ajoute que, en contrepartie de la remise des revendications autochtones à l'égard de cette partie du territoire du Québec, le gouvernement du Canada reconnaît et affirme une responsabilité particulière à l'égard de la protection des droits, privilèges et avantages que la Convention accorde aux populations autochtones (voir p. ex. l'article (3)). La Convention a été déposée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, approuvée et déclarée valide par le Parlement.

L'article 13 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), chap. I-21] prévoit que le préambule d'une loi fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs.

Comment peut-on prétendre que le Parlement n'a pas prévu que la Convention faisait partie de la loi et du droit du Canada? Je suis certain que le Parlement a voulu faire de la Convention un texte de droit positif, comme si la Convention était devenue partie de la Loi. L'intention du Parlement et la fin qu'il vise semblent sans équivoque.

Je suis donc convaincu que la nomination de l'administrateur, en vertu du paragraphe 3(5) de la Loi, qui autorise le gouverneur en conseil à établir les règlements nécessaires à l'application de la Convention ou de l'une de ses dispositions, ne découle pas d'une autorité fédérale/provinciale conjointe, mais exclusivement d'un texte de loi fédéral.

Le décret précise que M. Robinson doit être l'administrateur relativement aux questions de compétence fédérale aux fins des articles 22 et 23 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*.

Ayant conclu que la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* fait partie de la loi fédérale, j'estime que M. Robinson est une personne qui exerce ses pouvoirs conférés par une loi du Parlement ou en vertu de celle-ci, et est donc un «office fédéral» aux termes de l'alinéa 2g) de la *Loi sur la Cour*

under section 18 of the *Federal Court Act* to entertain the motion for the relief claimed.

Should the above analysis prove to be incorrect, I would suggest that this Court has jurisdiction either under section 44 of the *Federal Court Act* or in exercising its powers for “the better administration of the laws of Canada” (section 101, *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]). We have at bar a federal administrator with no apparent authority having the power to review his acts or omissions. It is well established that federal appointees must be either specifically governed by applicable regulation or subject to some other review mechanism.

In the absence of such a review mechanism, and given that Indian Affairs and the Environment fall under federal jurisdiction, it may well be “just and convenient” for this Court to consider the granting of *mandamus* or an injunction under section 44 of the *Federal Court Act*.

In the case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, it was established that there are 3 essential requirements to determine whether or not this Court has jurisdiction . . . .

There is no doubt that this matter complies with conditions 2 and 3. The question to be answered is “Must there be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament?” Being satisfied that there is a lacuna with respect to the granting of any supervisory role over Mr. Robinson, and unable to envisage any other body capable of exercising the function, I must conclude that jurisdiction to review actions of Mr. Robinson rests with this Court.

In reaching this conclusion, I cannot help but be directed by the words of Dickson C.J. in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, in which courts are directed that “the Sovereign’s intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right”.

I feel a profound sense of duty to respond favourably. Any contrary determination would once again provoke, within the native groups, a sense of victimization by white society and its institutions. This Agreement was signed in good faith for the protection of the Cree and Inuit peoples, not to deprive them of their rights and territories without due consideration. Should I decline jurisdiction, I see no other court of competent jurisdiction able to resolve this issue.

In the submission of the intervenors, which seems to me to be accurately stated, the Trial Judge came to his conclusion on three bases: (1) that the text of the Agreement was given the status of law by the federal Act; (2) that the Order in Council naming Robinson is a regulation made under the authority of subsection 3(5), the regulation-making power of the federal Act; and (3) that

*fédérale*. Je conclus que l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* m’habilite à connaître de la présente requête.

Au cas où l’analyse précédente se révélerait inexacte, je suis d’avis que cette Cour a compétence soit en vertu de l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* soit dans l’exercice de ses pouvoirs pour «la meilleure administration des lois du Canada» (article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]). En l’espèce, nous sommes en présence d’un administrateur fédéral sans qu’il y ait une autorité ayant apparemment le pouvoir de réviser ses actes ou omissions. Il est bien établi que les personnes nommées par le gouvernement fédéral doivent ou bien être expressément régies par une réglementation applicable ou bien être assujetties à un mécanisme de révision.

En l’absence d’un mécanisme de révision de ce genre et étant donné que les Affaires indiennes et l’Environnement relèvent de la compétence fédérale, il est peut-être «juste et opportun» pour cette Cour d’envisager l’octroi d’un *mandamus* ou d’une injonction sous le régime de l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Dans l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, il a été établi qu’il existe trois conditions essentielles pour déterminer si cette Cour a compétence . . . .

Il ne fait pas de doute que l’espèce remplit les conditions 2 et 3. La question à laquelle il faut répondre est «Doit-il y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral?» Étant convaincu qu’il existe une lacune relativement à l’octroi d’un rôle de contrôle sur M. Robinson, et n’étant pas en mesure d’envisager un autre organisme pouvant exercer cette fonction, je dois conclure que cette Cour a compétence pour réviser les actes de M. Robinson.

En tirant cette conclusion, je dois me laisser guider par les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l’affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où les tribunaux ont reçu l’instruction selon laquelle «l’intention du Souverain d’éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse».

Je ressens profondément l’obligation de faire droit à la requête. Toute décision contraire réveillerait chez les peuples autochtones leur sentiment d’être opprimés par la société occidentale et ses institutions. Cette Convention a été signée de bonne foi pour la protection des peuples cris et inuit, non pour les priver indûment de leurs droits et territoires. Viendrais-je à décliner ma compétence, je ne vois pas quel autre tribunal compétent serait en mesure de résoudre cette question.

Selon les observations des intervenants, qui me semblent exactes, le juge de première instance a fondé sa conclusion sur trois assises: (1) le texte de la Convention a reçu de la loi fédérale le statut de loi; (2) le décret nommant Robinson est un règlement pris en application du paragraphe 3(5), soit le pouvoir de réglementation de la Loi fédérale; et (3) toute autre décision laisserait une



any other decision would leave a lacuna in the law, depriving the native peoples of any remedy.

The principal battleground was the first of the Trial Judge's bases for decision. It is undeniably true, as the intervenors stated, that the mechanism for the appointment of an administrator is provided by sections 22 and 23 of the Agreement, and that there are no explicit words in the federal Act with respect to such an appointment.

The intervenors argued that it has never been sufficient for a statute simply to refer to a contract or agreement to make it an integral part of a statute, and referred us to the following authorities: *Canadian Northern Pacific Railway Company v. New Westminster Corporation*, [1917] A.C. 602 (P.C.) (an agreement attached to an Act as a schedule, and said to be taken as if its provisions had been expressly enacted and formed an integral part of the Act, was held to be legislated); *Re City of Toronto and Toronto and York Radial R.W. Co. and County of York* (1918), 42 O.L.R. 545 (App. Div.) (a statute made the privileges and franchises created by an agreement to be existent and valid to the same extent and in the same manner as if set out and enacted as part of the statute, so that the privileges and franchises were held to be legislated); *Winnipeg v. Winnipeg Electric Ry Co.* (1921), 31 Man. R. 131 (C.A.) (a by-law, attached as a schedule to an Act and said to be validated and confirmed in all respects as if it had been enacted by the legislature, was only a by-law and not a part of the Act); *Ottawa Electric Railway Co. v. The City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105 (the Supreme Court split as to whether an agreement was merely made valid as a contract or was to be taken to be the subject of statutory enactment); *Re Carter and the City of Sudbury*, [1949] O.R. 455 (H.C.), at page 460 ("It is not sufficient for the purpose of making a schedule or agreement a part of an Act that words in the Act merely confirm and validate the schedule or agreement"); *Houde v. Quebec Catholic School Commn.*, [1978] 1 S.C.R. 937 (Pigeon J., dissenting—whether an appendix of an Act is less binding than the Act itself depends on the character the legislature gave to this appendix); *P.G. du Québec c. Albert*, [1983] C.S.P. 1017 (Qué.) (Dutil J.—the text of the Agreement in the case at bar is not

lacune dans la loi, privant les autochtones de toute réparation.

La principale divergence d'opinions tenait au premier fondement de la décision du juge. Il est indéniablement vrai, comme l'ont dit les intervenants, que le mécanisme de nomination d'un administrateur est prévu aux chapitres 22 et 23 de la Convention, et que la Loi fédérale ne contient aucune disposition explicite au sujet de cette nomination.

Les intervenants ont soutenu qu'il n'a jamais suffi qu'une loi mentionne simplement un contrat ou une entente pour en faire une partie intégrante de la loi, et ils nous ont renvoyés aux sources suivantes: *Canadian Northern Pacific Railway Company v. New Westminster Corporation*, [1917] A.C. 602 (P.C.) (une entente jointe en annexe à une loi, et dont il était dit qu'elle avait été conclue comme si ses dispositions avaient été expressément édictées et formaient partie intégrante de la Loi, a été déclarée avoir reçu force de loi); *Re City of Toronto and Toronto and York Radial R.W. Co. and County of York* (1918), 42 O.L.R. 545 (Div. App.) (aux termes d'une loi, les privilèges et les droits créés par une entente existaient et étaient valides dans la même mesure et de la même façon que s'ils avaient été énoncés et adoptés comme partie intégrante de la loi, de sorte que ces droits et privilèges étaient tenus pour édictés par une loi); *Winnipeg v. Winnipeg Electric Ry Co.* (1921), 31 Man. R. 131 (C.A.) (un arrêté, joint en annexe à une loi et déclaré être validé et confirmé à tous égards comme s'il avait été adopté par la législature, ne se trouvait être qu'un arrêté et non une partie de la loi); *Ottawa Electric Railway Co. v. The City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105 (la Cour suprême était partagée sur la question de savoir si une entente avait simplement été validée en tant que contrat ou si elle devait être considérée comme ayant été adoptée comme loi); *Re Carter and the City of Sudbury*, [1949] O.R. 455 (H.C.), à la page 460 ([TRADUCTION] «Il ne suffit pas pour qu'une annexe ou une entente fassent partie d'une loi que le libellé de la loi confirme ou sanctionne simplement l'annexe ou l'entente»); *Houde c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1978] 1 R.C.S. 937 (dissidence du juge Pigeon—la question de savoir si l'appendice d'une loi est moins obligatoire que la loi elle-même

part of the text of the provincial law); *P.G. du Québec c. Collier*, [1983] C.S. 366 (Qué.) (Deschênes C.J. agreed with Dutil J.).<sup>4</sup> According to this line of argument, the words of the federal Act in subsection 3(1) are inadequate to render the Agreement a law. Those words read as follows:

3. (1) The Agreement is hereby approved, given effect and declared valid.

Allegedly, they do not even go so far as the words rejected as inadequate for the same purpose in, e.g., the *Winnipeg Electric Ry. Co.* case, *supra*.

The intervenors also drew an analogy with the parliamentary practice of using the phraseology "is approved and has the force of law" in the implementation of treaties with other states. To the extent that this is a terminological argument, it invokes the same considerations as the intervenors' previously stated contention with respect to subsection 3(1) of the federal Act. To the extent that it might be meant to imply that agreements with native peoples have the status of international treaties, I would recall the words of Dickson C.J. in *Simon v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 387, at page 404: "An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law." See also *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at page 1038 *per* Lamer J. (as he then was).

The intervenors also pointed out that, since the signing of the Agreement, ten supplementary agreements modifying the Agreement have been found necessary. Could all of these be said to have been rendered law by the federal Act, even those entered into after that law was passed? How could

<sup>4</sup> The *Albert* and *Collier* judgments were upheld by the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 559, and by the Supreme Court, [1990] 1 S.C.R. 260 without reference to this point. But, to the contrary, see *Chait c. Northern Quebec Inuit Association*, [1986] R.J.Q. 929 (S.C.), where Durand J. held that provisions in the Agreement concerning the Northern Québec Inuit Association were given the force of law by the provincial Act.

dépend du caractère que la législature a donné à l'appendice); *P.G. du Québec c. Albert*, [1983] C.S.P. 1017 (Qué.) (le juge Dutil—le texte de l'entente dans l'espèce ne fait pas partie du texte de la loi provinciale); *P.G. du Québec c. Collier*, [1983] C.S. 366 (Qué.) (le juge en chef Deschênes s'est montré d'accord avec les motifs du juge Dutil)<sup>4</sup>. Selon ce genre d'argument, le libellé de la Loi fédérale au paragraphe 3(1) ne suffit pas à faire de la Convention une loi. Voici le libellé en question:

3. (1) La Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la présente loi.

Ces mots, dit-on, ne vont même pas aussi loin que ceux qui ont été trouvés insuffisants à réaliser le même objet, par exemple dans l'arrêt *Winnipeg Electric Ry. Co.*, précité.

Les intervenants ont aussi établi une analogie entre ces mots et la pratique parlementaire d'employer l'expression «est approuvé et a force de loi» dans la mise à exécution des traités avec les autres États. Dans la mesure où il s'agit d'un argument terminologique, il reprend les mêmes considérations que les intervenants ont invoquées plus haut à l'égard du paragraphe 3(1) de la Loi fédérale. Dans la mesure où cet argument laisserait entendre que les conventions avec les autochtones ont qualité de traités internationaux, je rappellerais les paroles du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Simon c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la page 404: «Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international». Voir aussi *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la page 1038, les motifs du juge Lamer (aujourd'hui juge en chef).

Les intervenants ont aussi souligné que, depuis la signature de la Convention, dix conventions supplémentaires modifiant la Convention ont été jugées nécessaires. Pourrait-on dire que la Loi fédérale a donné à chacune d'elles force de loi, même à celles qui ont été conclues après l'adoption

<sup>4</sup> Les arrêts *Albert* et *Collier* ont été confirmés par la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 559, et par la Cour suprême, [1990] 1 R.C.S. 260 sans qu'il soit fait mention de ce point. Mais, pour une opinion contraire, voir l'arrêt *Chait c. Northern Quebec Inuit Association*, [1986] R.J.Q. 929 (C.S.) dans lequel le juge Durand a statué que les dispositions de la Convention visant la Northern Québec Inuit Association avaient reçu force de loi de la Loi provinciale.

such an open-ended process be embraced by a statute so as to make all the subsequent amendments to the Agreement law?

Finally, it was argued that, since the Agreement relates to the jurisdiction of both federal and provincial authorities, neither one by itself could render the Agreement law. Parliament must be presumed to intend to legislate only within its jurisdiction, and so could not be supposed to legislate so as to make the Agreement law.

It was sought to support and amplify this point by reference to the amendment provisions found in many sections of the Agreement. The following, sub-section 5.6, is typical (Agreement, at page 71):

#### 5.6 Legislation

The provisions of this Section can only be amended with the consent of Canada and the interested Native party, in matters of federal jurisdiction, and with the consent of Québec and the interested Native party, in matters of provincial jurisdiction.

Legislation enacted to give effect to the provisions of this Section may be amended from time to time by the National Assembly of Québec in matters of provincial jurisdiction, and by Parliament in matters of federal jurisdiction.

Taking this argument first, I must say that I cannot see how such provisions further the intervenors' position, except in the sense that neither Canada nor Quebec could purport on their own to make the whole Agreement law, by, e.g., appending it as a schedule to their Act and hence, arguably, incorporating the whole into their legislative corpus. As far as I can see, neither legislature has attempted to do any such thing. The real question is as to the true relationship between the Agreement and the federal and provincial Acts.

The respondents asserted the contrary of the intervenors in all respects. However, they also adopted the alternative strategy of not so much meeting the onslaught of the intervenors head-on, as turning its flank. In this respect they stated the issue to be, not that the Agreement was legislated by Parliament as a whole (to the extent of federal legislative jurisdiction) through the federal Act,

de cette loi? Comment un tel processus non limitatif pourrait-il être englobé par une loi de façon à donner qualité de loi à toutes les modifications apportées par la suite à la Convention?

<sup>a</sup> Finalement, on a soutenu que, puisque la Convention concerne la compétence des instances fédérale et provinciale, ni l'une ni l'autre ne pouvait, à elle seule, donner force de loi à la Convention. On doit présumer que le législateur entend légiférer <sup>b</sup> seulement dans les limites de sa compétence, et donc qu'il ne saurait être censé légiférer de façon à donner à la Convention force de loi.

<sup>c</sup> On a tenté d'étayer et de développer ce point en renvoyant aux dispositions de plusieurs articles de la Convention qui traitent des modifications. L'article 5.6 qui suit est typique (Convention, à la page 78):

#### 5.6 Législation

<sup>d</sup> Les dispositions du présent chapitre ne peuvent être amendées qu'avec le consentement du Canada et de la partie autochtone intéressée, pour les matières relevant de la compétence fédérale et qu'avec le consentement du Québec et de la partie autochtone intéressée pour les matières relevant de la compétence provinciale.

<sup>e</sup> Les lois adoptées pour mettre en vigueur les dispositions du présent chapitre peuvent être modifiées en tout temps par l'Assemblée nationale du Québec, pour les matières relevant de la compétence provinciale et par le Parlement pour les matières relevant de la compétence fédérale.

<sup>f</sup> Pour traiter tout d'abord de cet argument, je dois me dire incapable de voir comment de telles dispositions favorisent le point de vue des intervenants, sauf en ce sens que ni le Canada ni le <sup>g</sup> Québec ne saurait prétendre à lui seul donner force de loi à l'ensemble de la Convention, par exemple en l'ajoutant à sa Loi comme annexe et donc, pourrait-on prétendre, en incorporant le tout dans sa législation. Autant que je puisse voir, ni <sup>h</sup> l'une ni l'autre législature n'a tenté d'agir de la sorte. La véritable question porte sur le véritable rapport entre la Convention et les Lois fédérales et provinciales.

<sup>i</sup> Les intimés ont soutenu le contraire des intervenants à tous égards. Ils ont toutefois adopté une stratégie subsidiaire qui consiste non pas tellement à faire face à l'attaque des intervenants qu'à la prendre de flanc. Autrement dit, ils ont déclaré que la question ne tenait pas à ce que la Convention ait été adoptée comme loi dans son ensemble <sup>j</sup> par le Parlement (dans la mesure où s'exerce la

but rather that it nevertheless received the whole of its legal validity through the federal Act, not on its own as a contract. It is this approach that I wish to pursue, by looking initially to the Agreement rather than to the federal Act as a background to the intention of Parliament in the federal Act itself.

## II

The last of the recitals to the Agreement reads as follows (Agreement, at page 2):

WHEREAS it is appropriate that it be recommended to Parliament and to the National Assembly of Québec that the agreement herein set forth (hereinafter referred to as the "Agreement") be approved and given effect to by suitable legislation.

Following on from that, the heart of the legal regime contemplated by the Agreement is found in section 2, the relevant provisions of which are the following [at pages 5-12]:

### Section 2 Principal Provisions

2.1 In consideration of the rights and benefits herein set forth in favour of the James Bay Crees and the Inuit of Québec, the James Bay Crees and the Inuit of Québec hereby cede, release, surrender and convey all their Native claims, rights, titles and interests, whatever they may be, in and to land in the Territory and in Québec, and Québec and Canada accept such surrender.

2.2 Québec and Canada, the James Bay Energy Corporation, the James Bay Development Corporation and the Québec Hydro-Electric Commission (Hydro-Québec), to the extent of their respective obligations as set forth herein, hereby give, grant, recognize and provide to the James Bay Crees and the Inuit of Québec the rights, privileges and benefits specified herein, the whole in consideration of the said cession, release, surrender and conveyance mentioned in paragraph 2.1 hereof.

Canada hereby approves of and consents to the Agreement and undertakes, to the extent of its obligations herein, to give, grant, recognize and provide to the James Bay Crees and the Inuit of Québec their rights, privileges and benefits herein.

2.5 Canada and Québec shall recommend to the Parliament of Canada and to the National Assembly of Québec respectively, forthwith upon the execution of the Agreement, suitable legislation to approve, to give effect to and to declare valid the Agreement and to protect, safeguard and maintain the rights and obligations contained in the Agreement. Canada and Québec undertake that the legislation which will be so recommended

compétence législative fédérale) par le biais de la Loi fédérale, mais plutôt à ce qu'elle tienne néanmoins la totalité de sa validité de la Loi fédérale, et non d'elle-même en tant que contrat. C'est ce point de vue auquel je veux m'attacher, en considérant tout d'abord la Convention plutôt que la Loi fédérale pour découvrir l'intention du législateur dans la Loi fédérale elle-même.

## II

Le dernier attendu de la Convention est libellé comme suit (la Convention, à la page 2):

ATTENDU QU'il est opportun de recommander au Parlement et à l'Assemblée nationale du Québec que la présente Convention (ci-après désignée par le terme «Convention») soit approuvée et qu'elle soit mise en vigueur par une législation appropriée.

Immédiatement après cela, on trouve l'essentiel du régime légal envisagé par la Convention au chapitre 2, dont voici les dispositions pertinentes [aux pages 6 à 14]:

2.1 En considération des droits et des avantages accordés aux présentes aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec, les Cris de la Baie James et les Inuit du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec, et le Québec et le Canada acceptent cette cession.

2.2 Par les présentes et dans la mesure de leurs obligations respectives y énoncées, le Québec et le Canada, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James et la Commission hydroélectrique de Québec (Hydro-Québec) donnent, accordent, reconnaissent et fournissent aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec les droits, privilèges et avantages mentionnés aux présentes, le tout en considération des abandon, cession, renonciation et transport mentionnés à l'article 2.1 des présentes.

Le Canada donne, par les présentes, son assentiment et son consentement à la présente Convention et s'engage, dans la mesure de ses obligations énoncées aux présentes, à donner, accorder, reconnaître et fournir aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec les droits, privilèges et avantages mentionnés aux présentes.

2.5 Dès la signature de la Convention, le Canada et le Québec doivent recommander respectivement au Parlement du Canada et à l'Assemblée nationale du Québec une législation appropriée pour approuver la Convention, la mettre en vigueur et la déclarer valide, et pour protéger, sauvegarder et maintenir les droits et obligations énoncés dans la Convention. Le Canada et le Québec s'engagent à ce que la législation ainsi recom-

will not impair the substance of the rights, undertakings and obligations provided for in the Agreement.

Both the federal and provincial legislation approving and giving effect to and declaring valid the Agreement, if adopted, shall provide that, where there is an inconsistency or conflict between such legislation and the provisions of any other federal or provincial law, as the case may be, applicable to the Territory, the former legislation shall prevail to the extent of such inconsistency or conflict. Canada and Québec acknowledge that the rights and benefits of the Indians and Inuit of the Territory shall be as set forth in the Agreement and agree to recommend that the federal and provincial legislation approving, giving effect and declaring valid the Agreement will provide for the repeal of Sub-Sections c), d) and e) of Section 2 of the federal Québec Boundaries Extension Act, 1912, and of the same Sub-Sections of Section 2 of the Schedule to the provincial Québec boundaries extension act, 1912.

The provincial legislation approving, giving effect to and declaring valid the Agreement shall allocate lands in the manner set forth in the Agreement, notwithstanding any other provincial laws or regulations.

- 2.6 The federal legislation approving, giving effect to and declaring valid the Agreement shall extinguish all native claims, rights, title and interests of all Indians and all Inuit in and to the Territory and the native claims, rights, title and interests of the Inuit of Port Burwell in Canada, whatever they may be.
- 2.7 During the Transitional Period of two (2) years referred to herein, Canada and Québec shall to the extent of their respective obligations, take the measures necessary to put into force, with effect from the date of execution of the Agreement, the Transitional Measures referred to in the Agreement.

Except for such Transitional Measures, the Agreement shall come into force and shall bind the Parties on the date when both the federal and provincial laws respectively approving, giving effect to and declaring valid the Agreement are in force.

Upon the coming into force of the said federal and provincial legislation the Transitional Measures shall be replaced by all the other provisions of this Agreement. All acts done by the Parties in virtue of the said Transitional Measures shall then be deemed to have been ratified by all the Parties hereto.

- 2.9.8 In the event that the legislation referred to in paragraph 2.5 hereof does not come into force within a period of two (2) years from the execution of the Agreement then, notwithstanding the Transitional Measures herein specified, nothing in the Agreement shall be construed as imposing any obligation upon Québec or Canada to continue any or all of the Transitional Measures or any other obligation or undertaking referred to elsewhere in the Agreement. Nevertheless, Québec and Canada, to the extent of their respective undertakings, agree to assume and implement the Transitional Measures pro-

mandée ne modifie en rien la substance des droits, engagements et obligations prévus à la Convention.

La législation fédérale et provinciale visant à approuver la Convention, à la mettre en vigueur et à la déclarer valide, si elle est adoptée, doit stipuler qu'en cas d'incompatibilité ou de conflit entre cette législation et les dispositions de toute autre loi fédérale ou provinciale, selon le cas, s'appliquant au Territoire, ladite législation a prépondérance dans la mesure de cette incompatibilité ou de ce conflit. Le Canada et le Québec reconnaissent que les droits et avantages des Indiens et des Inuit du Territoire sont tels qu'énoncés dans la Convention, et acceptent de recommander que la législation fédérale et provinciale approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide abroge les paragraphes c), d) et e) de l'article 2 de la loi fédérale de l'extension des frontières du Québec, 1912, et les mêmes paragraphes de l'article 2 de la CÉDULE de la loi provinciale de l'extension des frontières du Québec, 1912.

La législation approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide doit attribuer les terres de la manière indiquée dans la Convention, nonobstant toute autre loi ou tout autre règlement provincial.

- 2.6 La législation approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide doit éteindre tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, de tous les Indiens et de tous les Inuit aux terres et dans les terres du Territoire et les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient au Canada, des Inuit de Port Burwell.
- 2.7 Pendant la période de transition de deux (2) ans mentionnée aux présentes, le Canada et le Québec doivent prendre, dans la mesure de leurs obligations respectives, les mesures nécessaires pour mettre en vigueur, à effet de la date de la signature de la Convention, les dispositions transitoires dont il est fait mention dans la Convention.

À l'exception de ces dispositions transitoires, la Convention entre en vigueur et lie les parties à la date à laquelle les lois fédérales et provinciales approuvant respectivement la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide sont toutes deux en vigueur.

Dès l'entrée en vigueur des lois fédérales et provinciales, les dispositions transitoires sont remplacées par toutes les autres dispositions de la Convention. Tous les actes faits par les parties en vertu desdites dispositions transitoires sont alors considérés comme ayant été ratifiés par toutes les parties aux présentes.

- 2.9.8 Si la législation mentionnée à l'article 2.5 des présentes n'entre pas en vigueur dans les deux (2) ans de la signature de la Convention, alors, nonobstant les Dispositions transitoires précisées aux présentes, aucune stipulation contenue dans la Convention ne saurait être interprétée comme l'imposition d'une obligation pour le Québec ou le Canada de continuer d'appliquer, en tout ou en partie, les Dispositions transitoires ou de prolonger tout autre obligation ou engagement mentionné ailleurs dans la Convention. Toutefois, le Québec et le Canada, dans la limite de leurs engagements respectifs,

vided for herein and the Crees, the Inuit of Québec and the Inuit of Port Burwell have accepted same on the basis that suitable legislation shall be adopted to put the Agreement into force and effect.

2.9.9 The Transitional Period may be extended by consent of all Parties.

2.15 The Agreement may be, from time to time, amended or modified in the manner provided in the Agreement, or in the absence of such provision, with the consent of all the Parties. Whenever for the purposes of, or pursuant to, the Agreement, unless otherwise expressly specified, consent is required in order to amend or modify any of the terms and conditions of the Agreement, such consent may be given on behalf of the Native people by the interested Native parties.

2.16 The Agreement shall, within four months from the date of execution, and in a manner satisfactory to Canada, be submitted to the Inuit and the Crees for purposes of consultation and confirmation. The Transitional Measures provided for herein and the provisions of Sub Sections 25.5 and 25.6 shall take effect only from the time of such confirmation but retroactive to the date of the execution of the Agreement.

2.17 Canada and Québec shall recommend that legislative effect be given to the Agreement by Parliament and the National Assembly, subject to the terms of the Agreement and the legislative jurisdiction of Parliament and the National Assembly.

I find it patent from these provisions that the Agreement was intended to have legal effect as a contract only for the transitional period of a maximum of two years (unless extended by the consent of all the parties). After the transitional period “nothing in the Agreement shall be construed as imposing any obligation upon Quebec or Canada to continue any or all of the Transitional Measures or any other obligation or undertaking referred to elsewhere in the Agreement.”

In other words, apart from these transitional measures, the Agreement was not intended to have any effect as a contract. What was intended was that it should be legislated into effect: “the Agreement shall come into force and shall bind the Parties on the date when both the federal and provincial laws respectively approving, giving effect to and declaring valid the Agreement are in force” (emphasis added). In other words it is to be a legislated contract, one that derives all of its

conviennent de prendre en charge et d'appliquer les Dispositions transitoires stipulées aux présentes, et les Cris, les Inuit du Québec et les Inuit de Port Burwell ont convenu de même en tenant pour acquise l'adoption d'une législation appropriée donnant plein effet à la Convention.

*a* 2.9.9 La période de transition peut être prolongée par consentement des parties.

*b* 2.15 La Convention peut être amendée ou modifiée en tout temps, selon les dispositions y prévues à cet effet ou, à défaut, avec le consentement de toutes les parties. Si, aux fins de la Convention ou en vertu de cette dernière, il est requis un consentement pour amender ou modifier les conditions de la Convention, ce consentement peut être donné par les parties autochtones intéressées au nom des autochtones, sauf stipulation contraire expresse des présentes.

*c* 2.16 Dans les quatre(4) mois suivant la signature de la Convention, celle-ci devra être soumise aux Cris et aux Inuit à des fins de consultation et de confirmation et ce, d'une façon qui soit acceptable au Canada. Les mesures transitoires prévues aux présentes et les dispositions des articles 25.5 et 25.6 ne prendront effet qu'à compter de la date de cette confirmation mais elles seront rétroactives à la date de la signature de la Convention.

*d* 2.17 Le Canada et le Québec doivent recommander que le Parlement et l'Assemblée nationale donnent effet à la Convention par voie législative sous réserve des conditions de la Convention et de la compétence législative du Parlement et de l'Assemblée nationale.

*e* J'estime qu'il ressort à l'évidence de ces dispositions que la Convention n'était censée avoir un effet juridique en tant que contrat que durant la période de transition d'au plus deux ans (sauf prorogation par consentement de toutes les parties). Après la période de transition «aucune stipulation contenue dans la Convention ne saurait être interprétée comme l'imposition d'une obligation pour le Québec ou le Canada de continuer d'appliquer, en tout ou en partie, les Dispositions transitoires ou de prolonger tout autre obligation ou engagement mentionné ailleurs dans la Convention».

*f* En d'autres termes, à l'exception de ces dispositions transitoires, la Convention n'était pas censée avoir le moindre effet comme contrat. L'intention était qu'elle soit mise en vigueur par une loi: «la Convention entre en vigueur et lie les parties à la date à laquelle les lois fédérales et provinciales approuvant respectivement la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide sont toutes deux en vigueur» (je souligne). Autrement dit, ce doit être un contrat ayant reçu force de loi, qui tire

legal force even as a contract from the laws which are to give it effect and validity. There is, moreover, no confusion of jurisdiction, since both Canada and Quebec are to legislate "subject to . . . the legislative jurisdiction of Parliament and the National Assembly." It matters not whether the validating legislation is a single Act by each of Parliament and the National Assembly or a congeries of legislation.

The legislative rather than purely contractual character of the Agreement is also evident from sections 22 and 23, the provisions which are of direct relevance in this case. In paragraph 22.2.4 the guiding principles for the governments and their agencies include not only those relating to native people or lands, but all people and all lands (Agreement, at pages 311-312):

22.2.4 The responsible governments and the agencies created in virtue of this Section shall within the limits of their respective jurisdictions or functions as the case may be give due consideration to the following guiding principles:

- g) The rights and interests of non-Native people, whatever they may be;
- h) The right to develop by persons acting lawfully in the Territory;

Moreover, paragraph 22.5.1 (Agreement, at page 317) provides that "[a]ll developments listed in Schedule 1 shall automatically be subject to the impact assessment and review procedures provided for herein." Schedule 1 to section 22 sets out such developments in general terms clearly intended to be applicable to third party projects (Agreement, at pages 327-328):

#### Future Developments Automatically Subject to Assessment

1. All New Major Mining Operations Excluding Explorations.
2. Siting and Operation of Major Sand and Gravel Pits and of Quarries.
3. Energy Production:
  - a) Hydro-electric power plants and their associated works.
  - b) Storage and water supply reservoirs.
  - c) Transmission lines of 75 kilovolts and above.
  - d) Extraction and processing of energy yielding materials.
- e) Fossil-fuel fired power generating plants above three thousand (3,000) kilowatts.
4. Forestry and Agriculture:

son plein effet juridique même comme contrat des lois qui doivent lui donner force et validité. De plus, il n'y a aucune confusion de compétence, puisque tant le Canada que le Québec doivent légiférer «sous réserve . . . de la compétence législative du Parlement et de l'Assemblée nationale». Il importe peu que la loi portant validation soit une loi unique aussi bien du Parlement que de l'Assemblée nationale ou un ensemble de lois.

Le caractère législatif plutôt que purement contractuel de la Convention ressort aussi des chapitres 22 et 23, les dispositions directement pertinentes en l'espèce. À l'alinéa 22.2.4 les principes directeurs à l'intention des gouvernements et de leurs organismes visent non seulement les peuples et les terres autochtones, mais aussi toutes les personnes et toutes les terres (la Convention aux pages 329 et 330):

22.2.4 Les gouvernements responsables et les organismes créés en vertu du présent chapitre, dans le cadre de leur compétence ou de leurs fonctions respectives selon le cas, accordent une attention particulière aux principes directeurs suivants:

- g) les droits et les intérêts, quels qu'ils soient, des non-autochtones,
- h) le droit de procéder au développement qu'ont les personnes agissant légitimement dans le Territoire,

De plus, l'alinéa 22.5.1 (la Convention, à la page 335) prévoit que [t]ous les développements énumérés à l'Annexe 1 sont automatiquement assujettis aux processus d'évaluation et d'examen des répercussions prévus dans les présentes. L'Annexe 1 du chapitre 22 énonce ces développements en termes généraux qui sont clairement destinés à s'appliquer aux projets de tiers (la Convention à la page 345):

#### Développements futurs automatiquement soumis au processus d'évaluation.

1. Toute nouvelle exploitation minière importante excluant l'exploration.
2. L'emplacement et l'exploitation d'importants bancs d'emprunt, de carrières de sable, de gravier et d'autres carrières.
3. Production d'énergie:
  - (a) Centrales hydroélectriques et ouvrages connexes.
  - (b) Réservoirs d'emmagasinage et bassins de retenue d'eau.
  - (c) Lignes de transport à 75 kV et plus.
  - (d) Extraction et traitement de matières productrices d'énergie.
  - (e) Centrales thermiques alimentées en combustibles fossiles, d'une capacité de trois mille (3 000) kW.
4. Exploitations sylvicole et agricole:

- a) Major access roads built for extraction of forest products.
- b) Pulp and paper mills or other forestry plants.
- c) In general, any significant change in land use substantially affecting more than 25 square miles.

5. Community and Municipal Services:

- a) new major sewage and waste water collection and disposal systems.
- b) solid waste collection and disposal, including land fill and incineration.
- c) proposals for parks, wilderness areas, ecological reserves or other similar land classifications.
- d) new outfitting facilities for more than thirty (30) persons, including networks of outpost camps.
- e) new communities or significant expansion of existing communities.

6. Transportation:

- a) access roads to and near Native communities.
- b) port and harbour facilities.
- c) airports.
- d) railroads.
- e) road infrastructure for new development.
- f) pipelines.
- g) dredging operations for navigation improvements.

There is a companion list in Schedule 2 to section 22 for future development (again set forth in general categories) which is exempt from the requirement for impact assessment.

The scheme of section 23 is similar in its relevant aspects.

When, with this understanding of the Agreement, we now approach the federal Act, it becomes obvious that Parliament's intention was, not to incorporate the Agreement as a part of the law in the narrow sense, but more broadly to give it its very legal definition, effect and validity. Following a recital that "it is expedient that Parliament approve, give effect to and declare valid the Agreement," section 3 of the Act makes the Agreement law:

3. (1) The Agreement is hereby approved, given effect and declared valid.

(2) Upon the extinguishment of the native claims, rights, title and interests referred to in subsection (3), the beneficiaries under the Agreement shall have the rights, privileges and benefits set out in the Agreement.

(3) All native claims, rights, title and interests, whatever they may be, in and to the Territory, of all Indians and all Inuit, wherever they may be, are hereby extinguished, but

(a) Grandes routes d'accès construites pour l'exploitation des forêts.

(b) Usines de pâte et de papier ou autres usines reliées aux activités forestières.

*a* (c) En général, tout changement appréciable dans l'utilisation des terres qui influe de façon sensible sur une superficie de plus de vingt-cinq milles carrés (25 mi<sup>2</sup>).

5. Services communautaires et municipaux:

(a) Nouveaux et importants systèmes de captage et d'évacuation des eaux usées domestiques.

*b* (b) Collecte des déchets solides et leur disposition, y compris l'enfouissement sanitaire et l'incinération.

(c) Projets de parcs, de réserves intégrales, de réserves écologiques ou d'autres utilisations similaires des terres.

(d) Nouvelles pourvoiries pour plus de trente (30) personnes, y compris les réseaux d'avant-postes.

*c* (e) Nouvelles localités ou expansion appréciable des localités existantes.

6. Transport:

(a) Routes d'accès aux localités autochtones et avoisinantes à celles-ci.

*d* (b) Installations portuaires.

(c) Aéroports.

(d) Chemins de fer

(e) Infrastructure routière en vue de nouveaux développements.

(f) Pipelines.

*e* (g) Travaux de dragage pour l'amélioration de la navigation.

*f* Il existe à l'Annexe 2 du chapitre 22 une autre liste qui a trait aux développements futurs (eux aussi énumérés en catégories générales) et qui n'est pas soumise à l'évaluation des répercussions.

L'économie du chapitre 23 est semblable en ce qui concerne ses aspects pertinents.

*g* Lorsque, dans cette optique de la Convention, nous nous penchons alors sur la Loi fédérale, il devient évident que l'intention du législateur était non pas d'englober la Convention comme partie de la loi au sens étroit, mais de façon plus étendue de lui donner son caractère, son effet et sa validité en tant que loi. Après la formule selon laquelle «il y a lieu pour le Parlement d'approuver, de mettre en vigueur et de déclarer valide la Convention», l'article 3 de la Loi donne à la Convention force de loi:

*i* 3. (1) La Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la présente loi.

(2) Les bénéficiaires aux termes de la Convention ont, à compter de l'extinction des revendications, droits, titres et intérêts autochtones visés au paragraphe (3), les droits, privilèges et avantages qu'elle prévoit.

*j* (3) La présente loi éteint tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire, de tous les Indiens et de tous les Inuit, où



nothing in this Act prejudices the rights of such persons as Canadian citizens and they shall continue to be entitled to all of the rights and benefits of all other citizens as well as to those resulting from the *Indian Act*, where applicable, and from other legislation applicable to them from time to time.

(4) The total amount mentioned in subsection 25.3 of the Agreement as monetary compensation and all the other sums mentioned in that subsection are exempt from taxation in the manner and to the extent set out in that subsection.

(5) The Governor in Council may make such regulations as are necessary for the purpose of carrying out the Agreement or for giving effect to any of the provisions thereof.

As I see it, section 3 of the federal Act is thus of a piece with the Agreement. It does by law precisely what the Agreement calls for and requires, as the condition of its own validity.

I cannot accept the argument of the intervenors that subsections (3) and (4) would be superfluous if the Agreement itself were to have the force of law. The thrust of subsection 3(3) is not only to extinguish rights but also to continue rights and subsection 3(4) is necessary legislation for taxation purposes. Indeed, the form of paragraph 25.3.1 of the Agreement itself calls for legislative implementation (Agreement, at page 400):

25.3.1 The Governments of Canada and Québec shall recommend to the Parliament of Canada and the Québec National Assembly, respectively, as part of the proposed legislation that will incorporate and confirm the provisions of the Agreement, that the . . . monetary compensation . . . to be paid to the James Bay Crees and the Inuit of Québec, shall be exempt from all forms of taxation in respect of the said capital amounts . . .

It is also revelatory that this clause of the Agreement refers to the legislation as “incorporating” the provisions of the Agreement.

Sections 22 and 23 of the Agreement authorize the appointments of both federal and provincial administrators. By sub-paragraph 22.1.1(ii) Administrator is said to mean [at page 310] “in the case of matters involving federal jurisdiction, any person or persons authorized from time to

qu'ils soient, mais rien dans la présente loi ne porte atteinte aux droits de telles personnes en tant que citoyens canadiens et celles-ci continuent de bénéficier des mêmes droits et avantages que tous les autres citoyens, et de ceux prévus dans la *Loi sur les Indiens*, telle qu'applicable, et dans toute autre loi qui les vise en tout temps.

(4) L'indemnité globale ainsi que toutes les sommes visées au paragraphe 25.3 de la Convention sont exemptes d'impôt suivant les modalités prévues audit paragraphe.

(5) Le gouverneur en conseil peut établir les règlements nécessaires à l'application de la Convention ou de l'une de ses dispositions.

À mon sens, l'article 3 de la Loi fédérale ne fait qu'un avec la Convention. Il accomplit au moyen de la loi précisément ce que demande et exige la Convention, comme condition de sa propre validité.

Je ne puis accueillir l'argument des intervenants selon lequel les paragraphes (3) et (4) seraient superflus si la Convention elle-même devait avoir force de loi. L'objet principal du paragraphe 3(3) n'est pas seulement l'extinction de droits mais aussi le maintien de droits, et le paragraphe 3(4) est une disposition législative nécessaire a des fins fiscales. De fait, la forme même de l'alinéa 25.3.1 de la Convention réclame la mise en application législative (la Convention, à la page 422):

25.3.1 Le Canada et le Québec devront recommander au Parlement du Canada et à l'Assemblée nationale du Québec respectivement, dans le cadre de la législation envisagée qui englobera et confirmera les dispositions de la Convention, que les . . . indemnités pécuniaires . . . à verser aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec, soient exempts de toute forme d'imposition pour ce qui est desdits montants . . .

Il est aussi révélateur que cette clause de la Convention dit de la loi qu'elle «englobera» les dispositions de la Convention.

Les chapitres 22 et 23 de la Convention autorisent la nomination des administrateurs fédéral et provincial. Le sous-alinéa 22.1.1(ii) donne de l'administrateur la définition suivante [à la page 328]: «toute(s) personne(s) autorisée(s) en tout temps

time by the Governor in Council<sup>5</sup> to exercise functions described in this Section.” Similarly paragraph 23.1.2 reads [at page 335]:

23.1.2 In the case of matters respecting federal jurisdiction, “Administrator” or “Federal Administrator” means the Federal Minister of Environment or any other person or persons authorized from time to time by the Governor in Council to exercise functions described in this Section;

Order in Council P.C. 1988-1800, set out above, appointing Robinson the present Administrator “in the case of matters involving federal jurisdiction”, was thus nominally made, as is stated in the Order in Council, “pursuant to sub-paragraph 22.1.1(ii) and paragraph 23.1.2” of the Agreement.

The intervenors argued that, because the Order in Council was not a regulation made under subsection 3(5) of the federal Act, and because it specified sections 22 and 23 of the Agreement as its authority, Robinson was not a “federal board, commission or other tribunal.” In fact, it was said, the Order in Council could not be a regulation since it lacked the generality and impersonality of a legislative norm and was merely an individual decision. The respondents, on the other hand, contended that Robinson’s appointment was made not by the Government of Canada as a contracting party under the Agreement but by the Governor in Council, acting legislatively. They also argued that, in any event, his document of appointment is not the same as his source of jurisdiction or power. Section 2 of the *Federal Court Act* thus requires, not that he be appointed by or under an Act of Parliament, but that the jurisdiction or powers exercised by him be conferred on him by or under an Act of Parliament. I find this alternative persuasive.

Both sides freely cited the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 and the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. In my opinion it does not matter whether or not P.C. 1988-1800 is

<sup>5</sup> The French text of the Agreement reads «par le lieutenant-gouverneur en conseil», but the fact that sub-para. 22.1.1(i) has already dealt with the Administrator “in the case of matters respecting provincial jurisdiction,” as well as the rest of the context (e.g. the use of “Administrator” in para. 22.6.5) indicate that the English text is the correct one.

par le lieutenant-gouverneur en conseil<sup>5</sup> à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence fédérale». De la même façon, l’alinéa 23.1.2 dit ce qui suit [à la page 352]:

23.1.2 «administrateur» ou «administrateur fédéral», le ministre fédéral de l’Environnement ou toute(s) autre(s) personne(s) autorisée(s) en tout temps par le gouverneur en conseil à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence fédérale;

Le décret C.P. 1988-1800, cité plus haut, qui nomme Robinson l’administrateur actuel «en matière de compétence fédérale», est donc explicitement pris, comme le dit le décret, «en vertu du sous-alinéa 22.1.1(ii) et de l’alinéa 23.1.2» de la Convention.

Les intervenants ont soutenu que parce que le décret n’était pas un règlement pris en vertu du paragraphe 3(5) de la Loi fédérale, et parce qu’il précisait tirer son autorité des chapitres 22 et 23 de la Convention, Robinson n’était pas un «office fédéral». De fait, a-t-on dit, le décret ne saurait être un règlement puisqu’il était dépourvu du caractère général et impersonnel d’une norme législative et qu’il était simplement une décision individuelle. D’autre part, les intimés ont affirmé que la nomination de Robinson avait été faite non par le gouvernement du Canada en qualité de partie contractante en vertu de la Convention, mais par le gouverneur en conseil agissant législativement. Ils ont aussi fait valoir que, en tout état de cause, le document constatant sa nomination ne doit pas être confondu avec la source de sa compétence ou de ses pouvoirs. L’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* exige donc non pas que sa nomination soit prévue par une loi fédérale, mais que la compétence ou les pouvoirs qu’il exerce soient prévus par une loi fédérale. Je trouve cette distinction convaincante.

Les deux parties ont cité libéralement la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), chap. S-22 et la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21. À mon sens, il importe peu que

<sup>5</sup> La version anglaise de la Convention se lit «by the Governor in Council» et le fait que le sous-al. 22.1.1(i) a déjà traité de l’administrateur «en matière de compétence provinciale», ainsi que le reste du contexte (par exemple, l’usage du mot «administrateur» à l’al. 22.6.5) indiquent que la version anglaise est correcte.

a a regulation as defined in these Acts. All that matters is the source of the Administrator's power, once appointed. Hence, regardless of the characterization of the Order in Council in question, the Administrator is a "federal board" for the purposes of sections 2 and 18 of the *Federal Court Act* in that his powers under the Agreement are conferred on him by the federal Act rather than by the Agreement itself. In this respect his powers are of a piece with everything else in the Agreement: they derive from the federal Act.

### III

The intervenors maintained that three authorities make it clear that the Administrator cannot be "a federal board": *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1975] 1 S.C.R. 118; *Rogers v. National Harbours Board*, [1979] 1 F.C. 90 (C.A.); *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.). In my view all are distinguishable on the facts.

In the *Association* case, where the issue concerned an award made by a board of arbitration appointed under a collective agreement, Laskin J. (as he then was), on this point speaking for the Court, said (at page 134):

I cannot regard the bare direction [in the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 152, s. 19] for a provision for final settlement of all differences as to the meaning or violation of the terms of a collective agreement as bringing any instrument for such settlement, be it a board of arbitration as in this case or some other agency, within the category of the public tribunals which are envisaged by the definition in s. 2(g).

The relationship between the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act* [R.S.C. 1952, c. 152] and the particular collective agreement under which the board of arbitration was mandated was obviously very different from that between the federal Act and the Agreement in the case at bar, possessing none of the intimate linkage outlined above.

*Rogers* was concerned with the relationship between a collective agreement and the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (the successor

le décret C.P. 1988-1800 soit ou non un règlement tel que défini dans ces Lois. Tout ce qui compte, c'est la source des pouvoirs de l'administrateur, une fois nommé. Ainsi, indépendamment de la qualification du décret en question, l'administrateur est un «office fédéral» aux fins des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* en ce sens que les pouvoirs qu'il tient de la Convention lui sont conférés par la Loi fédérale plutôt que par la Convention elle-même. À cet égard, ses pouvoirs font un avec tout le reste de la Convention: ils procèdent de la Loi fédérale.

### III

Les intervenants soutiennent que trois arrêts montrent clairement que l'administrateur ne peut être «un office fédéral»: *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada (SCFP-CTC) c. La Société Radio-Canada*, [1975] 1 R.C.S. 118; *Rogers c. Le Conseil des ports nationaux*, [1979] 1 C.F. 90 (C.A.); *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.). À mon avis, chacun de ces arrêts se distingue de l'espèce par les faits qui lui sont propres.

Dans l'arrêt *Association*, où il était question d'une sentence rendue par un conseil arbitral nommé en vertu d'une convention collective, le juge Laskin (tel était alors son titre), qui s'exprimait pour la Cour sur ce point, a dit (à la page 134):

Je ne puis regarder la directive stricte d'insérer une disposition pour le règlement [dans la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.R.C. 1952, c. 152, art. 19] définitif de tout différend concernant le sens ou la violation des conditions d'une convention collective comme ramenant tout instrument de semblable règlement, qu'il s'agisse d'un conseil d'arbitrage comme c'est ici le cas ou de quelque autre organisme, dans la catégorie des tribunaux publics qu'envisage la définition contenue à l'art. 2, al. g).

Le rapport entre la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* [S.R.C. 1952, chap. 152] et la convention collective en vertu de laquelle le conseil arbitral avait reçu son mandat était évidemment très différent de celui qui existe entre la Loi fédérale et la Convention en l'espèce, ne possédant aucun des liens étroits décrits plus haut.

L'arrêt *Rogers* traitait du rapport entre une convention collective et le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 (la loi qui a succédé

legislation to the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*), the issue being the reviewability of a decision of a police officer acting under a collective agreement. The result was the same as in the *Association* case, and the case is distinguishable for the same reasons.

*Southam* had to do with the status of the Senate and a Senate Committee as “a federal board.” In holding that they did not meet that definition, Iacobucci C.J. wrote for this Court (at pages 479-480):

However, in my view, the words “conferred by or under an Act of Parliament” of Canada in section 2 mean that the Act of Parliament has to be the source of the jurisdiction or powers which are being conferred. The privileges, immunities and powers of the Senate are conferred by the Constitution, not by a statute, although the latter defines or elaborates upon the privileges, immunities and powers. Such a statute then is the manifestation of Senate privileges but it is not its source; the source is section 18 of the *Constitution Act, 1867*.

In the normal case of a federal board, commission or tribunal, it is true to say that such a body emanates from the exercise of the legislative power of the federal Government under section 91 of the *Constitution Act, 1867*, but in such a case it is the federal statute which confers the power or jurisdiction on the federal board, commission or tribunal and not the general legislative competence under section 91. Section 18 of the *Constitution Act, 1867* by its terms confers the jurisdiction directly on the Senate, and consequently the Senate or one of its committees is not a federal board, etc., under the definition in section 2 of the *Federal Court Act*. Therefore the Trial Division does not have jurisdiction in this action under section 18 of the *Federal Court Act*; thus the first condition of *ITO* is not met as there has been no statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.

In my view, *Southam* actually supports the alternative position of the respondents, the analogy being between subsection 3(1) of the federal Act and section 18 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] as the true source of authority in their respective cases, even though the manifestation of that authority may be found elsewhere, as, e.g., in the Agreement.

Both sides drew comfort from *Coon Come v. Québec Hydro-Electric Commission*, No. 500-05-004330-906 decided on June 28, 1990, by Hélène LeBel J., and, on appeal, *Canada (Attorney*

à la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*), la question tenant au caractère révisible de la décision d'un policier agissant en vertu d'une convention collective. L'issue a été la même que dans l'arrêt *Association*, et l'affaire se distingue de la présente pour les mêmes raisons.

L'affaire *Southam* portait sur le statut du Sénat et d'un comité du Sénat en tant qu'«office fédéral». En affirmant qu'ils ne répondaient pas à cette définition, le juge en chef Iacobucci a écrit pour cette Cour (aux pages 479 et 480):

J'estime cependant que les termes «prévus par une loi fédérale» qui figurent à l'article 2 signifient que la source de la compétence ou des pouvoirs qui sont prévus doit être une loi fédérale. Or, les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat sont prévus par la Constitution, pas par une loi, bien qu'ils soient définis ou explicités par une loi. Une telle loi est donc l'expression des privilèges du Sénat, mais elle n'en n'est pas la source, puisque celle-ci réside dans l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans le cas ordinaire d'un office fédéral, il est juste de dire que celui-ci est une émanation de l'exercice du pouvoir législatif attribué au gouvernement fédéral par l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* mais, dans un tel cas, c'est la loi fédérale adoptée sous le régime de cet article qui attribue le pouvoir ou la compétence à l'office fédéral, pas le pouvoir général de faire des lois prévu à l'article 91. Tel qu'il est libellé, l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue directement une compétence au Sénat; par conséquent, ni le Sénat, ni l'un de ses comités ne sont un office fédéral au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Section de première instance n'est donc pas compétente pour instruire la présente action sous le régime de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*; dès lors, la première condition énoncée dans l'arrêt *ITO* n'est pas remplie car aucun pouvoir n'est attribué par une loi fédérale.

À mon sens, l'arrêt *Southam* appuie effectivement la position subsidiaire des intimés, l'analogie tenant au fait que le paragraphe 3(1) de la Loi fédérale et l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] sont la véritable source d'autorité dans leurs cas respectifs, bien que la manifestation de cette autorité puisse se trouver ailleurs, comme par exemple dans la Convention.

Les deux côtés ont invoqué les décisions *Coon Come c. La Commission hydroélectrique de Québec*, No. 500-05-004330-906 rendue le 28 juin 1990 par le juge Hélène LeBel et, en appel,

*General) c. Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.), per Louis LeBel J.A. This was, like the case at bar, an action brought by the Cree Regional Authority and allies against Québec Hydro and the federal and provincial Attorneys General for a permanent injunction to prevent the development of the Great Whale River Hydroelectric Project. The Attorney General of Canada made a declaratory exception under section 163 of the Quebec *Code of Civil Procedure* [R.S.Q. 1977, c. C-25] on the ground of Federal Court jurisdiction. Both the Trial Court and the Court of Appeal held that the Superior Court of Quebec had jurisdiction except with respect to paragraph I of the declaratory relief sought, which read as follows:

I) Defendant the Attorney-General of Canada be declared to be:

1) in breach of Sections 22 and 23 of the James Bay and Northern Quebec Agreement and the Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order in regard to the proposed Great Whale River Hydroelectric Project;

2) in breach of his fiduciary obligations to protect and preserve the rights and interests of Plaintiffs in respect to the proposed Great Whale River Hydroelectric Project;

3) in breach of the *Canadian Environmental Protection Act* in respect to the proposed Great Whale River Hydroelectric Project.

In upholding the decision of the Trial Judge, Louis LeBel J.A. took the view that she was right to conclude that paragraph I did not fall under the jurisdiction of the Superior Court of Quebec since overall it concerned the putting into effect of federal environmental criteria and not their constitutionality. The Quebec Court of Appeal may have appeared to the intervenors to support their case in its assertion of the breadth of the jurisdiction of the Quebec courts over constitutional questions, including those arising out of section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], but in particular reference to the subject-matter of paragraph I, which is almost identical with the cause of action in the case at bar, it affirmed the jurisdiction of the Federal Court. The only differences between *Coon Come* and the case at bar are that paragraph I of the claim requests declaratory relief rather than a *mandamus* or an injunction, and that the breaches

*Canada (Procureur général) c. Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.), par le juge Louis LeBel de la Cour d'appel du Québec. Il s'agissait, comme en l'espèce, d'une action intentée par l'Administration régionale crie et des alliés contre Hydro-Québec et les procureurs généraux fédéral et provincial afin d'obtenir une injonction permanente pour empêcher la mise en œuvre du Projet hydroélectrique de la rivière Grande Baleine. Le procureur général du Canada a fait valoir un moyen déclinatoire en vertu de l'article 163 du *Code de procédure civile* [L.R.Q. 1977, chap. C-25] de la province Québec en raison de la compétence de la Cour fédérale. Tant la Cour de première instance que la Cour d'appel ont conclu à la compétence de la Cour supérieure du Québec sauf à l'égard du paragraphe I de la réparation recherchée, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] I) Que le défendeur, le procureur général du Canada, soit déclaré avoir violé:

1) les chapitres 22 et 23 de la Convention de la Baie James et du Nord québécois ainsi que le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement relativement au Projet hydroélectrique envisagé de la rivière Grande Baleine;

2) son obligation fiduciaire de protéger et de préserver les droits et les intérêts des demandeurs relativement au Projet hydroélectrique envisagé de la rivière Grande Baleine;

3) la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* relativement au Projet hydroélectrique envisagé de la rivière Grande Baleine.

En confirmant la décision du juge du procès, le juge d'appel LeBel a estimé que c'est à bon droit qu'elle avait conclu que le paragraphe I ne relevait pas de la compétence de la Cour supérieure du Québec puisque dans l'ensemble il visait la mise en œuvre de critères fédéraux en matière d'environnement et non leur constitutionnalité. Il a pu sembler aux intervenants que la Cour d'appel du Québec appuyait leur cause lorsqu'elle a affirmé l'étendue de la compétence des tribunaux québécois à l'égard des questions constitutionnelles, y compris celles qui sont soulevées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], mais en ce qui concerne précisément l'objet du paragraphe I, qui est presque identique à la cause d'action en l'espèce, elle a confirmé la compétence de la Cour fédérale. Les seules différences entre l'affaire *Coon Come* et l'espèce tiennent à ce que le paragraphe I de la demande conclut à un jugement déclaratoire plutôt

of obligations alleged are more inclusive in *Coon Come*.

The Quebec Court of Appeal, therefore, effectively came to the same conclusion with respect to the matter here in issue as the Trial Judge in the case at bar. Authority, as well as reason, thus leads to the conclusion that the federal Administrator is a “federal board, commission, or other tribunal” under sections 18 and 2 of the *Federal Court Act*, and that the Trial Division has jurisdiction in this matter.

#### IV

Since I find Trial Division jurisdiction to exist on the basis of sections 18 and 2 of the *Federal Court Act*, I do not need to consider the alternative basis of jurisdiction approved by the Trial Judge in section 44 of that Act, nor his “lacuna” consideration, which was undoubtedly related to section 23 or 25 of that Act.

I have also not found it necessary to rely on subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (“Indians, and Lands reserved for the Indians”) or section 35 of the *Constitution Act, 1982*, as amended (“existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada”), even though a unanimous Supreme Court held recently in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 (*per* Wilson J.) that the law of aboriginal title is a law of Canada as federal common law.

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

HUGESSEN J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I agree.

qu'à un bref de *mandamus* ou à une injonction, et que les violations des obligations alléguées sont plus inclusives dans l'affaire *Coon Come*.

<sup>a</sup> Par conséquent, la Cour d'appel du Québec est de fait parvenue à la même conclusion relativement à la question litigieuse en l'espèce que le juge du procès en l'espèce. La jurisprudence aussi bien que le bon sens mènent donc à la conclusion que l'administrateur fédéral est un «office fédéral» en vertu des articles 18 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et que la Section de première instance a compétence en la matière.

#### IV

<sup>c</sup> Puisque j'estime la Section de première instance compétente en vertu des articles 18 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, je n'ai pas à étudier la source subsidiaire de compétence à l'article 44 de cette Loi confirmée par le juge de première instance, ni ses propos sur la «lacune», qui étaient sans doute reliés aux articles 23 et 25 de cette Loi.

<sup>d</sup> Je n'ai pas non plus jugé nécessaire de m'appuyer sur le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* («Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens») ni sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ses modifications («les droits existants-ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada»), bien que la Cour suprême ait récemment statué à l'unanimité dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 (motifs du juge Wilson) que le droit applicable au titre aborigène était une loi du Canada en tant que common law fédérale.

Conséquemment je rejetterais l'appel avec dépens.

<sup>e</sup> LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

<sup>f</sup> LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-1299-91

T-1299-91

**William Stuart Leach (Applicant)**

v.

**Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission, Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and Attorney General of Canada (Respondents)**INDEXED AS: *LEACH v. ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE PUBLIC COMPLAINTS COMMISSION (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Vancouver, June 6; Ottawa, June 24, 1991.

*RCMP — RCMP Public Complaints Commission investigating complaints excessive force used during arrests — RCMP Act, ss. 45.43(1) and 45.42(3)(c) authorizing Chairman to investigate “or” initiate hearing — “Or” used in conjunctive sense — Chairman authorized to institute hearing after initiating investigation — Commission and Chairman authorized only to conduct hearing and make written recommendations — Cannot grant relief, determine liability or impose sanctions — Hearing not violating principles of fairness — Anticipation of adverse recommendations on which Commissioner could act not basis to prohibit hearing or action by Commissioner on recommendation — Lack of opportunity to be heard before Chairman making final report or Commissioner’s action not unfair as hearing not tantamount to preliminary inquiry — Parts VI and VII not inconsistent with Charter.*

*Construction of statutes — RCMP Act, ss. 45.43(1) and 45.42(3)(c) authorizing Chairman to investigate “or” initiate hearing — Applying words-in-total-context approach, “or” used in conjunctive or inclusive sense — Chairman authorized to institute hearing after initiating investigation — Interpretation supported by use of “or” in conjunctive sense in other provisions in Part VII — Consistent with purposes of Act, i.e. protection of public from private investigation of complaints and prevention of pillorying of Force members.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — RCMP Public Complaints Commission Chairman cannot grant relief, determine liability or impose sanctions — Authorized only to conduct hearing and make written recommendations — Only Commissioner able to act — Charter, s. 7 guarantee of right not to be deprived of life, liberty and security of person except in accordance with principles of fundamental justice, not violated by absence of reference to principles of natural justice in RCMP Act, Parts VI and VII — Provisions attempt to ensure compliance with natural justice principles.*

**William Stuart Leach (requérant)**

c.

**a La Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, le Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada et le Procureur général du Canada (intimés)****b RÉPERTORIÉ: LEACH c. COMMISSION DES PLAINTES DU PUBLIC CONTRE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**Section de première instance, juge MacKay—  
**c Vancouver, 6 juin; Ottawa, 24 juin 1991.**

*GRC — Enquête de la Commission des plaintes du public contre la GRC sur des plaintes d’usage excessif de force — L’art. 45.43(1) et 45.42(3)(c) de la Loi sur la GRC habilite le président de la Commission à convoquer une audience «ou» à tenir une enquête — Le mot «ou» s’emploie dans son sens conjonctif — Le président est habilité à convoquer une audience après avoir ordonné une enquête — La Commission et son président ne sont habilités qu’à tenir l’audience et à faire des recommandations par écrit — Ils ne sont pas habilités à ordonner des mesures de réparation, à conclure à la responsabilité ou à prononcer une sanction — La tenue de l’audience ne contrevient pas aux principes d’équité — La possibilité de recommandations défavorables que pourrait suivre le Commissaire ne justifie pas une interdiction de l’audience ou des mesures que pourrait prendre le Commissaire sur recommandation — L’impossibilité de se faire entendre avant que la Commission ne fasse son rapport final ou que le Commissaire ne prenne des mesures n’est pas inique, puisque l’audience n’équivaut pas à une enquête préliminaire sur des infractions criminelles — Les parties VI et VII ne vont pas à l’encontre de la Charte.*

*Interprétation des lois — L’art. 45.43(1) et 45.42(3)(c) de la Loi sur la GRC habilite le président à tenir une enquête «ou» à convoquer une audience — Interprété selon le contexte, «ou» s’emploie dans son sens inclusif ou conjonctif — Le président est habilité à convoquer l’audience après le début de l’enquête — Cette interprétation est corroborée par l’emploi du terme «ou» dans son sens conjonctif dans d’autres dispositions de la partie VII — Elle est conforme à l’objet de la Loi, qui est de protéger le public contre la tenue d’enquêtes secrètes sur les plaintes et de prévenir la mise au pilori des membres de la Gendarmerie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La Commission des plaintes du public contre la GRC n’est pas habilitée à ordonner des mesures de réparation, à conclure à la responsabilité ou à prononcer une sanction — Elle n’est habilitée qu’à tenir une audience et à faire des recommandations par écrit — Seul le Commissaire peut prendre des mesures concrètes — Que les parties VI et VII de la Loi sur la GRC ne fassent pas mention des principes de justice naturelle ne constitue pas une violation de l’art. 7 de la Charte, selon lequel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu’en conformité avec les*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — RCMP Public Complaints Commission Chairman initiating hearing into complaints excessive force used during arrests — Charter, s. 11 right of person charged with offence not to be compelled to be witness in proceedings against him, not applicable to Commission's proceedings — Applicant not charged with offence — No penal consequences resulting from hearing.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — RCMP Public Complaints Commission Chairman initiating hearing under RCMP Act, Part VII into complaints excessive force used during arrests — Charter, s. 15 not applicable to Part VII, which does not involve discrimination on enumerated or analogous grounds.*

This was an application by an RCMP officer to prohibit the RCMP Public Complaints Commission from conducting a hearing into complaints that excessive force had been used during the arrest of the complainants, and to prohibit the Commissioner from acting on any of the Commission Chairman's recommendations. An internal investigation determined that only sufficient force to effect the arrests had been used, and that the RCMP Code of Conduct had not been breached. The Crown prosecutor decided not to lay criminal charges against the applicant. Upon complainants' request for review, the Public Complaints Commission was established. The Commission's processes are set out in Part VII of the RCMP Act. The Commission and its Chairman cannot grant relief, determine liability or impose sanctions against any member of the Force. They have authority only to conduct a hearing and report in writing. Only the Commissioner is authorized to take action. Upon review of the complaint, the Chairman decided to institute a hearing. The applicant submitted that the Chairman, having completed an investigation under subsection 45.43(1) was *functus officio* and had no jurisdiction to institute a hearing. Under both subsection 45.43(1) and paragraph 45.42(3)(c), the Chairman may investigate "or" institute a hearing. The applicant argued that "or" was used in its exclusive or disjunctive sense, so that the Chairman may undertake one or other of the courses of action, but not both and that the procedures established under Part VII were unfair in three respects: (1) the Commission had unlimited authority to report in writing, including recommending prosecution or disciplinary action; (2) the Commissioner had unrestricted authority to take action upon receipt of the report without giving a person who may be adversely affected an opportunity to be heard; and (3) there was a similar lack of opportunity before the Chairman makes a final report. The issues were whether the Commission Chairman had jurisdiction to institute a hearing; whether the procedures under Part VII of the RCMP Act were fair; and whether Parts VI and VII of the Act were consistent with Charter sections 7, 11, 15 and 32 and *Constitution Act, 1982*, section 52.

*principes de justice fondamentale — Leurs dispositions visent à garantir l'observation des principes de justice naturelle.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le président de la Commission des plaintes du public contre la GRC a convoqué une audience d'enquête sur des plaintes d'usage excessif de la force au cours d'arrestations — Le droit, garanti par l'art. 11 de la Charte, de l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui-même ne s'applique pas aux procédures de la Commission — Le requérant n'est pas poursuivi au criminel — L'audience ne peut avoir aucune conséquence pénale.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le président de la Commission des plaintes du public contre la GRC a convoqué, en application de l'art. 18 de la Loi sur la GRC, une audience d'enquête sur des plaintes d'usage excessif de la force au cours d'arrestations — L'art. 15 de la Charte ne s'applique pas à la partie VII, qui n'est pas discriminatoire, au regard des motifs de distinction énumérés et des motifs comparables.*

Requête intentée par un agent de la GRC pour faire interdire à la Commission des plaintes du public contre la GRC de tenir une audience d'enquête sur des plaintes d'usage excessif de la force au cours de l'arrestation des plaignants, et au Commissaire de donner suite aux recommandations que pourrait faire le président de la Commission. Une enquête interne avait conclu qu'il n'y avait eu recours qu'à la force nécessaire aux arrestations et qu'il n'y avait eu aucune violation du Code de déontologie de la GRC. L'avocat de la Couronne a décidé qu'il n'y avait pas lieu à poursuite au criminel. La Commission des plaintes du public est intervenue sur plainte des plaignants. Le processus d'intervention de la Commission est prévu à la partie VII de la Loi sur la GRC. La Commission et son président ne sont habilités à ordonner des mesures de réparation, à conclure à la responsabilité ou à imposer une sanction contre aucun membre de la GRC. Ils ont pour seul pouvoir de tenir une audience et de faire un rapport écrit. Seul le Commissaire peut prendre des mesures. En l'espèce, le président de la Commission a décidé, après examen de la plainte, de convoquer une audience d'enquête. Le requérant soutient que le président, ayant terminé son enquête sous le régime du paragraphe 45.43(1), était dessaisi de l'affaire et n'avait plus compétence pour convoquer une audience. Selon le paragraphe 45.43(1) comme l'alinéa 45.42(3)c), le président peut tenir une enquête «ou» convoquer une audience. Le requérant fait valoir que le mot «ou» s'emploie dans son sens exclusif ou disjonctif, c'est-à-dire que le président peut prendre soit l'une soit l'autre des mesures prévues, mais non pas les deux à la fois; et que la procédure instituée par la partie VII laisse à désirer à trois égards: (1) pouvoir illimité de la Commission pour faire un rapport, par lequel elle peut recommander des poursuites pénales ou des mesures disciplinaires; (2) pouvoir du Commissaire, saisi du rapport d'enquête, de prendre des mesures dont la portée n'est astreinte à aucune limite, sans que la personne visée puisse se faire entendre; et (3) même impossibilité de se faire entendre avant que le président fasse son rapport final. Il échet d'examiner si le président de la Commission avait compétence pour convoquer une audience d'enquête, si la procédure établie par la partie VII de la Loi sur la GRC est équitable, et si les parties VI et VII de la même Loi sont compatibles avec les articles 7, 11, 15 et 32 de la Charte, et l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.



*Held*, the application should be dismissed.

The Chairman was not *functus officio*. He acted within his statutory authority in instituting the hearing. Applying the words-in-total-context approach to statutory construction, the word “or” in both subsection 45.43(1) and paragraph 45.42(3)(c) is used in its inclusive or conjunctive sense and the Chairman is authorized to institute a hearing after initiating an investigation, whether or not that investigation has been concluded to his satisfaction except for the report to the Commissioner. This construction is supported by the use of “or” in its inclusive or conjunctive sense in other provisions of Part VII and by subsection 45.43(3), which requires the Chairman to report his findings and recommendation to the Minister and Commissioner on completion of an investigation, unless he has instituted a hearing. Subsection 45.43(3) would seem to indicate that Parliament contemplated that the Chairman might institute a hearing after investigating a complaint. Finally, this interpretation is consistent with the purposes of the Act, namely, the protection of the public from having complaints investigated privately and, on the other hand, to prevent the pillorying of members of the Force. If public confidence in the Force and its processes is to be maintained, the Commission, through its Chairman, must be free to determine when a hearing is warranted. A decision to institute a hearing necessarily implies at least a preliminary investigation of a complaint by the Commission Chairman.

The hearing did not violate principles of fairness. The applicant anticipated that the hearing body might make recommendations adverse to him, which could be acted upon and ultimately be the matter of comment in the Chairman’s final report. Any such outcome is mere speculation. An order of prohibition cannot be issued against a purely speculative action. The applicant also urged that the hearing was tantamount to a preliminary enquiry into criminal conduct, with the attendant public notoriety, without giving him an opportunity to deny or respond to any adverse characterization of his actions. The conduct complained of must be subject to examination and report to achieve the purpose of the hearing and of the review process, which was to find facts about the incident giving rise to the complaint, to review the process of investigation conducted by the Force and to consider the use of certain tactics by the officers in the course of their duties. Criminal prosecution was not an objective of the hearing and the time limit for disciplinary action had expired.

Parts VI and VII are not inconsistent with Charter, section 7 which guarantees the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 is not violated by the absence of reference to principles of natural justice or to the duty of fairness in the statutory provisions, which attempt to ensure that the hearing process accords with “principles of fundamental justice”.

Charter, section 11 (which guarantees the right of any person charged with an offence not to be compelled to be a witness in proceedings against him), is not applicable to the Commission’s hearing. The applicant was not charged with an

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

Le président n’était pas dessaisi de l’affaire. Il a agi dans les limites de sa compétence légale en convoquant l’audience d’enquête. Envisagé dans son contexte conformément aux principes d’interprétation des lois, le mot «ou» s’emploie dans son sens inclusif ou conjonctif au paragraphe 45.43(1) comme à l’alinéa 45.42(3)c), et le président est habilité à convoquer une audience après avoir ordonné une enquête, que celle-ci ait été terminée ou non à sa satisfaction, à part le rapport destiné au Commissaire. Cette interprétation est corroborée par l’emploi du mot «ou» dans son sens inclusif ou conjonctif dans d’autres dispositions de la partie VII et au paragraphe 45.43(3), qui fait au président obligation de soumettre au ministre et au Commissaire ses conclusions et recommandations à l’issue de l’enquête, à moins qu’il n’ait déjà convoqué une audience. Le libellé du paragraphe 45.43(3) favorise l’interprétation selon laquelle le législateur entendait prévoir que le président pourrait convoquer une audience après avoir terminé l’enquête sur une plainte. Enfin, cette interprétation est conforme à l’objet de la Loi, qui est de protéger le public contre la tenue d’enquêtes secrètes sur les plaintes, et de prévenir la mise au pilori des membres de la GRC. Pour préserver la confiance du public dans la GRC et dans ses méthodes, il faut que la Commission ait la faculté, par la voix de son président, de décider quand une audience s’impose. La décision de convoquer une audience présuppose à tout le moins, par la force des choses, une enquête préliminaire du président de la Commission sur la plainte.

L’audience ne contrevient pas aux principes d’équité. Le requérant prévoyait que l’organisme d’enquête pourrait faire des recommandations défavorables à son égard, que ces dernières pourraient être appliquées et qu’elles pourraient faire l’objet du rapport final du président. Pareille issue est pure conjecture. Rien ne justifie une ordonnance de prohibition contre une action dont on ne peut que conjecturer sur la survenance. Le requérant soutient encore que l’audience équivaut à une enquête préliminaire sur des infractions criminelles, avec toute la notoriété publique qui s’y attache, sans qu’il ait la possibilité de réfuter une caractérisation défavorable éventuelle de ses actes ou d’y répondre. Les agissements faisant l’objet d’une plainte doivent être examinés ouvertement et faire l’objet d’un rapport, si l’on veut atteindre le but de l’audience et du processus de contrôle, qui est de rechercher la vérité au sujet de l’incident ayant provoqué la plainte, de contrôler le processus d’enquête interne de la GRC et d’examiner le recours à certaines méthodes par les agents impliqués dans l’exercice de leurs fonctions. La poursuite au criminel ne constituait pas l’objectif de l’audience, et il y avait prescription pour ce qui était des mesures disciplinaires.

Les parties VI et VII ne sont pas incompatibles avec l’article 7 de la Charte, selon lequel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. L’article 7 n’est pas violé par l’absence de toute mention des principes de justice naturelle dans ces dispositions législatives, qui visent à garantir que le processus d’audience soit en conformité avec les «principes de justice fondamentale».

L’article 11 de la Charte (selon lequel tout inculpé a le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui) ne s’applique pas aux procédures d’audience de la Commission. Le requérant n’est

offence and the hearing cannot result in any penal consequences.

Nor does the hearing violate equality rights guaranteed by Charter, section 15. As Part VII does not involve discrimination based on enumerated or analogous grounds, section 15 does not apply.

pas poursuivi au criminel et l'audience ne peut avoir aucune conséquence pénale.

L'audience ne porte pas non plus atteinte aux droits à l'égalité que garantit l'article 15 de la Charte. Celui-ci ne s'applique pas en l'espèce puisque les dispositions de la partie VII ne sont pas discriminatoires, au regard des motifs de distinction énumérés ou des motifs comparables.

#### 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. 7, 11, 13, 15, 32.
- 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].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63, s. 52.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 45.35, 45.36, 45.38, 45.41, 45.42, 45.43, 45.44, 45.45, 45.46 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; (1990), 72 O.R. (2d) 701 (note); 68 D.L.R. (4th) 641; 55 C.C.C. (3d) 472; 110 N.R. 81; 41 O.A.C. 161.

##### CONSIDERED:

*O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; (1987), 45 D.L.R. (4th) 527; [1988] 1 W.W.R. 216; 19 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.C. (3d) 233; 80 N.R. 127.

##### REFERRED TO:

*Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Rankin (Re)*, [1991] 1 F.C. 226; (1990), 38 F.T.R. 23 (T.D.); *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *Pacific Trollers Association v. Attorney General of Canada et al.*, T-1921-86, McNair J., order dated 2/9/86, not reported, F.C.T.D.; *Estrada v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317; 1 Imm. L.R. (2d) 24 (F.C.T.D.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Stubart*

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11, 13, 15, 32.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.
- Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 63, art. 52.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 45.35, 45.36, 45.38, 45.41, 45.42, 45.43, 45.44, 45.45, 45.46 (édictees par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> supp.), chap. 8, art. 16).

#### JURISPRUDENCE

##### f DISTINCTION FAITE AVEC:

*Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; (1990), 72 O.R. (2d) 701 (note); 68 D.L.R. (4th) 641; 55 C.C.C. (3d) 472; 110 N.R. 81; 41 O.A.C. 161.

##### g DÉCISION EXAMINÉE:

*O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; (1987), 45 D.L.R. (4th) 527; [1988] 1 W.W.R. 216; 19 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.C. (3d) 233; 80 N.R. 127.

##### h DÉCISIONS CITÉES:

*Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Rankin (Re)*, [1991] 1 C.F. 226; (1990), 38 F.T.R. 23 (1<sup>re</sup> inst.); *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586; (1990), 68 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *Pacific Trollers Association c. Procureur général du Canada et autre*, T-1921-86, le juge McNair, ordonnance en date du 2-9-86, non publié, C.F. 1<sup>re</sup> inst.; *Estrada c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317; 1 Imm. L.R. (2d) 24 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60

*Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, [1991] 1 F.C. 529; (1990), 34 F.T.R. 1; 123 N.R. 120 (C.A.); *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] A.C. 808 (P.C.); *Duncan v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 560; (1990), 55 C.C.C. (3d) 28; 32 F.T.R. 189 (T.D.); *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210; 9 D.L.R. (4th) 79; 42 C.P.C. 109; 3 O.A.C. 40 (C.A.); *Meade v. Canada*, [1991] 3 F.C. 365 (T.D.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

## AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. V, 1st Sess., 33rd Parl., 34 Eliz. II, 1985.  
 Canada. Commission of Inquiry concerning certain activities of the Royal Canadian Mounted Police. 2nd Report. *Freedom and Security under the Law*, Ottawa: Supply & Services Canada, 1981 (The MacDonald Commission Report).  
 Canada. *The Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police*, Ottawa: Information Canada, 1976 (The Marin Commission Report).  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

## COUNSEL:

*Gordon P. Macdonald* for applicant.  
*D. J. Sorochan* for respondent Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission.  
*P. F. Partridge* for respondent Attorney General of Canada.  
*Steven M. Kelliher* for complainants Michael and Steven Cooper.

## SOLICITORS:

*Macdonald & McNeely*, Victoria, for applicant.  
*Swinton & Company*, Vancouver, for respondent Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.  
*Steven M. Kelliher*, Victoria, for complainants Michael and Steven Cooper.

N.R. 321 (C.A.); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Loi sur la gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, [1991] 1 C.F. 529; (1990), 34 F.T.R. 1; 123 N.R. 120 (C.A.); *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (P.C.); *Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 560; (1990), 55 C.C.C. (3d) 28; 32 F.T.R. 189 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210; 9 D.L.R. (4th) 79; 42 C.P.C. 109; 3 O.A.C. 40 (C.A.); *Meade c. Canada*, [1991] 3 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

## c DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*. Vol. V, 1<sup>re</sup> Sess., 33<sup>e</sup> Parl., 34 Eliz. II, 1985.  
 Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, 2<sup>e</sup> Rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1981 (Rapport de la commission MacDonald).  
 Canada. *Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada*, Ottawa: Information Canada, 1976 (Rapport de la commission Marin).  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto: Butterworths, 1983.

## f AVOCATS:

*Gordon P. Macdonald* pour le requérant.  
*D. J. Sorochan* pour l'intimée Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada.  
*P. F. Partridge* pour l'intimé procureur général du Canada.  
*Steven M. Kelliher* pour les plaignants Michael et Steven Cooper.

## PROCUREURS:

*Macdonald & McNeely*, Victoria, pour le requérant.  
*Swinton & Company*, Vancouver, pour l'intimée Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé procureur général du Canada.  
*Steven M. Kelliher*, Victoria, pour les plaignants Michael et Steven Cooper.

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

MACKAY J.: This is an application for prohibition orders, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*.<sup>1</sup> The first order sought would preclude the conducting of a hearing by the respondent Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission ("the Commission") into two complaints filed by a father and his son, Michael Cooper and Steven Cooper, against the applicant Leach and others, all of whom were RCMP officers stationed in British Columbia. The second order sought would preclude the respondent Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police ("the Commissioner") from acting on any recommendation which may be made by the Chairman of the Commission pursuant to the two complaints filed by the Coopers.

In addition to those two respondents named in the notice of motion filed herein, counsel for the applicant, having raised constitutional issues relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,<sup>2</sup> acting in accord with the *Constitutional Question Act*<sup>3</sup> of British Columbia, gave notice to the Attorneys General of the province and of Canada that the constitutional validity of portions of the *Royal Canadian Mounted Police Act*<sup>4</sup> would be challenged.

Counsel for the Attorney General of Canada appeared for the hearing of the application and indicated that the Attorney General of Canada sought standing in his own right in the proceedings. I ordered that he be added as a party respondent and that the style of cause be amended to reflect that status.

Counsel for the applicant had also given notice of the application to counsel representing others among RCMP officers implicated in the complaints of the Coopers, and to counsel for the Coopers. The latter appeared briefly in the course of the hearing, was permitted to intervene and on behalf of the Coopers expressed their interest in having the matter of a hearing by the Commission

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, as amended.

<sup>2</sup> 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].

<sup>3</sup> R.S.B.C. 1979, c. 63.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. R-10, as amended.

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

LE JUGE MACKAY: Il y a en l'espèce requête, en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup>, en ordonnances de prohibition: la première pour interdire à la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada («la Commission»), intimée, de tenir une audience pour enquêter sur deux plaintes déposées par Michael Cooper et son fils Steven Cooper contre le requérant Leach et d'autres, tous agents de la GRC en poste en Colombie-Britannique; la seconde pour interdire au commissaire de la Gendarmerie royale du Canada («le Commissaire»), intimé, de donner suite aux recommandations que pourrait faire le président de la Commission à la suite des deux plaintes déposées par les Cooper.

Outre les deux intimés nommés dans l'avis de requête introduit en l'espèce, l'avocat du requérant, ayant soulevé des questions constitutionnelles touchant la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup> et se conformant à la loi dite *Constitutional Question Act*<sup>3</sup> de la Colombie-Britannique, a notifié aux procureurs généraux de cette province et du Canada qu'il contesterait la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*<sup>4</sup>.

L'avocat du procureur général du Canada, comparissant à l'audition de la requête, a fait savoir que ce dernier demandait à être partie de son propre chef à l'instance. J'ai ordonné que le procureur général du Canada soit ajouté en qualité de partie intimée et que l'intitulé de la cause soit modifié en conséquence.

L'avocat du requérant avait également notifié la requête aux avocats des autres agents de la GRC visés par les plaintes des Cooper, ainsi qu'à l'avocat de ces derniers. Celui-ci comparut brièvement à l'audition, se vit accorder l'autorisation d'intervenir et exprima, au nom des Cooper, son souhait de voir la tenue de l'audience de la Commission sans délai inutile puisque deux ans s'étaient écoulés

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. F-7, modifié.

<sup>2</sup> qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

<sup>3</sup> R.S.B.C. 1979, chap. 63.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), chap. R-10, modifié.

proceed, and without unnecessary delay since it was now two years since the events giving rise to their complaints.

Matters leading to this application may be summarized as follows. The applicant participated with others in the arrest of Michael Cooper and Steven Cooper at Langford, B.C. on May 27, 1989. Both were subsequently charged with offences. Thereafter on June 25 Michael and Steven Cooper complained to the RCMP at Colwood detachment that they had been assaulted and excessive force had been used by the applicant and others in effecting the arrests on May 27. Counsel for the applicant at the hearing indicated that it was acknowledged that the applicant had applied a carotid restraint hold in arresting Michael Cooper, though it was not conceded that that in itself constituted excessive force.

The complaints led initially to two investigations. The first was an internal RCMP investigation conducted by Staff Sergeant McCombe of the RCMP detachment at Colwood. The investigation apparently consisted of obtaining statements from the Coopers and written responses to questions posed to each of the officers involved, who were not interviewed in relation to the incident. As a result of the investigation, Chief Superintendent Clarke wrote to each of the complainants on September 13, 1989 advising that the investigation revealed that only sufficient force was used to effect their respective arrests, that the investigation revealed no breaches of the RCMP Code of Conduct, and that the allegation of assault had been referred to regional Crown counsel with all the investigational material for a decision as to laying charges against the police officers.

By letters dated September 28, 1989, Chief Superintendent Clarke advised each of the claimants that the results of the criminal investigation, forwarded to regional Crown counsel, led the latter to decide that criminal charges were not warranted. The applicant, who was advised on July 11 that he was the subject of a criminal investigation as a result of the complaints, was advised at the same times as the Coopers of the results of the internal investigation and of the Crown prosecutor's decision that criminal charges were not warranted.

depuis la survenance du fait qui était à l'origine de leurs plaintes.

Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit. Le requérant participa avec d'autres à l'arrestation de Michael Cooper et de Steven Cooper, le 27 mai 1989 à Langford, en Colombie-Britannique. Ces deux derniers ont fait subséquemment l'objet de poursuites pénales. Par la suite, le 25 juin, Michael et Steven Cooper se sont plaints au détachement de la GRC à Colwood qu'ils avaient été victimes de voies de fait et d'usage excessif de la force de la part du requérant et d'autres qui procédèrent à l'arrestation le 27 mai. À l'audition, l'avocat du requérant reconnaissait que celui-ci avait appliqué une prise carotidienne à Michael Cooper au moment de son arrestation, sans pour autant admettre que pareille prise constituait un recours excessif à la force.

Les plaintes ont provoqué à l'origine deux enquêtes. La première était une enquête interne de la GRC, menée par le sergent d'état-major McCombe du détachement de la GRC à Colwood. Il appert qu'elle consistait à recueillir les déclarations des Cooper ainsi que les réponses écrites aux questions posées à chacun des agents impliqués, sans que ceux-ci fussent interrogés de vive voix sur l'incident. À l'issue de l'enquête, le surintendant principal Clarke a écrit le 13 septembre 1989 à chacun des deux plaignants pour les informer que selon cette enquête, les agents n'avaient eu recours qu'à la force nécessaire pour les arrêter, qu'il n'y avait eu aucune violation du Code de déontologie de la GRC, et que les plaintes de voies de fait avaient été transmises à l'avocat de la Couronne régional avec les résultats de l'enquête afin que celui-ci décidât s'il y avait lieu de traduire en justice les agents de police impliqués dans l'affaire.

Par lettre en date du 28 septembre 1989, le surintendant principal Clarke a informé chacun des plaignants que l'avocat de la Couronne régional, saisi des résultats de l'enquête, a décidé qu'il n'y avait pas lieu à poursuite au criminel. Le requérant, qui avait été informé le 11 juillet qu'il faisait l'objet d'une enquête de police par suite des plaintes, a été informé en même temps que les Cooper des résultats de l'enquête interne ainsi que de la décision de l'avocat de la Couronne régional de ne pas intenter des poursuites judiciaires.

Thereafter, by separate letters, date-stamped as received in each case on November 15, 1989, Michael Cooper and Steven Cooper wrote to the respondent Commission, expressing dissatisfaction with the RCMP disposition, and requesting review, of their respective complaints.

The respondent Public Complaints Commission was established pursuant to Part VI of the *Royal Canadian Mounted Police Act* [hereinafter RCMP Act] and its processes are set out in Part VII of the same Act.<sup>5</sup> Those processes, following receipt of a complaint from a member of the public as in this case, may be summarized, except for the quoted provisions authorizing the Chairman to investigate or institute a hearing to inquire into a complaint, as follows.

(1) The Chairman of the Commission furnishes the respondent Commissioner with a copy of the complaint and the latter returns to the Chairman the record of the RCMP's investigation of the complaint and the notice of its disposition previously sent to the complainant.<sup>6</sup>

(2) The Commission Chairman reviews the complaint<sup>7</sup> and

i) if satisfied with the disposition of the complaint by the RCMP he so reports in writing to the Minister (the Solicitor General of Canada), the respondent Commissioner, the member whose conduct is the subject matter of the complaint, and the complainant;<sup>8</sup>

ii) if he is not satisfied the Chairman may initiate other action; thus

45.42. . . .

(3) Where, after reviewing a complaint, the Commission Chairman is not satisfied with the disposition of the complaint by the Force or considers that further inquiry is warranted, the Commission Chairman may

(a) prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit;

(b) request the Commissioner to conduct a further investigation into the complaint; or

(c) investigate the complaint further or institute a hearing to inquire into the complaint.

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. R-10, as am. by S.C. 1986, c. 11, s. 15 (R.S.C., 1985, (2nd Supp.), c. 8, s. 16).

<sup>6</sup> *Supra*, note 4, s. 45.41(2).

<sup>7</sup> *Id.*, s. 45.42(1).

<sup>8</sup> *Id.*, s. 45.42(2).

Par la suite, par lettres séparées dont le timbre dateur indiquait qu'elles furent reçues le 15 novembre 1989, Michael Cooper et Steven Cooper ont informé la Commission intimée qu'ils n'étaient pas satisfaits de la suite donnée à l'affaire par la GRC et pour lui demander d'examiner leurs plaintes.

La Commission des plaintes du public, intimée en l'espèce, a été instituée en application de la partie VI de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et sa procédure est prévue à la partie VII de la même Loi<sup>5</sup>. Cette procédure, qui fait suite à la réception de la plainte d'un particulier comme en l'espèce, peut se résumer comme suit, à part les dispositions citées ci-dessous qui autorisent le président à tenir une enquête ou à convoquer une audience pour enquêter sur la plainte:

(1) Le président de la Commission transmet une copie de la plainte au Commissaire, lequel lui fait tenir alors le dossier de l'enquête de la GRC sur la plainte ainsi que la décision, qui a été notifiée au plaignant<sup>6</sup>.

(2) Le président de la Commission examine la plainte<sup>7</sup> et

i) s'il est satisfait de la décision de la GRC, en informe par écrit le ministre (c'est-à-dire le Solliciteur général du Canada), le Commissaire intimé, le membre de la GRC dont la conduite fait l'objet de la plainte, et le plaignant<sup>8</sup>;

ii) s'il n'est pas satisfait de la décision, peut prendre d'autres mesures, savoir:

45.42. . . .

(3) Après examen de la plainte, le président de la Commission, s'il n'est pas satisfait de la décision de la Gendarmerie ou s'il est d'avis qu'une enquête plus approfondie est justifiée, peut:

a) soit établir et transmettre au ministre et au Commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées;

b) soit demander au Commissaire de tenir une enquête plus approfondie sur la plainte;

c) soit tenir une enquête plus approfondie ou convoquer une audience pour enquêter sur la plainte.

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), chap. R-10, mod. par S.C. 1986, chap. 11, art. 15 (L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 8, art. 16).

<sup>6</sup> Note 4, *supra*, art. 45.41(2).

<sup>7</sup> *Ibid.*, art. 45.42(1).

<sup>8</sup> *Ibid.*, art. 45.42(2).

(3) On completion of an investigation by the Commission Chairman, he prepares a report in writing, to be sent to the Minister and the respondent Commissioner, with his findings and recommendations with respect to the complaint, unless the Chairman has instituted or plans to institute a hearing to inquire into the complaint.<sup>9</sup>

(4) In addition to situations where the Chairman is not satisfied with disposition of a complaint by the RCMP, he may deal with a complaint in other circumstances. Thus,

**45.43** (1) Where the Commission Chairman considers it advisable in the public interest, the Commission Chairman may investigate, or institute a hearing to inquire into, a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act, whether or not the complaint has been investigated, reported on or otherwise dealt with by the Force under this Part.

(5) Where the Commission Chairman decides to institute a hearing into a complaint, the Act provides in considerable detail for the arrangements to be made including notice to all the parties, the designation of persons to conduct the hearing, the sittings of the member or members constituting the Commission for purposes of the hearing, the rights of persons interested and the right of any witness to be represented by counsel, and provisions for evidence to be considered and for it to be precluded from being used or received in any hearing into alleged breach of the RCMP Code of Conduct other than a hearing for giving misleading or false testimony.<sup>10</sup>

(6) On completion of any hearing the Commission is required to submit to the Minister and to the respondent Commissioner a report in writing setting out findings and recommendations concerning the complaint, as the Commission sees fit.<sup>11</sup>

(7) Upon receipt of a report from the Commission or its Chairman, whether that be upon investigation without a hearing or after a public hearing, the respondent Commissioner has an obligation to review the complaint in light of the findings and recommendations in the Commission's report, and to notify the Minister and the Chairman of any further action in relation to the complaint, and

<sup>9</sup> *Id.*, s. 45.43(3).

<sup>10</sup> *Id.*, ss. 45.44, 45.45.

<sup>11</sup> *Id.*, s. 45.45(14).

(3) Au terme de son enquête, le président de la Commission établit et fait tenir au ministre et au Commissaire intimé un rapport écrit énonçant ses conclusions et recommandations, à moins qu'il n'ait convoqué ou n'envisage de convoquer une audience pour enquêter sur la plainte<sup>9</sup>.

(4) Le président de la Commission peut se saisir de la plainte en dehors des cas où il n'est pas satisfait de la décision de la GRC, comme suit:

**45.43** (1) Le président de la Commission peut, s'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte, tenir une enquête ou convoquer une audience pour enquêter sur la plainte portant sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci, que la Gendarmerie ait ou non enquêté ou produit un rapport sur la plainte, ou pris quelque autre mesure à cet égard en vertu de la présente partie.

(5) Dans le cas où le président de la Commission décide de convoquer une audience pour enquêter sur la plainte, la Loi prévoit en détail les mesures à prendre, y compris la signification à toutes les parties, la désignation des personnes chargées de tenir l'audience, les séances du ou des membres constituant la Commission aux fins de l'enquête, les droits des intéressés et le droit de tout témoin de se faire représenter par avocat, les preuves recevables devant la Commission et celles qui sont admissibles et inadmissibles à l'audience d'enquête sur une plainte de violation du Code de déontologie de la GRC, sauf l'audience d'enquête sur un faux témoignage ou un témoignage donné dans l'intention de tromper<sup>10</sup>.

(6) Au terme de l'audience, la Commission est tenue d'établir et de faire tenir au ministre et au Commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'elle estime indiquées<sup>11</sup>.

(7) Sur réception du rapport soumis par la Commission ou par le président, que ce soit au terme d'une enquête avec ou sans audience, le Commissaire intimé est tenu de réexaminer la plainte à la lumière des conclusions et recommandations figurant au rapport de la Commission, et d'informer le ministre et le président de toute nouvelle mesure qu'il prend à l'égard de la plainte.

<sup>9</sup> *Ibid.*, art. 45.43(3).

<sup>10</sup> *Ibid.*, art. 45.44, 45.45.

<sup>11</sup> *Ibid.*, art. 45.45(14).

where no action on findings of the report is to be taken, the Commissioner is to provide notice, including his reasons for not acting, to the Minister and the Commission Chairman.<sup>12</sup>

(8) After consideration of the notice provided by the respondent Commissioner, the Commission Chairman has the last word: he prepares and sends to the Minister, the Commissioner and the parties a final report in writing with such findings and recommendations as he sees fit.<sup>13</sup>

The Public Complaints Commission and its Chairman are not authorized by the legislation to grant relief to the complainant or anyone else, or to make any determination relating to liability, criminal, civil, or disciplinary, against any member of the RCMP or to impose any sanctions, penal or otherwise. Their authority is to review or investigate or conduct a hearing, and to report in writing with findings and recommendations as they see fit. The authority for any action arising from the report of the Commission or its Chairman rests with the respondent Commissioner.

In this case, following receipt of the two complaints from the Coopers, the Chairman of the Commission followed the initial steps set out by statute. After his initial review he advised the respondent Commissioner in August that he considered further investigation was warranted and he had decided to investigate further as provided for in paragraph 45.42(3)(c) of the Act. Thereafter, the Director of Complaints for the Commission interviewed the Coopers, and invited the RCMP officers involved, including the applicant, to be interviewed but the applicant and the others declined.

The applicant learned of the hearing process for investigation of the Coopers' complaints upon receipt of notice from the Chairman of the respondent Commission. By notice of decision to institute a hearing and assignment of hearing members, dated November 26, 1990, the Chairman of the Commission, after referring to the nature of the respective complaints of the Coopers who were identified in each case as the complainant, and naming the RCMP members involved,

Au cas où il ne donne pas suite aux conclusions du rapport, il doit motiver cette décision dans la notification au ministre et au président de la Commission<sup>12</sup>.

<sup>a</sup> (8) Après examen du compte rendu du Commissaire intimé, c'est le président de la Commission qui a le dernier mot: il établit et fait tenir au ministre, au Commissaire et aux parties un rapport écrit final énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées<sup>13</sup>.

<sup>b</sup> La Commission des plaintes du public et son président ne sont pas habilités par la Loi à ordonner des mesures de réparation en faveur du plaignant ou de qui que ce soit d'autre, ni à conclure à la responsabilité pénale, civile ou disciplinaire d'un membre de la GRC, ni à prononcer une sanction pénale ou autre. Ils ont pour seul pouvoir d'examiner, d'enquêter ou de tenir une audience, et de rapporter par écrit les conclusions et recommandations qu'ils estiment indiquées. C'est au Commissaire intimé qu'il appartient de prendre des mesures à la suite du rapport de la Commission ou de son président.

<sup>c</sup> En l'espèce, le président de la Commission, saisi des deux plaintes émanant des Cooper, a pris les mesures initiales prévues par la Loi. Après instruction initiale, il a informé le Commissaire intimé en août qu'à son avis, une enquête approfondie s'imposait et qu'il avait décidé de la tenir conformément à l'alinéa 45.42(3)c) de la Loi. Par la suite, le directeur des plaintes de la Commission a interrogé les Cooper et invité les agents de la GRC impliqués, dont le requérant, à une entrevue, mais ces derniers ont tous décliné l'invitation.

<sup>d</sup> Le requérant a été mis au courant du processus d'audience d'enquête sur les plaintes des Cooper par l'avis reçu du président de la Commission intimée. Par avis de décision de convoquer une audience et d'en désigner les membres en date du 26 novembre 1990, le président de la Commission, après avoir rappelé la nature des plaintes des Cooper, respectivement identifiés comme le plaignant dans chacune d'elles, et nommé les agents de la GRC impliqués, a désigné certaines personnes

<sup>12</sup> *Id.*, s. 45.46(1),(2).

<sup>13</sup> *Id.*, s. 45.46(3).

<sup>12</sup> *Ibid.*, art. 45.46(1),(2).

<sup>13</sup> *Ibid.*, art. 45.46(3).



designated certain persons "to conduct a hearing into this complaint" pursuant to subsection 45.44(1) of the Act and gave notice as follows:

TAKE NOTICE that in respect of this complaint, I have decided to institute a hearing pursuant to paragraph 45.42(3)(c) of the Act to inquire into all matters touching upon this complaint and to hear all evidence relevant thereto to ensure a full and fair hearing in respect of this complaint and to report at the conclusion of the hearing such findings of fact and recommendations as are warranted.

By notices of re-assignment of hearing members, dated March 20, 1991, the Chairman of the Commission, gave notice that a designated person would sit as chairperson of the members assigned to conduct a hearing into the complaints, replacing the chairperson originally designated. This notice includes the following reference to the decision to institute a hearing:

TAKE NOTICE that in respect of this complaint, I instituted a hearing pursuant to subsection 45.43(1) of the Act by Notice of Decision to Institute a Hearing and Assignment of Hearing Members, dated November 26, 1990.

It is noted that the statutory authority referred to by the Chairman in these notices differs. In the notice of November 26, 1990 the hearing is said to be initiated pursuant to paragraph 45.42(3)(c), and in the notice of March 20, 1991 it is said to have been instituted pursuant to subsection 45.43(1).

Counsel for the respondent Commission submits as facts, in a statement of facts and law, in part, as follows.

10. The Cooper complaints could not be resolved by the investigation and review process of the Commission because matters of credibility between the versions of the events advanced by the complainants and the Royal Canadian Mounted Police officers could not be determined from the material available to the Commission.

11. On November 26, 1990, Dr. Richard Gosse, Chairman of the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission notified the Applicant, William Stuart Leach, that he had decided to institute a hearing to inquire into the Cooper complaints.

12. The hearing was instituted because the Chairman was unable to conclude his investigation by any other means because of outstanding issues of fact. In addition, the hearing was to look into the appropriateness of the Royal Canadian Mounted Police policy on the application of the carotid restraint hold, a potentially lethal hold, in situations such as arose in the Cooper complaints.

13. The investigation by the Commission has not been completed and therefore no investigation report has been prepared,

[TRADUCTION] «pour tenir l'audience d'enquête sur cette plainte» conformément au paragraphe 45.44(1) de la Loi, et a signifié ce qui suit:

[TRADUCTION] IL EST PORTÉ À VOTRE CONNAISSANCE qu'au sujet de cette plainte, j'ai décidé de convoquer une audience conformément à l'alinéa 45.42(3)c) de la Loi pour enquêter sur toutes les questions et entendre tous les témoignages qui s'y rapportent en vue d'une audition pleine et équitable de la plainte, et pour rapporter, à l'issue de l'audience, les conclusions et recommandations qui s'imposent.

Par avis de nouvelle désignation des membres chargés de l'audience en date du 20 mars 1991, le président de la Commission annonça le remplacement du président initialement désigné de l'audience. On peut lire dans le nouvel avis cette mention de la décision de convoquer une audience:

[TRADUCTION] IL EST PORTÉ À VOTRE CONNAISSANCE qu'au sujet de cette plainte, j'ai convoqué une audience conformément au paragraphe 45.43(1) de la Loi par avis de décision de convoquer une audience et d'en désigner les membres, en date du 26 novembre 1990.

Il y a lieu de noter qu'il y a divergence entre les deux avis susmentionnés au sujet du texte de loi dont le président tient son pouvoir en la matière. L'avis du 26 novembre 1990 indique que l'audience est convoquée conformément à l'alinéa 45.42(3)c), alors que celui du 20 mars 1991 invoque le paragraphe 45.43(1).

L'avocat de la Commission intimée articule entre autres les faits suivants dans son exposé des points de fait et de droit:

[TRADUCTION] 10. Les plaintes des Cooper ne pouvaient être réglées par le processus d'enquête et d'examen de la Commission qui ne pouvait se fonder sur les éléments de preuve produits pour départager les versions des faits respectivement avancées par les plaignants et par les agents de la Gendarmerie royale du Canada impliqués.

11. Le 26 novembre 1990, M. Richard Gosse, président de la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, notifia au requérant William Stuart Leach qu'il avait décidé de convoquer une audience pour enquêter sur les plaintes des Cooper.

12. Le président a dû convoquer l'audience parce qu'il lui était impossible de mener à terme son enquête par quelque autre moyen que ce soit, vu les points de fait non encore résolus. En outre, l'audience devait enquêter sur la légitimité de la politique de la Gendarmerie royale du Canada pour ce qui était de recourir, dans les situations comme celle qui était à l'origine des plaintes des Cooper, à la prise carotidienne, qui était une prise potentiellement mortelle.

13. L'enquête de la Commission n'a pas été menée à terme, c'est pourquoi il n'y a pas eu un rapport d'enquête, tel que le

pursuant to section 45.43 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, RSC CR-10 [sic].

Counsel also reported at the hearing of this application, as background, that the hearing in question was one of two hearings, both ordered at the same time, into different complaints, by the Coopers and by another person, which involved reported use of a carotid restraint hold by officers of the same detachment in generally similar circumstances involving the arrest of citizens. The other hearing had already commenced and expert evidence to be called for both hearings was intended to be heard once for both together.

### The positions of the parties

The applicant, as earlier noted seeks orders of prohibition against the respondent Commission prohibiting the conducting of a hearing into the complaints of the Coopers and prohibiting the respondent Commissioner from acting on any recommendation made by the Chairman of the respondent Commission arising from those complaints. The grounds of the motion for relief are set out as follows:

1. Part VI and VII of the R.C.M.P. Act is inconsistent with the Constitution Act 1982 and consequently is of no force and effect. The applicant relies on Sections 7, 11, 15, 32 and 52 of the Constitution Act.

2. The Chairman of the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission, having completed an investigation pursuant to Section 45.43(1) of the R.C.M.P. Act is *functus officio* and has no jurisdiction to institute a hearing to inquire into the complaints of Michael Cooper and Steven Cooper.

When this matter was heard counsel for the applicant did not concentrate on arguments relating to the first of these grounds, that is, the claim that relevant portions of the *RCMP Act* were inconsistent with provisions of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and were of no force and effect, though that submission was responded to in written submissions and in argument by counsel for the Commission and by counsel for the Attorney General. Aside from grounds notified, counsel for the applicant argued that the process established under Part VII of the *RCMP Act* constituted an unfair process which, in light of

prévoit l'article 45.43 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, LRC CR-10 [sic].

Devant la Cour, l'avocat de la Commission intimée a également fait savoir, à titre d'information, que l'audience en question était l'une des deux ordonnances en même temps pour enquêter sur des plaintes différentes, émanant des Cooper et d'une autre personne, qui se plaignait du recours à la prise carotidienne de la part des agents du même détachement, dans des conditions comparables au cours d'une arrestation. L'autre audience avait déjà commencé et des experts convoqués pour les deux devaient témoigner une seule fois mais pour les deux audiences.

### La thèse respective des parties

Comme noté plus haut, le requérant conclut aux ordonnances de prohibition pour interdire à la Commission intimée de tenir une audience d'enquête sur les plaintes des Cooper, et au Commissaire intimé de donner suite aux recommandations que pourrait faire le président de la Commission intimée à la suite de ces plaintes. Voici les motifs de la requête:

[TRADUCTION] 1. Les parties VI et VII de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada vont à l'encontre de la Loi constitutionnelle de 1982 et sont nuls de ce fait. Le requérant invoque à cet effet les articles 7, 11, 15, 32 et 52 de la Loi constitutionnelle.

2. Le président de la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, ayant terminé une enquête sous le régime du paragraphe 45.43(1) de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada est, de ce fait, dessaisi de l'affaire et n'a plus compétence pour convoquer une audience d'enquête sur les plaintes de Michael Cooper et de Steven Cooper.

Devant la Cour, l'avocat du requérant n'a pas développé le premier de ces deux motifs, savoir que les dispositions en cause de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* allaient à l'encontre de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et étaient invalides de ce fait, bien que l'avocat de la Commission et celui du procureur général y eussent répondu dans leur mémoire comme dans leur argumentation orale respective. Outre les motifs signifiés par écrit, l'avocat du requérant a encore fait valoir que la procédure prévue à la partie VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* était

recent decisions concerning public inquiries, ought to be prohibited.

For the respondent Commission counsel submitted additional facts as noted, i.e., that the Chairman's investigation of the Coopers' complaints could not be and was not completed because of different versions of events giving rise to the complaints and thus the Chairman's decision to proceed with a hearing at which the complainants and the RCMP officers involved would be called as witnesses. He also submitted that the inquiry would be concerned with the use of the carotid restraint hold, admittedly used in arrest of at least one of the Coopers, a hold which is said to be potentially lethal, though it is apparently included in RCMP training and in policy manuals. While ordinarily this Court frowns upon the direct representation of statutory bodies in proceedings concerning judicial review of their activities,<sup>14</sup> an exception is acknowledged in relation to issues concerning their jurisdiction,<sup>15</sup> issues which are at the heart of this application. In any event, no question was raised about the propriety of direct representation in this matter by the respondent Commission.

For the Attorney General of Canada, counsel took a position generally supportive of that adopted by the Commission. Surprisingly counsel differed on two aspects. First it was argued that the Chairman's authority under paragraph 45.42(3)(c) was somewhat different from that argued by the Commission, as will be noted below. Second, counsel submitted that the scope of any hearing was limited to matters directly related to the complaints arising from conduct of the RCMP officers involved, and did not extend to including a more wide ranging hearing, for example, concerning the use of the carotid restraint hold. Interestingly enough counsel for the applicant conceded that if the hearing was concerned only with the use

<sup>14</sup> Following up on *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at p. 709, per Estey J.; *Rankin (Re)*, [1991] 1 F.C. 226 (T.D.), at pp. 233-234, per Denault J.

<sup>15</sup> *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586 (C.A.), per Mahoney J.A.

une procédure inique qui devrait être interdite à la lumière de la jurisprudence récente en matière d'enquêtes publiques.

De son côté, l'avocat de la Commission intimée a présenté d'autres éléments d'information comme noté plus haut, savoir que l'enquête effectuée par le président sur les plaintes des Cooper ne pouvait pas être et n'a pas été menée à bien en raison de la divergence entre les versions des faits à l'origine de ces plaintes, ce qui expliquait la décision du président de convoquer une audience au cours de laquelle les plaignants et les agents de la GRC impliqués seraient cités comme témoins. Il a également fait savoir que la nouvelle enquête devait porter sur le recours à la prise carotidienne, dont on dit qu'elle peut causer la mort et dont il a été reconnu qu'elle avait été utilisée lors de l'arrestation de l'un au moins des Cooper, bien qu'elle figure dans les manuels de formation et d'action de la GRC. Alors que normalement, la Cour désapprouve la représentation directe des organismes créés par la loi dans les instances de contrôle judiciaire les concernant<sup>14</sup>, une exception s'applique aux matières touchant leur compétence<sup>15</sup>, lesquelles sont au cœur de la requête en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la représentation directe de la Commission intimée dans cette affaire n'a donné lieu à aucune contestation.

De son côté, le procureur général du Canada, par son avocat, partage dans l'ensemble la position adoptée par la Commission. Chose étonnante, il s'en écarte sur deux points. En premier lieu, il soutient que le pouvoir que le président tient de l'alinéa 45.42(3)c) est quelque peu différent de celui que fait valoir la Commission, comme nous le verrons plus loin. En second lieu, il soutient que la portée de l'audience est limitée aux questions touchant directement les plaintes sur les agissements des agents de la GRC impliqués, mais ne s'étend pas aux questions plus générales comme, par exemple, le recours à la prise carotidienne. Ce qui est fort intéressant, c'est que l'avocat du requérant a admis que si l'audience était exclusivement con-

<sup>14</sup> Règle définie par *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la p. 709, le juge Estey; voir *Rankin (Re)*, [1991] 1 C.F. 226 (1<sup>re</sup> inst.), aux pp. 233 et 234, le juge Denault.

<sup>15</sup> *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.), le juge Mahoney, J.C.A.

of the restraint hold in police enforcement activities his client would have no objection to appearing and being questioned as a witness. His concern was with the apparent focus of the hearing on the applicant's conduct at the time of the Coopers' arrests. In my view the notice of motion, seeking orders of prohibition, neither gave notice of concern about, nor required for its disposition, a decision about the appropriate scope, or terms of reference, of the hearing instituted by the Commission, aside from concern about inquiring as to the conduct of the applicant. If there were terms of reference they were not before this Court, other than those apparent from the notice of the Chairman of the Commission, dated November 26, 1990, "to inquire into all matters touching upon this complaint and to hear all evidence relevant thereto to ensure a full and fair hearing in respect of this complaint and to report at the conclusion of the hearing such findings of fact and recommendations as are warranted". I do not propose to discuss further "the scope of the hearing" in the sense raised by counsel for the Attorney General.

Counsel for the Attorney General also raised as a preliminary issue that the application for relief, sought by originating motion, should be dismissed because in the circumstances the nature of relief sought was a declaration concerning the constitutional validity of portions of the RCMP Act. Precedents were referred to<sup>16</sup> but I decline to adopt this approach in light of the applicant's insistence that a declaration was not the relief sought. In my view, this Court's task is to rule upon the motion before it in relation to the relief here requested.

### The issues

Essentially this application raises three issues, concerning:

1. The authority of the Commission Chairman to institute a hearing;
2. The fairness of procedures under Part VII of the RCMP Act; and

<sup>16</sup> See: *Pacific Trollers Association v. Attorney General of Canada et al.* (not reported, Court No. T-1921-86, McNair J., order dated September 2, 1986 (F.C.T.D.)); *Estrada v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317 (F.C.T.D.).

sacrée au recours aux prises d'immobilisation dans les fonctions de police, son client ne verrait aucune objection à comparaître comme témoin. Ce à quoi il s'opposait, c'était le fait que l'audience était manifestement focalisée sur la conduite du requérant au moment de l'arrestation des Cooper. À mon sens, l'avis de requête en ordonnances de prohibition ne demande pas une décision sur l'étendue du mandat de l'audience convoquée par la Commission, le seul sujet de préoccupation étant l'enquête sur les agissements du requérant. Aucun autre mandat n'a été porté à la connaissance de la Cour, à part celui qui ressort de l'avis en date du 26 novembre 1990 du président de la Commission et qui était d'«enquêter sur toutes les questions et entendre tous les témoignages qui s'y rapportent en vue d'une audition pleine et équitable de la plainte, et [de] rapporter, à l'issue de l'audience, les conclusions et recommandations qui s'imposent». Je ne m'étendrai donc pas sur «l'étendue du mandat de l'audience» telle qu'en a fait état l'avocat du procureur général.

Celui-ci a également fait valoir une fin de non-recevoir, savoir que le recours, introduit par requête introductive d'instance, doit être rejeté parce que qu'en l'espèce, elle vise à un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité d'une partie de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*. Il a cité à cet effet différents précédents<sup>16</sup>, mais je n'adopterai pas cette approche vu l'insistance du requérant sur le fait qu'il ne conclut pas à jugement déclaratoire. À mon avis, il incombe à la Cour de se prononcer sur la requête dont elle a été saisie et eu égard à la mesure de réparation qui y est visée.

### Les points litigieux

Essentiellement la requête porte sur les trois questions suivantes:

1. Le pouvoir du président de la Commission de convoquer une audience;
2. L'équité des procédures prévues à la partie VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*; et

<sup>16</sup> Voir *Pacific Trollers Association c. Procureur général du Canada et autre* (numéro du greffe T-1921-86, le juge McNair, ordonnance en date du 2 septembre 1986, non publiée (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)); *Estrada c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

3. The consistency of Parts VI and VII of the RCMP Act with sections 7, 11, 15, 32 of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The balance of these reasons deals with each of these issues in turn.

The authority of the Commission Chairman to institute a hearing

The applicant submits in the notice of motion that the Chairman of the Commission "having completed an investigation pursuant to Section 45.43(1) of the R.C.M.P. Act is *functus officio* and has no jurisdiction to institute a hearing". I assume the statutory reference may have been in error and that the motion may have intended to refer to paragraph 45.42(3)(c), referred to as the authority for the decision in the Chairman's notice of decision to institute a hearing of November 26, 1990. However, both statutory provisions may here be invoked by the Chairman if the later Notice of March 20, 1991 is taken at face value, and both have essentially the same grammatical structure in providing for the Chairman's authority. Thus, subsection 45.43(1) provides, as we have seen,

45.43(1) Where the Commission Chairman considers it advisable in the public interest, the Commission Chairman may investigate, or institute a hearing to inquire into, a complaint . . . [Underlining emphasis added.]

Paragraph 45.42(3)(c) provides:

45.42. . . .

(3) Where, after reviewing a complaint, the Commission Chairman is not satisfied with [its] disposition . . . by the Force or considers that further inquiry is warranted, the Commission Chairman may

(c) investigate the complaint further or institute a hearing to inquire into the complaint. [Underlining emphasis added.]

The submission, applicable to either provision, is that the word "or" is used in its exclusive or disjunctive sense, so that the Chairman may undertake one or other of the courses of action, but not both, referred to in the section. Counsel for the Attorney General of Canada submitted that these provisions contemplate the institution of a hearing after an investigation by the Chairman was completed. For the Commission it was submitted that

3. La conformité des parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* avec les articles 7, 11, 15, 32 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

J'examinerai ces trois questions l'une après l'autre.

Le pouvoir du président de la Commission de convoquer une audience

Le requérant soutient dans son avis de requête que le président de la Commission «ayant terminé une enquête sous le régime du paragraphe 45.43(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* est, de ce fait, dessaisi de l'affaire et n'a plus compétence pour convoquer une audience». Je présume que le renvoi au texte de loi a été fait par erreur et que le requérant voulait vraiment invoquer l'alinéa 45.42(3)c, cité dans l'avis de décision du président de convoquer une audience, en date du 26 novembre 1990. Cependant, l'une et l'autre dispositions peuvent fort bien être invoquées par le président si on s'en tient à la formulation de son avis du 20 mars 1991, et les deux présentent essentiellement la même construction grammaticale pour prévoir le pouvoir du président. Ainsi donc, le paragraphe 45.43(1) prévoit, comme nous l'avons vu, ce qui suit:

45.43(1) Le président de la Commission peut, s'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte, tenir une enquête ou convoquer une audience pour enquêter sur une plainte . . . [Passages non soulignés dans l'original.]

L'alinéa 45.42(3)c) porte:

45.42. . . .

(3) Après examen de la plainte, le président de la Commission, s'il n'est pas satisfait de la décision de la Gendarmerie ou s'il est d'avis qu'une enquête plus approfondie est justifiée, peut;

c) soit tenir une enquête plus approfondie ou convoquer une audience pour enquêter sur la plainte. [Passages non soulignés dans l'original.]

L'argument du requérant, applicable à l'une ou l'autre disposition, veut que le mot «ou» ait été employé en l'occurrence dans son sens exclusif ou disjonctif, c'est-à-dire que le président peut prendre soit l'une soit l'autre des mesures prévues mais non pas les deux. L'avocat du procureur général du Canada soutient par contre que ces dispositions prévoient la convocation d'une audience après qu'une enquête aura été effectuée par le président.

the word “or” was here used in its inclusive or conjunctive sense, sometimes treated as synonymous with “and”, so that the Chairman was not limited to either one of the two courses of action but might undertake both. In this case it was submitted that the investigation having been initiated, it was not possible to complete it because of conflicting statements of events and thus the decision to further the process, and to facilitate the reporting on the complaints, by instituting a hearing.

It is my conclusion that the word “or” in both of these provisions is used in its inclusive or conjunctive sense and that the Commission Chairman is authorized to institute a hearing after initiating an investigation, whether or not that investigation has been concluded to his satisfaction except for the report to the Commissioner. The Court of Appeal<sup>17</sup> and the Supreme Court of Canada<sup>18</sup> have indicated the proper approach to statutory construction, summed up by E. A. Driedger, in *Construction of Statutes*:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.<sup>19</sup>

When one examines other provisions of Part VII of the Act there are some where the word “or” also appears to be used in its inclusive or conjunctive sense.<sup>20</sup> Moreover, subsection 45.43(3) of the Act seems clearly to indicate that a decision to investigate a complaint does not preclude a decision by the Chairman to institute a hearing; indeed, the words support the construction that Parliament contemplated that the Chairman might institute a hearing after investigating a complaint. That section provides:

De son côté, la Commission fait valoir que le mot «ou» est employé dans son sens inclusif ou conjonctif, parfois comme synonyme de «et» et qu'ainsi, le président n'était pas limité à prendre soit l'une soit l'autre mesure, mais pouvait les prendre et l'une et l'autre. Il soutient qu'en l'espèce, il n'a pas été possible de mener à bien l'enquête entreprise en raison de la divergence des versions des faits de part et d'autre, d'où la décision de convoquer une audience pour mener à terme l'enquête et faciliter la préparation du rapport sur les plaintes dont s'agit.

Je conclus que le mot «ou» figurant dans l'une et l'autre dispositions a un sens inclusif ou conjonctif, et que le président de la Commission est habilité à convoquer une audience après avoir ordonné une enquête, que celle-ci ait été terminée ou non à sa satisfaction, à part le rapport destiné au Commissaire. La Cour d'appel<sup>17</sup> et la Cour suprême du Canada<sup>18</sup> ont indiqué la bonne méthode d'interprétation des lois, résumée comme suit par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes*:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur<sup>19</sup>.

En examinant les autres dispositions de la partie VII de la Loi, on peut en voir certaines où il appert que le mot «ou» est aussi employé dans un sens inclusif ou conjonctif<sup>20</sup>. Qui plus est, le paragraphe 45.43(3) de la Loi semble indiquer clairement que la décision d'enquêter sur une plainte n'exclut pas la possibilité pour le président de convoquer une audience; en effet, le libellé de cette disposition favorise l'interprétation selon laquelle le législateur entendait prévoir que le président pourrait convoquer une audience après avoir entrepris l'enquête sur une plainte. Voici ce que prévoit ce paragraphe:

<sup>17</sup> *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), at p. 352, per MacGuigan J.A.

<sup>18</sup> *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, per Estey J.

<sup>19</sup> 2nd ed. 1983, p. 87.

<sup>20</sup> See the use of “or”: at the end of paragraph 45.35(1)(b); in the phrase “any criminal, civil or administrative proceedings” in subsection 45.36(2); in section 45.38; in the opening words of subsection 45.42(3) and at the end of paragraph 45.42(3)(b).

<sup>17</sup> *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), à la p. 352, le juge MacGuigan, J.C.A.

<sup>18</sup> *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578, le juge Estey.

<sup>19</sup> 2<sup>e</sup> éd. 1983, p. 87.

<sup>20</sup> Voir l'emploi du mot «or» à la fin de l'alinéa 45.35(1)(b) du texte anglais; et du mot «ou» dans le membre de phrase «poursuites pénales, civiles ou administratives» au paragraphe 45.36(2); à l'article 45.38; au début du paragraphe 45.42(3); et à la fin de l'alinéa 45.42(3)(b).

## 45.43. . . .

(3) On completion of an investigation under paragraph 45.42(3)(c) or subsection (1), the Commission Chairman shall prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit unless the Commission Chairman has instituted, or intends to institute, a hearing to inquire into the complaint under that paragraph or subsection.

Finally, this interpretation is consistent with the object of the Act and the intention of Parliament as expressed in the Act. Counsel for the Commission referred to Commission Reports<sup>21</sup> which led to the legislation in question and to the comments of the then Solicitor General in introducing the legislation in Parliament<sup>22</sup> as suitable background for understanding the purpose or object of the provisions of Parts VI and VII of the Act. Some of that background has been referred to in the Court of Appeal by Mr. Justice MacGuigan who summed up the purposes of the legislation, at least so far as it provides for review of complaints from the public, as follows:

One purpose of the legislation, then, deduced from the mischief at which it was directed, is the protection of the public from having its complaints investigated privately. But it is evident from other clarifying words of the Solicitor General that there is another mischief to be guarded against as well, viz., the pillorying of members of the Force (Debates, September 11, 1985, at 6519):

The recommendations of the Marin Commission are substantially implemented in this Act and considerable time and effort has been invested in developing revisions that will support and further the work of the RCMP and adequately preserve the delicate balance between the protection of the rights of the public and the individual members of the RCMP.

This comment would indicate that both mischiefs are being equally guarded against.<sup>23</sup>

Those purposes of the legislation, in my view, are best served by the interpretation of "or" in either paragraph 45.42(3)(c) or subsection 45.43(3) in its inclusive or conjunctive sense, and

<sup>21</sup> *Freedom and Security under the Law*, Report of the MacDonald Commission (1981), at pp. 101 ff.; *The Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police*, (The Marin Commission Report, 1976).

<sup>22</sup> *House of Commons Debates* (Wed. Sept. 11, 1985) Vol. V, 1st Sess., 33rd Parl., at pp. 6518-6519.

<sup>23</sup> *Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, [1991] 1 F.C. 529 (C.A.) at p. 556.

## 45.43. . . .

(3) Au terme de l'enquête prévue à l'alinéa 45.42(3)c) ou au paragraphe (1), le président de la Commission établit et transmet au ministre et au Commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées, à moins qu'il n'ait déjà convoqué une audience, ou se propose de le faire, pour faire enquête en vertu de cet alinéa ou paragraphe.

Enfin, cette interprétation est conforme à l'objet de la Loi et à la volonté du législateur telle qu'elle s'y exprime. L'avocat de la Commission cite les rapports de commission<sup>21</sup> qui ont abouti à cette Loi ainsi que la déclaration faite par le solliciteur général de l'époque, à la présentation du projet de loi au Parlement<sup>22</sup>, à titre de travaux préparatoires qui permettent de saisir le but ou l'objet des parties VI et VII de la Loi. Certains de ces travaux préparatoires ont été évoqués en Cour d'appel par le juge MacGuigan qui résumait l'objectif de la Loi en ce qui concerne l'examen des plaintes du public, comme suit:

Ainsi donc, un objet de la Loi qu'on peut dégager de la situation qu'elle visait à réformer est de protéger le public contre la tenue d'enquêtes secrètes sur les plaintes. Mais il ressort à l'évidence d'autres éclaircissements fournis par le solliciteur général que l'on voulait aussi se protéger contre un autre abus, à savoir la mise au pilori des membres de la Gendarmerie (Débats, 11 septembre 1985, à la page 6519):

Ce projet donne suite à la plupart des recommandations de la commission Marin et l'on a passé beaucoup de temps à préparer des révisions qui aideront la GRC dans son travail tout en préservant le délicat équilibre entre la protection des droits du public et celle des membres de la GRC.

Cette observation indique que l'on se prémunit également contre les deux abus<sup>23</sup>.

Je pense que pour atteindre ces deux objectifs de la Loi, il faut interpréter le mot «ou» figurant à l'alinéa 45.42(3)c) ou au paragraphe 45.43(3) dans son sens inclusif ou conjonctif et, ainsi qu'il a

<sup>21</sup> *La liberté et la sécurité devant la loi*, rapport de la commission MacDonald (1981), aux p. 101 et s.; *Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada* (Rapport de la commission Marin, 1976).

<sup>22</sup> *Débats de la Chambre des communes* (Mercredi 11 septembre 1985), Vol. V, 1<sup>re</sup> session, 33<sup>e</sup> Parl., aux p. 6518 et 6519.

<sup>23</sup> *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, [1991] 1 C.F. 529 (C.A.), à la p. 556.

as indicated, authorizing the Commission Chairman to decide to institute a hearing, in addition to initiating any investigation of a complaint. If the Commission is to serve to maintain confidence of the public generally in the Force and its processes, the Commission through its Chairman must be free to determine when a hearing is warranted. He can hardly make such a determination without at least a preliminary investigation of the matter, for example considering the nature and circumstances of the complaint, who the complainant is and whether the complainant claims to be the victim of alleged misconduct, the thoroughness of any earlier investigation by the Force, whether the disposition of the complaint by the Force has been satisfactory to the complainant, technical assessment of the evidence likely to be adduced at any hearing, and so on. In my view, a decision to institute a hearing, which will serve both purposes identified by MacGuigan J.A., necessarily implies at least a preliminary investigation of a complaint, by the Commission Chairman.

In light of this construction of the statutory provisions pursuant to which the hearing here was instituted, whether that be taken as paragraph 45.42(3)(c) or subsection 45.43(1), Parliament is seen to have authorized a hearing in addition to any investigation by the Commission Chairman. Thus I do not accept the applicant's submission that the Chairman was *functus officio* before instituting the hearing.

#### The fairness of procedures under Part VII of the RCMP Act

For the applicant it was submitted that the orders sought should be granted because of serious issues of lack of fairness in the procedures established by Part VII of the RCMP Act. There were two aspects of this submission dealt with in argument, the first relating to the statutory provisions themselves, the second relating to the nature of the hearing here instituted by the Commission Chairman.

The procedures established by Part VII were said by counsel for the applicant to create serious issues of lack of fairness in three respects. The first

été noté plus haut, comme habitant le président de la Commission à décider de convoquer une audience même s'il a entrepris une enquête sur la plainte. Si la Commission a pour mandat de préserver la confiance du public dans la Gendarmerie et dans ses méthodes, il faut qu'elle ait la faculté, par la voix de son président, de décider quand une audience s'impose. On voit mal que le président puisse prendre pareille décision avant d'entreprendre au moins une enquête préliminaire sur l'affaire, par exemple, en examinant la nature et les circonstances de la plainte, l'identité du plaignant et la question de savoir s'il prétend avoir été la victime des méfaits supposés, la minutie de toute enquête antérieure par la Gendarmerie, la question de savoir si le plaignant a été satisfait de la suite donnée par la Gendarmerie à la plainte, l'évaluation technique des preuves et témoignages susceptibles d'être produits à l'audience, etc. À mon avis, la décision de convoquer une audience, qui visera les deux objectifs définis par le juge MacGuigan, J.C.A., présuppose à tout le moins, par la force des choses, une enquête préliminaire du président de la Commission sur la plainte.

À la lumière de cette interprétation des dispositions législatives en application desquelles l'audience a été convoquée en l'espèce, qu'il s'agisse de l'alinéa 45.42(3)c) ou du paragraphe 45.43(1), on peut dire que le législateur autorise la convocation d'une audience en sus de toute enquête faite par le président de la Commission. Je n'accueille donc pas l'argument du requérant selon lequel le président a épuisé sa compétence avant la convocation de l'audience.

#### L'équité des procédures prévues à la partie VII de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada

Le requérant soutient qu'il y a lieu aux ordonnances recherchées par ce motif que l'équité des procédures prévues à la partie VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* est sérieusement en doute. Son argumentation porte sur deux facettes de cette question, savoir d'une part les dispositions législatives elles-mêmes, et d'autre part la nature de l'audience convoquée en l'espèce par le président de la Commission.

Selon l'avocat du requérant, la procédure instituée par la partie VII laisse sérieusement à désirer, sur le plan de l'équité, à trois égards. Il y a d'abord



is in the unlimited authority of the hearing body, the Commission, to report in writing “setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission sees fit”<sup>24</sup> so that it is possible for the Commission to recommend prosecution or disciplinary action. The second is the authority of the respondent Commissioner upon receipt of the report to take action, the scope of which is not restricted, without providing opportunity for a person who may be adversely affected to be heard.<sup>25</sup> The third is a similar lack of opportunity before the Commission Chairperson makes a final report after considering a report from the Commissioner of any action he has or will take, or his refusal to act, in relation to the report from the hearing.<sup>26</sup>

In my view these concerns of the applicant do not warrant the relief sought at this stage. They anticipate that the hearing body may make recommendations adverse to the applicant, that those may be acted upon and may ultimately be the matter of comment in the Commission Chairman’s final report on the complaint. Any such outcome at this stage is mere speculation. The hearing body, to serve the purposes of the legislation, will be concerned with protecting the interests of the Coopers as complainants, and of the applicant and other officers involved. It will be concerned to assess the RCMP’s internal processes for dealing with the complaints.

There may well be need for the hearing body, the Commission, the Commission Chairman, or the Commissioner to have concern for procedural fairness, particularly in relation to persons whose interests may be adversely affected by their reports or their actions.<sup>27</sup> So far as the hearing process itself is concerned the Act does include specific provisions intended to ensure this. Yet there will be other circumstances, including some identified by the applicant’s concerns, where issues of proce-

le pouvoir illimité de l’organe d’enquête, c’est-à-dire la Commission, de faire un rapport écrit «énonçant les conclusions et les recommandations qu’elle estime indiquées»<sup>24</sup>, de telle façon qu’il est loisible à la Commission de recommander des poursuites pénales ou des mesures disciplinaires. Il y a en deuxième lieu le pouvoir qu’a le Commissaire intimé, saisi du rapport d’enquête, de prendre des mesures dont la portée n’est astreinte à aucune limite, et sans que la personne visée puisse se faire entendre.<sup>25</sup> Il y a en troisième lieu la même impossibilité de se faire entendre avant que le président de la Commission fasse son rapport final, une fois informé des mesures que le Commissaire a prises ou va prendre ou de son refus de donner suite au rapport de l’audience d’enquête.<sup>26</sup>

À mon avis, ces préoccupations exprimées par le requérant ne justifient pas les mesures de réparation recherchées en cet état de l’affaire. Elles présupposent que l’organisme d’enquête pourrait faire des recommandations défavorables au requérant, que ces recommandations pourraient être appliquées et pourraient faire l’objet du rapport final du président de la Commission sur la plainte. Pareille issue est pure conjecture en ce stade de l’affaire. Pour appliquer la Loi conformément à son esprit, l’organisme d’enquête veillera à protéger les intérêts des Cooper en leur qualité de plaignants, tout comme les intérêts du requérant et des autres agents impliqués. Il veillera à vérifier le processus d’enquête interne de la GRC sur les plaintes.

Il faut peut-être bien que l’organisme d’enquête, c’est-à-dire la Commission, son président ou le Commissaire, veille à garantir l’équité procédurale, en particulier à l’égard des personnes dont les intérêts pourront être affectés par leurs rapports ou leurs actions.<sup>27</sup> En ce qui concerne le processus d’audition lui-même, la Loi prévoit des dispositions expresses à cet effet. Il y aura pourtant d’autres circonstances dont certaines ont inspiré les inquitudes du requérant et où l’équité procédurale n’est

<sup>24</sup> *Supra*, note 4, s. 45.45(14).

<sup>25</sup> *Supra*, note 4, s. 45.46(1) and (2).

<sup>26</sup> *Supra*, note 4, s. 45.46(3).

<sup>27</sup> See *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] A.C. 808 (P.C.), per Lord Diplock, at pp. 820-821; *Duncan v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 560 (T.D.).

<sup>24</sup> Note 4, *supra*, art. 45.45(14).

<sup>25</sup> Note 4, *supra*, art. 45.46(1) et (2).

<sup>26</sup> Note 4, *supra*, art. 45.46(3).

<sup>27</sup> Voir *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (P.C.), lord Diplock, aux p. 820 et 821; *Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 560 (1<sup>re</sup> inst.).

dural fairness are not spelled out in the statute. That in itself is no basis for stopping the process by an order of prohibition in anticipation that those responsible will ignore their responsibilities. They have the advice of able counsel who can be expected to be concerned that there be no plausible claim that their reports or decisions are tainted, and should be set aside, for failure to observe the duty of fairness or ignoring principles of natural justice that may be applicable.

There is no basis for an order of prohibition against an action the occurrence of which, at this stage, is purely speculative and may not involve any real question of improper exercise of discretion.

The second aspect of unfairness is said to arise from the nature of the hearing itself as identified in the notices of the Chairman dated November 26, 1990, which speak of the nature of the Coopers' complaints alleging assault and the use of excessive force in effecting their arrests. The allegations are said to be related to the commission of criminal offences, both provided for in the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], and the notice of the Chairman is that "I have decided to institute a hearing . . . upon this complaint and to hear all evidence relevant thereto to ensure a full and fair hearing in respect of this complaint and to report at the conclusion of the hearing such findings of fact and recommendations as are warranted". It is said that the notice from the Chairman indicates the Commission will inquire into whether the applicant, or other officers involved, committed acts which constitute criminal offences. On the basis of recent decisions, in particular the Supreme Court decision in *Starr*,<sup>28</sup> it is urged that the hearing here be precluded because, in effect, it is tantamount to a preliminary enquiry into conduct prohibited under the criminal law. Counsel also argues that the decision in *Nelles*<sup>29</sup> supports the grant of an order of prohibition. Whether or not the hearing results in a finding of criminal conduct by the applicant, he will not escape public notoriety arising from any adverse characterization of his

pas prévue dans la Loi. Ce fait ne suffit pas à justifier l'interdiction de la procédure par une ordonnance de prohibition en prévision du cas où les autorités responsables oublieront leurs responsabilités. Ces dernières bénéficient des conseils de conseillers juridiques compétents qui veilleront certainement à ce que personne ne puisse se plaindre de façon plausible que leurs rapports ou décisions soient entachés et doivent être infirmés, pour inobservation de l'obligation d'équité ou des principes de justice naturelle applicables.

Rien ne justifie une ordonnance de prohibition contre une action dont on ne peut, en cet état de la cause, que conjecturer sur la survenance, et qui ne mettrait peut-être en jeu aucune véritable question d'abus de pouvoir discrétionnaire.

Le requérant voit une seconde manifestation d'iniquité dans la nature de l'audience elle-même, telle qu'elle ressort des avis en date du 26 novembre 1990 du président, qui font état des plaintes des Cooper de voies de fait et de recours à la force excessive dans leur arrestation. Il s'agit là d'infractions criminelles prévues au *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46], et on lit ce qui suit dans l'avis du président: «J'ai décidé de convoquer une audience pour enquêter sur toutes les questions et entendre tous les témoignages qui s'y rapportent en vue d'une audition pleine et équitable de la plainte, et pour rapporter, à l'issue de l'audience, les conclusions et recommandations qui s'imposent». Le requérant soutient qu'il ressort de l'avis du président que la Commission examinera si le requérant et les autres agents impliqués ont commis des actes qui constituent des infractions criminelles. À la lumière de la dernière jurisprudence applicable, en particulier de l'arrêt *Starr*<sup>28</sup> de la Cour suprême, il conclut à l'interdiction de l'audience qui équivaut en fait à une enquête préliminaire sur des infractions criminelles. Son avocat cite également la décision *Nelles*<sup>29</sup> à l'appui de sa conclusion à ordonnance de prohibition. Que l'audience débouche ou non sur une conclusion d'agissements criminels chez le requérant, il n'évitera pas la notoriété publique qui s'attachera à toute caractérisation défavorable de ses actes et il

<sup>28</sup> *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366.

<sup>29</sup> *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), at p. 220.

<sup>28</sup> *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

<sup>29</sup> *Re Nelles et al. and Grange et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), à la p. 220.

actions and he will have no opportunity to be heard to deny or respond to any such characterization.

The last of these submissions may represent a serious concern to the applicant but it provides no basis for an order of prohibition at this stage. The purpose of the hearing and of the review process noted below established by the legislation cannot be served if the conduct complained of cannot be examined in the light of day and reported. In the assessment and comment upon the conduct complained of at stages beyond the hearing, where the applicant and others have the right and opportunity to be heard and to be represented by counsel, principles of natural justice and the duty of fairness may, as earlier indicated, influence the manner in which persons who may be adversely affected are involved. But those are considerations for other fora and for another day; they do not support the grant of orders of prohibition now.

In my view the Supreme Court of Canada's decision in *Starr*<sup>30</sup> has no application in this situation. There the Court was dealing with a provincial inquiry which it held to be *ultra vires* the province as dealing in pith and substance with criminal law and procedure, a matter which by the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] lies within the exclusive competence of Parliament. There, a concurrent criminal investigation was under way into conduct of persons named for investigation by the provincial inquiry before which they were compellable witnesses, and where the inquiry's terms of reference were drawn, in part at least, in terms synonymous with *Criminal Code* offences. In that case, the inquiry was characterized by Mr. Justice Lamer (as he then was), speaking for the majority of the Court, as "a substitute investigation and preliminary inquiry of named individuals for a specific criminal offence".<sup>31</sup> In this case, the hearing is constituted under federal legislation. There is no concurrent criminal investigation under way

n'aura pas la possibilité de se faire entendre pour rejeter pareille caractérisation ou pour y répondre.

<sup>a</sup> Le dernier de ces arguments représente peut-être une sérieuse préoccupation de la part du requérant, mais ne justifie nullement une ordonnance de prohibition en cet état de la cause. L'audience et le processus d'examen noté ci-dessus, tels <sup>b</sup> qu'ils sont prévus par la Loi, ne serviront à rien si les agissements faisant l'objet d'une plainte ne peuvent être examinés ouvertement et faire l'objet d'un rapport. Dans l'examen et l'appréciation de ces agissements aux stades subséquents à l'au- <sup>c</sup> dience, où le requérant et les autres ont le droit et la possibilité de se faire entendre et se faire représenter par avocat, les principes de justice naturelle et l'obligation d'équité peuvent, comme noté plus haut, influencer sur la manière dont les personnes <sup>d</sup> visées ont leur mot à dire. Mais il s'agit là de considérations applicables à une autre instance et à d'autres stades de l'affaire; elles ne justifient pas la délivrance d'ordonnances de prohibition à ce stade.

<sup>e</sup> À mon avis, l'arrêt *Starr*<sup>30</sup> de la Cour suprême du Canada ne s'applique pas en l'espèce. Il s'agissait d'une enquête provinciale dont la Cour jugeait que la province n'avait pas compétence pour instituer puisqu'elle portait sur une affaire de droit et de procédure criminels, matière qui, selon la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], relève de la compétence exclusive du <sup>f</sup> Parlement. Dans cette affaire, il y avait une enquête de police parallèle sur les agissements des personnes convoquées à titre de témoins contraignables par la commission d'enquête provinciale, dont le mandat était formulé, en partie tout au moins, en termes synonymes avec les infractions prévues au *Code criminel*. Le juge Lamer (tel était son titre à l'époque), dans les motifs de jugement <sup>g</sup> prononcés au nom de la majorité, voyait dans cette enquête provinciale «un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire visant des personnes désignées relativement à une infraction précise»<sup>31</sup>. En l'espèce, l'audience est prévue par <sup>h</sup>

<sup>30</sup> *Supra*, note 28.

<sup>31</sup> *Id.*, at pp. 1408, 1410.

<sup>30</sup> Note 28, *supra*.

<sup>31</sup> *Ibid.*, aux p. 1408 et 1410.

and none now contemplated; indeed, such an investigation was concluded and the applicant and complainants were informed before the hearing in this case was instituted that there would be no criminal prosecution. While that would not preclude reconsideration at some future time, that is not an objective of the hearing in this case. Moreover, it is said there is no prospect of any disciplinary action against officers of the Force because subsection 43(8) precludes a hearing required for such action after the expiration of one year from the time of an alleged contravention of the Code of Conduct and the identity of the member involved becomes known, a time which in this case has expired.

The purpose of the hearing in this case, regardless of the terms of the notice of hearing, which must be read in light of the statutory purposes of such an inquiry, is not to lead to prosecution under the *Criminal Code* or to disciplinary action. Rather, it is to find facts about the incident giving rise to the complaint, to review the process of investigation conducted by the Force, and apparently to consider the use of certain tactics by the officers involved in the course of their duties. It cannot be characterized, in my view, as a substitute for a preliminary inquiry into alleged criminal activity. The circumstances of this case are not unlike those in *O'Hara*,<sup>32</sup> though it dealt with a provincial inquiry, where the inquiry was concerned with a specific incident but was not intended to serve to affix criminal responsibility to a particular individual but was more generally concerned with alleged police misconduct. In *O'Hara* the Supreme Court of Canada upheld the provincial inquiry.

For these reasons, I conclude that the hearing instituted in this case does not violate principles of fairness. Concerns of the applicant about those principles may arise in the ensuing steps under Part VII of the Act, but those can be dealt with as they arise, or may be subject to judicial review if not adequately applied.

<sup>32</sup> *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591.

une loi fédérale. Il n'y a aucune enquête criminelle parallèle en cours ou envisagée; en effet, pareille enquête avait été terminée et le requérant ainsi que les plaignants ont été informés avant l'audience prévue en l'espèce qu'il n'y aurait pas de poursuite au criminel. Bien que la possibilité de poursuite au criminel ne fût pas exclue pour l'avenir, elle ne constituait pas l'objectif de l'audience. Qui plus est, il a été noté qu'il n'y avait aucune perspective de sanction disciplinaire contre les agents de la Gendarmerie puisque le paragraphe 43(8) interdit l'audience disciplinaire après qu'un an s'est écoulé depuis la date de la contravention supposée au Code de déontologie et après que l'identité de l'agent impliqué est connu, lequel délai est expiré en l'espèce.

L'objet de l'audience prévue en l'espèce, nonobstant le libellé de l'avis d'audience, qui doit être envisagé à la lumière des buts que prévoit la loi pour l'enquête, n'est pas de mener à une poursuite sous le régime du *Code criminel* ou à des mesures disciplinaires. L'audience vise plutôt à rechercher la vérité au sujet de l'incident ayant provoqué la plainte, à contrôler le processus d'enquête interne de la Gendarmerie et, de toute évidence, à examiner le recours à certaines méthodes par les agents impliqués dans l'exercice de leurs fonctions. Elle ne peut être qualifiée, à mon avis, de substitut d'enquête préliminaire sur une allégation d'agissements criminels. Les faits de la cause sont comparables à ceux de l'affaire *O'Hara*<sup>32</sup>, bien que cette dernière concernât une enquête provinciale qui portait sur un incident spécifique sans chercher à imputer la responsabilité pénale à une personne en particulier car elle s'intéressait aux agissements de la police en général. Dans *O'Hara*, la Cour suprême du Canada a conclu à la justification de l'enquête provinciale.

Par ces motifs, je conclus que l'audience convoquée en l'espèce ne contrevient pas aux principes d'équité. Les préoccupations du requérant au sujet de ces principes pourront prendre corps aux stades subséquents de la procédure prévue à la partie VII de la Loi, mais elles pourront être examinées au fur et à mesure qu'elles se produiront, ou pourront faire l'objet d'un contrôle judiciaire si ces principes ne sont pas convenablement appliqués.

<sup>32</sup> *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591.

Parts VI and VII of the RCMP Act and the Constitution Act, 1982

The final ground argued as a basis for relief relies upon the *Constitution Act, 1982*. One section of the Act referred to, section 52, is declaratory and provides for the primacy of the Constitution of Canada including the *Constitution Act, 1982* and that any law inconsistent with the Constitution is of no force and effect. Section 32, also relied upon is declaratory in applying Part I of the *Constitution Act, 1982*, that is the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the Parliament and Government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament, as well as to the legislature and government of each province. The other sections referred to by the applicant, sections 7, 11 and 15, are substantive provisions of the Charter.

As earlier noted at the hearing of this matter counsel for the applicant did not elaborate on the basic submission that Parts VI and VII of the RCMP Act are inconsistent with those provisions of the Charter, except to the extent that argument concerning the fairness of the process under Part VII of the Act implicitly involves concerns that may arise in relation to section 7 of the Charter. The applicant's submissions concerning the Charter, in my view, were effectively dealt with in written and oral submissions by counsel for the Attorney General and for the respondent Commission. I do not propose to deal with this issue at length; rather, I express my conclusions with reference to the authorities which are applicable.

The provisions of Part VI and Part VII of the RCMP Act are not, in my view, inconsistent with section 7 of the Charter, which assures that:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

A hearing constituted pursuant to paragraph 45.42(3)(c) or subsection 45.43(1) of the Act requires notice in writing of the time and place of hearing to be served on the parties including a complainant and the member of the force about whose conduct the complaint is made, that the

Les parties VI et VII de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada et la Loi constitutionnelle de 1982

Le dernier motif de requête est fondé sur la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'une des dispositions citées de cette dernière, l'article 52, est un article déclaratoire établissant la primauté de la Constitution du Canada, y compris la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. L'article 32, également invoqué, est déclaratoire en ce qu'il prévoit l'application de la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire de la *Charte canadienne des droits et libertés*, au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement, ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chaque province. Les autres articles invoqués par le requérant, savoir les articles 7, 11 et 15, sont des dispositions de fond de la Charte.

Comme noté plus haut, l'avocat du requérant ne s'est pas étendu sur l'argument fondamental, selon lequel les parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* sont incompatibles avec ces dispositions de la Charte, sauf dans la mesure où cet argument sur l'équité de la procédure prévue à la partie VII de la Loi embrasse implicitement les préoccupations exprimées au regard de l'article 7 de la Charte. À mon avis, les conclusions fondées par le requérant sur la Charte ont été réglées par les conclusions écrites et orales des avocats du procureur général et de la Commission intimée. Je ne m'étendrai pas là-dessus, mais tirerai mes conclusions à la lumière du magistrère applicable.

Je ne pense pas que les parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* soient incompatibles avec l'article 7 de la Charte, qui porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

En cas d'enquête convoquée en application de l'alinéa 45.42(3)c) ou du paragraphe 45.43(1) de la Loi, celle-ci prévoit qu'un avis écrit de la date, de l'heure et du lieu de l'audience doit être signifié aux parties, dont le plaignant et le membre de la Gendarmerie visé par la plainte, que les parties et

parties and any other person with a substantial and direct interest in a complaint be afforded a full and ample opportunity, in person or by counsel, to present evidence, cross-examine witnesses and to make representations at the hearing, and that any witness be permitted to be represented by counsel. There are restrictions upon evidence that the Commission may receive at a hearing, for example, precluding statements made in dealing with other complaints, or in attempts to settle the complaint, designed to protect the interests of witnesses, though no witness is excused from answering questions on the ground the answer may tend to criminate the witness or subject the witness to any proceeding or penalty but a witness who is a member of the Force is protected against the use of answer or statement made at a hearing in any hearing concerning disciplinary action.<sup>33</sup>

These provisions go considerable distance to ensuring the hearing process accords with "principles of fundamental justice". In so far as the statutory provisions do not include reference to principles of natural justice or to the duty of fairness in the processes of the hearing, in the subsequent report by the hearing body to the Commissioner, the action that may be taken by the Commissioner, or in the final reporting by the Commission Chairman, Part VII of the Act cannot be said to violate section 7 of the Charter. Considerations arising from jurisprudence concerning section 7 may well have to be considered in the processes subsequent to the hearing but anticipating that this will not be done in a manner consistent with the Charter, or principles of fairness applicable, is not a function of this Court and provides no basis for a finding of a violation of this section of the Charter.

The applicant's reliance upon section 11 of the Charter, which sets out procedural safeguards in criminal and penal matters, is not elaborated upon. In the applicant's statement of fact and law reference is made to notice received by summons to appear at the hearing where he will be required to testify about the incident giving rise to the com-

toute personne ayant un intérêt réel et direct dans la plainte doivent avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve à l'audience, d'y contre-interroger des témoins et d'y faire des observations, soit personnellement soit par l'intermédiaire d'un avocat. Certaines restrictions sont prévues au sujet des témoignages que la Commission peut recueillir à l'audience; sont exclues, par exemple, les déclarations faites à l'occasion d'autres plaintes ou dans le cadre d'une tentative de règlement à l'amiable, cette exception visant à protéger les intérêts du témoin, bien que celui-ci ne soit pas dispensé de répondre aux questions au motif que sa réponse peut l'incriminer ou l'exposer à des poursuites ou à une peine; dans le cas cependant du témoin qui est un membre de la Gendarmerie, les réponses ou déclarations qu'il a faites au cours d'une audience ne peuvent être utilisées contre lui dans une audience disciplinaire<sup>33</sup>.

Ces dispositions représentent un effort considérable pour garantir que le processus d'audience soit en conformité avec les «principes de justice fondamentale». Dans la mesure où les dispositions législatives ne mentionnent pas l'observation des principes de justice naturelle ou l'obligation d'équité dans le processus d'audience, dans le rapport subséquent de l'organisme d'enquête au Commissaire, dans les mesures que celui-ci peut prendre, ou dans le rapport final du président de la Commission, on ne saurait dire que la partie VII de la Loi contrevient à l'article 7 de la Charte. Les règles jurisprudentielles établies au sujet de cet article pourraient trouver leur application dans le processus postérieur à l'audience, mais il n'appartient pas à la Cour de prévoir à l'avance que ce processus se déroulera de façon contraire à la Charte ou aux principes d'équité applicables, ou de conclure dès maintenant à une violation de cet article de la Charte.

Le requérant n'a pas développé son argumentation fondée sur l'article 11 de la Charte, qui prévoit les garanties procédurales en matière pénale. Son exposé des points de fait et de droit fait état de la convocation à l'audience où il sera requis de témoigner au sujet de l'incident à l'origine de la plainte, et semble invoquer implicite-

<sup>33</sup> RCMP Act, *supra*, note 4, s. 45.45(2),(5),(6),(8),(9), (12),(15).

<sup>33</sup> *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, note 4, *supra*, art. 45.45(2),(5),(6),(8),(9),(12),(15).

plaint. Implicitly that would seem to point to paragraph 11(c) of the Charter which provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

The simple answer to the applicant's concern is that section 11 of the Charter is not applicable to the proceedings of the Public Complaints Commission in its hearing. The applicant is not charged with an offence and the hearing cannot result in any penal consequences. Any such consequences could only arise at a later stage, by action or decision of the respondent Commissioner. Even at that stage the applicant shares, with all other witnesses at the hearing, the right guaranteed by section 13 of the Charter "not to have any incriminating evidence [given in the course of the hearing] used to incriminate [him] in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence".<sup>34</sup>

Finally, I conclude that the hearing instituted pursuant to the Act, and the provisions of Part VII of the Act generally, do not violate any right of the applicant guaranteed by section 15 of the Charter. The application of that section, providing for equality before and under the law and equal protection and benefit of the law, has been clarified by the Supreme Court of Canada, particularly in *Andrews*<sup>35</sup> and in *Turpin*.<sup>36</sup> In light of those decisions it is clear that section 15 has no application in this case to the provisions of Part VII of the Act, which do not involve discrimination, and in particular discrimination based on the enumerated grounds or those analogous to them.

### Conclusions

For the reasons set out my conclusions are as follows. The Commission Chairman acted within statutory authority in instituting the hearing concerning matters arising in relation to the complaints of Michael Cooper and Steven Cooper. The procedures established under Part VII of the

ment à ce sujet l'alinéa 11c) de la Charte, qui porte:

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

La simple réponse à la préoccupation du requérant est que l'article 11 de la Charte ne s'applique pas aux procédures d'audience de la Commission des plaintes du public. Le requérant n'est pas poursuivi au criminel et l'audience ne peut avoir aucune conséquence pénale. Pareille conséquence ne pourrait se faire jour qu'à un stade ultérieur, par action ou décision du Commissaire intimé. Même à ce stade ultérieur, le requérant partage, avec tous les autres témoins à l'audience, le droit garanti par l'article 13 de la Charte «à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires»<sup>34</sup>.

Enfin, je conclus que l'audience convoquée en application de la Loi et les dispositions de la partie VII de cette dernière ne portent pas atteinte au droit que l'article 15 de la Charte garantit au requérant. L'application de cet article, qui prévoit l'égalité devant la loi, l'égalité de bénéfice et la protection égale de la loi, a été clarifiée par la Cour suprême du Canada, en particulier par ses arrêts *Andrews*<sup>35</sup> et *Turpin*.<sup>36</sup> Il appert, à la lumière de ces décisions, que l'article 15 ne s'applique pas dans l'espèce aux dispositions de la partie VII de la Loi, qui ne sont pas discriminatoires, en particulier au regard des motifs de distinction énumérés et des motifs comparables.

### Décision

Par ces motifs, je décide comme suit. Le président de la Commission a agi dans les limites de sa compétence légale en convoquant l'audience d'enquête sur les plaintes de Michael Cooper et de Steven Cooper. La procédure prévue à la partie VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du*

<sup>34</sup> See generally *Meade v. Canada*, [1991] 3 F.C. 365 (T.D.) per Pinard J.

<sup>35</sup> *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>36</sup> *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

<sup>34</sup> Voir *Meade c. Canada*, [1991] 3 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.) le juge Pinard.

<sup>35</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>36</sup> *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

RCMP Act do not violate principles of fairness and the hearing is not a substitute for a preliminary inquiry into alleged criminal activity; so far as the duty of fairness or principles of natural justice may require consideration in the exercise of statutory discretion and responsibilities there is at this stage an expectation that appropriate consideration will be given by those concerned; Parts VI and VII of the RCMP Act as generally referred to do not violate any right assured to the applicant by sections 7, 11 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nor are those Parts inconsistent with the Charter as specified, so that they are of full force and effect.

The application for orders in the nature of prohibition is dismissed. While costs were not sought or addressed at the hearing of this matter, they will as in the usual course, follow the event and are awarded to the respondents.

*Canada* ne va pas à l'encontre des principes d'équité et l'audience prévue ne se substitue pas à une enquête préliminaire sur des agissements criminels supposés; dans la mesure où il pourra être nécessaire de prendre en considération l'obligation d'équité ou les principes de justice naturelle dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires et des responsabilités prévus par la loi, on peut prévoir en cet état de la cause que les autorités responsables y veilleront; les parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* telles qu'elles sont généralement invoquées ne portent atteinte à aucun des droits que le requérant tient des articles 7, 11 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni ne sont incompatibles avec la Charte telle qu'elle est citée, et ont donc plein effet.

La requête en ordonnances de prohibition est rejetée. La question des dépens n'a pas été abordée devant la Cour, mais ils suivront comme à l'accoutumée l'issue de l'instance et sont donc accordés aux intimés.



T-830-91

T-830-91

**Canadian Imperial Bank of Commerce (Applicant)**

**Banque canadienne impériale de commerce (requérante)**

v.

a c.

**Earl Bateman and Graham Leslie (Adjudicator) (Respondents)**

**Earl Bateman et Graham Leslie (arbitre) (intimés)**

*INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. BATEMAN (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE c. BATEMAN (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Cullen J.—Vancouver, April 24; Ottawa, May 8, 1991.

Section de première instance, juge Cullen—Vancouver, 24 avril; Ottawa, 8 mai 1991.

*Labour relations — Canada Labour Code, Division XIV, providing grievance procedure for non-unionized workers in federal jurisdiction — Code, s. 167(3) excluding managers — Adjudicator taking jurisdiction on ground manager of Bank's Regional Data Centre not manager — Respondent in charge of department having 200 employees, \$10,000,000 budget — Purpose of Division to provide non-unionized workers protection mirroring that in collective agreements — Classifications used in normal labour relations applying — Need not be independent of outside review, have absolute autonomy — Respondent had significant autonomy in administration of large department.*

*Relations du travail — Le Code canadien du travail, Section XIV, prévoit une procédure de règlement de griefs pour les travailleurs fédéraux non syndiqués — L'art. 167(3) du Code exclut les «directeurs» — L'arbitre a déclaré qu'il était compétent parce que le directeur du Centre régional de données de la Banque n'était pas un «directeur» — L'intimé était chargé d'un service comptant 200 employés et ayant un budget de 10 000 000 \$ — La Section a pour objet de fournir aux travailleurs non syndiqués une protection semblable à celle que procurent les conventions collectives — Les classifications utilisées dans les relations de travail ordinaires s'appliquent — Il n'est pas nécessaire que le pouvoir d'administrer soit indépendant d'un examen extérieur, que l'autonomie soit absolue — L'intimé jouissait d'une grande autonomie pour administrer un service de grande envergure.*

*Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Privative clause providing adjudicator's order "shall not be questioned or reviewed in any court" — Not preventing review for want of jurisdiction — Not limited to review for patent unreasonableness — Decision of inferior tribunal interpreting provision conferring jurisdiction reviewable for mere error.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Une clause privative prévoit qu'une ordonnance d'un arbitre n'est pas «susceptible de recours judiciaires» — Elle n'empêche pas d'effectuer une révision pour cause de manque de compétence — Il n'est pas nécessaire que la décision soit manifestement déraisonnable — La décision par laquelle un tribunal d'instance inférieure interprète une disposition qui confère une compétence est susceptible de révision à cause d'une simple erreur.*

This was an application for prohibition to restrain an adjudicator appointed under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code*, from hearing a complaint of wrongful dismissal. The adjudicator ruled he had jurisdiction to hear the complaint, based on his finding that the complainant was not a manager within the meaning of subsection 167(3) of the Code, which explicitly excludes managers from the statutory regime of grievance adjudication.

Il est question en l'espèce d'une demande de bref de prohibition ayant pour but d'empêcher qu'un arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* entende une plainte de congédiement injuste. L'arbitre a conclu qu'il était compétent pour entendre la plainte parce que le plaignant n'était pas un «directeur» au sens du paragraphe 167(3) du Code, qui exclut expressément les directeurs du régime légal de l'arbitrage des griefs.

The respondent had been manager of the Vancouver Regional Data Centre of the Canadian Imperial Bank of Commerce. In the CIBC corporate structure, there were three officers between him and the Chairman of the Board. The data centre, responsible for the information processing needs of the Bank throughout the region, employs 200 people and has an annual budget of \$10,000,000. The respondent had authority for hiring and promotion, without reference to head office, for 85% of his staff positions. For the most senior 15% of data centre staff, corporate management at Toronto made the decisions upon his recommendation. There had been but one case, while Mr. Bateman was in charge of the data centre, where corporate management hired someone over his strenuous objections. He

L'intimé avait été directeur du Centre régional de données de la Banque canadienne impériale de commerce. Dans la hiérarchie de cette dernière, il y avait trois cadres entre l'intimé et le président du conseil. Le centre de données, qui est chargé des besoins de traitement des informations de la Banque dans toute la région, emploie 200 personnes et a un budget annuel de 10 000 000 \$. L'intimé avait le pouvoir d'embaucher et de promouvoir 85 % de son personnel sans consulter le siège de la Banque. Pour les 15 % d'employés de niveau supérieur du centre de données, c'est la direction de la Banque à Toronto qui prenait les décisions, à la suite de recommandations de l'intimé. À l'époque où M. Bateman dirigeait le centre de données, il n'était arrivé qu'une fois seulement que la direction de la

was responsible for fixing salaries, within ranges set by headquarters for each position; the ranges were set without advice from the respondent or his homologues in other data centres. He could pay salaries beyond the ranges only with the approval of headquarters; that approval was usually granted, although not always without discussion. Headquarters determined the number of staff Bateman would have after receiving his recommendation.

*Held*, the application should be allowed.

The privative clause in section 243, that the adjudicator's order "shall not be questioned or reviewed in any court", does not prevent review for jurisdictional error. The adjudicator's decision need not be patently unreasonable for prohibition to issue. Where the question is the meaning of a legislative provision limiting a tribunal's powers, a mere error of interpretation will cause it to lose jurisdiction and subject its decision to review. A pragmatic, functional approach must be adopted to the determination whether the interpretation of the statutory provision confers jurisdiction. This approach takes into account the wording of the enactment, the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before it.

Subsection 167(3) expressly excludes managers from the operation of Division XIV of the Code. It is apparent that Parliament intended the provision to define and limit the inquiry upon which the adjudicator may embark. Although the word "manager" is not defined, to leave its definition up to the adjudicator would permit his jurisdiction to be extended far beyond what Parliament intended.

The purpose of the Division is to provide a summary grievance procedure, for non-unionized workers, like that usually found in collective agreements. Although subsection 167(3) was not intended to exclude all those who exercise some management functions, it should not be read as departing too far from the classifications used in normal labour relations.

The adjudicator misinterpreted subsection 167(3) in stating that, for an employee to be a "manager", he had to have very considerable, if not absolute, autonomy. Bateman, as a senior member of CIBC management, did exercise significant autonomy and discretion in the administration of a large department. The adjudicator erred in requiring that the power to administer had to be independent from outside review. Even the board chairman of a large corporation must answer to a board of directors.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 167(2),(3), 240(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243.

Banque embauche un employé malgré ses objections vigoureuses. Il était chargé de fixer les salaires, dans les limites des échelles qu'avait prescrites le siège social pour chaque poste, et celles-ci étaient déterminées sans consulter l'intimé ou ses homologues d'autres centres de données. Ce n'était qu'avec l'accord du siège social qu'il pouvait payer des salaires excédant les échelles; cet accord était habituellement donné, mais pas toujours sans discussions. Le siège social déterminait le nombre d'employés dont M. Bateman disposerait après avoir pris connaissance des recommandations de ce dernier.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

La clause privative de l'article 243, selon laquelle l'ordonnance de l'arbitre n'est pas «susceptible de recours judiciaires», ne fait pas obstacle à la tenue d'une révision pour cause d'erreur juridictionnelle. Il n'est pas nécessaire que la décision de l'arbitre soit manifestement déraisonnable pour qu'il y ait prohibition. Lorsque la question en cause est le sens d'une disposition législative qui limite les pouvoirs d'un tribunal, une simple erreur d'interprétation lui fera perdre sa compétence et donnera ouverture à une révision. Il importe d'adopter une approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer si l'interprétation de la disposition législative confère la compétence au tribunal. Cette approche tient compte du libellé de la disposition, de l'objet de la loi qui crée le tribunal, de la raison d'être de ce tribunal, du domaine d'expertise de ses membres et de la nature du problème soumis au tribunal.

Le paragraphe 167(3) exclut expressément les directeurs de l'application de la Section XIV du Code. Il est évident que le législateur envisageait que cette disposition définisse et circonscrive l'examen qu'un arbitre a le droit d'effectuer. Même si le mot «directeur» n'est pas défini, en laisser la définition au soin de l'arbitre permettrait d'étendre sa compétence bien au-delà de ce que le législateur envisageait.

La Section a pour objet de procurer aux travailleurs non syndiqués une procédure sommaire de règlement des griefs, semblable à celle que comportent habituellement les conventions collectives. Même si le paragraphe 167(3) n'était pas destiné à exclure toutes les personnes qui exercent quelques fonctions de direction, il ne faudrait pas juger que cette disposition s'écarte trop loin des classifications utilisées dans les relations de travail normales.

L'arbitre a interprété erronément le paragraphe 167(3) en déclarant que pour qu'un employé soit considéré comme un «directeur» il fallait que son degré d'autonomie soit, sinon absolu, alors très considérable. En tant que membre de la haute direction de la CIBC, M. Bateman jouissait d'une grande autonomie et d'importants pouvoirs discrétionnaires pour administrer un service de grande envergure. L'arbitre s'est trompé en exigeant que le pouvoir d'administrer devait être indépendant d'un examen de l'extérieur. Même le président du conseil d'une grande société doit rendre compte au conseil d'administration.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 167(2),(3), 240(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 9, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labour Code)*, [1989] 2 F.C. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (T.D.); *Lee-Shanok v. Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd.*, [1987] 3 F.C. 578; (1987), 26 Admin. L.R. 133; 76 N.R. 359 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; 18 D.L.R. (3d) 1; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161.

## REFERRED TO:

*Avalon Aviation Ltd. v. Desgagné* (1981), 42 N.R. 337 (F.C.A.); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de Production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614.

## COUNSEL:

*Kitty J. Heller* for applicant.  
*F. A. Schroeder* for respondent Earl Bateman.

## SOLICITORS:

*Owen, Bird*, Vancouver, for applicant.  
*Schroeder, Pidgeon*, Vancouver, for respondent Earl Bateman.

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

CULLEN J.: This is an application for prohibition to prevent Graham Leslie, an adjudicator appointed under section 242 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16] (the "Code"), from proceeding further with hearing the complaint of Earl Bateman that he was unjustly dismissed by the applicant Canadian Imperial Bank of Commerce (CIBC/the Bank). The applicant also seeks an order in the nature of *certiorari* quashing the preliminary decision of the adjudicator that Mr. Bateman was not employed by the applicant as a "manager" within the meaning of subsection

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Sedpex, Inc. c. Canada (Un arbitre nommé sous le régime du Code canadien du travail)*, [1989] 2 C.F. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (1<sup>re</sup> inst.); *Lee-Shanok c. Banque Nazionale del Lavoro du Canada*, [1987] 3 C.F. 578; (1987), 26 Admin. L.R. 133; 76 N.R. 359 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; 18 D.L.R. (3d) 1; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Avalon Aviation Ltd. c. Desgagné* (1981), 42 N.R. 337 (C.A.F.); *Le syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de Production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14 069; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614.

## AVOCATS:

*Kitty J. Heller* pour la requérante.  
*F. A. Schroeder* pour l'intimé Earl Bateman.

## PROCUREURS:

*Owen, Bird*, Vancouver, pour la requérante.  
*Schroeder, Pidgeon*, Vancouver, pour l'intimé Earl Bateman.

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

LE JUGE CULLEN: Il est question dans cette affaire d'une demande de bref de prohibition ayant pour but d'empêcher que M. Graham Leslie, un arbitre désigné en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, chap. L-2 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 9, art. 16] (ci-après appelé le «Code»), continue d'entendre la plainte de Earl Bateman, qui prétend avoir été congédié injustement par la requérante, la Banque canadienne impériale de commerce (ci-après appelée la «CIBC» ou la «Banque»). La requérante tente aussi d'obtenir une ordonnance de *certiorari* annulant la décision préliminaire de l'arbitre selon

167(3) of the Code. In addition, the applicant seeks an interlocutory injunction or in the alternative a stay of proceedings to prohibit the adjudicator from adjudicating Mr. Bateman's unjust dismissal complaint pending a decision from this Court.

#### BACKGROUND FACTS

Mr. Bateman was employed with the CIBC as manager of the Bank's Vancouver Regional Data Centre ("RDC") until March 12, 1990, when he was dismissed. Mr. Bateman then made a complaint under subsection 240(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the Code that he had been unjustly dismissed by the Bank. An adjudicator was appointed by the Minister of Labour pursuant to subsection 242(1) to hear the complaint. At the hearing, the applicant raised a preliminary objection that the adjudicator lacked jurisdiction to hear the matter on the ground that Bateman was a "manager" within the meaning of subsection 167(3) of the Code. This subsection states that Division XIV of the Code, which includes the unjust dismissal provisions, "does not apply in respect of employees who are managers". The adjudicator heard the evidence put forward by the parties on the issue of whether Bateman was a "manager". He issued a written decision on the preliminary objection on March 22, 1991, in which he concluded that Bateman was not a "manager" within the meaning of subsection 167(3) and that he had jurisdiction to hear the complaint. The CIBC then brought these proceedings for prohibition and other relief to prevent him from doing so.

#### DECISION OF THE ADJUDICATOR

In his preliminary decision, the adjudicator first reviewed the case law on the question of the meaning of the word "manager", as the term is not defined in the Code. After an analysis of several decisions of the Federal Court of Appeal and other adjudicators, the adjudicator concluded that the term "manager" does not include all employees who perform some management functions. Adopting the reasoning of Heald J.A. in *Avalon Aviation*

laquelle M. Bateman n'occupait pas un poste de «directeur» auprès de la requérante au sens du paragraphe 167(3) du Code. En outre, la requérante tente d'obtenir une injonction interlocutoire ou, subsidiairement, une suspension des procédures pour empêcher l'arbitre de trancher la plainte de congédiement injustifié de M. Bateman avant que la présente Cour se prononce sur l'affaire.

#### RAPPEL DES FAITS

M. Bateman a été au service de la CIBC en tant que directeur du Centre régional de données (ci-après appelé le «CRD») de la Banque à Vancouver, jusqu'au 12 mars 1990, date à laquelle il fut congédié. Estimant que la Banque l'avait injustement congédié, M. Bateman déposa une plainte en vertu du paragraphe 240(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 9, art. 15] du Code. Aux termes du paragraphe 242(1), le ministre du Travail désigna un arbitre pour entendre la plainte. À l'audience, la requérante souleva une objection préliminaire, à savoir que l'arbitre était incompétent pour entendre l'affaire parce que M. Bateman était un «directeur» au sens du paragraphe 167(3) du Code. Selon ce paragraphe, la section XIV du Code, où figurent les dispositions applicables aux cas de congédiement injustifié, «ne s'applique pas aux employés qui occupent le poste de directeur». L'arbitre entendit les éléments de preuve des parties au sujet de la question de savoir si M. Bateman était un «directeur» ou non. Dans la décision écrite qu'il rendit au sujet de l'objection préliminaire, le 22 mars 1991, l'arbitre conclut que M. Bateman n'était pas un «directeur» au sens du paragraphe 167(3) et qu'il était compétent pour entendre la plainte de ce dernier. C'est à ce moment que la CIBC formula la présente demande de bref de prohibition et autres mesures pour empêcher l'arbitre d'entendre la plainte en question.

#### LA DÉCISION DE L'ARBITRE

Dans sa décision préliminaire, l'arbitre a tout d'abord examiné la jurisprudence concernant le sens du mot «directeur», car ce dernier n'est pas défini dans le Code. Après avoir analysé plusieurs décisions de la Cour d'appel fédérale et d'autres arbitres, l'arbitre a conclu que le mot «directeur» n'englobe pas tous les employés qui exécutent des fonctions de direction. Adoptant le raisonnement du juge Heald, J.C.A., dans l'arrêt *Avalon Avia-*

*Ltd. v. Desgagné* (1981), 42 N.R. 337 (F.C.A.), the adjudicator held that the word “manager” in subsection 167(3) is used in a restrictive sense, and that the traditional distinction made between “managers” and “employees” in the context of a collective bargaining regime cannot be imported wholesale into the determination of whether one is a “manager” within the meaning of subsection 167(3). The adjudicator noted Heald J.A.’s observation that the use of the word “manager” in subsection 167(3) is in contradistinction to the phrase “managers or superintendents or who exercise management functions” in the immediately preceding subsection 167(2), which concerns the application of Division I of the Code. From this Heald J.A. concluded that the scope of the term “manager” in subsection 167(3) was broader than the exercise of management functions, as subsection 167(2) distinguishes “managers” from persons “who exercise management functions” and “superintendents”.

Based on the foregoing, the adjudicator concluded that

... Parliament deliberately chose to make a distinction between “managers”, “superintendents” and employees who “exercise management functions”, for the express purpose of making the benefits of Division XIV of the Code available to all non-bargaining unit employees except those in the most senior levels of management.

As Bateman clearly exercised some management functions, the adjudicator decided that the issue in the case at hand was to determine whether the applicant was a “superintendent”, and therefore eligible for adjudication, or a “manager”. After comparing dictionary definitions of the two words, he concluded his analysis as follows:

When the terms “manager” and “manage” are compared with the terms “superintendent” and “superintend”, there is clearly a considerable degree of overlapping and duplication. Both sets of terms involve the exercise of direction and control over others. Both sets envisage that direction and control being exercised over a substantial entity. It is of great significance in a case such as the one before me, that the term “superintendent” very clearly encompasses the chief charge, as well as direction and control over a business, institution or works.

In the search for the distinguishing features, the factor of autonomy appears clearly to be the most significant one, if not the only one of significance. My conclusion is based on the Oxford English Dictionary’s definition of to “manage” as

*tion Ltd. c. Desgagné* (1981), 42 N.R. 337 (C.A.F.), l’arbitre a déclaré qu’au paragraphe 167(3) le mot «directeur» est utilisé dans un sens restrictif et que l’on ne peut se fonder en bloc sur la distinction qui est habituellement faite entre les «directeurs» et les «employés» dans le contexte d’un régime de négociation collective pour déterminer si une personne est un «directeur» au sens du paragraphe 167(3). L’arbitre a noté l’observation du juge Heald, J.C.A., selon laquelle l’emploi du mot «directeur» au paragraphe 167(3) fait contraste avec ce qui est indiqué juste avant, à l’alinéa a) du paragraphe 167(2), qui a trait à l’application de la Section I du Code («ceux qui occupent un poste de directeur ou de chef ou qui exercent des fonctions de direction . . .»). Le juge Heald, J.C.A., a conclu que le mot «directeur», au paragraphe 167(3), englobe plus que l’exercice de fonctions de direction, car le paragraphe 167(2) distingue les personnes «qui occupent un poste de directeur» de celles «qui exercent des fonctions de direction» et «qui occupent un poste de chef».

L’arbitre a ainsi conclu que

[TRADUCTION] «Le législateur a délibérément choisi de faire une distinction entre «ceux qui occupent un poste de directeur», «ceux qui occupent un poste de chef» et les employés qui «exercent des fonctions de direction» dans le but exprès de faire profiter tous les employés n’appartenant pas à une unité de négociation des avantages de la Section XIV du Code, à l’exception des personnes qui font partie des échelons les plus élevés de la direction.»

Comme M. Bateman exerçait manifestement certaines fonctions de direction, l’arbitre a déterminé que le point en litige consistait à déterminer si le requérant était un «chef», et donc admissible à l’arbitrage, ou s’il était un «directeur». Après avoir comparé les définitions de ces deux termes données dans des dictionnaires, il a conclu son analyse comme suit:

[TRADUCTION] Lorsque l’on compare le sens du mot «directeur» et celui du mot «chef», on constate que les deux se recoupent dans une grande mesure. Les deux impliquent l’exercice d’une direction et d’un contrôle sur d’autres personnes. Les deux envisagent que cette direction et ce contrôle sont exercés sur une entité d’une taille appréciable. Il est très important dans une affaire comme celle dont j’ai été saisi que le mot «chef» englobe la charge de chef, ainsi que la direction et le contrôle exercés sur une entreprise, un établissement ou des travaux.

Lorsque l’on cherche les caractéristiques distinctives, c’est le facteur de l’autonomie qui, manifestement, semble être le plus important, sinon le seul qui soit important. Ma conclusion repose sur la définition que donne le Oxford English Dictionary

meaning to control the course of affairs by one's own action. In order to be held to be a "manager" rather than a "superintendent", it is my view that the degree of autonomy exercised by an employee must be, if not absolute, then very considerable. My decision in this case will be based upon that conclusion.

The adjudicator then reviewed several areas of the relationship between Bateman and the Bank in order to determine if Bateman's position could be considered part of the managerial hierarchy of the CIBC. The areas examined by the adjudicator to determine if Bateman had the authority to act on issues of significance to the CIBC with "independence and autonomy" were, *inter alia*: a) the corporate structure of the Bank, b) power to hire and transfer employees, c) control over salaries, d) input into staffing levels, and e) power to discipline employees.

#### Corporate Structure:

The CIBC has a total of 48,500 full and part-time employees. It is divided into four units: the Corporate Bank, the Individual Bank, the Investment Bank and the Administrative Bank, the branch to which Bateman was attached. Each of these units is headed by a President who reports directly to the Bank's Chairman and Chief Executive Officer. The President of the Administrative Bank, Ian Ronald, has reporting to him eight Vice-Presidents in charge of operational areas such as inspections, corporate communications, human resources, legal services and information systems, which was the division in which Bateman worked. The Information Systems Division is the largest division by far in the Administrative Bank, with 3,100 of the Administrative Bank's 4,400 employees. The division is comprised of eight regional data centres, in which the data processing needs of each region are carried out, such as account statements, cheque clearing, and other transactions.

Bateman was appointed manager of the Vancouver Regional Data Centre (RDC) in 1987. He had been employed with the CIBC since 1976, and had served as manager of the London RDC since 1979. At the Vancouver RDC, Bateman had 200

du mot «(to) manage», qui signifie diriger le cours des affaires par ses propres actions. Pour qu'un employé soit considéré comme un «directeur» plutôt que comme un «chef», il fait à mon avis que le degré d'autonomie dont un employé jouit doit être, s'il n'est pas absolu, très considérable. Ma décision dans cette affaire reposera sur cette conclusion.

L'arbitre a ensuite passé en revue plusieurs aspects des rapports entre M. Bateman et la Banque afin de déterminer si l'on pouvait considérer que le poste qu'occupait M. Bateman était un élément de la direction de la CIBC. Les aspects qu'a examinés l'arbitre pour déterminer si M. Bateman était habilité à agir avec «indépendance et autonomie» au sujet de questions importantes pour la CIBC étaient, notamment les suivants: a) la structure générale de la Banque, b) le pouvoir d'engager et de muter des employés, c) le contrôle exercé sur les salaires, d) la détermination des besoins de personnel et e) le pouvoir de prendre des mesures disciplinaires à l'endroit des employés.

#### Structure générale:

La CIBC compte en tout 48 500 employés à temps plein et à temps partiel. Elle se compose de quatre unités: la Banque pour l'entreprise, la Banque pour les particuliers, la Banque d'investissement et la Banque de gestion administrative. M. Bateman était rattaché à cette dernière entité. Chacune de ces unités est dirigée par un président qui relève directement du président et chef de la direction de la Banque. Huit vice-présidents chargés de secteurs opérationnels, comme les inspections, les communications générales, les ressources humaines, les services juridiques et les systèmes d'information, relèvent du président de la Banque administrative, M. Ian Ronald. Le Service des systèmes d'information est l'entité qui est de loin la plus importante au sein de la Banque Administrative, et elle regroupe 3 100 des 4 400 employés que compte cette dernière. Le Service se compose de huit centres régionaux de données (appelés «data centres» en français à la CIBC), où l'on répond aux besoins en traitement de données de chaque région, comme les états de compte, les compensations de chèques et autres opérations.

M. Bateman fut nommé directeur du Centre régional de données (CRD) de Vancouver en 1987. Il était au service de la CIBC depuis 1976, et occupait le poste de directeur du CRD de London depuis 1979. À Vancouver, M. Bateman avait 200

employees under his supervision. The RDC operated seven days a week, with an annual operating budget of about \$10,000,000 in 1989 and 1990. It is the second largest of the CIBC's RDCs, being approximately one quarter the size of the main Toronto data centre.

Before November, 1989, Bateman, in his capacity as manager of the Vancouver RDC, reported to Donald Clarke, who served as Assistant General Manager of the Information Systems Division. Mr. Clarke reported to Tom Saar, Senior Vice-President in Charge of Operations, and Mr. Saar reported to George Hare, the Executive Vice-President of the Division. In September 1989, Clarke left CIBC, and his position was abolished and a step in the hierarchy removed. Saar left in November 1989 and was replaced by Wayne Maysuik.

Based on the foregoing, the adjudicator found that Bateman was the senior representative of CIBC management in Vancouver. He was on the fourth level of the Administrative Bank hierarchy, reporting to Maysuik, Hare, and Ronald at the Bank's Head Office in Toronto.

#### Power to Hire:

The adjudicator found that Bateman had "unfettered power to make decisions" with respect to the power to hire, promote and transfer 85% of the 200 RDC employees, representing those employees who were below a certain salary level. With respect to his power to make career decisions for the remaining employees who were paid at a higher level, Bateman was required to make recommendations which were subject to the approval of his immediate supervisor in Toronto, Wayne Maysuik. The adjudicator found that all but one of Bateman's recommendations had been approved. The adjudicator found that on the one occasion where Bateman's recommendation had not been followed, his superiors in Toronto appointed an employee despite Bateman's strenuous objections. The adjudicator found this to be evidence that Bateman's "freedom of action in this area was subordinated to the overriding interest of his Toronto superiors". The adjudicator also found that the Vice-President of data centre operations

employés à surveiller. Le CRD était ouvert sept jours par semaine, et son budget de fonctionnement annuel était d'environ 10 000 000 \$ en 1989 et 1990. Il s'agit du deuxième CRD en importance de la CIBC, et sa taille est environ le quart de celle du centre principal de données de Toronto.

Avant le mois de novembre 1989, M. Bateman, en sa qualité de directeur du CRD de Vancouver, relevait de M. Donald Clarke, qui exerçait les fonctions de directeur général adjoint du Service des systèmes d'information. M. Clarke relevait pour sa part de M. Tom Saar, vice-président principal chargé des opérations, et ce dernier était comptable envers M. George Hare, le vice-président exécutif du Service. Au mois de septembre 1989, M. Clarke quitta la CIBC; son poste fut aboli et un échelon de la hiérarchie fut supprimé. M. Saar quitta la CIBC en novembre 1989 et fut remplacé par M. Wayne Maysuik.

En s'appuyant sur les renseignements qui précèdent, l'arbitre a déterminé que M. Bateman était le principal représentant de la direction de la CIBC à Vancouver. Il se situait au quatrième échelon de la hiérarchie de la Banque Administrative, et ses supérieurs étaient MM. Maysuik, Hare et Ronald au siège social de la Banque à Toronto.

#### Pouvoir d'embaucher:

L'arbitre a jugé que M. Bateman avait [TRANSDUCTION] «toute latitude pour prendre des décisions» au sujet de l'embauchage, de la promotion et de la mutation de 85 % des 200 employés du CRD, c'est-à-dire les employés dont le salaire était inférieur à un certain niveau. Quant aux décisions concernant les choix de carrière des autres employés dont la rémunération était supérieure au niveau en question, M. Bateman était tenu de soumettre des recommandations à l'approbation de son surveillant immédiat à Toronto, M. Wayne Maysuik. L'arbitre a découvert que toutes les recommandations de M. Bateman avaient été approuvées, sauf une, où ses supérieurs à Toronto avaient nommé un employé en dépit de ses vigoureuses objections. L'arbitre a jugé qu'il s'agissait-là d'une preuve que [TRANSDUCTION] «la latitude (de M. Bateman) sur ce plan était subordonnée à l'intérêt prépondérant de ses supérieurs à Toronto». L'arbitre a aussi déterminé que le vice-président des opérations des Centres de

in Toronto retained control over all appointments to positions reporting directly to Bateman as Vancouver RDC manager.

Salaries:

The adjudicator also focused on the role Bateman played in completing yearly performance appraisals of Vancouver RDC employees. These appraisals had a direct bearing on any salary increase that would be received by an employee. While there is some dispute as to this matter (see Applicant's Record, Tab "S", page 15, and Tab "3", page 3) any salary increase for an employee would apparently be determined by the RDC manager, who operated within guidelines and budgets set out by the CIBC's head office. The adjudicator found that Bateman had "total authority to award increases that fell within the guidelines, but that the approval of the Toronto data centre operations officer was required for any exceptions". He found that there was no evidence that the RDC managers had any input into the setting of the salary ranges, which had been set up by the CIBC to maintain consistent standards across the country. He also found that the effect of the salary ranges was to provide RDC managers with a "limited degree of authority whereby, within quite narrow guidelines, they could both recognize the superior achievements of their subordinates, and also penalize inferior performance."

RDC managers could request that exceptions be made to the guidelines to reward exceptional performance. A large number of these requests were approved by Toronto, but the evidence revealed that between 1988 and 1990, very few exceptions were proposed by RDC managers, except for Bateman. Most of his recommendations were eventually approved, but only after he had been advised that the total number of such recommendations was unacceptable, and that he reconsider and re-submit them.

données à Toronto demeurerait responsable de toutes les nominations aux postes qui relevaient directement de M. Bateman en tant que directeur du CRD de Vancouver.

<sup>a</sup> Salaires:

L'arbitre a aussi examiné de près le rôle que joua M. Bateman dans les appréciations annuelles du rendement des employés du CRD de Vancouver. Ces appréciations avaient une incidence directe sur toute augmentation salariale que toucheraient les employés. Bien que les parties ne soient pas tout à fait d'accord sur ce point (voir la page 15 de l'onglet «S» et la page 3 de l'onglet «3» du dossier du requérant), c'est, semble-t-il, les directeurs de CRD, agissant dans le cadre des lignes directrices et des budgets fixées par le siège social de la CIBC, qui détermineraient l'augmentation salariale à laquelle un employé aurait droit. L'arbitre a déterminé que M. Bateman avait [TRADUCTION] «toute latitude pour accorder les augmentations qui correspondaient aux lignes directrices, mais que pour les cas d'exception il fallait obtenir l'accord du chef des opérations des Centres de données à Toronto». Il a jugé qu'il n'y avait aucune preuve que les directeurs de CRD contribuaient de quelque façon à la détermination des échelles salariales, qui avaient été fixées par la CIBC de manière à maintenir des niveaux uniformes dans tout le pays. Il a aussi déterminé que les échelles salariales avaient pour effet de procurer aux directeurs de CRD un [TRADUCTION] «degré limité de pouvoir par lequel, dans le cadre de lignes directrices assez restreintes, ils pouvaient à la fois reconnaître les réalisations supérieures de leurs subalternes et pénaliser les employés dont le rendement était inférieur à la norme».

<sup>h</sup> Les directeurs de CRD pouvaient demander que des exceptions soient faites aux lignes directrices afin de récompenser un rendement exceptionnel. La direction à Toronto approuva un nombre important de ces demandes, mais la preuve a révélé qu'entre 1988 et 1990, très peu d'exceptions furent proposées par les directeurs de CRD, si ce n'est celles de M. Bateman. La plupart de ses recommandations furent finalement approuvées, mais seulement qu'après qu'on lui fit savoir que leur nombre total était inacceptable et qu'il devait les réexaminer et les soumettre de nouveau.



Setting Staff Requirements:

The RDC managers were required to propose to the Head Office an appropriate number of full-time employees for their centres based on the anticipated amount of business as estimated by the managers in consultation with regional representatives from the other banking units of the CIBC, and using data provided by Head Office. Head Office had the power to approve these staff estimates, and any hiring that would have resulted in the approved number being exceeded required approval by Toronto in advance. The adjudicator found that "it was Toronto's judgment which unmistakably superseded that of the individual data centre manager". The adjudicator pointed to an incident in 1989 when Toronto unilaterally decided that the Vancouver RDC staff complement had five more positions than were required, and reduced the complement by that number despite the protests of Bateman that the positions were necessary to meet his goals for the RDC.

Discipline:

The adjudicator ruled that "the complainant was not constrained in any way by his regional office in exercising discipline within the Centre. I am much less satisfied regarding the constraints imposed by Toronto." While the evidence was conflicting, the adjudicator found that all dismissals proposed by data centre managers required prior approval from Toronto. As for discipline up to, but not including dismissal, there was evidence that on occasion, Bateman was ordered by his superiors to impose discipline on certain employees. The adjudicator concluded that while Head Office did not interfere frequently with Bateman's exercise of discipline, this restraint "should be attributed more to [Bateman's] sound judgment in the majority of cases, than to the Bank's contention that he had unfettered authority in all cases short of dismissal."

After consideration of other issues such as input by RDC managers into areas such as budgets and

Détermination des besoins de personnel:

Les directeurs de CRD étaient tenus de proposer au siège social un nombre approprié d'employés à temps plein pour leur centre en prenant pour base la quantité de travail anticipée, telle qu'évaluée par les directeurs en consultation avec des représentants régionaux d'autres unités bancaires de la CIBC, ainsi que des données fournies par le siège social. Ce dernier était habilité à approuver ces estimations de personnel, et toute mesure d'embauchage qui aurait pour effet d'excéder le nombre approuvé nécessitait l'autorisation préalable de la direction à Toronto. L'arbitre a déterminé que [TRADUCTION] «c'était le jugement de la direction à Toronto qui primait indubitablement celui du directeur de centre de données». L'arbitre a fait état d'un incident survenu en 1989 où la direction à Toronto décida unilatéralement que le CRD de Vancouver comptait cinq postes de plus que le nombre requis et réduisit l'effectif d'autant malgré les protestations de M. Bateman qui estimait que ces postes étaient nécessaires pour atteindre les objectifs qu'il avait fixés pour le CRD.

Mesures disciplinaires:

L'arbitre a décrété que [TRADUCTION] «le bureau régional du plaignant n'empêchait nullement ce dernier d'exercer la discipline au Centre. Quant aux contraintes imposées par Toronto, j'en suis bien moins convaincu». Bien que les éléments de preuve soient contradictoires, l'arbitre a déterminé que tous les congédiements que proposaient les directeurs de centre de données étaient soumis à l'autorisation préalable de la direction à Toronto. Quant aux mesures disciplinaires qui furent prises, et ce, jusqu'au niveau du congédiement exclusivement, il y a des preuves qu'à une occasion M. Bateman reçut l'ordre de ses supérieurs de prendre des mesures disciplinaires à l'endroit de certains employés. L'arbitre a conclu que si le siège social ne se mêlait pas souvent de la discipline qu'exerçait M. Bateman, cette retenue [TRADUCTION] «est à attribuer davantage au bon jugement (de M. Bateman) dans la majorité des cas qu'à la prétention de la Banque qu'il avait toute la latitude voulue dans tous les cas sauf pour ce qui est des congédiements».

Après avoir examiné d'autres questions, comme la contribution des directeurs de CRD à des

policy formulation, the adjudicator concluded that the stress placed by the CIBC on consistency, standardization and central control from Toronto was incompatible with true managerial autonomy and independence. He summarized his conclusions as follows (at Tab "S", pages 27-28 of applicant's record):

The CIBC or any organization of its size or complexity has in my view a choice to make regarding the extent to which it will decentralize its operations, and the degree to which it will make local and regional members of its management team autonomous. A perpetual conflict is likely to be waged in such an organization between the forces which favour tight centralized control in order to achieve consistency, and the forces which seek to encourage individual autonomy and the independence resulting from the provision of broad, general goals and the maintenance of accountability for successful results. There was some evidence adduced before me which was suggestive of some ebb and flow involving this issue.

I have concluded that the proponents of centralized control are in the ascendancy within the Information Technology Division of the CIBC's Administrative Bank, and specifically within its data centre operations. There is no doubt in my mind but that all decisions of importance to the Bank are made in Toronto. The fact that Toronto encourages the input of its data centre managers does not alter my conclusion to any significant extent . . . .

The adjudicator concluded (at Tab "S", page 30):

Counsel for the employer has adduced ample evidence to show that the complainant was not only a member of the management team and, therefore, an employee who exercises management functions, but was a relatively senior member of that team. The employer's case convinced me that the complainant did in fact exercise a degree of autonomy and independence, which enabled him to decide certain issues within a fairly tight framework established by his superiors in Toronto. However, that degree of autonomy was insufficient to convince me that he passed the test by which a manager may be distinguished from a superintendent.

#### ISSUE

Did the adjudicator err in ruling that he had jurisdiction to hear the complaint by finding that Bateman was not a "manager"?

aspects tels que les budgets et la formulation de lignes directrices, l'arbitre a conclu que l'accent que mettait la CIBC sur l'uniformité, la normalisation et le contrôle central des opérations à partir de Toronto était incompatible avec l'autonomie et l'indépendance véritables dont jouissent les directeurs. Il a résumé ses conclusions comme suit: (à l'onglet «S», pages 27 et 28 du dossier du requérant):

*b* [TRADUCTION] «La CIBC, ou tout organisme dont la taille ou la complexité sont analogues, a selon moi un choix à faire au sujet de la mesure dans laquelle elle décentralisera ses opérations ainsi que du degré d'autonomie qu'elle conférera aux membres locaux et régionaux de son équipe de direction. Il y a un risque de conflit permanent au sein d'un tel organisme entre les forces qui prônent un contrôle centralisé rigoureux en vue d'assurer l'uniformité des opérations et les forces qui cherchent à favoriser l'autonomie individuelle et l'indépendance qui découle de la fixation d'objectifs généraux et étendus et du maintien de la responsabilité en vue d'obtenir des résultats fructueux. Certains des éléments de preuve qui m'ont été soumis donnent à penser que ce point crée un certain flux et reflux.

J'en suis venu à la conclusion que les tenants du contrôle centralisé sont de plus en plus nombreux au sein du Service de la technologie de l'information de la Banque administrative de la CIBC, et notamment au sein de ses opérations relatives aux centres des données. Il ne fait aucun doute dans mon esprit que c'est à Toronto que sont prises toutes les décisions qui ont une importance pour la Banque. Le fait que le siège social encourage ses directeurs de centre de données à contribuer au processus décisionnel ne change pas dans une grande mesure ma conclusion . . .

Et, de conclure l'arbitre (à l'onglet «S», page 30):

*g* [TRADUCTION] L'avocat de l'employeur a produit des éléments de preuve abondants pour montrer que le plaignant n'était pas uniquement un membre de l'équipe de direction et, par conséquent, un employé qui exerçait des fonctions de direction, mais qu'il s'agissait d'un membre d'un rang relativement élevé au sein de cette équipe. Les arguments de l'employeur m'ont convaincu que le plaignant jouissait en fait d'un degré d'autonomie et d'indépendance qui lui permettait de décider de certaines questions dans le cadre de limites assez étroites que fixaient ses supérieurs à Toronto. Cependant, ce degré d'autonomie était insuffisant pour me convaincre que le plaignant satisfaisait au critère qui permet de différencier les directeurs des chefs.

#### LE POINT EN LITIGE

*j* L'arbitre s'est-il trompé en décrétant qu'il était compétent pour entendre la plainte après avoir conclu que M. Bateman n'était pas un «directeur»?

ANALYSISIntroduction:

The wrongful dismissal provisions of the *Canada Labour Code* were considered by Strayer J. in *Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labor Code)*, [1989] 2 F.C. 289 (T.D.). His Lordship summarized the procedure under the legislation as follows (at page 293):

Section 61.5 [as it then was, now 240] was inserted into the Code to provide, in effect, a grievance procedure for federally regulated employees not protected by collective bargaining agreements, allowing them to file complaints with respect to unjust dismissal. Where such a complaint is filed and the matter is not otherwise settled the Minister can appoint an Adjudicator. If the Adjudicator after holding a hearing concludes that the person was unjustly dismissed he can order compensation or reinstatement of that person or some other appropriate remedy. Subsection 61.5(4) specifically provides that no civil remedy which an employee may have against his employer is suspended or affected by this section.

Before addressing the substantive issue of whether or not Bateman was a "manager" within the meaning of the Code, some preliminary issues should be addressed. First, it must be observed that the proceedings before the adjudicator are shielded in certain circumstances from judicial review by the following privative clauses:

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit, or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

In my opinion, these privative clauses do not pose an obstacle to judicial review in the case at hand. In *Sedpex, supra*, prohibition was sought to prevent an adjudicator from hearing a complaint of unjust dismissal on the ground that the adjudicator lacked jurisdiction because the termination was purportedly due to a lay-off for a "lack of work", which under the Code precluded consideration of the complaint. Strayer J. ruled that the privative clauses quoted above did not impede the power of

ANALYSEIntroduction:

Le juge Strayer a examiné dans l'affaire *a Sedpex, Inc. c. Canada (Un arbitre nommé sous le régime du Code canadien du travail)*, [1989] 2 C.F. 289 (1<sup>re</sup> inst.) les dispositions du *Code canadien du travail* qui ont trait aux cas de congédiement injuste. Le juge a résumé en ces termes (à la page 293) la procédure prévue:

L'insertion de l'article 61.5 [aujourd'hui l'article 240] dans le Code a effectivement eu pour objet l'établissement d'une procédure de grief destinée aux employés réglementés par le gouvernement fédéral qui ne sont pas protégés par des conventions collectives; cet article devait leur permettre de déposer des plaintes en matière de congédiement injustifié. Lorsqu'une telle plainte est déposée et qu'aucun règlement n'intervient dans le litige, le ministre peut nommer un arbitre. Si cet arbitre conclut au terme d'une audition que la personne visée a été congédiée injustement, il peut ordonner que celle-ci soit indemnisée ou réintégrée dans ses fonctions, ou il peut ordonner un autre redressement approprié. Le paragraphe 61.5(14) déclare expressément que cet article ne suspend ni ne modifie aucun recours civil que l'employé peut avoir contre son employeur . . .

Avant d'examiner la question de fond qui consiste à savoir si M. Bateman était un «directeur» au sens où l'entend le Code, il y a quelques questions préliminaires qui doivent être réglées. Tout d'abord, il est à noter que les causes soumises à un arbitre sont dans certains cas protégées contre un examen judiciaire par les clauses privatives suivantes:

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

Selon moi, ces clauses privatives ne font pas obstacle à la tenue d'une révision judiciaire dans la présente instance. Dans l'affaire *Sedpex*, précitée, un bref de prohibition était demandé pour empêcher un arbitre d'entendre une plainte de congédiement injuste pour le motif que l'arbitre était incompetent, et ce, parce que le licenciement en question était censément imputable à une mise à pied due à un «manque de travail», ce qui, en vertu du Code, empêchait d'examiner la plainte. Le juge Strayer a statué que les clauses privatives citées ci-dessus n'empêchaient pas la Cour de réviser les erreurs juridictionnelles. Voici ce qu'il a déclaré (à

the Court to review for jurisdictional errors. He stated (at page 295, footnotes omitted):

It is also important to note the privative clauses . . . While [subsection 243(1)] might in any event be irrelevant as no "order" has been made by the adjudicator, [subsection 243(2)] which purports to preclude any court process "to . . . prohibit or restrain an adjudicator in any of his proceedings" might be thought to apply. However, it has long been established that, notwithstanding such privative clauses, if a tribunal has exceeded its jurisdiction then judicial review of its decision is permissible on the jurisdictional issue. Further, the courts have greatly expanded the concept of jurisdictional error to include decisions made in bad faith, decisions made on irrelevant material, decisions made without regard to relevant material, misinterpretations of statutes, and breaches of natural justice.

As a jurisdictional question is also at issue in the case at hand, judicial review is also permissible in this case.

#### Jurisdiction of the Adjudicator and the Standard of Review:

Second, the appropriate standard of judicial review must be determined. The respondent Bateman argued forcefully that the Court should not interfere with the adjudicator's preliminary decision, submitting that the Court should not in effect substitute its conclusion on this issue for that of the adjudicator. In my opinion, however, it is appropriate for the Court in this case to determine the legal issues in this matter in advance of any further proceedings, and then consider whether prohibition should be granted because the adjudicator was without jurisdiction. There is authority that in cases where the issues are essentially legal, and the facts are not in dispute, it is appropriate for the Court to consider the legal issues and decide if there has been any excess of jurisdiction by the tribunal that would warrant prohibition: *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. This case turns on a relatively discrete legal question, the interpretation to be accorded to the term "manager". Also, the justification for such review is stronger in the case at hand than in *Bell*. In this case, the Court has the benefit of the extensive findings of fact made by the adjudicator, and the legal issues have been argued extensively before both the adjudicator and the Court. In *Bell* no submissions were made to

la page 295 du recueil, notes en bas de page omises):

Il est également important de noter l'existence de clauses privatives . . . Si [le paragraphe 243(1)] pourrait être inapplicable en tout état de cause par le fait qu'aucune «ordonnance» n'a été prononcée par l'arbitre, le [paragraphe 243(2)], qui a pour objet de défendre qu'un tribunal décerne un bref pour «interdire ou restreindre une activité exercée par un arbitre» pourrait être considéré comme applicable. Toutefois, il a été établi depuis longtemps que l'existence de telles clauses privatives n'empêchait pas que la décision d'un tribunal ayant excédé sa compétence soit susceptible de révision judiciaire au sujet de la question juridictionnelle. De plus, les tribunaux ont considérablement étendu le concept de l'erreur juridictionnelle pour lui faire viser les décisions rendues de mauvaise foi, les décisions prononcées sur le fondement de preuves non pertinentes, les décisions prononcées sans prendre en considération des preuves pertinentes, les interprétations erronées de lois et les violations de la justice naturelle.

Étant donné qu'une question juridictionnelle est également en jeu en l'espèce, il est aussi autorisé d'effectuer une révision judiciaire dans cette affaire.

#### La compétence de l'arbitre et le critère de révision:

Deuxièmement, il faut aussi déterminer le critère de révision judiciaire qui convient. L'intimé, M. Bateman, a fait valoir avec force que la Cour n'a pas à se mêler de la décision préliminaire de l'arbitre, alléguant qu'elle ne devrait pas substituer sa conclusion sur le point en litige à celle de l'arbitre. Selon moi, toutefois, il convient que, dans la présente affaire, la Cour détermine les questions de droit en jeu avant toute autre procédure, et qu'elle examine ensuite s'il faut décerner un bref de prohibition parce que l'arbitre était incompétent. Il existe des précédents selon lesquels, dans les causes où les points en jeu sont essentiellement des questions de droit, et où les faits ne sont pas contestés, il convient que la Cour examine les questions de droit en cause et décide s'il est justifié de décerner un bref de prohibition parce que le tribunal a excédé sa compétence: voir à ce sujet l'affaire *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. L'affaire dont il est question ici s'articule autour d'une question de droit relativement abstraite, savoir l'interprétation à donner au mot «directeur». De plus, les éléments qui justifient la tenue d'une telle révision ont plus de poids en l'espèce que dans l'affaire *Bell*. Dans la présente affaire, la Cour a l'avantage de disposer des conclusions de fait étendues de l'arbitre, et les

the tribunal before prohibition was sought, which meant that the reviewing court in that case was deprived of the expertise of the tribunal. As for facts, the evidence before the Court in *Bell* consisted of a single affidavit from the applicant.

I would also add that in addition to being consistent with *Bell*, review for jurisdictional error in this case would also be in accordance with the most recent tests on judicial review established by the Supreme Court of Canada.

In order for this Court to grant prohibition, the adjudicator must have assumed jurisdiction he did not have. In the case at hand, the adjudicator could have exceeded his jurisdiction in one of two ways, depending on the interpretation placed upon subsection 167(3) and in particular the word "manager". If it is determined that the question of who is a "manager" for the purposes of subsection 167(3) is one that Parliament intended was to be within the jurisdiction conferred on the adjudicator, his decision cannot be reviewed for excess of jurisdiction unless the interpretation he has made is patently unreasonable: *Canadian Union of Public Employees local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227. On the other hand, if it is determined that subsection 167(3) is a legislative provision conferring or limiting the adjudicator's jurisdiction, the proper standard of review is not whether the decision is "patently unreasonable", but its "correctness" as determined by this Court: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412.

The law on this issue was summarized as follows by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at page 1086:

It is, I think, possible to summarize in two propositions the circumstances in which an administrative tribunal will exceed its jurisdiction because of error:

questions de droit en cause ont été longuement débattues, tant devant l'arbitre que devant la Cour. Dans l'affaire *Bell*, aucun argument n'avait été soumis au tribunal avant la demande de bref de prohibition, ce qui signifie que la Cour ne pouvait compter sur l'expertise du tribunal. Quant aux faits, la preuve soumise à la Cour dans l'affaire *Bell* se composait d'un unique affidavit de la partie requérante.

J'ajouterais aussi qu'en plus d'être compatible avec l'affaire *Bell*, la révision d'une erreur juridictionnelle en l'espèce serait aussi conforme aux critères de révision judiciaire les plus récents qu'a fixés la Cour suprême du Canada.

Pour que la présente Cour puisse décerner un bref de prohibition, l'arbitre doit avoir assumé une compétence qu'il ne possédait pas. Dans cette affaire-ci, l'arbitre aurait pu avoir excédé sa compétence de deux façons, suivant l'interprétation donnée au paragraphe 167(3) et, notamment, au mot «directeur». S'il est déterminé que la question de savoir qui est un «directeur» aux fins du paragraphe 167(3) est un aspect qui, selon ce que le législateur envisageait, s'inscrivait dans les limites de la compétence conférée à l'arbitre, la décision de ce dernier ne peut être révisée pour cause d'excès de compétence que si l'interprétation qu'il a faite est manifestement déraisonnable: voir à ce sujet l'affaire *Le syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. En revanche, s'il est déterminé que le paragraphe 167(3) est une disposition législative qui confère la compétence nécessaire à l'arbitre ou qui la circonscrit, le critère de révision approprié n'est pas celui de savoir si la décision est «manifestement déraisonnable» mais plutôt si elle est «juste» aux yeux de la présente Cour: voir à cet égard l'affaire *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412.

Le juge Beetz, dans l'affaire *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, a résumé en ces termes, à la page 1086, les règles de droit relatives à cette question:

On peut je pense résumer en deux propositions les circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur:

1. if the question of law at issue is one within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if, however, the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

In *Lee-Shanok v. Banca Nazionale Del Lavoro of Canada Ltd.*, [1987] 3 F.C. 578, Stone J.A. for the Federal Court of Appeal held that the determination of "manager" by an adjudicator involved the interpretation of a statutory provision that confers or limits jurisdiction. Therefore, the test of "patent unreasonableness" is not applicable in this case, and the adjudicator's decision is reviewable for mere errors of law.

I respectfully adopt the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Lee-Shanok* as determinative of the jurisdictional issue. However, since that decision the Supreme Court of Canada has refined and modified the test to be used in determining whether the interpretation of a statutory provision can be classified as conferring jurisdiction, or as a matter within the jurisdiction of the adjudicator. In *Bibeault, supra*, Betz J. held that a "pragmatic, functional approach" must be adopted in the resolution of this issue [at page 1088]:

The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. At first sight it may appear that the functional analysis applied to cases of patently unreasonable error is not suitable for cases in which an error is alleged in respect of a legislative provision limiting a tribunal's jurisdiction. The difference between these two types of error is clear: only a patently unreasonable error results in an excess of jurisdiction when the question at issue is within the tribunal's jurisdiction, whereas in the case of a legislative provision limiting the tribunal's jurisdiction, a simple error will result in a loss of jurisdiction. It is nevertheless true that the first step in the analysis necessary in the concept of a "patently unreasonable" error involves determining the jurisdiction of the administrative tribunal. At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

1. si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'exécède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
  2. si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.
- b* Dans l'affaire *Lee-Shanok c. Banque Nazionale del Lavoro du Canada*, [1987] 3 C.F. 578, le juge Stone J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a statué que la détermination par un arbitre qu'une personne est un «directeur» exige d'interpréter une disposition légale qui confère une compétence ou la circonscrit. Par conséquent, le critère de «l'erreur manifestement déraisonnable» ne s'applique pas en l'espèce, et la décision de l'arbitre peut être révisée pour de simples erreurs de droit.

Je souscris avec respect au raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Lee-Shanok* qui, selon moi, tranche la question de la compétence. Cependant, depuis cette décision, la Cour suprême du Canada a amélioré et modifié le critère à employer pour déterminer si l'on peut considérer qu'une disposition légale confère une compétence, ou qu'il s'agit d'une question qui relève de la compétence de l'arbitre. Dans l'affaire *Bibeault*, précitée, le juge Betz a déclaré qu'il faut suivre une approche pragmatique et fonctionnelle pour trancher la question [à la page 1088]:

L'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable cède le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle, associée jusqu'ici à la notion d'erreur manifestement déraisonnable. À première vue, il peut paraître que l'analyse fonctionnelle appliquée jusqu'ici aux cas d'erreur manifestement déraisonnable ne convienne pas aux cas où l'on allègue une erreur au sujet d'une disposition législative qui circonscrit la compétence d'un tribunal. La différence entre ces deux espèces d'erreur est évidente: seule une erreur manifestement déraisonnable entraîne un excès de compétence quand la question en cause relève de la compétence du tribunal tandis que, quand il s'agit d'une disposition législative qui circonscrit la compétence du tribunal, un simple erreur entraîne une perte de compétence. Il n'en reste pas moins que la première étape de l'analyse nécessaire à la notion de l'erreur «manifestement déraisonnable» consiste à déterminer la compétence du tribunal administratif. À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

The “pragmatic, functional approach” to questions of jurisdiction was endorsed by the Supreme Court of Canada in *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614. In my opinion, the application of the factors set out in *Bibeault* to the case at hand yield the same conclusion as to jurisdiction reached by Stone J.A. in *Lee-Shanok*.

With respect to the wording of the enactment, the primary provision is subsection 167(3), which reads as follows:

167. ...

(3) Division XIV does not apply to or in respect of employees who are managers.

It is apparent that in expressly excluding the application of the unjust dismissal provisions in Division XIV of the Code to “managers”, Parliament intended this provision to define and limit the inquiry upon which an adjudicator is entitled to embark. Subsection 167(3) is clearly “jurisdictional” in the sense that that term is normally understood. It is true that because “manager” is not defined in the Code, it could be argued that this could be a question to be left to the judgment of the adjudicator. Such an approach, though, could result in the scope of the adjudicator’s jurisdiction being extended far beyond what Parliament intended, should the adjudicator adopt an exceedingly narrow definition of “manager”. As Heald J.A. noted in *Avalon Aviation, supra*, a comparison of “manager” in subsection 167(3) with the term in immediately preceding subsections suggests that it is to have a somewhat narrower meaning in subsection 167(3) than in other contexts. However, in the absence of an express provision in Division XIV that the determination of this point is within the exclusive jurisdiction of the adjudicator, I am reluctant to conclude that the adjudicator can entertain complaints from employees even if such a conclusion would verge on being “patently unreasonable”. This could result in rendering the clear limitation in subsection 167(3) practically superfluous.

L’approche pragmatique et fonctionnelle des questions de compétence a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 et *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614. Selon moi, l’application des facteurs énoncés dans l’affaire *Bibeault* à la présente espèce mène, en ce qui concerne la question de la compétence, à la même conclusion que celle à laquelle est arrivé le juge Stone, J.C.A., dans l’affaire *Lee-Shanok*.

Pour ce qui est du libellé du texte législatif, la disposition principale est le paragraphe 167(3):

e

167. ...

(3) La Section XIV ne s’applique pas aux employés qui occupent le poste de directeur.

d

Il est évident qu’en excluant expressément l’application des dispositions de la Section XIV du Code relatives aux congédiements injustes aux personnes qui occupent un poste de «directeur», le législateur envisageait que cette disposition définitive et circonscrive l’examen qu’un arbitre a le droit d’effectuer. Le paragraphe 167(3) revêt un caractère manifestement «juridictionnel», dans le sens où ce terme est habituellement employé. Il est vrai que puisque le mot «directeur» n’est pas défini dans le Code, on pourrait faire valoir qu’il s’agit d’une question à laisser au jugement de l’arbitre. Toutefois, une telle approche pourrait avoir pour résultat d’étendre la compétence de l’arbitre bien au-delà de ce que le législateur envisageait si l’arbitre adoptait une définition excessivement étroite du mot «directeur». Ainsi que le juge Heald, J.C.A., l’a noté dans l’affaire *Avalon Aviation*, précitée, la comparaison du mot «directeur», au paragraphe 167(3), avec celui qui figure dans les paragraphes précédents donne à penser qu’il a un sens un peu plus restreint au paragraphe 167(3) que dans d’autres contextes. Cependant, comme il n’est pas indiqué expressément à la Section XIV que la détermination de ce point relève de la compétence exclusive de l’arbitre, j’hésite à conclure que ce dernier peut entendre les plaintes d’employés même si une telle conclusion tendrait à être «manifestement déraisonnable». Cela pourrait avoir pour résultat de rendre quasi superflue la restriction clairement énoncée au paragraphe 167(3).

As for the purpose of the statute and the reason for the adjudicator's existence, it appears from a reading of Division XIV that its purpose was to provide a summary grievance procedure for non-unionized workers in federal jurisdiction that would mirror the protection available to those employees protected by collective agreements: see the quote from Strayer J. in *Sedpex, supra*. As managers are not able to avail themselves of the grievance procedure in the usual labour relations context, it stands to reason that certain managers were not intended to have the benefit of Division XIV, bearing in mind the conclusion in *Avalon* that subsection 167(3) was not intended to exclude from adjudication all those persons who exercise some management functions. I would therefore be reluctant to read subsection 167(3) as departing too far from the classifications used in normal labour relations.

As for the area of expertise of the adjudicator, it is true that adjudicators appointed under section 240 of the Code generally possess specialized knowledge and experience in certain unjust dismissal matters. However, the legislation in question does not make it clear that a dispute such as that in the case at hand was intended to be resolved by the adjudicator.

Applying a "pragmatic and functional approach", I would conclude that, on the balance, it was not intended that the determination of the question of who is a "manager" for the purposes of subsection 167(3) was intended to be within the jurisdiction conferred on the adjudicator. The next step is to examine the adjudicator's interpretation of "manager" in order to determine if the adjudicator erred in law in his interpretation. As "manager" is not a defined term, it is necessary to consult previous decisions in order to determine its definition.

In *Lee-Shanok v. Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd.*, the adjudicator determined that he did not have jurisdiction in view of his finding that the applicant was a "manager". He had been hired as a Chief Foreign Exchange Trader in December 1982, but worked only as a Foreign Exchange Trader until he was dismissed in March 1985. The applicant's duties involved trading in

Quant à l'objet de la loi et au motif de l'existence de l'arbitre, il semble, selon une lecture de la Section XIV, que cet objet était de procurer aux employés fédéraux non syndiqués une procédure sommaire de règlement des griefs qui refléterait la protection dont jouissent les employés qui sont régis par une convention collective: voir à ce sujet ce qu'a dit le juge Strayer dans l'affaire *Sedpex* (citation précitée). Comme les directeurs ne sont pas en mesure de se prévaloir de la procédure de règlement des griefs dans le contexte habituel des relations de travail, il va de soi que certains directeurs n'étaient pas censés bénéficier de l'avantage de la Section XIV, compte tenu de la conclusion de l'affaire *Avalon*, à savoir que le paragraphe 167(3) n'était pas destiné à exclure de l'arbitrage toutes les personnes qui exercent quelques fonctions de direction. J'hésiterais donc à juger que le paragraphe 167(3) s'écarte trop loin des classifications utilisées dans les relations de travail normales.

Quant au domaine d'expertise de l'arbitre, il est vrai que les arbitres qui sont désignés en vertu de l'article 240 du Code détiennent habituellement une expérience et des connaissances spécialisées au sujet de certaines questions relatives aux cas de congédiement injuste. Cependant, la disposition législative en question n'indique pas clairement que c'est à l'arbitre qu'il revient de trancher un litige comme celui dont il est question en l'espèce.

Si j'applique une approche pragmatique et fonctionnelle, je conclurais que, tout compte fait, il n'était pas envisagé que la détermination de la question de savoir qui est un «directeur», aux fins du paragraphe 167(3), relevait de la compétence conférée à l'arbitre. L'étape suivante consiste à examiner l'interprétation qu'a faite l'arbitre du mot «directeur» afin de déterminer s'il a commis une erreur de droit. Le mot «directeur» n'étant pas défini, il est nécessaire de consulter des décisions antérieures pour déterminer ce qu'il signifie.

Dans l'affaire *Lee-Shanok c. Banque Nazionale del Lavoro du Canada*, l'arbitre a décidé qu'il était incompétent parce qu'il avait conclu que le requérant occupait un poste de «directeur». Cette personne avait été engagée comme chef cambiste en décembre 1982, mais n'avait travaillé que comme simple cambiste jusqu'à son congédiement en mars 1985. Les fonctions du requérant consistaient à



foreign currency markets, which was considered to be a highly skilled position. In so doing he operated within restrictions and guidelines set down by the company. He did not supervise any other employees, nor discipline them or review their performance. Shortly before his dismissal he was re-titled as "Assistant Vice-President", with an increase in annual salary of \$10,000, but his authority and duties remained unchanged. The Federal Court of Appeal found that he was not a manager. Stone J.A. stated, at pages 588-589:

In my view, care must be taken in determining whether a particular complainant is a "manager". [Section 240] of the Code provides employees not covered by a collective agreement with a remedy against unjust dismissal and the exception found in [subsection 167(3)] subtracts employees who are "managers" from the body of persons enjoying that right. Consequently, the exception should not be wielded so as to strip the applicant of this protection simply because his job required him to exercise the power of independent decision making. As the adjudicator points out, the very nature of the applicant's employment as a foreign exchange trader on the trading room floor required such power and flexibility. His effectiveness depended on it. But to base a classification of "manager" principally upon that fact is, in my view, to consider his position in isolation from the overall organization in which he functioned. If the adjudicator's reasoning be correct, then the applicant would have to be classified as a "manager" even if he had worked alongside several other foreign currency dealers having the same authority to trade. Indeed, his fellow traders would have to be so classified as well. I cannot agree with this reasoning.

Stone J.A. reviewed the authorities and found that the term "manager" had an administrative as opposed to operational nature, and that the applicant's duties did not contain an administrative element. He stated, at pages 589-590:

In the *Gauthier* case, at page 4 of his decision the adjudicator defined "manager" for the purposes of subsection 27(4) as "an administrator having power of independent action, autonomy, and discretion", and on review, Mr. Justice Pratte found no error of law in his treatment of the term. The adjudicator in the *Desgagné* case adopted this definition, and his interpretation of the subsection was, in turn, approved by Mr. Justice Heald at page 341 of his judgment. With respect, it seems that the adjudicator in the present case neglects the "administrator" component of this judicially approved definition, an element reflected in the term "*directeur*" which appears in the French text of the subsection and which is defined by *Le Petit Robert*

effectuer des opérations de change, et le poste qu'il occupait était considéré comme hautement spécialisé. En exécutant ses fonctions, il était soumis à des restrictions et des lignes directrices fixées par la compagnie. Il ne surveillait pas d'autres employés, ne prenait pas de mesures disciplinaires à leur endroit ou n'évaluait pas leur rendement. Peu de temps avant son congédiement, le titre de son poste avait été changé pour celui de «vice-président adjoint», avec une augmentation de salaire de 10 000 \$ par année, mais son pouvoir et ses fonctions demeuraient les mêmes. La Cour d'appel fédérale a jugé qu'il n'occupait pas un poste de directeur. Voici ce qu'a indiqué le juge Stone, J.C.A., aux pages 588-589:

À mon sens, c'est avec prudence qu'il faut décider si un plaignant particulier est un «directeur». [L'article 240] du Code offre aux employés non régis par une convention collective un redressement à l'égard d'un congédiement injuste et l'exception figurant au [paragraphe 167(3)] soustrait les employés qui sont des «directeurs» du groupe des personnes bénéficiant d'un tel droit. En conséquence, cette exception ne devrait pas être appliquée de manière à dépouiller le requérant de la protection ainsi prévue du seul fait que les attributions de son emploi comportaient l'exercice indépendant d'un pouvoir de décision. Comme l'indique l'arbitre, la nature même du travail de cambiste sur le parquet de la salle de change exigeait un tel pouvoir et une telle flexibilité. L'efficacité du requérant en dépendait. Cependant, se fonder principalement sur un tel fait pour ranger une personne dans la catégorie des «directeurs» équivaut, à mon avis, à considérer son poste isolément du cadre général dans lequel elle exerçait ses fonctions. Si le raisonnement de l'arbitre est exact, le requérant devrait être considéré comme un «directeur» même s'il travaillait avec plusieurs autres cambistes également habilités à effectuer des opérations de change. Ses collègues cambistes, en effet, devraient eux aussi être classifiés de cette manière. Je ne puis être d'accord avec un tel raisonnement.

Le juge Stone, J.C.A., a passé en revue la jurisprudence et a déterminé que le mot «directeur» revêtait un caractère administratif plutôt qu'opérationnel, et que les fonctions qu'exerçait le requérant ne comportaient pas d'élément administratif. Voici ce qu'il a déclaré aux pages 589 et 590:

Dans l'affaire *Gauthier*, à la page 4 de sa décision, l'arbitre a défini le terme «directeur» figurant au paragraphe 27(4) comme désignant [TRADUCTION] «un administrateur habilité à accomplir des actions de façon indépendante et autonome, et investi de pouvoirs discrétionnaires»; M. le juge Pratte, révisant cette décision, n'a conclu à aucune erreur de droit en ce qui regarde l'interprétation de ce terme. L'arbitre de l'affaire *Desgagné* a adopté cette définition, et son interprétation du paragraphe visé a, à son tour, été approuvée par M. le juge Heald à la page 341 de ses motifs de jugement. Avec déférence, il semble que l'arbitre tranchant la présente affaire néglige la composante [TRADUCTION] «administrative» de cette définition judiciaire-

as “*personne qui dirige, est à la tête*”. It is clear that the applicant did not, in the sense of these definitions, direct or administer anything. He had virtually no input into the establishment of the guidelines; he merely did his job as a trader within their parameters. Perhaps, having hired the applicant as Chief Foreign Exchange Dealer, the respondent envisaged that he would become the head of a currency exchange department consisting of a number of traders. The reality of the situation was that he functioned simply as the sole foreign exchange trader, a role of an operational rather than administrative nature. I fail to see how his job contained the administrative element which I consider the term “manager” requires. Accordingly, in my view, the adjudicator erred in determining he was without jurisdiction to dispose of the applicant’s complaint on its merits.

In my opinion, the adjudicator erred in his interpretation of subsection 167(3). He stated that in order to be considered a “manager” within the meaning of that subsection, “the degree of autonomy exercised by an employee must be, if not absolute, then very considerable”. With respect to the adjudicator, such an approach extends the law on this issue considerably farther than envisaged by the Federal Court of Appeal. While a manager must be “an administrator having power of independent action, autonomy and discretion”, it is unrealistic to demand that such autonomy approach the absolute in order to be considered a “manager”, even in the “narrow” sense of subsection 167(3). As counsel for the applicant argued, even the Chairman of the Board of a large corporation does not have absolute autonomy; he must answer to the Board of Directors. It is undisputed that Bateman did exercise significant autonomy and discretion in his position, with respect to salaries, discipline and the power to hire and transfer employees. Indeed, the adjudicator concluded that “the complainant did in fact exercise a degree of autonomy and independence, which enabled him to decide certain issues within a fairly tight framework established by his superiors in Toronto.” The evidence also shows that even on the occasions when Bateman was required to seek approval of his decisions, his recommendations were generally accepted. The adjudicator seems to have focused instead on the occasional rejection of Bateman’s recommendations by his superiors as more compelling.

ment approuvée, composante ressortant de l’utilisation, dans la version française de ce paragraphe, du terme «directeur» qui, selon *Le Petit Robert*, désigne la «personne qui dirige, est à la tête». Il est clair que le requérant n’a rien dirigé ou administré au sens de ces définitions. Il n’a pratiquement eu rien à dire lors de l’établissement des lignes directrices; il n’a fait que s’en tenir à son mandat de cambiste. Comme elle avait engagé le requérant comme chef cambiste, l’intimée a-t-elle peut-être envisagé qu’il prendrait la tête d’un service de change comprenant plusieurs cambistes. En fait, le requérant était tout simplement le seul cambiste employé par l’intimée, et jouait plutôt un rôle d’exécutant que d’administrateur. Je suis incapable de voir de quelle manière son emploi, comme tel, pouvait comporter l’élément administratif que je considère inhérent au terme «directeur». En conséquence, j’estime que l’arbitre s’est trompé en décidant qu’il n’était pas compétent à statuer sur le bien-fondé de la plainte du requérant.

À mon avis, l’arbitre a interprété erronément le paragraphe 167(3). Il a déclaré que, pour être considéré comme un «directeur», au sens de cette disposition, [TRADUCTION] «il faut que le degré d’autonomie qu’exerce un employé soit, sinon absolu, alors très considérable». Sauf le respect de l’arbitre, une telle approche étend le droit sur cette question bien plus loin que ce qu’envisageait la Cour d’appel fédérale. Un directeur doit être «un administrateur habilité à accomplir des actions de façon indépendante et autonome, et investi de pouvoirs discrétionnaires», mais il est irréaliste d’exiger que cette autonomie soit quasi absolue pour que l’on considère la personne comme un «directeur», même dans le sens «étroit» où l’entend le paragraphe 167(3). Comme l’a fait valoir l’avocat de la requérante, même le président du conseil d’une grande société ne jouit pas d’une autonomie absolue; il doit rendre compte au conseil d’administration. Il est indiscutable que M. Bateman jouissait d’une grande autonomie et d’importants pouvoirs discrétionnaires au poste qu’il occupait, relativement aux salaires, aux mesures disciplinaires et au pouvoir d’embaucher et de muter des employés. En fait, l’arbitre a conclu que [TRADUCTION] «le plaignant a effectivement exercé un degré d’autonomie et d’indépendance qui lui permettait de décider de certaines questions dans des limites assez étroites fixées par ses supérieurs à Toronto». La preuve montre aussi que même quand M. Bateman devait faire approuver ses décisions, on avait généralement accepté ses recommandations. L’arbitre semble s’être attaché plutôt au fait que les supérieurs de M. Bateman avait rejeté quelquefois ses recommandations.

In my opinion, the duties entrusted to the complainant as head of the Vancouver RDC clearly contained the “administrative element” required by Stone J.A. in *Lee-Shanok*. As a senior member of the CIBC management, he was required to administer a large department and supervise some 200 employees. There is no indication in *Lee-Shanok* that the complainant’s autonomy and power to administer must be as independent from outside review as is required by the adjudicator. Indeed, it seems implicit from Stone J.A.’s reasons that a position as “the head of a currency exchange department consisting of a number of traders” would be considered sufficiently administrative in nature to be classified as “managerial”. In my opinion, the duties of Bateman in the case at hand are analogous to this example, and would be considered “managerial” as well.

Accordingly, the adjudicator is without jurisdiction to hear the complaint, and the application for prohibition is granted. With respect to the application for *certiorari* and a stay of proceedings, it is not necessary to examine these issues. With regard to *certiorari*, the adjudicator’s decision is necessarily quashed because of my ruling that the adjudicator exceeded his jurisdiction in hearing the complaint. As for the order seeking a stay of proceedings in the interim, it appears that the adjudicator exercised his discretion not to proceed until a decision came from this Court on the jurisdictional issue, and therefore a decision on that point is also unnecessary.

Selon moi, les fonctions dont le plaignant était chargé en tant que chef du CRD de Vancouver comprenaient manifestement la «composante administrative» qu’exigeait le juge Stone, J.C.A., dans l’affaire *Lee-Shanok*. En tant que membre de la haute direction de la CIBC, M. Bateman était tenu d’administrer un vaste service et de surveiller quelque 200 employés. Rien dans l’affaire *Lee-Shanok* n’indique que l’autonomie et le pouvoir d’administration du plaignant doivent être aussi indépendants d’un examen de l’extérieur que ce que l’arbitre exige. En fait, il semble ressortir implicitement des motifs du juge Stone, J.C.A., que le poste de chef à «la tête d’un service de change comprenant plusieurs cambistes» revêtirait une nature suffisamment administrative pour qu’il soit considéré comme un poste de «direction». À mon avis, les fonctions que remplissait M. Bateman sont analogues à cet exemple et seraient considérées aussi comme des fonctions de «direction».

En conséquence, l’arbitre est incompétent pour entendre la plainte, et la demande de bref de prohibition est accueillie. En ce qui concerne la demande de *certiorari* et de suspension des procédures, il n’est nul besoin d’examiner ces questions. Pour ce qui est de la demande de *certiorari*, la décision qu’a rendue l’arbitre est forcément annulée parce que j’ai déterminé que l’arbitre avait excédé sa compétence en attendant la plainte. Quant à l’ordonnance relative à une suspension des procédures dans l’intervalle, il semble que l’arbitre a choisi, avant de poursuivre, d’attendre que la Cour se prononce sur la question de la compétence; il est donc inutile aussi de me prononcer sur ce point.

A-382-90

A-382-90

**Ahmad Ali Zalzali** (*Appellant*)

v.

**Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)

INDEXED AS: ZALZALI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décarry J.J.A.—Montréal, April 17, Ottawa, April 30, 1991.

*Immigration — Refugee status — Lebanese national threatened by two contending militia groups — Unable to avail himself of protection of country as no effective government — Not necessary government be accomplice to persecution if unable to afford protection from persecution in any part of territory — Power of Court to review credibility finding where gross error by Refugee Division in comprehending evidence.*

This was an appeal from a decision of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the appellant's claim to refugee status on the grounds that he had not presented evidence of the persecution alleged and that he was not a credible witness.

The appellant is a national of Lebanon. He says that his sympathies lie with the Lebanese Army, rather than with the contending militias. The documentary evidence at the Refugee Division hearing, and the appellant's own testimony, were to the effect that the Hezbollah and Amal had both sought by threats to force him to participate in their militias. At that time, the national government exercised effective control over no part of the country. Were the appellant to return to Lebanon, both militias would regard him as a traitor. The Refugee Division held that the appellant should have availed himself of the protection of the Lebanese Army.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Refugee Division questioned the appellant's credibility because of its mistaken understanding that he had remained in Lebanon for four months after receiving death threats, when in fact he left two days later. That gross error in comprehending the evidence empowered the Court to review the finding as to credibility.

Under subparagraph 2(1)(a)(i) of the *Immigration Act*, a person who is unable to avail himself of the protection of his country of nationality has the same entitlement to refuge as has a person who is unwilling, because of fear of persecution, to do so. Here, the appellant was unable to seek the protection of his government because there was no government to which to resort. Where the claim is based on inability to benefit from the protection of the state, the state need not participate in the persecution which is feared. The persecution may emanate from sections of the population against whom the state is unable, for example because of civil war, to protect the individual. Where there is no state involvement, the Refugee

**Ahmad Ali Zalzali** (*appellant*)

c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: ZALZALI c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Décarry, J.C.A.—Montréal, 17 avril; Ottawa, 30 avril 1991.

*Immigration — Statut de réfugié — R ressortissant du Liban menacé par deux milices opposées — Incapable de se réclamer de la protection de ce pays vu l'absence d'État auquel s'adresser — L'État n'a pas à participer à la persécution, il suffit qu'il soit incapable d'offrir une protection contre la persécution en quelque endroit que ce soit de son territoire — Pouvoir de la Cour de réviser la conclusion visant la crédibilité en présence d'une erreur grossière de la section du statut dans l'appréciation de la preuve.*

Il s'agit d'un appel d'une décision par laquelle la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetait la revendication du statut de réfugié de l'appellant au motif qu'il n'avait pas fait la preuve de la persécution alléguée et qu'il n'était pas un témoin crédible.

L'appellant est un ressortissant du Liban. Il se dit sympathique à l'armée libanaise plutôt qu'aux milices opposées. Il appert de la preuve documentaire à l'audience de la section du statut et du témoignage de l'appellant que ce dernier était sollicité au moyen de menaces à la fois par la milice Amal et par la milice Hezbollah. À l'époque, le gouvernement d'occupation nationale n'exerçait un contrôle effectif sur aucune partie du territoire libanais. L'appellant, s'il devait retourner au Liban, serait considéré comme un traître par l'une et l'autre de ces milices. La Section du statut a conclu que l'appellant aurait dû se réclamer de la protection de l'Armée libanaise.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

La section du statut a mis en doute la crédibilité de l'appellant parce qu'elle croyait à tort qu'il était resté au Liban quatre mois après avoir reçu des menaces de mort, alors qu'en réalité il a quitté ce pays deux jours plus tard. Cette grossière erreur dans l'appréciation de la preuve autorise la Cour à réviser la conclusion de non-crédibilité.

En vertu du sous-alinéa 2(1)a)(i) de la *Loi sur l'immigration*, celui qui est incapable de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité est tout aussi admissible au statut de réfugié que celui qui ne veut pas le faire, par crainte d'être persécuté. En l'espèce, l'appellant ne pouvait se réclamer de la protection de son gouvernement, car il n'y en avait pas auquel s'adresser. Lorsque la revendication se fonde sur l'incapacité à se réclamer de la protection de l'État, celui-ci n'a pas à participer à la persécution redoutée. Celle-ci peut être le fait de groupes de la population contre lesquels l'État est incapable d'offrir sa protection, en raison par exemple d'une guerre civile. En l'absence de la participation de l'État, la section du statut

Division must decide whether those persecuting the claimant are doing so because of political opinions which he has or which they attribute to him.

Persecution within the meaning of the Convention does not exist if the state provides adequate protection somewhere within its territory to which the individual can move. In this case, there was no established authority able to furnish such protection.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 2(1)(a)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1(2)).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1990] 2 F.C. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.); *Ovakimoglu v. Minister of Employment and Immigration* (1983), 52 N.R. 67 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 212 (F.C.A.); *Suruje-pal v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.); *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.); *Karnail Singh*, 83-1189, decision dated 14/11/83, I.A.B., unreported; *Ramkissoon*, T84-9057, decision dated 21/6/84, I.A.B., unreported; *da Silva*, T86-9740, decision dated 10/12/86, I.A.B., unreported.

#### AUTHORS CITED

Hathaway, James C., *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.  
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, 1979.

#### COUNSEL:

*Denis Buron* for appellant.  
*J. Granger* for respondent.

#### SOLICITORS:

*Saint-Pierre, Buron et ass.*, Montréal, for appellant.  
*Deputy Attorney of Canada* for respondent.

doit décider si ceux qui persécutent le demandeur de statut le font en raison des opinions politiques qu'il a ou qu'ils lui attribuent.

Il n'y a pas persécution au sens de la Convention si l'État offre une protection suffisante quelque part sur son territoire où peut se retirer celui qui est persécuté. En l'espèce, aucune autorité établie n'était en mesure de fournir à l'appelant la protection souhaitée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. 1-2, art. 2(1)(a)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 1(2)).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1990] 2 C.F. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.); *Ovakimoglu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1983), 52 N.R. 67 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 212 (C.A.F.); *Suruje-pal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (C.A.F.); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.); *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.); *Karnail Singh*, 83-1189, décision en date du 14-11-83, C.A.I., non publiée; *Ramkissoon*, T84-9057, décision en date du 21-6-84, C.A.I., non publiée; *da Silva*, T86-9740, décision en date du 10-12-86, C.A.F., non publiée.

#### DOCTRINE

Hathaway, James C., *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.  
Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guides des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1979.

#### AVOCATS:

*Denis Buron* pour l'appellant.  
*J. Granger* pour l'intimé.

#### PROCUREURS:

*Saint-Pierre, Buron et ass.*, Montréal, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DÉCARY J.A.: The appellant, a Lebanese national, claims he was persecuted on account of his nationality, political opinion and membership in a particular social group and is accordingly claiming refugee status. The Refugee Division dismissed his application: hence the appeal before the Court.

There are two parts to the decision at issue. First, the Refugee Division concluded that the appellant had not presented evidence of the grounds of persecution which he had alleged. Second, reversing the usual order of things, the Refugee Division concluded that the appellant was not a credible witness.

In this Court the appellant challenged the "credibility" part and the "political opinion" aspect of the "grounds of persecution" part.

#### Credibility

One of the points used by the Refugee Division as a basis for questioning the appellant's credibility is the fact that he did not leave Lebanon until "about four months" after receiving death threats. The evidence disclosed, and counsel for the respondent conceded this point, that the appellant left Lebanon two days, not four months, after receiving these threats. This is a gross error in the assessment of the evidence, an error which clearly had a decisive influence on the Refugee Division, which made it twice. This type of error gives this Court authority to review the non-credibility finding made by the Refugee Division.<sup>1</sup>

#### Persecution

The Refugee Division dismissed the appellant's argument that he had been persecuted for his political opinions as follows:

[TRANSLATION] As to his political opinions, the claimant testified that he would like power to be returned to the Lebanese army. It is established that in order to claim refugee status on this ground the political opinions must be known or attributed to the claimant. He has never shown that the various militia,

<sup>1</sup> See *Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 212 (F.C.A.).

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: L'appellant, un ressortissant du Liban, se prétend persécuté en raison de sa nationalité, de son opinion politique et de son appartenance à un groupe social particulier et il revendique en conséquence le statut de réfugié. La section du statut a rejeté sa demande, d'où l'appel dont nous sommes saisis.

La décision attaquée comprend deux volets. Dans un premier temps, la section du statut en vient à la conclusion que l'appellant n'a pas fait la preuve des motifs de persécution qu'il avait allégués. Puis, renversant l'ordre habituel des choses, la section du statut en vient, dans un deuxième temps, à la conclusion que l'appellant n'était pas un témoin crédible.

L'appellant, devant nous, s'est attaqué au volet «crédibilité» ainsi qu'à l'aspect «opinion politique» du volet «motifs de persécution».

#### La crédibilité

Un des éléments retenus par la section du statut pour mettre en doute la crédibilité de l'appellant est le fait qu'il n'aurait quitté le Liban «qu'environ quatre mois» après qu'il eût reçu des menaces de mort. Or, la preuve révèle, et le procureur de l'intimé concède ce point, que l'appellant a quitté le Liban deux jours, et non pas quatre mois, après qu'il eût reçu ces menaces. Il s'agit là d'une erreur grossière dans l'appréciation de la preuve, erreur qui a de toute évidence influencé de façon déterminante la section du statut, laquelle la commet à deux reprises. Ce genre d'erreur autorise cette Cour à remettre en question la conclusion de non-crédibilité à laquelle en est venue la section du statut<sup>1</sup>.

#### La persécution

La section du statut a rejeté en ces termes la prétention de l'appellant à l'effet qu'il était persécuté en raison de ses opinions politiques:

Pour ce qui est de ses opinions politiques, le demandeur a témoigné qu'il voudrait que le pouvoir revienne à l'armée libanaise. Il est entendu que pour se prévaloir du statut de réfugié en ce qui a trait à ce motif il faut que des opinions politiques soient connues ou imputés (sic) au demandeur. Il n'a

<sup>1</sup> Voir *Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 212 (C.A.F.).

whether Amal or Hezbollah, know or attribute to the plaintiff the political opinions relating to the Lebanese army. What he did show was that each of the groups, Amal or Hezbollah, accused the claimant of being a member of the other group, so that he would participate in their group. The claimant obtained protection from the Amal movement when he began cooperating with them. The claimant never tried to obtain the protection of the Lebanese army, with which his political opinions were connected.

It appears from the documentary evidence and the appellant's testimony that: (1) the Lebanese government of national occupation exercised effective control over no part of Lebanese territory at the time of the incidents which led the appellant to flee; (2) in reality, there were as many governments as militias; (3) the appellant was approached and threatened both by the Amal militia and the Hezbollah militia; (4) if he had to return to Lebanon, the appellant would be regarded as a traitor by both of these militias and probably executed by one or the other.

In such circumstances can the appellant be blamed, as the Refugee Division blamed him, for not trying to obtain protection from the Lebanese army? Can it be argued, as counsel for the respondent did, that there could not possibly be any persecution since the Lebanese government is neither the agent of persecution nor an accomplice of that agent? I do not think so.

The definition of a "Convention refugee" as given in subsection 2(1) of the *Immigration Act*<sup>2</sup> requires a refugee status claimant who fears perse-

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-2:

2. (1)

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention Refugee by virtue of subsection (2) . . . . [My emphasis.]

jamais été démontré que les différentes milices soit Amal et Hezbollah connaissent ou imputent au demandeur des opinions politiques se rattachant à l'Armée libanaise. Il a plutôt été démontré que chacun des groupes soit Amal ou Hezbollah accusait le demandeur d'être de l'autre groupe, afin qu'il participe dans leur groupe. Le demandeur obtint protection du mouvement Amal quand il commença à collaborer avec eux. Le demandeur n'a pas essayé d'obtenir la protection de l'Armée libanaise vers laquelle ses opinions politiques étaient rattachées.

Il appert de la preuve documentaire et du témoignage de l'appellant que: 1) le gouvernement libanais d'occupation nationale n'exerçait un contrôle effectif sur aucune partie du territoire libanais au moment où se sont produits les incidents qui ont amené l'appellant à s'enfuir; 2) il y avait en réalité autant de gouvernements qu'il y avait de milices; 3) l'appellant était sollicité et menacé à la fois par la milice Amal et par la milice Hezbollah; 4) l'appellant, s'il devait retourner au Liban, serait considéré comme un traître par l'une et l'autre de ces milices et vraisemblablement exécuté par l'une ou l'autre.

Est-il possible, dans ces circonstances, de reprocher à l'appellant, comme l'a fait la section du statut, de n'avoir pas essayé d'obtenir la protection de l'armée libanaise? Est-il possible de soutenir, comme l'a fait le procureur de l'intimé, qu'il ne saurait y avoir persécution puisque le gouvernement libanais n'était ni l'agent de persécution ni le complice de cet agent? Je suis d'avis que non.

La définition de «réfugié au sens de la Convention», telle qu'elle apparaît au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*<sup>2</sup>, requiert du demandeur

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. I-2:

2. (1)

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n'a pas perdu de son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2). [Mes soulèvements.]

cution to be unable or, by reason of that fear, unwilling to avail himself of the protection of his country of nationality. A person who is unable to avail himself of the protection of a country is just as eligible for refugee status as one who is unwilling.

In most cases of claims for refugee status the State, while it may not itself be the agent of persecution, makes itself an accomplice by tolerance or inertia. It is then possible to speak in terms of persecution attributable to the State and to conclude that the refugee claimant had good reason to be unwilling to claim protection which a State was in all likelihood not going to give him.

Accordingly in *Rajudeen*,<sup>3</sup> *Surujpal*<sup>4</sup> and *Satiacum*<sup>5</sup> the Court considered cases in which a refugee claimant, knowing or believing that the State was itself the agent of persecution, that the State was an accomplice or that the State was closing its eyes to persecution perpetrated by persons for whom it was not formally responsible, was unwilling to claim protection from the State because he knew or believed that the State did not wish to protect him. In *Ward*,<sup>6</sup> at page 680, Urie J.A., summarizing the rules stated in *Rajudeen* and *Surujpal*, concluded that "the involvement of the State is a *sine qua non* where unwillingness to avail himself of protection is the fact".

However, what is the situation when the refugee status claimant is unable to claim his country's protection? Is it also necessary then for the country in question to be in some way a party to the acts of persecution? In *Ward*, where the Court was, I think for the first time, led to compare the position of a refugee status claimant who is unwilling to claim his State's protection with that of a claimant who is unable to do so, Urie J.A. said the following, for the majority [at page 680]:

<sup>3</sup> *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.).

<sup>4</sup> *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.).

<sup>5</sup> *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.).

<sup>6</sup> *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1990] 2 F.C. 667 (C.A.), at pp. 693-697, leave to appeal granted by the Supreme Court of Canada on November 8, 1990, [1990] 2 S.C.R. xii.

de statut qui craint la persécution qu'il ne puisse ou, du fait de cette crainte, ne veuille se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité. La personne qui ne peut pas se prévaloir de la protection de l'État est tout aussi admissible au statut de réfugié que celle qui ne veut pas.

Dans la plupart des cas de demande de statut de réfugié, l'État, s'il n'est lui-même l'agent de persécution, s'en sera fait le complice par tolérance ou par inertie. Il sera alors permis de parler en termes de persécution imputable à l'État et de conclure que le demandeur de statut avait raison de ne pas vouloir se réclamer de la protection qu'un État, selon toute vraisemblance, ne lui donnerait pas.

C'est ainsi que les arrêts *Rajudeen*<sup>3</sup>, *Surujpal*<sup>4</sup> et *Satiacum*<sup>5</sup> ont examiné des cas où le demandeur de statut, sachant ou croyant que l'État était lui-même l'agent de persécution, ou que l'État était complice de la persécution, ou que l'État fermait les yeux sur la persécution effectuée par des personnes dont il n'était pas formellement responsable, ne voulait pas se réclamer de la protection de l'état car il savait ou croyait que l'État ne voudrait pas le protéger. Le juge Urie, J.C.A., faisant une synthèse des principes dégagés dans *Rajudeen* et *Surujpal*, concluait dans *Ward*<sup>6</sup>, à la page 680, que «la participation de l'État est une condition préalable lorsque le demandeur de statut ne veut pas se réclamer de la protection du pays visé».

Qu'en est-il cependant lorsque le demandeur de statut ne peut pas se réclamer de la protection de son pays? Est-il également nécessaire, alors, que le pays visé participe d'une quelconque manière aux actes de persécution? Dans *Ward*, où la Cour était amenée, pour la première fois me semble-t-il, à comparer la situation du demandeur de statut qui ne veut pas se réclamer de la protection de l'État à celle du demandeur de statut qui ne le peut pas, le juge Urie, J.C.A., pour la majorité, s'est exprimé comme suit [à la page 680]:

<sup>3</sup> *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.).

<sup>4</sup> *Surujpal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (C.A.F.).

<sup>5</sup> *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.).

<sup>6</sup> *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1990] 2 C.F. 667 (C.A.), aux p. 693-697, autorisation de pourvoi accordée par la Cour suprême du Canada le 8 novembre 1990, [1990] 2 R.C.S. xii.



On the other hand, being “unable” to so avail himself connotes, as I see it, quite literally that the claimant cannot, because of his physical inability to do so, even seek out the protection of his state. These imply circumstances over which he has no control and is not a concept applicable in facts of this case.

MacGuigan J.A., otherwise dissenting, said the following [at page 696]:

It seems to me that the applicant is probably right that is unable means literally unable, i.e., unable even to approach.

That, however, is where the comparison between being unwilling and being unable stopped as, in the view of the members of the Court, the claimant was not in the position of being “unable” since in practice he could “seek out the protection” of the government (Urie J.A.) or “approach” it (MacGuigan J.A.). There is no doubt that “unable” applies in the case at bar, as the evidence established that the appellant was unable to seek the protection of his government or even to approach it for the simple and brutal reason that there was no government to resort to.

One of the problems presented by the concept of protection by the State is the fact that it may be taken into account in determining whether there is persecution within the meaning of the Convention and that it necessarily must be taken into account to determine whether a refugee status claimant is in the position of someone who is unwilling, as in *Ward*, or is unable, as in the case at bar. In *Ward*, at page 680, Urie J.A. said it was important to avoid confusing “the determination of persecution and ineffective protection” and that “the two concepts must be addressed and satisfied independently” but, if I understand his conclusion correctly, as indicated at page 681, he was anxious to avoid as a matter of fact having one (ineffective protection) serve as a presumption in favour of the other (persecution). I do not think he meant to say that these two concepts could not be interconnected for the purposes of interpreting the definition of a refugee in law. In my view, to accurately define what a refugee is it is important to examine the wording as a whole and interpret the whole in light of each of its component parts.

In any case, the circumstances in *Ward* are so exceptional and have so little to do with the much more general question now before the Court that I

D’autre part, le fait que le demandeur de statut «ne peut» pas se réclamer de cette protection [du pays dont il a la nationalité] implique littéralement, à mon sens, qu’il ne peut pas, en raison de son incapacité matérielle à le faire, même rechercher la protection de son État. Cela implique des circonstances qui échappent à sa volonté et n’est pas une notion applicable à l’espèce.

Le juge MacGuigan, J.C.A., par ailleurs dissident, disait de son côté ce qui suit [à la page 696]:

Il me semble que le requérant a probablement raison quand il dit que les mots ne peut signifient littéralement est incapable, c’est-à-dire incapable même de prendre contact.

Là, cependant, s’est arrêtée la comparaison entre le ne veut et le ne peut, car les membres de la Cour se sont dits d’avis que le demandeur de statut n’était pas dans la situation du «ne peut» puisqu’il pouvait, en pratique, «rechercher la protection» de l’État (juge Urie, J.C.A.) ou «prendre contact» avec ce dernier (juge MacGuigan, J.C.A.). En l’espèce, il n’y a pas de doute que le «ne peut» s’applique, la preuve ayant établi que l’appelant ne pouvait rechercher la protection de son état ni même prendre contact avec lui, pour cette raison simple et brutale qu’il n’y avait pas d’État auquel s’adresser.

Une des difficultés que soulève la notion de protection de l’État vient de ce qu’elle peut entrer en ligne de compte aux fins de déterminer s’il y a persécution au sens de la Convention et de ce qu’elle entre en ligne de compte nécessairement aux fins de déterminer si le demandeur de statut est dans la situation d’un ne veut, comme dans *Ward*, ou d’un ne peut comme en l’espèce. Le juge Urie, J.C.A. a affirmé, dans *Ward*, à la page 680, qu’il faut éviter de confondre «la détermination de la persécution et la protection inefficace» et qu’«il faut traiter de ces deux concepts et y satisfaire de façon indépendante», mais si je comprends bien sa conclusion, telle qu’elle apparaît à la page 681, il voulait éviter dans les faits que l’un (la protection inefficace) ne serve de présomption en faveur de l’autre (la persécution). Je ne pense pas qu’il ait voulu affirmer que ces deux concepts ne pouvaient être interreliés aux fins d’interpréter, en droit, la définition de réfugié. Il faut, à mon avis, pour bien définir ce qu’est un réfugié, examiner le libellé dans son ensemble et interpréter le tout à la lumière de chacune de ses composantes.

À tout événement, les circonstances de l’affaire *Ward* sont tellement exceptionnelles et ont si peu à voir avec la question beaucoup plus générale dont

would apply the rules arrived at by a majority of the Court to the case at bar with the utmost caution.

The essence of the question that arises in the case at bar, when it is reduced to its simplest and most practical form, is as follows: can there be persecution within the meaning of the Convention and the *Immigration Act* where there is no form of guilt, complicity or participation by the State? I consider that, in light of the wording of the definition of a refugee, the judgments of this Court and scholarly analysis both in Canada and abroad, this question must be answered in the affirmative.

The definition of a "refugee" refers to the fear "of persecution", without saying that this persecution must be "by the government". This omission seems to me to be extremely significant: I do not see by what rule of interpretation the meaning of the word "persecution" should be limited, especially as the very objectives of the *Immigration Act*, which incorporates this definition into Canadian law, encourage the taking of a liberal and generous approach (section 3 of the Act).

That is not all. As my brother Judges pointed out in *Ward*, the natural meaning of the words "is unable" assumes an objective inability on the part of the claimant, and the fact that "is unable" is, in contrast to "is unwilling", not qualified by "by reason of that fear", seems to me to confirm that the inability in question is governed by objective criteria which can be verified independently of the fear experienced, and so independently of the acts which prompted that fear and their perpetrators. Seeing a connection of any kind between "is unable" and complicity by the government would be to misread the provision.

Apart from *Ward*, two judgments of this Court require special mention. In *Ovakimoglu*,<sup>7</sup> the Court referred the matter back to the Immigration Appeal Board on the ground that, *inter alia*, it had not taken into account the "lack of protection available to him (the applicant), in common with his fellow Armenians, by the authorities, from harassment, both mental and physical, by Moslem

<sup>7</sup> *Ovakimoglu v. Minister of Employment and Immigration* (1983), 52 N.R. 67 (F.C.A.).

nous sommes ici saisis, que j'appliquerais avec infiniment de prudence au présent dossier les principes que la Cour a pu, à la majorité, y dégager.

a La question, au fond, qui se pose en l'espèce, lorsqu'elle est réduite à son expression la plus simple et la plus pratique, est la suivante: peut-il y avoir persécution, au sens de la Convention et de la *Loi sur l'immigration*, en l'absence de toute forme de culpabilité, de complicité ou de participation de l'État? À la lumière du libellé de la définition de réfugié, de la jurisprudence de cette Cour, de la doctrine tant canadienne qu'internationale, je suis d'avis qu'il faut répondre à cette question par c l'affirmative.

d La définition de «réfugié» réfère à la crainte «d'être persécuté», sans préciser qu'il s'agit de la crainte d'être persécuté «par l'État». Cette omission me paraît des plus significative: je ne vois pas en vertu de quel principe d'interprétation il faudrait restreindre le sens de l'expression «être persécuté», d'autant plus que les objectifs mêmes de la *Loi sur l'immigration*, laquelle incorpore cette e définition au droit canadien, invitent à une approche libérale et généreuse (article 3 de la Loi).

f Il y a davantage. Le sens naturel des mots «ne peut», comme l'ont souligné mes collègues dans *Ward*, suppose une incapacité objective du demandeur de statut, et le fait que «ne peut» n'est pas, contrairement au «ne veut», qualifié par «du fait de cette crainte», me paraît confirmer que l'incapacité dont il s'agit répond à des critères objectifs qui g sont vérifiables indépendamment de la crainte entretenue et donc, indépendamment des actes ayant suscité cette crainte et de leurs auteurs. Ce serait faire violence au texte que d'y voir quelque lien que ce soit entre le «ne peut» et la complicité h de l'État.

i Outre *Ward*, deux arrêts de cette Cour méritent considération particulière. Dans *Ovakimoglu*<sup>7</sup>, la Cour a renvoyé l'affaire à la Commission d'appel de l'immigration au motif qu'elle n'avait pas tenu compte, entre autres, du «refus des autorités de le protéger, lui et ses compatriotes arméniens, contre le harcèlement tant physique que mental auquel ils étaient soumis par les Turcs musulmans simple-

<sup>7</sup> *Ovakimoglu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1983), 52 N.R. 67 (C.A.F.).

Turks, all because he and others were Armenian Christians".<sup>8</sup> There would appear to be an implicit recognition here of the possibility of persecution by someone other than the government when the latter is unable to offer protection. In *Rajudeen*, Stone J.A. said the following at page 135:

Obviously, an individual cannot be considered a "Convention refugee" only because he has suffered in his homeland from the outrageous behaviour of his fellow citizens. To my mind, in order to satisfy the definition the persecution complained of must have been committed or been condoned by the state itself and consist either of conduct directed by the state toward the individual or in it knowingly tolerating the behaviour of private citizens, or refusing or being unable to protect the individual from such behaviour. [My emphasis.]

In saying this he recognized that there can be persecution within the meaning of the Convention even if the reprehensible acts are those of fellow nationals, when the government is unable to protect the victim against what they are doing. There is thus already in the case law of this Court, where evidence is presented that a State cannot provide the necessary protection, a move in the direction of recognizing persecution which is not directly or indirectly connected with the State.

There is support for this interpretation in the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*:<sup>9</sup>

65. Persecution is normally related to action by the authorities of a country. It may also emanate from sections of the population that do not respect the standards established by the laws of the country concerned. A case in point may be religious intolerance, amounting to persecution, in a country otherwise secular, but where sizeable fractions of the population do not respect the religious beliefs of their neighbours. Where serious discriminatory or other offensive acts are committed by the local populace, they can be considered as persecution if they are knowingly tolerated by the authorities, or if the authorities refuse, or prove unable, to offer effective protection.

98. Being *unable* to avail himself of such protection implies circumstances that are beyond the will of the person concerned. There may, for example, be a state of war, civil war or other grave disturbance, which prevents the country of nationality from extending protection or makes such protection ineffective. Protection by the country of nationality may also have been

<sup>8</sup> *Ibid.*, at p. 69.

<sup>9</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, September 1979, at pp. 17 and 23.

ment parce qu'ils étaient des Arméniens de foi chrétienne<sup>8</sup>. Il paraît y avoir là, implicitement, reconnaissance de la possibilité d'une persécution étrangère à l'État lorsque ce dernier ne peut offrir de protection. Dans *Rajudeen*, le juge Stone, J.C.A., à la page 135, s'était exprimé comme suit:

De toute évidence, une personne ne peut être considérée comme un «réfugié au sens de la Convention» seulement parce qu'elle a subi des mauvais traitements de la part de ses concitoyens dans son pays. Selon moi, il faut, pour satisfaire à la définition, que la persécution dont on se plaint ait été commise ou tolérée par l'État lui-même, et qu'elle se traduise par des actes commis par l'État contre un particulier ou par la tolérance dont l'État fait preuve sciemment à l'égard de la conduite de certains de ses citoyens, ou par son refus de protéger un particulier contre cette conduite, ou son incapacité à le faire. [Mes soulèvements.]

Il reconnaissait, ce disant, qu'il peut y avoir persécution, au sens de la Convention, même si les actes répréhensibles sont ceux de concitoyens, lorsque l'État est incapable de protéger la victime contre leur comportement. Il y a donc, déjà, dans la jurisprudence de cette Cour, là où preuve est faite qu'un État ne peut offrir la protection nécessaire, un embryon de reconnaissance d'une persécution qui ne serait ni directement ni indirectement rattachée à l'État.

Cette interprétation trouve appui dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*:<sup>9</sup>

65. On entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de la population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays. A titre d'exemple, on peut citer l'intolérance religieuse, allant jusqu'à la persécution, dans un pays par ailleurs laïc mais où d'importantes fractions de la population ne respectent pas les convictions religieuses d'autrui. Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace.

98. Lorsqu'il *ne peut* se réclamer de cette protection, cela tient à des circonstances indépendantes de sa volonté. Il peut y avoir, par exemple, un état de guerre, une guerre civile ou d'autres troubles graves qui empêchent le pays dont l'intéressé a la nationalité de lui accorder sa protection ou qui rendent cette protection inefficace. La protection du pays dont l'intéressé a la

<sup>8</sup> *Ibid.* à la p. 69.

<sup>9</sup> Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, septembre 1979 aux p. 17, 18 et 24.

denied to the applicant. Such denial of protection may confirm or strengthen the applicant's fear of persecution, and may indeed be an element of persecution. [My emphasis.]

and it is that adopted by Professor Hathaway:<sup>10</sup>

[at page 125] Insofar as it is established that meaningful national protection is available to the claimant, a fear of persecution cannot be said to exist. This rule derives from the primary status accorded to the municipal relationship between an individual and her state, and the principle that international human rights law is appropriately invoked only when a state will not or cannot comply with its classical duty to defend the interests of its citizenry. Andrew Shacknove has helpfully phrased this principle in terms of a breakdown of the protection to be expected of the minimally legitimate state:

Persecution is but one manifestation of the broader phenomenon: the absence of state protection of the citizen's basic needs. It is this absence of state protection which constitutes the full and complete negation of society and the basis of refugeehood.

[at pages 127-128] Beyond these acts of commission carried out by entities with which the state is formally or implicitly linked, persecution may also consist of either the failure or inability of a government effectively to protect the basic human rights of its populace. Specifically, there is a failure of protection where a government is *unwilling* to defend citizens against private harm, as well as in situations of objective *inability* to provide meaningful protection. This is a somewhat more complex notion, derived from the principle that the legitimacy of a government is inextricably linked to the sufficiency of the protection it affords its citizenry. As argued and accepted in the decision of the French Conseil d'Etat in *Esshak Dankha*:

... the existence and the authority of the State are conceived and justified on the grounds that it is the means by which members of the national community are protected from aggression, whether at the hands of fellow citizens, or from forces external to the State. (Unofficial translation)

Thus, the state which ignores or is unable to respond to legitimate expectations of protection fails to comply with its most basic duty, thereby raising the prospect of a need for surrogate protection. Intention to harm on the part of the state is irrelevant: whether as the result of commission, omission, or incapacity, it remains that people are denied access to basic guarantees of human dignity, and therefore merit protection through refugee law.

[at pages 132-133] The duty in Canadian law to assess the sufficiency of state protection on the basis of the *de facto* viability of effective recourse to national authorities, rather than looking to specific forms of active culpability, is thus fully consistent with the general international trend.

<sup>10</sup> James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991).

nationalité peut également lui avoir été refusée. Ce refus de protection peut confirmer ou accroître la crainte qu'a l'intéressé d'être persécuté et peut même constituer en soi un élément de persécution. [Mes soulignements.]

a et est celle retenue par le professeur Hathaway<sup>10</sup>:

[À la page 125] [TRADUCTION] Dans la mesure où il est établi que le requérant peut jouir d'une protection réelle de l'État, on ne peut dire qu'il existe une crainte de persécution. Cette règle découle du statut principal accordé au rapport national qui existe entre un particulier et son État, et du principe selon lequel il convient d'invoquer le droit international en matière de droits de la personne seulement lorsqu'un État ne se conformera pas à son obligation classique de défendre les intérêts de ses citoyens ou lorsqu'il ne peut le faire. Andrew Shacknove a énoncé de manière utile ce principe comme une analyse de la protection à laquelle on devrait s'attendre du plus simple État légitime:

La persécution n'est qu'une manifestation d'un phénomène plus vaste: l'absence de protection de l'État à l'égard des besoins fondamentaux du citoyen. C'est cette absence de protection de l'État qui constitue la négation pleine et entière de la société et le fondement du statut de réfugié.

d [Aux pages 127-128] Outre ces actes commis par des entités auxquelles l'État est officiellement ou implicitement lié, la persécution peut également résulter du défaut ou de l'incapacité d'un gouvernement à protéger de manière efficace les droits de la personne fondamentaux de sa population. Précisément, il y a absence de protection lorsqu'un gouvernement est

e *peu disposé* à défendre ses citoyens contre un préjudice à la personne, et dans des situations où de façon objective *il est incapable* d'assurer une protection significative. Il s'agit d'une notion un peu plus complexe qui découle du principe selon lequel la légitimité d'un gouvernement est inextricablement liée au caractère suffisant de la protection qu'il accorde à ses citoyens. Comme cela a été soutenu et accepté dans la décision du Conseil d'État de France *Esshak Dankha*:

... l'existence et l'autorité de l'État sont conçues et justifiées sur le fondement qu'il s'agit du moyen par lequel les membres de la communauté nationale sont protégés contre l'agression, de la part de leurs concitoyens ou de forces extérieures à l'État. [Traduction non-officielle]

g Par conséquent, l'État qui néglige ou qui est incapable de répondre aux attentes légitimes en matière de protection ne remplit pas ses obligations les plus fondamentales et soulève ainsi la possibilité qu'il soit nécessaire d'avoir recours à une autre source de protection. L'intention par l'État de causer un préjudice n'est pas pertinente: que ce soit par la perpétration d'un acte, par une omission ou par incapacité, il reste qu'on ne permet pas aux personnes de jouir des garanties fondamentales de la dignité humaine et elles méritent donc la protection par le droit relatif aux réfugiés.

i [Aux pages 132-133] L'obligation en droit canadien d'évaluer le caractère suffisant de la protection d'un État sur le fondement de la viabilité de fait du recours efficace aux autorités nationales, plutôt que d'examiner les formes précises des actes coupables de l'État, est donc entièrement conforme à la tendance internationale générale.

<sup>10</sup> James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991).

This review of the wording of the definition, the judgments of the Court and scholarly commentary leads me to adopt in a different context the observations of MacGuigan J.A. in *Ward*, at page 698:

No doubt this construction will make eligible for admission to Canada claimants from strife-torn countries whose problems arise, not from their nominal governments, but from various warring factions, but I cannot think that this is contrary to "Canada's international legal obligations with respect to refugees and . . . its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted" [paragraph 3(g) of the Act].

There are probably several reasons beyond a person's control why he might be unable to claim the protection of a State, one of them being, and this is obvious, the non-existence of a government to which that person may resort. There are situations, and the case at bar is one of them, in which the political and military circumstances in a country at a given time are such that it is simply impossible to speak of a government with control of the territory and able to provide effective protection. Just as a state of civil war is no obstacle to an application for refugee status,<sup>11</sup> so the non-existence of a government equally can be no obstacle. The position of the respondent in the case at bar would lead directly to the absurd result that the greater the chaos in a given country, the less acts of persecution could be capable of founding an application for refugee status.

I do not have to decide here what is meant by "government". I know that in principle persecution in a given region will not be persecution within the

Cette étude du libellé de la définition, de la jurisprudence de la Cour et de la doctrine m'amène à reprendre à mon compte, dans un contexte différent, ces propos du juge MacGuigan, J.C.A. dans *Ward*, à la page 698:

Sans aucun doute cette interprétation rendra-t-elle admissibles à entrer au Canada les demandeurs de statut venant de pays déchirés par les conflits, dont les problèmes procèdent non pas de leur gouvernement nominal, mais de diverses factions ennemies, mais je ne puis croire que cela soit contraire aux «obligations légales du Canada sur le plan international et . . . [à] sa traditionnelle attitude humanitaire à l'égard des personnes déplacées ou persécutées» [*sic*]\*.

Il existe vraisemblablement plusieurs raisons indépendantes de sa volonté pour lesquelles une personne ne pourrait se réclamer de la protection de l'État, l'une d'elle, et c'est l'évidence même, étant la non-existence d'un gouvernement auquel cette personne pourrait s'adresser. Il est des cas, et le cas sous étude en est un, où la situation politique et militaire dans un pays est telle, à un moment précis, qu'on ne peut tout simplement pas parler de gouvernement ayant contrôle du territoire et étant en mesure d'offrir une protection efficace. De même qu'une situation de guerre civile ne fait point obstacle à une demande de statut<sup>11</sup>, de même la non-existence d'un gouvernement ne saurait non plus y faire obstacle. La position de l'intimé, en l'espèce, conduirait tout droit à ce résultat absurde, que plus grand serait le chaos dans un pays donné, moins les actes de persécution seraient susceptibles de donner ouverture à une demande de statut de réfugié.

Je n'ai pas ici à décider ce qu'il faut entendre par «gouvernement». Je sais qu'en principe une persécution dans une région donnée ne sera pas

\* Note de l'arrêstiste: Dans les motifs rendus en anglais par le juge MacGuigan, J.C.A., dans l'affaire *Ward*, la citation vient de l'alinéa 3(g) de la Loi, dont voici le libellé exact:

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissant la nécessité:

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées; . . .

<sup>11</sup> See *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (C.A.).

<sup>11</sup> Voir *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.).

meaning of the Convention if the government of the country is capable of providing the necessary protection elsewhere in its territory, and if it may be reasonably expected that, taking into account all the circumstances, victims will move to that part of the territory where they will be protected.<sup>12</sup> I also know that the Convention speaks of protection of the "country of which the person is a national", that in the passages from his text to which I have referred Professor Hathaway speaks rather of the "legitimate government", and that in *Ward MacGuigan J.A.* spoke of "nominal governments". The "country", the "national government", the "legitimate government", the "nominal government" will probably vary depending on the circumstances and the evidence and it would be presumptuous to attempt to give a general definition. I will simply note here that I do not rule out the possibility that there may be several established authorities in the same country which are each able to provide protection in the part of the territory controlled by them, protection which may be adequate though not necessarily perfect.

The conclusion at which I have arrived carries with it an obligation to alter certain established rules in other circumstances. Where no established authority exists, it will not be possible to apply in their entirety the rules stated with regard to persecution for political opinions, since there is strictly speaking no State to be aware of the claimant's political opinions or attribute any to him. In that case, the first instance tribunal and the Refugee Division will have to decide, in light of all the circumstances presented, whether those who are persecuting the refugee status claimant are doing so on account of political opinions he has or which they attribute to him.

In the case at bar the Refugee Division blamed the appellant for not trying to obtain protection

<sup>12</sup> The Immigration Appeal Board has held to this effect on several occasions: see *Karnail Singh*, Docket no: 83-1189, C.L.I.C. No. 62.4, November 14, 1983; *Jainarine Jerome Ramkissoon*, T84-9057, June 21, 1984; *Bento Rodrigues da Silva*, T86-9740, December 10, 1986; Hathaway, *supra*, note 10, at p. 134; *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, *supra*, note 9, at para. 91.

une persécution au sens de la Convention si le gouvernement du pays est en mesure, ailleurs sur son territoire, d'assurer la protection voulue, mais encore faut-il qu'on puisse raisonnablement attendre des victimes, compte tenu de toutes les circonstances, qu'elles se déplacent vers cette partie du territoire où elles seraient protégées<sup>12</sup>. Je sais aussi que la Convention parle de la protection du «pays dont (la personne) a la nationalité», que le professeur Hathaway, dans les extraits de son ouvrage auxquels j'ai déjà référé, parle plutôt en termes de «gouvernement légitime» et que le juge MacGuigan, J.C.A., dans *Ward*, a parlé de «gouvernement nominal». Ce «pays», ce «gouvernement national», ce «gouvernement légitime», ce «gouvernement nominal», varieront vraisemblablement au gré des circonstances et de la preuve et il serait présomptueux d'en vouloir donner une définition générale. Je veux simplement signaler ici que je n'écarte pas d'entrée de jeu la possibilité qu'il y ait, dans un même pays, plusieurs autorités établies qui soient chacune en mesure, sur une partie qu'elles contrôlent du territoire, de fournir une protection qui, sans être nécessairement parfaite, soit adéquate.

La conclusion à laquelle j'en arrive emporte, par ailleurs, l'obligation de modifier certains principes établis en d'autres circonstances. En effet, là où il n'existe aucune autorité établie, il ne sera pas possible d'appliquer intégralement les principes énoncés relativement à la persécution pour cause d'opinion politique, puisqu'il n'y a pas à proprement parler d'État qui puisse connaître l'opinion politique du demandeur de statut ou lui en imputer une. Dans ce cas, le tribunal d'accès et la section du statut devront, à la lumière de toutes les circonstances mises en preuve, décider si ceux-là qui persécutent le demandeur de statut le font en raison d'opinions politiques qu'il a ou qu'ils lui imputent.

Dans le cas présent, la section du statut a reproché à l'appelant de n'avoir pas essayé d'obtenir la

<sup>12</sup> La Commission d'appel de l'immigration en a ainsi décidé à plusieurs reprises. Voir *Karnail Singh*, Dossier: 83-1189, C.L.I.C. N° 62.4, le 14 novembre 1983; *Jainarine Jerome Ramkissoon*, T84-9057, 21 juin 1984; *Bento Rodrigues da Silva*, T-86-9740, 10 décembre 1986; Hathaway, *supra*, note 10 à la p. 134; *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, *supra*, note 9 au paragr. 91.

from the Lebanese army. The evidence is that no established authority was able to provide the appellant with the desired protection. In the circumstances, therefore, the appellant was unable to avail himself of the protection of his country, and far from disqualifying him, this, on the contrary enabled him to meet one of the conditions imposed in the definition of a refugee.

In view of the decisive error of fact made by the Refugee Division in weighing the appellant's credibility and the error of law made in interpreting the definition of a refugee, I would allow the appeal, reverse the decision of the Refugee Division and refer the matter back to it for a re-hearing in accordance with these reasons.

HUGESSEN J.A.: I concur.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

protection de l'armée libanaise. Or, la preuve est à l'effet qu'aucune autorité établie n'était en mesure de fournir à l'appellant la protection souhaitée. L'appellant ne pouvait donc pas, dans les circonstances, se réclamer de la protection de son pays, ce qui, loin de le disqualifier, lui permettait au contraire de remplir l'une des conditions imposées dans la définition de réfugié.

Vu l'erreur de fait déterminante commise par la Section du statut dans l'appréciation de la crédibilité de l'appellant et vu l'erreur de droit commise dans l'interprétation de la définition de réfugié, je serais d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer la décision de la section du statut et de renvoyer l'affaire à celle-ci afin qu'elle procède à un nouvel examen en tenant compte des présents motifs.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

T-2215-90

T-2215-90

**William Weiler (*Applicant*)**

v.

**The Department of Justice, The Department of Agriculture (*Respondents*)***INDEXED AS: WEILER v. CANADA (DEPARTMENT OF JUSTICE) (T.D.)*

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, June 27 and July 3, 1991.

*Practice — Privilege — Solicitor-client — Application for review of refusal to provide access to personal information sought under Privacy Act — Applicant, Department of Agriculture inspector, involved in decision to destroy shipment of imported trees suspected of gypsy moth infestation — In ensuing litigation Crown represented by Department of Justice — Upon request for access to documents referring to applicant, production of letter from Justice solicitor to Agriculture official denied on ground of solicitor-client privilege — Complaint filed with Privacy Commissioner alleging letter containing “libelous” references to applicant’s credibility as witness — Common law on solicitor-client privilege reviewed — Two branches of solicitor-client privilege: legal advice privilege and litigation privilege — Draft pleadings, notes of interviews with witnesses, correspondence with witnesses and other material used in conduct of litigation within litigation privilege — Letters to officials of Department of Agriculture concerning advice from solicitors and instructions from client within legal advice privilege — Solicitor is Attorney General of Canada and Department of Justice lawyers working under her auspices — Client is executive branch of government, including various ministries.*

*Privacy — Application for review under Privacy Act, s. 41 of refusal to allow applicant access to personal information sought pursuant to s. 12 — Production of letter from Crown’s solicitor relating to litigation arising from destruction of trees ordered by Department of Agriculture refused under s. 27 as subject to solicitor-client privilege — Applicant, government tree inspector, says Justice lawyer wrote letter containing libelous statements as to his credibility as witness — Review of common law on solicitor-client privilege — Once solicitor-client privilege between Justice lawyers and Agriculture offi-*

**William Weiler (*requérant*)**

c.

**<sup>a</sup> Le ministère de la Justice et le ministère de l’Agriculture (*intimés*)***RÉPERTORIÉ: WEILER c. CANADA (MINISTÈRE DE LA JUSTICE) (1<sup>re</sup> INST.)***<sup>b</sup> Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 27 juin et 3 juillet 1991.**

*Pratique — Communications privilégiées — Secret professionnel qui lie l’avocat à son client — Demande de révision du refus de communiquer des renseignements personnels recherchés en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Le requérant, un inspecteur du ministère de l’Agriculture, a participé à la décision de détruire le chargement d’arbres importés soupçonnés d’être infestés par la larve de la spongieuse — Dans l’action qui a suivi, l’État était représenté par le ministère de la Justice — Suite à la demande de communication de documents qui mentionnaient le requérant, la production de la lettre adressée par l’avocat du ministère de la Justice au fonctionnaire du ministère de l’Agriculture a été refusée au motif qu’elle relevait du secret professionnel liant l’avocat à son client — Dépôt d’une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée alléguant que la lettre concernée contenait des propos «diffamatoires» à l’égard de la crédibilité du requérant comme témoin — Étude de la common law sur la question du secret professionnel de l’avocat — Le secret professionnel qui lie l’avocat à son client a deux volets: celui qui vise les avis juridiques, et celui qui a trait au litige — Les projets de plaidoiries, les notes prises au cours d’entrevues avec les témoins, la correspondance échangée avec les témoins, et d’autres documents ayant servi à la conduite de l’affaire sont exemptés de communication — Les lettres adressées aux fonctionnaires du ministère de l’Agriculture concernant les avis des avocats et les directives du client sont visées par le secret professionnel attaché aux avis juridiques — L’avocat est le procureur général du Canada et les avocats du ministère de la Justice qui relèvent de lui — Le client est la branche exécutive du gouvernement, y compris divers ministères.*

*Protection des renseignements personnels — Demande de révision en vertu de l’art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, du refus de communiquer au requérant des renseignements personnels recherchés en application de l’art. 12 — La communication de la lettre de l’avocat de l’État concernant le litige consécutif à la destruction des arbres sur les ordres du ministère de l’Agriculture est refusée en vertu de l’art. 27 au motif qu’elle est visée par le secret professionnel qui lie un avocat à son client — Le requérant, un inspecteur gouvernemental, a soutenu qu’un avocat du ministère de la Justice avait écrit une lettre contenant des propos diffamatoires relativement à sa crédibilité comme témoin — Étude de la common law relative au secret professionnel de l’avocat — Dès lors qu’est établie l’existence du secret professionnel entre les avocats du ministère de la Justice et les fonctionnaires du ministère de l’Agriculture, les documents*



*cials established, documents individually examined — Criteria for solicitor-client privilege met.*

*sont examinés individuellement — Il y a respect des critères applicables au secret professionnel de l'avocat.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Plant Quarantine Act*, R.S.C. 1970, c. P-13.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12, 27, 29, 41.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

CONSIDERED:

*Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 72; (1985), 18 D.L.R. (4th) 600; 15 C.R.R. 298 (T.D.); rev'd [1986] 3 F.C. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); leave to appeal denied [1986] 2 S.C.R. v.

REFERRED TO:

*Reg. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Cross, Rupert and Trapper, Colin *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.  
Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.

APPEARANCE:

*William Weiler* on his own behalf.

COUNSEL:

*Margaret N. Kinnear* for respondents.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

*William Weiler*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

*a*

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 12, 27, 29, 41.  
*Loi sur la quarantaine des plantes*, S.R.C. 1970, chap. P-13.

*b*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*c*

*Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.

*d*

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*e*

*Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 72; (1985), 18 D.L.R. (4th) 600; 15 C.R.R. 298 (1<sup>re</sup> inst.); inf. par [1986] 3 C.F. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); autorisation de pourvoi rejetée [1986] 2 R.C.S. v.

*f*

DÉCISIONS CITÉES:

*Reg. v. Cox and Railton* (1884), 14 D.B.R. 153; *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

*g*

DOCTRINE

Cross, Rupert and Trapper, Colin *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.  
Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.

*h*

A COMPARU:

*William Weiler* pour son propre compte.

*i*

AVOCATS:

*Margaret N. Kinnear* pour les intimés.

*j*

LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

*William Weiler*.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

CULLEN J.: This is an application for review under section 41 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 ("the Act"). The applicant seeks review of a refusal to provide him with access to personal information sought pursuant to subsection 12(1) of the Act. Production was denied on the ground that they were exempt from release pursuant to section 27 of the Act, concerning solicitor-client privilege.

FACTS

In May, 1982, Bertram S. Miller Ltd. imported a shipment of trees into Canada from the United States. Acting under the authority of the *Plant Quarantine Act* [R.S.C. 1970, c. P-13], Agriculture Canada ordered the trees to be destroyed, because it suspected them to be contaminated with gypsy moth larvae. At the time, the applicant in this case was employed as an inspector with Agriculture Canada, and he was associated with the decision to destroy the shipment.

Subsequently, on December 23, 1982, Bertram S. Miller Ltd. sued the Crown in this Court for damages relating to the destruction of the trees. The case, *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen* [[1985] 1 F.C. 72], was tried by Mr. Justice Dubé on April 2 to 4, 1985, who found in favour of the plaintiff. His decision was appealed to the Federal Court of Appeal, which overturned the decision at trial and held in favour of the Crown [[1986] 3 F.C. 291]. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied on December 18, 1986 [[1986] 2 S.C.R. v]. The Crown was represented in these proceedings by solicitors from the Department of Justice, namely Allison Pringle, Sandra MacPherson and Derek Aylen.

On July 11, 1989, the applicant requested access to a letter purportedly written by Mr. Pringle to an official in Agriculture Canada in 1985, in relation to the *Miller* litigation. He also requested "any

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une demande de révision fondée sur l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21 («la Loi»). Le requérant veut obtenir la révision du refus de lui communiquer les renseignements personnels qu'il réclamait en vertu du paragraphe 12(1) de la Loi. Leur communication lui a été refusée au motif qu'ils étaient protégés en vertu de l'article 27 de la Loi, qui vise le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

LES FAITS

En mai 1982, Bertram S. Miller Ltd. a importé un chargement d'arbres au Canada en provenance des États-Unis. Agissant en application de la *Loi sur la quarantaine des plantes* [S.R.C. 1970, chap. P-13], Agriculture Canada a ordonné la destruction des arbres parce qu'il les soupçonnait d'être infestés par la larve de la spongieuse. À l'époque, le requérant en l'espèce exerçait les fonctions d'inspecteur auprès d'Agriculture Canada, et il a participé à la décision de détruire le chargement.

Plus tard, le 23 décembre 1982, Bertram S. Miller Ltd. a poursuivi l'État en dommages-intérêts devant cette Cour en raison de la destruction des arbres. L'affaire, *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine* [[1985] 1 C.F. 72], a été jugée par le juge Dubé du 2 au 4 avril 1985, et il a statué en faveur de la partie demanderesse. Il a été interjeté appel de sa décision devant la Cour d'appel fédérale, qui a infirmé la décision de première instance et s'est prononcée en faveur de l'État [[1986] 3 C.F. 291]. L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée le 18 décembre 1986 [[1986] 2 R.C.S. v]. L'État était représenté dans ces procédures par des avocats du ministère de la Justice, à savoir Allison Pringle, Sandra MacPherson et Derek Aylen.

Le 11 juillet 1989, le requérant a demandé communication d'une lettre que M. Pringle aurait écrite à un fonctionnaire d'Agriculture Canada en 1985, relativement à l'affaire *Miller*. Le requérant

other written documentation” making reference to him. A large amount of material was released to the applicant, but certain materials were not released because it was alleged they were exempt from disclosure by virtue of solicitor-client privilege, pursuant to section 27 of the *Privacy Act*.

After the partial refusal, the applicant filed a complaint with the Privacy Commissioner, in which he stated that he wanted access to the letter purportedly written by Mr. Pringle, on the ground that it contained certain “libelous” references to him concerning his credibility as a witness. The Privacy Commissioner conducted an investigation of the complaint pursuant to paragraph 29(1)(b) of the Act. He found that the applicant’s complaint was not justified, and that the materials in question were protected by solicitor-client privilege. The applicant has now brought this section 41 application for review.

### ANALYSIS

The materials sought by the applicant are annexed as exhibits to a second affidavit sworn by Mr. Pringle. This affidavit was filed on an *ex parte* basis, sealed and kept separate from other Court files by order of Mr. Justice Strayer, dated November 30, 1990. It seems clear from the affidavit of Mr. Pringle filed in response to the applicant’s motion that the materials are protected from disclosure by solicitor-client privilege and section 27 of the Act.

The applicant brings this proceeding pursuant to section 41 of the Act, which reads as follows:

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

Certain personal information requested under subsection 12(1) may be exempted from disclosure. Section 27 of the Act permits the exemption of

a aussi demandé [TRADUCTION] «toute autre documentation écrite» qui la mentionnait. Une quantité considérable de documents a été communiquée au requérant, mais certains documents ne lui ont pas été transmis au motif qu’ils étaient exempts de communication en vertu du secret professionnel liant l’avocat à son client, conformément à l’article 27 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

b Après ce refus partiel, le requérant a déposé une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée dans laquelle il disait rechercher la communication de la lettre qui aurait été écrite par M. Pringle, au motif qu’elle contenait certains propos «diffamatoires» à son égard relativement à sa crédibilité comme témoin. Le commissaire à la protection de la vie privée a fait enquête sur la plainte en application de l’alinéa 29(1)b) de la Loi. Il a conclu que la plainte du requérant n’était pas justifiée, et que les documents en question étaient protégés par le secret professionnel qui lie l’avocat à son client. Le requérant exerce donc le recours en révision prévu à l’article 41.

### ANALYSE

Les documents recherchés par le requérant sont annexés comme pièces au second affidavit déposé par M. Pringle. Cet affidavit a été déposé *ex parte*, scellé et tenu à part des autres dossiers de la Cour sur ordonnance du juge Strayer, en date du 30 novembre 1990. Il ressort clairement de l’affidavit que M. Pringle a déposé en réponse à la requête du requérant que les documents contestés sont exempts de communication en raison du secret professionnel qui lie l’avocat à son client et de l’article 27 de la Loi.

Le requérant engage cette procédure en vertu de l’article 41 de la Loi, dont voici le libellé:

41. L’individu qui s’est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l’expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

Certains renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) peuvent être exemptés de communication. L’article 27 de la Loi autorise

certain personal information from release if that information is subject to solicitor-client privilege.

27. The head of a government institution may refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) that is subject to solicitor-client privilege.

As solicitor-client privilege is not defined in the Act, it is necessary to refer to the common law for some background on the issue.

### Solicitor-Client Privilege Generally

As Cross notes in his text *Cross on Evidence* (7th ed., Butterworths), at page 428, there are two distinct branches of solicitor-client privilege, the legal advice privilege and the litigation privilege. The legal advice privilege extends to all communications, written or oral, passing between solicitor and client for the purpose of obtaining legal advice. It is not necessary for the purposes of the legal advice privilege that the solicitor actually be retained: preliminary communications made by a potential client to a solicitor for the purposes of retaining the solicitor are also privileged: *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pages 876-877. As for the litigation privilege, it protects from disclosure communications between a solicitor and client, or with third parties, which are made in the course of preparation for litigation, whether existing or contemplated, such as experts' reports.

In *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 27, Jackett P. accepted this distinction, and elaborated on the scope of each branch, which he described as follows (at page 33):

As it seems to me, there are really two quite different principles usually referred to as solicitor and client privilege, viz.:

(a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal advisor's working papers, directly related thereto) are privileged; and

(b) all papers and materials created or obtained specially for the lawyer's "brief" for litigation, whether existing or contemplated, are privileged.

le refus de communiquer certains renseignements personnels s'ils sont visés par le secret professionnel liant l'avocat à son client.

27. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui sont protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Comme le secret professionnel qui lie un avocat à son client n'est pas défini dans la Loi, il est nécessaire de recourir à la common law pour nous éclairer à cet égard.

### Le secret professionnel de l'avocat en général

Comme le note Cross dans son ouvrage *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd., Butterworths), à la page 428, le secret professionnel qui lie l'avocat à son client comporte deux volets distincts, celui qui vise les avis juridiques et celui qui a trait au litige. Le secret qui vise les avis juridiques s'étend à toutes les communications, écrites ou orales, échangées entre l'avocat et son client aux fins de l'obtention d'un avis juridique. Il n'est pas nécessaire, aux fins du secret professionnel protégeant les avis juridiques, que les services de l'avocat aient été retenus: les communications préliminaires d'un client éventuel avec un avocat dans le but de retenir ses services sont aussi confidentielles: voir l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pages 876 et 877. Quant au caractère confidentiel du litige, il protège contre la divulgation les communications entre un avocat et son client ou des tiers qui sont faites dans le cadre de la préparation du litige, existant ou envisagé, comme par exemple les rapports d'experts.

Dans l'arrêt *Susan Hosiery Ltd v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27, le président Jackett a reconnu cette distinction, et il a discuté de l'étendue de chaque volet du privilège, qu'il a décrite comme suit (à la page 33):

[TRADUCTION] D'après moi, le privilège attaché aux rapports avocat-client implique habituellement deux principes tout à fait distincts, à savoir

a) toute communication de nature confidentielle, verbale ou écrite, entre un avocat et son client, directement reliée à la recherche, l'élaboration ou l'offre d'un conseil ou d'une assistance juridique (y compris les notes de l'avocat qui se rapportent directement à cette affaire) est protégée; et

b) toutes les notes et tous les documents préparés ou obtenus spécialement pour le dossier de l'avocat en vue d'un litige présent ou actuel sont protégés;

Solicitor-client privilege is one of the fundamental tenets of our system of justice, and in my view its desirability and necessity are self-evident. Over a century ago the policy rationale for the legal advice branch of the privilege was stated by Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.), at pages 620-621:

The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisors.

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on, without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

The reasons behind the litigation privilege were expressed by Jackett P. in *Susan Hosiery, supra*, as follows (at pages 33-34):

Turning to the "lawyer's brief" rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer's preparation of his client's case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other's briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system.

In Canada, the privilege has been elevated beyond a rule of evidence, and accorded the status of a substantive rule of law. The legal effect of the privilege has been expanded beyond protection of solicitor-client communications from disclosure in legal proceedings involving the parties to any circumstances where such communications may be disclosed without the client's consent. In

Le secret professionnel qui lie l'avocat à son client est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique, et j'estime évidents sa nécessité et son caractère souhaitable. Il y a plus d'un siècle, le fondement du volet du privilège qui a trait aux avis juridiques a été énoncé par le lord chancelier Brougham dans l'arrêt *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618 (Ch. D.), aux pages 620-621:

[TRADUCTION] Le fondement de cette règle n'est pas difficile à trouver. Ce n'est ni la conséquence (comme on l'a quelquefois dit) d'une importance particulière que le droit attribue aux affaires des juristes, ni le résultat de dispositions particulières leur accordant une protection (même s'il n'est certes pas tellement facile de voir pourquoi on a refusé le même privilège à d'autres personnes et, plus particulièrement, aux médecins).

Mais c'est en considération des intérêts de la justice, qui ne peuvent être respectés, et de l'administration de la justice, qui ne peut suivre son cours, sans l'aide d'hommes de loi versés dans la théorie générale du droit, les règles de procédure devant les tribunaux et les matières touchant les droits et les obligations, qui font l'objet de toutes les procédures judiciaires. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun devrait s'en remettre à ses propres ressources en matière juridique. Privée de toute assistance professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste ou oserait seulement divulguer partiellement l'affaire à son conseil.

La raison d'être du privilège attaché au litige a été exposée par le président Jackett dans l'arrêt *Susan Hosiery*, précité, de la façon suivante (aux pages 33 et 34):

[TRADUCTION] Pour en venir à la règle applicable au «dossier de l'avocat», sa raison d'être tient évidemment à ce que dans notre système judiciaire de type accusatoire, l'avocat ne doit pas être gêné dans la préparation du dossier de son client par la possibilité que des documents qu'il rédige peuvent être retirés de son dossier et déposés devant le tribunal, à des fins autres que celles qu'il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la vérité s'ils étaient présentés de la façon prévue par l'avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à fausser la vérité s'ils étaient soumis par une partie adverse qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur rédaction. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l'instruction se transformerait en un regrettable travesti de notre système actuel.

Au Canada, ce privilège a dépassé le statut de règle de preuve pour recevoir celui de règle de fond. L'effet juridique du privilège a été porté au-delà de la protection accordée aux communications entre l'avocat et son client contre leur divulgation au cours des procédures judiciaires mettant en cause les parties, pour s'étendre à toutes les circonstances où ces communications pourraient

*Descôteaux et al. v. Mierzwinski, supra*, the rule of law was stated by Lamer J. [as he then was] as follows (at page 875):

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

As Lamer J. observes implicitly in paragraph 1, the privilege is that of the client, not the solicitor, and is privileged for all time: Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, at pages 177-181. The privilege may only be waived by the client: see *Cross on Evidence, supra*, at page 435.

There are exceptions to the privilege. One is informed waiver of the privilege by the client (see Sopinka and Lederman, *supra*, at pages 177-181), or implied waiver of a privileged document by its use in court (see *Cross, supra*, at pages 438-439). Communications between a lawyer and client are not privileged when the client attempts to obtain legal advice that would facilitate a crime or fraud: *Reg. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153. Also, the privilege extends only to communications, and does not protect from disclosure of certain facts discovered in the course of a solicitor-client relationship by either solicitor or client: *Cross*, at page 441.

#### Application of the Privilege to the Case at Bar

In my opinion, there is clearly a solicitor-client privilege between the lawyers from the Depart-

être divulguées sans le consentement du client concerné. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, précité, cette règle de droit a été énoncée par le juge Lamer [tel était alors son titre] de la façon suivante (à la page 875):

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans le cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Comme le souligne implicitement le juge Lamer au premier paragraphe, le privilège est celui du client et non de l'avocat, et sa protection s'étend dans le temps: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, aux pages 177 à 181. Seul le client peut renoncer à ce privilège: voir *Cross on Evidence*, précité, à la page 435.

Le privilège connaît des exceptions, par exemple: la renonciation éclairée au privilège par le client (voir l'ouvrage de Sopinka et Lederman, précité, aux pages 177 à 181), ou la renonciation implicite à un document confidentiel par son usage devant le tribunal (voir *Cross*, précité, aux pages 438 et 439). Les communications entre un avocat et son client ne sont pas confidentielles lorsque ce dernier cherche à obtenir des avis juridiques qui faciliteraient la perpétration d'un acte criminel ou frauduleux: *Reg. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153. De plus, le privilège ne s'étend qu'aux communications, et il ne protège pas contre la divulgation de certains faits découverts soit par l'avocat soit par son client dans le cadre des rapports qu'ils ont entre eux: *Cross*, à la page 441.

#### Application du secret à l'espèce

À mon avis, le privilège attaché aux rapports avocat-client existe clairement entre les avocats du

ment of Justice and the Government of Canada in the *Miller* case that shields the documents in question from disclosure by virtue of section 27 of the Act. The solicitor in this case is the Attorney General of Canada, and those who work under her auspices in the Department of Justice. The client is the executive branch of the Government of Canada, which includes the various ministries such as the Department of Agriculture. See *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.), at pages 236-238.

Even if a solicitor-client relationship is established, however, each document for which privilege is claimed must be demonstrated to meet the criteria discussed above, i.e. confidentiality, for the purpose of legal advice, or in contemplation of litigation: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837. I have now taken the opportunity to carefully examine on a page-by-page basis the affidavit and exhibits filed in affidavit No. 2 by Allison Ross Pringle on December 7, 1990. This affidavit describes in some detail each document for which privilege is claimed. It has taken some time to examine approximately 350 pages which represent the copies of the exhibits to affidavit No. 2 of Mr. Pringle. In my view each is subject to solicitor-client privilege and therefore not required to be released under the Act.

These documents are, as alleged from the submissions of the respondents, draft pleadings, notes of interviews with witnesses, correspondence with witnesses, and other material used in the conduct of the *Miller* litigation. This material clearly falls within the litigation privilege. Other documents include letters to the client represented by officials of the Department of Agriculture concerning advice from the solicitors and instructions from the client. These clearly fall within the legal advice privilege. No exceptions to the privilege are evident.

ministère de la Justice et le gouvernement du Canada dans l'affaire *Miller*, et il protège les documents en question contre la communication en vertu de l'article 27 de la Loi. L'avocat dans la présente affaire est le procureur général du Canada, et ceux qui travaillent sous son autorité au ministère de la Justice. Le client est la branche exécutive du gouvernement du Canada, qui comprend les divers ministères tel le ministère de l'Agriculture. Voir l'arrêt *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 236 à 238.

Cependant, même si l'on démontre l'existence de rapports avocat-client, il faut aussi prouver que chacun des documents au sujet desquels on invoque le privilège en cause respecte le critère exposé plus haut, c'est-à-dire celui de la confidentialité, aux fins d'obtenir un avis juridique ou d'envisager des poursuites: voir l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837. J'ai pris soin d'examiner attentivement, page après page, l'affidavit et les pièces faisant partie de l'affidavit n° 2 déposé par Allison Ross Pringle le 7 décembre 1990. L'affidavit décrit de façon assez détaillée chaque document à l'égard duquel on réclame la non-communication. Il a fallu un certain temps pour étudier les quelque 350 pages qui représentent les copies des pièces annexées à l'affidavit n° 2 de M. Pringle. À mon avis, le secret professionnel qui lie l'avocat à son client s'attache à chacune d'elles, de sorte qu'elles n'ont pas à être communiquées en vertu de la Loi.

Ces documents sont, comme il est allégué dans les observations des intimés, des projets de plaidoiries, des notes prises au cours d'entrevues avec les témoins, la correspondance échangée avec les témoins, et d'autres documents ayant servi à la conduite de l'affaire *Miller*. Ces documents sont clairement visés par le secret professionnel dont jouit le litige. D'autres documents comprennent des lettres adressées au client représenté par des fonctionnaires du ministère de l'Agriculture concernant les avis des avocats et les directives du client. Ces documents sont clairement visés par le secret professionnel attaché aux avis juridiques. Aucun document ne semble échapper au secret professionnel.

It should be pointed out that the applicant represented himself in this matter which always makes it difficult for opposing counsel and certainly for the Court because it then becomes our obligation to see to it that the individual's rights are protected so far as is possible in the Court. The applicant here raised the question or made the suggestion that he was a client and therefore entitled to all of the material with respect to the earlier lawsuit of *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen*. He of course was not a client but a witness on behalf of the defendant. He was the witness who answered questions on the examination for discovery for his employer the Department of Agriculture. Several other witnesses were interviewed including another employee of the Department who was in fact used as a witness at the trial. It is for counsel conducting the trial to determine what witnesses shall and shall not be called and in this case they came to the conclusion that they did not require the testimony of the applicant. The only defendant in *Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen* was Her Majesty the Queen.

The applicant here was either unable to afford counsel or unwilling to retain counsel and that in my view is a severe handicap to anyone appearing before the courts. In the course of his presentation I asked him how he even became aware of the fact that correspondence or notes might have referred to him in an uncomplimentary way or, as he said, made libelous statements. He indicated that some fellow employee of the federal government had given him this information, but there was no affidavit evidence to this effect. Without counsel and without any affidavit evidence in support of his argument one is left to speculate only about the consequences of having the individual who informed him swear an affidavit to that effect.

This application is dismissed. In the circumstances there will be no order as to costs.

Il convient de souligner que le requérant a agi pour son propre compte, ce qui rend toujours les choses difficiles pour l'avocat de la partie adverse et certainement pour la Cour, car nous sommes alors tenus de voir à ce que les droits du particulier soient protégés autant que cela est possible devant la Cour. Le requérant en l'espèce a fait valoir ou laissé entendre qu'il était un client et par conséquent qu'il avait le droit de consulter tous les documents relatifs à l'affaire antérieure *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine*. Il n'est évidemment pas un client, mais un témoin de la défenderesse. Il est le témoin qui a répondu à des questions au cours de l'interrogatoire préalable pour le compte de son employeur, le ministère de l'Agriculture. Plusieurs autres témoins ont été interrogés, dont un autre employé du Ministère qui a de fait servi de témoin au procès. Il appartient aux avocats chargés de la conduite du procès de décider quels témoins seront ou ne seront pas cités, et en l'espèce ils en sont venus à la conclusion que le témoignage du requérant ne leur était pas nécessaire. La seule partie défenderesse dans l'affaire *Bertram S. Miller Ltd. c. La Reine* était Sa Majesté la Reine.

Le requérant en l'espèce était soit financièrement incapable de retenir les services d'un avocat ou il ne souhaitait pas le faire, et c'est là à mon avis un grave désavantage pour quiconque comparait devant les tribunaux. Au cours de son exposé, je lui ai demandé comment il avait même pu apprendre que de la correspondance ou des notes pouvaient le mentionner de façon défavorable ou, comme il l'a dit, contenir des propos diffamatoires. Il a répondu qu'un collègue du gouvernement fédéral lui avait donné ces renseignements, mais il n'y avait aucun affidavit en ce sens. Sans avocat et sans preuve sous forme d'affidavit à l'appui de ce moyen, on ne peut faire que des conjectures sur les conséquences qu'il y aurait à demander au particulier qui a donné ces renseignements de déposer un affidavit à l'appui.

Cette demande est rejetée. Dans les circonstances, il n'y aura pas adjudication de dépens.



A-832-90

A-832-90

**Canadian Cable Television Association — Association canadienne de télévision par câble (Applicant)**

v.

**American College Sports Collective of Canada, Inc., Border Broadcasters' Collective, Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc., Canadian Retransmission Collective, Canadian Retransmission Right Association, Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited, Copyright Collective of Canada, FWS Joint Sports Claimants, Major League Baseball Collective of Canada, Inc., and Performing Rights Organization of Canada Limited (Respondents)**

*INDEXED AS: CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN v. AMERICAN COLLEGE SPORTS COLLECTIVE OF CANADA, INC. (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Linden J.J.A.—Montréal, May 13, 14, 15, 16 and 17; Ottawa, June 3, 1991.

*Judicial review — Applications to review — Application to set aside Copyright Board's decision imposing royalties for retransmission of distant television signals in Canada for breach of principles of natural justice — Dissenting member receiving information outside hearing process — Audi alteram partem principle not violated — Possibility of prejudice essential issue — Information received not adverse to applicant's position — Information not influencing majority — No "reliance" on information — Inconsequential error of law not ground for judicial reversal — No reasonable apprehension of bias — Dissenting member had no stake in outcome.*

*Copyright — Copyright Board imposing royalties for retransmission of distant television signals and adding interest factor to royalties payable under power to establish terms and conditions related to royalties under Copyright Act, s. 70.63(1)(a)(ii) — Board implicitly empowered to include interest factor to compensate for late payment of royalties — Ss. 70.62 to 70.67 remedial, objects of which to establish regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990 — Interest necessary to compensate for late payment of royalties caused by delays in approval process — Explicit provision of right to interest not required.*

**Canadian Cable Television Association — Association canadienne de télévision par câble (requérante)**

a.

**American College Sports Collective of Canada, Inc., Border Broadcasters' Collective, Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc., Société collective de retransmission du Canada, Association du droit de retransmission canadien, Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, Société de perception de droit d'auteur du Canada, FWS Joint Sports Claimants, Major League Baseball Collective of Canada, Inc., et Société de droits d'exécution du Canada Limitée (intimés)**

*RÉPERTORIÉ: ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE c. AMERICAN COLLEGE SPORTS COLLECTIVE OF CANADA, INC. (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Montréal, 13, 14, 15, 16 et 17 mai; Ottawa, 3 juin 1991.

*Contrôle judiciaire — Demandes de révision — Demande en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision au Canada en raison de l'inobservation des règles de justice naturelle — Obtention de renseignements en dehors du cadre des audiences par le commissaire dissident — La règle audi alteram partem n'a pas été violée — La possibilité qu'il existe un préjudice est déterminante — Les renseignements obtenus n'étaient pas défavorables à la requérante — Les renseignements n'ont pas influencé les commissaires majoritaires — Ils ne se sont pas «fiés» aux renseignements — Une erreur de droit sans conséquence ne justifie pas l'annulation d'une décision — Aucune crainte raisonnable de partialité — Le commissaire dissident n'avait aucun intérêt dans l'issue de la cause.*

*Droit d'auteur — La Commission du droit d'auteur a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et a ajouté un montant représentant de l'intérêt aux droits exigibles conformément au pouvoir qui lui est accordé par l'art. 70.63(1)a)(ii) de la Loi sur le droit d'auteur de fixer les modalités afférentes aux droits — La Commission avait implicitement le pouvoir d'inclure un montant représentant de l'intérêt pour compenser le paiement tardif des droits — Les art. 70.62 à 70.67 sont des dispositions réparatrices dont les objets comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1<sup>er</sup> janvier 1990 — L'intérêt était nécessaire pour compenser le paiement tardif des droits résultant du retard dans le processus d'homologation — Il n'était pas obligatoire que le droit d'exiger le versement d'intérêts soit prévu expressément dans la loi.*

*Construction of statutes — Copyright Act, s. 70.63(1)(a)(ii) giving Copyright Board power to impose terms and conditions related to royalties — Board adding interest factor to royalties payable — Objects of ss. 70.62 to 70.67 to establish regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990 — Interpretation Act, s. 12 requiring fair, large and liberal construction as best ensures attainment of objective — Powers of administrative tribunal may exist by necessary implication from wording of Act, structure and purpose — Parliament intending royalty regime to take effect January 1, 1990 regardless of when scheme established — Board discharging statutory mandate by including interest to compensate for late approval of tariffs.*

This was an application to set aside, for failure to observe principles of natural justice, a decision of the Copyright Board imposing annual royalties for the retransmission of distant television signals in Canada. Alternatively, the applicant sought an order varying the statement of royalties to be paid by deleting the royalties referable to interest. The *Copyright Act* was amended in 1988 to provide for the payment of copyright royalties for the retransmission of distant radio and television broadcast signals. In 1989 statements of proposed royalties were filed with the Board. The applicant objected to those statements. After the close of the hearing, the dissenting Board member obtained certain public information as well as the opinions of CRTC staffers. None of this information was adverse to the applicant's position. Two Board members, but not the Chairman, were aware that he had obtained additional information, but were unaware of its content.

The applicant argued that the principle of *audi alteram partem* had been violated by the receipt of evidence outside the hearing process, evidence of which it had learned only accidentally after the Board's decision and to which it had had no opportunity to respond. It submitted that the existence of actual prejudice was not essential to establish breach of the principle, and that a possibility of prejudice was sufficient. The applicant argued that it had, in any event, suffered actual prejudice, not by any adverse effect, but by being denied the opportunity to exploit in its favour the evidence received. The respondents' submission was that the information obtained was either already in the record, known to the parties or in the public domain; that it was in the applicant's favour; that the dissenting member's efforts did not influence and were not known to the majority; and that the principle did not apply to information which affects only a dissenting member of a tribunal.

Applicant's further submission was that the Board had violated the principle *nemo judex in sua causa debet esse* (no one may be a judge in his own cause), a rule as to the impartiality required of deciders of issues which forbids both actual bias and a reasonable apprehension of bias.

*Interprétation des lois — L'art. 70.63(1)(a)(ii) de la Loi sur le droit d'auteur accorde à la Commission du droit d'auteur le pouvoir de fixer les modalités afférentes aux droits — La Commission a ajouté un montant représentant de l'intérêt aux droits exigibles — Les objets des art. 70.62 à 70.67 comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1<sup>er</sup> janvier 1990 — Aux termes de l'art. 12 de la Loi d'interprétation, un texte de loi s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet — Les pouvoirs d'un tribunal administratif peuvent découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet — Le Parlement avait l'intention de faire en sorte que le régime pour les droits de retransmission prenne effet le 1<sup>er</sup> janvier 1990, indépendamment de la date à laquelle il serait établi — La Commission a respecté le mandat qui lui est conféré par la loi en incluant un montant représentant de l'intérêt pour compenser l'homologation tardive des droits.*

La Cour a été saisie d'une demande en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision au Canada en raison de l'inobservation des règles de justice naturelle. Subsidiairement, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance modifiant le tarif des droits à payer en supprimant le paiement des droits correspondant à l'intérêt. La *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée en 1988 pour prévoir le paiement de droits d'auteur pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision. En 1989, des projets de tarif ont été déposés auprès de la Commission. La requérante s'est opposée à ces projets. À l'issue des audiences, le commissaire dissident a obtenu certains renseignements à caractère public ainsi que les opinions de fonctionnaires du CRTC. Aucun de ces renseignements n'était défavorable à la requérante. Deux commissaires, mais pas le président, savaient que le commissaire dissident avait obtenu des renseignements complémentaires, mais ils n'en connaissaient pas la teneur.

La requérante a soutenu que la règle *audi alteram partem* avait été violée du fait de l'obtention, en dehors du cadre des audiences, d'éléments de preuve dont elle n'a pris connaissance que fortuitement, après que la Commission eut rendu sa décision, et auxquels elle n'a pas eu l'occasion de répliquer. Elle a prétendu que l'existence d'un préjudice réel n'était pas essentielle pour prouver l'inobservation de cette règle, et que la possibilité qu'il existe un préjudice était suffisante. La requérante a soutenu qu'elle avait de toute façon subi un préjudice réel attribuable non pas à un effet défavorable, mais plutôt au fait qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de faire jouer en sa faveur la preuve reçue. Pour leur part, les intimés ont soutenu que les renseignements obtenus étaient déjà au dossier, connus des parties ou dans le domaine public; qu'ils jouaient à l'avantage de la requérante; que les commissaires majoritaires n'étaient pas au courant des démarches du commissaire dissident et n'ont pas été influencés par celles-ci; et que cette règle ne s'appliquait pas à des renseignements qui ne concernaient qu'un membre dissident d'un tribunal.

La requérante a par ailleurs prétendu que la Commission avait violé la règle *nemo judex in sua causa debet esse* (nul ne peut être juge dans sa propre cause), qui concerne l'impartialité exigée des personnes appelées à rendre des décisions et qui interdit non seulement la partialité réelle, mais aussi la crainte raisonnable de partialité.

Acting under its power to establish terms and conditions related to the royalties it had set under *Copyright Act*, subparagraph 70.63(1)(a)(ii), the Board added an interest factor to the royalties payable because the Act provided that the tariffs would take effect on January 1, 1990, but they were not approved until much later. The interest factor was not established separately by the tariffs as interest payments, but was merged into the royalties paid. The Board applied the Bank of Canada rate so as not to penalize retransmitters, who were not responsible for the delay in certifying tariffs. The applicant argued that to award interest on royalties accrued prior to publication of any tariff exceeded the Board's powers, as the Act did not specifically empower it to compel the payment of interest by retransmitters. Since a requirement respecting interest is a substantive right, it should be expressly provided for in the governing legislation.

*Held*, the application should be dismissed.

The principle of *audi alteram partem* had not been violated. Even if the dissenting member's actions could be attached to the entire Board, any error attributable to the Board would be inconsequential, and should not be a basis for judicial reversal. The Board acted fairly towards the applicant.

The question of the possibility of prejudice was the fundamental issue. There had to be a real possibility that the result was affected. As to the possibility of prejudice herein, much of the information received by the dissenting member was repetitive of, or supplementary to, the hearings, and not a matter of denial of natural justice. The notion of adverse effect is central to *audi alteram partem*. Even the applicant alleged only the lack of a positive opportunity to exploit favourable information, not the absence of an occasion to respond to unfavourable information. None of the information received by the dissenting member had any influence on the decision of the majority. He was off on a frolic of his own. It must be shown that the Board "placed at least some reliance on the information". There was no such reliance herein. An inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision under *Federal Court Act*, paragraph 28(1)(b).

There was no reasonable apprehension of bias. A reasonable apprehension of non-pecuniary bias must arise from "a connection with the case or with the parties". It must amount to an "interest in the subject-matter of the proceedings." It comes into play only when the tribunal member appears to have some stake in, or predisposition toward, a particular outcome of the adjudication. However unfortunate his mistake in seeking extra-hearing information, the dissenting member's motivation was pure and he had no stake in the outcome beyond the best possible decision.

The issue as to the award of interest on royalty payments relating to the transitional period is one of statutory interpretation of subparagraph 70.63(1)(a)(ii). The case law does not go

Exerçant le pouvoir qui lui est accordé par le sous-alinéa 70.63(1)a)(ii) de la *Loi sur le droit d'auteur* de fixer les modalités afférentes aux droits, la Commission a ajouté un montant représentant de l'intérêt aux droits exigibles parce que la Loi prévoyait que les tarifs prendraient effet le 1<sup>er</sup> janvier 1990 et que ceux-ci n'ont été homologués que beaucoup plus tard. Ce montant n'a pas été fixé séparément par les tarifs à titre de paiement d'intérêts, mais a plutôt été incorporé dans les droits exigibles. La Commission a appliqué le taux d'escompte de la Banque du Canada pour ne pas pénaliser les retransmetteurs, qui n'étaient pas responsables de l'homologation tardive des tarifs. La requérante a soutenu qu'en exigeant le versement d'intérêts sur les droits de retransmission accumulés avant la publication des tarifs, la Commission outrepassait ses pouvoirs parce que la Loi ne l'habilitait pas expressément à obliger les retransmetteurs à verser des intérêts. Comme le droit d'exiger le versement d'intérêts concerne le fond, il devrait être expressément prévu dans la loi habilitante.

*Arrêt*: la demande devrait être rejetée.

La règle *audi alteram partem* n'a pas été violée. Même si les actes du commissaire dissident pouvaient être imputés à la Commission dans son ensemble, une erreur attribuable à la Commission serait sans conséquence et ne devrait pas justifier l'annulation de la décision. La Commission a agi équitablement envers la requérante.

La question de la possibilité qu'il existe un préjudice était déterminante. Il devait y avoir une possibilité réelle que le résultat soit différent. Quant à la possibilité qu'il existe un préjudice en l'espèce, la plupart des renseignements obtenus par le commissaire dissident ne faisaient que répéter ou compléter ce qui s'était dit aux audiences et ils n'ont entraîné aucun déni de justice naturelle. La notion d'effet défavorable constitue le pivot de la règle *audi alteram partem*. Même la requérante s'est bornée à prétendre qu'on avait omis de lui donner l'occasion, non pas de réfuter des renseignements défavorables, mais d'exploiter des renseignements favorables. Aucun des renseignements obtenus par le commissaire dissident n'a eu une influence quelconque sur la décision des commissaires majoritaires. Celui-ci a pris l'initiative d'une démarche. Il doit être établi que la Commission «s'est fiée au moins dans une certaine mesure à l'information». Elle ne s'y est pas fiée en l'espèce. L'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il n'y avait aucune crainte raisonnable de partialité. La crainte raisonnable de partialité due à un intérêt non pécuniaire doit découler d'un «lien avec la cause ou les parties». Elle doit correspondre à un «intérêt dans l'objet de la poursuite». Elle intervient uniquement lorsqu'un membre du tribunal semble avoir un intérêt ou une prédisposition quelconque pour une issue particulière de la cause. Bien que le commissaire dissident ait commis une erreur déplorable en cherchant à obtenir des renseignements en dehors du cadre des audiences, il l'a fait avec les meilleures intentions et il n'avait aucun intérêt dans l'issue de la cause, si ce n'est le désir de rendre la meilleure décision possible.

Le paiement d'intérêts sur les droits exigibles durant la période transitoire est une question qui ressortit à l'interprétation du sous-alinéa 70.63(1)a)(ii). La jurisprudence ne va pas

so far as to say that a right to interest must be provided for explicitly. Sections 70.62 through 70.67 are remedial legislation, the objects of which include the establishment of a regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990. The *Interpretation Act*, section 12 requires that legislation be given such fair, large and liberal construction as best ensures the attainment of its objects. The powers of an administrative tribunal may exist by necessary implication from the wording of the Act, its structure and its purpose. Whatever is reasonably necessary for the proper discharge of a duty is impliedly authorized by it. Section 149 of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act* indicates Parliament's manifest intention that the royalty scheme should take effect January 1, 1990, regardless of how much later the scheme might be established. It can only be supposed that it wanted to give the Board the right to make royalty recipients whole as of that day if it considered it appropriate. The Board deemed an interest factor necessary because the length of the hearings had prevented it from approving the tariffs until much later. It had included an interest factor to discharge its statutory mandate.

jusqu'à affirmer qu'un droit semblable doit être prévu expressément dans la loi. Les articles 70.62 à 70.67 sont des dispositions réparatrices dont les objets comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1<sup>er</sup> janvier 1990. Aux termes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, un texte de loi s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Les pouvoirs d'un tribunal administratif peuvent découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Tout ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir l'accomplissement d'un devoir est implicitement autorisé. L'article 149 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis* indique que le Parlement avait clairement l'intention de faire en sorte que le régime pour les droits de retransmission prenne effet le 1<sup>er</sup> janvier 1990, indépendamment de la date à laquelle il serait établi. On peut seulement supposer que celui-ci a voulu donner à la Commission le droit d'ordonner que les droits soient versés intégralement à partir de ce jour si elle le jugeait opportun. La Commission a estimé nécessaire de prévoir le versement d'intérêts parce que la durée des audiences l'a empêchée d'homologuer les tarifs en temps voulu. Elle a inclus un montant représentant de l'intérêt pour respecter le mandat qui d lui est conféré par la loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 65, 149.  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 66 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 70.61 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65), 70.63 (as enacted *idem*).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Radio Retransmission Tariff*, Can. Gaz. Part I, Suppl., Oct. 6, 1990, s. 14.  
*Television Retransmission Tariff*, Can. Gaz. Part I, Suppl., Oct. 6, 1990, s. 19.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476; (1970), 13 D.L.R. (3d) 304 (C.A.); *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676 (note); 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Re Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finances)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (F.C.A.); *Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (Q.B.); *Hecla Mining Company of Canada v. Cominco Ltd. and Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1988), 116 N.R. 44

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 12.  
*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, S.C. 1988, chap. 65, art. 65, 149.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 66 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 10, art. 12), 70.61 (édicte par S.C. 1988, chap. 65, art. 65), 70.63 (édicte *idem*).  
*Tarif sur la retransmission de signaux de radio*, Gaz. du Can. partie I, suppl., 6 oct. 1990, art. 14.  
*Tarif sur la retransmission de signaux de télévision*, Gaz. du Can. partie I, suppl., 6 oct. 1990, art. 19.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476; (1970), 13 D.L.R. (3d) 304 (C.A.); *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676 (note); 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Re la Compagnie d'assurance Cardinal et le Ministre d'État (Finances)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693; [1982] I.L.R. 1-1541; 44 N.R. 428 (C.A.F.); *Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (B.R.); *Hecla Mining Company of Canada c. Cominco Ltd. et Canada (Ministre des Affaires indiennes et du*

(F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 F.C. 745; (1980), 34 N.R. 209 (C.A.); *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.); *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.); *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224; (1967), 59 W.W.R. 705 (Man. C.A.); *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.); *Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. v. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033; 87 N.R. 178 (F.C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners* (1987), 53 Sask. R. 35; 25 Admin. L.R. 90 (C.A.); *Yukon Conservation Society v. Yukon Territory Water Board and Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (F.C.T.D.); *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

## CONSIDERED:

*Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.); *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708; 24 L.C.R. 204; 23 R.P.R. 257 (H.C.); *Northern & Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11; 53 D.L.R. (4th) 123; 29 C.P.C. (2d) 257; 30 O.A.C. 146 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Frome United Breweries Co. v. Bath Justices*, [1926] A.C. 586 (H.L.); *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.); *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078; (1972), 30 D.L.R. (3d) 678 (T.D.); *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.).

*Nord canadien* (1988), 116 N.R. 44 (C.A.F.); *Canadien Pacifique Ltée c. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 C.F. 745; (1980), 34 N.R. 209 (C.A.); *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.); *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (B.R. Sask.); *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224; (1967), 59 W.W.R. 705 (C.A. Man.); *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (C.A.F.); *Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. c. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033; 87 N.R. 178 (C.A.F.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners* (1987), 53 Sask. R. 35; 25 Admin. L.R. 90 (C.A.); *Yukon Conservation Society c. L'Office des eaux du territoire du Yukon et Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456; (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; 24 C.P.R. (2d) 195; 6 N.R. 440; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.); *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708; 24 L.C.R. 204; 23 R.P.R. 257 (H.C.); *Northern & Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11; 53 D.L.R. (4th) 123; 29 C.P.C. (2d) 257; 30 O.A.C. 146 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Frome United Breweries Co. v. Bath Justices*, [1926] A.C. 586 (H.L.); *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (C.A. C.-B.); *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078; (1972), 30 D.L.R. (3d) 678 (1<sup>re</sup> inst.); *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.).

## AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *More Canadian Programming Choices*, Ottawa, November 30, 1987.

## COUNSEL:

*Michael K. Eisen and Stephen G. Rawson* for applicant Canadian Cable Television Association.

*Gilles M. Daigle* for respondent Border Broadcasters' Collective.

*David W. Kent* for respondent Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc.

*Hank G. Intven* for respondent Canadian Retransmission Collective.

*Jacques R. Alleyn, Q.C. and Peter E. Robinson* for respondent Canadian Retransmission Right Association.

*Y. A. George Hynna* for respondents Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited and Performing Rights Organization of Canada Limited.

*Glenn A. Hainey and Michael S. Koch* for respondent Copyright Collective of Canada.

*Daniel R. Bereskin, Q.C. and Greg A. Piasetzki* for respondent FWS Joint Sports Claimants.

*Richard Storrey* for respondent Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

*J. Aidan O'Neill* for Canadian Satellite Communications Inc. and C1 Cablesystems.

*Mario Bouchard* for Copyright Board.

## SOLICITORS:

*Morris/Rose/Ledgett*, Toronto, for applicant Canadian Cable Television Association.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for respondent Border Broadcasters' Collective.

*McMillan Binch*, Toronto, for respondent Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc.

*McCarthy, Tétrault*, Toronto, for respondent Canadian Retransmission Collective.

## DOCTRINE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Un plus grand choix d'émissions canadiennes*, Ottawa, le 30 novembre 1987.

## AVOCATS:

*Michael K. Eisen et Stephen G. Rawson* pour la requérante Association canadienne de télévision par câble.

*Gilles M. Daigle* pour l'intimée Border Broadcasters' Collective.

*David W. Kent* pour l'intimée Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc.

*Hank G. Intven* pour l'intimée Société collective de retransmission du Canada.

*Jacques R. Alleyn, c.r. et Peter E. Robinson* pour l'intimée Association du droit de retransmission canadien.

*Y.A. George Hynna* pour les intimées Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée et Société de droits d'exécution du Canada Limitée.

*Glenn A. Hainey et Michael S. Koch* pour l'intimée Société de perception de droit d'auteur du Canada.

*Daniel R. Bereskin, c.r. et Greg A. Piasetzki* pour l'intimé FWS Joint Sports Claimants.

*Richard Storrey* pour l'intimée Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

*J. Aidan O'Neill* pour Communications par satellite canadien Inc. et C1 Cablesystems.

*Mario Bouchard* pour la Commission du droit d'auteur.

## PROCUREURS:

*Morris/Rose/Ledgett*, Toronto, pour la requérante Association canadienne de télévision par câble.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'intimée Border Broadcasters' Collective.

*McMillan Binch*, Toronto, pour l'intimée Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc.

*McCarthy, Tétrault*, Toronto, pour l'intimée Société collective de retransmission du Canada.

*Canadian Broadcasting Corporation*, Ottawa, for respondent Canadian Retransmission Right Association.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for respondents Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited and Performing Rights Organization of Canada Limited.

*Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer*, Toronto, for respondent Copyright Collective of Canada.

*Rogers, Bereskin & Parr*, Toronto, for respondent FWS Joint Sports Claimants.

*Goodman & Goodman*, Toronto, for respondent Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

*Johnston & Buchan*, Ottawa, for Canadian Satellite Communications Inc. and C1 Cablesystems.

*Legal Services*, Copyright Board, Ottawa, for Copyright Board.

*Société Radio-Canada*, Ottawa, pour l'intimée Association du droit de retransmission canadien.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les intimées Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée et Société de droits d'exécution du Canada Limitée.

*Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer*, Toronto, pour l'intimée Société de perception de droit d'auteur du Canada.

*Rogers, Bereskin & Parr*, Toronto, pour l'intimé FWS Joint Sports Claimants.

*Goodman & Goodman*, Toronto, pour l'intimée Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

*Johnston & Buchan*, Ottawa, pour Communications par satellite canadien inc. et C1 Cablesystems.

*Contentieux*, Commission du droit d'auteur, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur.

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

MACGUIGAN J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application is brought by the applicant, a non-profit organization whose members include over 545 licensed operators of cable television systems across Canada, against a decision of October 2, 1990, by the Copyright Board ("the Board"). The tariffs implementing the Board's decision were published in the Supplement to the *Canada Gazette*, Part I, October 6, 1990, as the *Television Retransmission Tariff* and the *Radio Retransmission Tariff*.

The Board was established pursuant to section 66 of the *Copyright Act* ("the Act"), R.S.C., 1985, c. C-42 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12], a section which was proclaimed in force as of February 1, 1989. By subsection 66(3) the chairman of the Board is required to be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman, Justice Donald Medhurst of the Alberta Court of Queen's

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La Cour est saisie d'une demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] présentée par la requérante, qui est un organisme à but non lucratif qui représente plus de 545 exploitants de systèmes de télédistribution titulaires d'une licence au Canada, contre une décision rendue le 2 octobre 1990 par la Commission du droit d'auteur («la Commission»). Les tarifs qui mettent en œuvre la décision de la Commission ont été publiés dans le Supplément à la *Gazette du Canada*, Partie I, 6 octobre 1990, sous les titres *Tarif sur la retransmission de signaux de télévision* et *Tarif sur la retransmission de signaux de radio*.

La Commission a été mise sur pied sous le régime de l'article 66 de la *Loi sur le droit d'auteur* («la Loi»), L.R.C. (1985), chap. C-42 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 10, art. 12], disposition qui est entrée en vigueur par proclamation le 1<sup>er</sup> février 1989. Aux termes du paragraphe 66(3), le président de la Commission doit être un juge en fonction ou à la retraite d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de

Bench, was a member of the Board panel in this case, as were Vice-Chairman Michel Héту (“Héту”), Dr. Judith Alexander (“Alexander”), and Michel Latraverse (“Latraverse”). Board Member Latraverse was the only dissenting member of the panel.

Following the Canada-United States Free Trade Agreement, the Act was amended by the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, section 65 to provide for the payment of copyright royalties for the retransmission of distant radio and television broadcast signals. In June of 1989, pursuant to section 70.61 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65] of the Act, eleven copyright collectives, acting as collecting bodies, filed with the Board statements of proposed royalties for the retransmission of such signals. The applicant was one of the three parties to file objections to those statements with the Board. The Board hearing, which began on November 27, 1989, occupied 57 days. In its decision of October 2, 1990, the Board imposed annual royalties for the retransmission of distant television signals in Canada of approximately \$51 million in each of 1990 and 1991. The “proxy” (prototype or analogue) which the Board adopted as a useful starting point for its computation of royalties was the wholesale price charged by the American satellite specialty service Arts & Entertainment (“A & E”), with the proviso that the differences between A & E and distant broadcast signals had to be kept in mind (Decision, at pages 25-36):

#### B. THE LARGE SYSTEMS: 1 – THE VALUE OF DISTANT SIGNALS

Four comparisons were advanced during the hearing for valuing copyright works. Three of them are based on the economic value of services similar to those provided on distant signals or of benefits which have been lost through the use of distant signals; the last establishes a direct comparison with conditions in the United States. They are listed and reviewed as follows:

- (i) the value of comparable services
- (ii) the value of displaced programming
- (iii) the value of lost licence fees
- (iv) comparison with the U.S. regime

district. Les commissaires qui ont été saisis de l'affaire étaient le président, le juge Donald Medhurst de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, le vice-président, M. Michel Héту («M. Héту»), Mme Judith Alexander («Mme Alexander») et M. Michel Latraverse («M. Latraverse»). Ce dernier était le seul commissaire dissident.

Suite à la conclusion de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, la Loi a été modifiée par l'article 65 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, S.C. 1988, chap. 65, pour prévoir le paiement de droits d'auteur pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision. En juin 1989, onze sociétés de gestion des droits d'auteur agissant comme sociétés de perception ont déposé auprès de la Commission des projets de tarif pour la retransmission de ces signaux, conformément à l'article 70.61 [édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65] de la Loi. La requérante est l'une des trois parties qui ont déposé auprès de la Commission des oppositions à ces projets. Les audiences de la Commission ont commencé le 27 novembre 1989 et se sont poursuivies pendant 57 jours. Dans sa décision du 2 octobre 1990, la Commission a fixé des droits annuels pour la retransmission de signaux éloignés de télévision au Canada d'environ 51 millions de dollars pour 1990 et 1991. L'élément de comparaison (représentatif ou analogue) que la Commission a jugé utile d'adopter comme point de départ pour le calcul des droits était le prix de gros demandé par le service spécialisé américain par satellite Arts & Entertainment («A & E»), à condition de tenir compte des différences qui existent entre A & E et les signaux éloignés (Décision, aux pages 25 à 36):

#### B. LES GRANDS SYSTÈMES: 1 – LA VALEUR DES SIGNAUX ÉLOIGNÉS

Les parties proposent quatre méthodes pour établir la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur. Trois méthodes sont fondées soit sur la valeur économique de services semblables offerts par les signaux éloignés, soit sur le manque à gagner imputable à l'utilisation des signaux éloignés; la dernière méthode établit une comparaison directe avec les conditions prévalant aux États-Unis. La présente section est consacrée à l'analyse de ces méthodes, à savoir:

- (i) la valeur des services comparables
- (ii) la valeur de la programmation potentielle écartée
- (iii) la valeur des droits de licence perdus
- (iv) la comparaison avec le régime américain



(i) The Value of Comparable Services

The Board is charged with setting a price for distant signals; the price of a similar good in another market could provide useful information. If that analogous market were a competitive market, the price could be taken as a proxy for the value of distant signals.

CCC [Copyright Collective of Canada] claimed that the rates charged by CANCOM [Canadian Satellite Communications Inc.], the resale carrier, were a measure of the benefit of distant signals to cable systems. The price for the first distant signal delivered by CANCOM is as high as \$1.70 . . .

MLB [Major League Baseball Collective of Canada, Inc.] proposed the U.S. sports service, ESPN, as a proxy for the sports programming on distant signals, and specifically, for baseball programming.

CRC [Canadian Retransmission Collective] collected data in 1989 on the monthly wholesale rates charged to Canadian cable systems for specialty services. Prices ranged from highs of \$1.05 and 88¢ for the Réseau des sports (RDS) and The Sports Network (TSN) to lows of 8¢ for MuchMusic and nothing for Vision TV. The unweighted average of these fees was 34¢. Both CCC and CRC claimed that among the services listed, YTV and Arts and Entertainment Network (A & E) are those whose content most resembles that of distant signals. It was argued that their wholesale rates of 31¢ and 25¢ respectively should be treated as a measure of the minimum value of distant signals. The rate for A & E is a market price, and that for YTV is regulated; hence, the price of A & E might be a better proxy for the value of distant signals.

A functioning market is only one requirement for a service to be a good proxy for a comparable service. A & E has a price that is determined in a functioning market, but it suffers from other deficiencies as a proxy.

(ii) The Value of Displaced Programming

CRC proposed the value of programming services displaced by programs on distant signals as a measure of the harm to the collecting bodies. CRC estimated that the presence of distant signals prevents the creation of at least one more national broadcast service.

(iii) The Value of Lost Licence Fees

CRC also suggested that the value of a program is reduced with each opportunity to watch it. As already discussed, no harm results to copyright owners where programs are simultaneously substituted, but other duplication may reduce licence fees and even prevent an additional sale. CRC used a figure of \$4,000 per broadcast hour as a conservative estimate of that harm.

(i) La valeur des services comparables

Puisque la Commission doit établir la valeur des signaux éloignés, il peut être utile de connaître le prix d'un bien comparable dans un autre marché. Si ce marché analogue est un marché concurrentiel, on peut conclure que le prix représente bien la valeur des signaux éloignés.

La SPDAC [Société de perception de droit d'auteur du Canada] a prétendu que les tarifs demandés par la CANCOM [Communications par satellite canadien Inc.] pour la revente de services de télécommunication aux systèmes de télédistribution affiliés permettent d'évaluer l'avantage que les systèmes de télédistribution tirent de l'accès aux signaux éloignés. Dans certains marchés, la CANCOM demande jusqu'à 1,70 \$ pour le premier signal . . .

Comme marché analogue pour la programmation sportive et, plus précisément, pour le baseball, la MLB [Major League Baseball Collective of Canada, Inc.] a proposé un service américain axé sur les sports, soit ESPN.

La SCR [Société collective de retransmission] a recueilli des données pour 1989 sur les tarifs mensuels de gros que doivent payer les systèmes canadiens de télédistribution pour les services spécialisés. Ces prix atteignent 1,05 \$ et 88 cents pour le Réseau des sports et The Sports Network alors qu'ils s'élèvent à peine à 8 cents pour MuchMusic; Vision TV est même offert gratuitement. La moyenne non pondérée de ces tarifs est de 34 cents. Selon la SPDAC et la SCR, de tous les services de programmation offerts, YTV et A & E sont ceux dont le contenu ressemble le plus à celui des signaux éloignés. On a prétendu que les prix de gros de 31 cents et 25 cents respectivement devraient être considérés comme représentatifs de la valeur minimale des signaux éloignés. Le tarif de A & E reflète le prix établi par le marché alors que celui de YTV est réglementé. Par conséquent, le tarif de A & E est peut-être plus représentatif de la valeur des signaux éloignés.

Le prix d'un service peut être représentatif de la valeur d'un service comparable s'il est effectivement offert dans un marché actif, mais cela ne suffit pas. Le prix de A & E est établi pour un marché actif; il présente cependant des faiblesses qui faussent la comparaison de ce service avec les signaux éloignés.

(ii) La valeur de la programmation potentielle écartée

La SCR a proposé la valeur des services de programmation possiblement écartés, comme moyen d'évaluer le préjudice subi par les sociétés de perception. La SCR conclut que l'importation des signaux éloignés empêche la création d'au moins un autre service national de télédiffusion.

(iii) La valeur des droits de licence perdus

La SCR prétend également qu'une émission se déprécie chaque fois que le public a l'occasion de la regarder à nouveau. Comme déjà dit, la diffusion simultanée ne fait subir aucun préjudice aux titulaires du droit d'auteur. Toute autre répétition d'une émission réduit les droits de licence pour sa diffusion et peut même nuire aux ventes projetées. La SCR a évalué ce préjudice à 4 000 \$ par heure de diffusion en soulignant que cette évaluation demeurerait très raisonnable.

(iv) Comparison with the U.S. Regime

The projected retransmission royalties in the United States for 1990 are in the order of U.S. \$200 million. CCTA [Canadian Cable Television Association, the applicant herein] proposed the "rule of ten": given that the U.S. population is approximately ten times that of Canada, the royalties in Canada should be ten per cent of those generated in the United States. This is about Can. \$24 million.

The royalties set by the Board apply only to retransmitters in Canada, although they are paid to copyright owners in other countries. Inter-country comparisons of any kind are fraught with difficulties: industry structure, relative prices, income levels and cultures are different. At least four quantifiable differences exist between the markets in the two countries.

(v) The Board's Conclusions

The Board concludes that the comparable services approach is sound and that the wholesale price charged for A & E is a useful starting point, so long as the differences between A & E and distant signals are recognized.

Programs on distant signals are simultaneously substituted while those on A & E are not; accordingly, the Board considers that the value of a distant signal should be discounted by 20 per cent.

The market in which a signal is distant calls for different cost recovery considerations than the subscription market of specialty services. It follows that the distant signal seller would be prepared to accept a lower price for the product in that market.

The level of penetration of distant signals is higher than that of A & E. To achieve the same level of penetration, A & E's price would have to be lower.

Distant signals are packaged in many combinations and this may have an impact on their value. Even if the price of A & E is an appropriate proxy for the price of a first distant signal, it may be too high for one of many signals in the same package.

Considering all the differences, the Board finds that an average price of 15¢ per distant signal is reasonable.

The statutory authority on which the Board proceeded in making its decisions is contained in section 70.63 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65] of the Act, which reads as follows:

**70.63** (1) On the conclusion of its consideration of the statements of royalties, the Board shall

(a) establish, having regard amongst others to the criteria established under subsection (4),

(iv) La comparaison avec le régime américain

Aux États-Unis, les droits d'auteur pour la retransmission projetés pour 1990 sont d'environ 200 millions de dollars américains. L'ACTC [Association canadienne de télévision par câble, soit la partie requérante en l'espèce] a proposé la règle de la «division par dix»; puisque la population des États-Unis est approximativement dix fois celle du Canada, les droits d'auteur au Canada devraient se chiffrer à 10 pour cent de ce qu'ils sont aux États-Unis, soit à environ 24 millions de dollars canadiens.

Les droits fixés par la Commission ne s'appliquent qu'aux retransmetteurs situés au Canada, bien qu'ils soient versés aux titulaires du droit d'auteur où qu'ils se trouvent. En essayant de faire des comparaisons entre différents pays, on se bute à d'innombrables obstacles. Il existe des différences sur le plan de la structure de l'industrie, des prix relatifs, des échelles de revenus et de la culture. Voici quatre différences entre les marchés des deux pays qu'il est possible de quantifier.

(v) Les conclusions de la Commission

La Commission conclut que l'utilisation des services comparables est une méthode fiable pour établir la valeur des signaux éloignés. De plus, la Commission considère que le prix de gros demandé par A & E est utile comme point de départ, à condition de tenir compte des différences qui existent entre ce service et les signaux éloignés.

Il y a substitution simultanée des émissions transmises par les signaux éloignés alors que ce n'est pas le cas de celles que diffuse A & E. Par conséquent, la Commission détermine qu'il y a lieu de réduire de 20 pour cent la valeur des signaux éloignés.

Vu sous l'angle du recouvrement des coûts, le marché des signaux éloignés fait appel à d'autres considérations que le marché des abonnements aux services spécialisés. Il s'ensuit que le vendeur d'un signal éloigné accepterait un prix moindre pour son produit dans ce marché.

Le niveau de pénétration du marché par les signaux éloignés est plus élevé que celui de A & E. Pour que ce service atteigne le même niveau, il faudrait en baisser le prix.

La variété de combinaisons des signaux éloignés en vue de leur mise en marché a peut-être un impact sur leur valeur. Même si on arrivait à la conclusion que le prix de A & E correspond à la valeur du premier signal éloigné, il est possible que ce prix excède la valeur des autres signaux qui font partie du même groupe de signaux fournis en bloc aux abonnés.

Compte tenu de toutes ces différences, la Commission conclut qu'il est raisonnable de fixer le prix moyen d'un signal éloigné à 15 cents.

La disposition législative qui habilitait la Commission à rendre sa décision est l'article 70.63 [édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65] de la Loi, qui est ainsi libellé:

**70.63** (1) Lorsqu'elle a terminé l'examen de tous les projets de tarif, la Commission:

a) établit, compte tenu notamment des critères réglementaires, la formule tarifaire qui permet de déterminer les droits à payer par chaque catégorie de retransmetteurs et fixe, à son appréciation, les modalités afférentes aux droits;

(i) a manner of determining the amount of the royalties to be paid by each class of retransmitter, and  
 (ii) such terms and conditions related to those royalties as the Board considers appropriate;

(b) determine what portion of the royalties referred to in paragraph (a) is to be paid to each collecting body;  
 (c) vary the statements accordingly; and  
 (d) certify the statements as the approved statements, whereupon those statements become for the purposes of this Act the approved statements.

(2) For greater certainty, neither the Board, in establishing a manner of determining royalties under paragraph (1)(a) or in apportioning them under paragraph (1)(b), nor the Governor in Council, in varying any such manner under section 70.67, may discriminate between copyright owners on the ground of their nationality or residence.

(3) The Board shall cause the approved statements to be published in the *Canada Gazette* as soon as practicable and send a copy of each approved statement, together with reasons for the Board's decision, to each collecting body and to any person who filed an objection under section 70.62.

(4) The Governor in Council may make regulations establishing criteria to which the Board must have regard in establishing under paragraph (1)(a) a manner of determining royalties that are fair and equitable.<sup>1</sup>

The applicant, which, as the Board's reasons for decision indicate, had proposed the fourth comparison for valuing copyright works, viz., comparison with the U.S. regime, sought to set aside the Board's decision for failure to observe principles of natural justice. In the alternative, the applicant sought an order varying the statement of royalties to be paid for the retransmission of distant television and radio signals in Canada during 1990 and 1991 by eliminating section 19 of the *Television Retransmission Tariff*, section 14 of the *Radio Retransmission Tariff*, and any related liability, thereby deleting the royalties referable to interest accrued prior to publication of the tariff.

It was common ground that the Board is required to act in a quasi-judicial manner and is therefore subject to the full requirements of natural justice.

<sup>1</sup> No such regulations have been made by the Governor in Council.

b) détermine la quote-part de chaque société de perception dans ces droits;  
 c) modifie en conséquence chacun des projets de tarif;  
 d) certifie ceux-ci qui sont dès lors les tarifs homologués applicables à chaque société en cause.

(2) Il demeure entendu que ni la formule tarifaire, même modifiée au titre du paragraphe 70.67(1), ni la quote-part ne peuvent établir une discrimination entre les titulaires de droit d'auteur fondée sur leur nationalité ou leur résidence.

(3) La Commission fait publier dès que possible les tarifs homologués dans la *Gazette du Canada* et en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de perception en cause ainsi qu'aux opposants.

(4) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, fixer des critères, dont la Commission doit tenir compte, pour l'application de l'alinéa (1)a) en vue de la fixation de droits justes et équitables<sup>1</sup>.

La requérante, qui, comme les motifs de la décision de la Commission l'indiquent, avait proposé la quatrième méthode pour établir la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur, c'est-à-dire la comparaison avec le régime américain, a demandé que la décision de la Commission soit annulée en raison de l'inobservation des règles de justice naturelle. Subsidiairement, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance modifiant le tarif des droits à payer pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision au Canada en 1990 et 1991 en supprimant l'article 19 du *Tarif sur la retransmission de signaux de télévision*, l'article 14 du *Tarif sur la retransmission de signaux de radio*, et toute obligation connexe, annulant de ce fait le paiement des droits correspondant à l'intérêt couru avant la publication du tarif.

Il est reconnu que la Commission doit agir de manière quasi judiciaire et est donc tenue de respecter toutes les exigences de la justice naturelle.

<sup>1</sup> Le gouverneur en conseil n'a pris aucun règlement de cet ordre.

It was also common ground that, subsequent to the close of the Board hearings, Board member Latraverse had attempted to obtain information concerning Canadian and U.S. specialty services from staff members of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"), and had made use of some of the material so obtained. On August 15, 1990, Latraverse met, at his request, with CRTC staff members Wayne Charman ("Charman"), Janet Yale ("Yale"), and Randolph Hutson ("Hutson") to obtain information and documents about specialty services. Each of the four parties to that meeting swore an affidavit, those by the three CRTC staff members being submitted by the applicant; all of the affidavits were in agreement on all essential points. In addition, Ms. Yale was cross-examined on her affidavit.

At the meeting of August 15, 1990, Charman handed Latraverse a copy of the CRTC publication of November 30, 1987, *More Canadian Programming Choices* ("Programming Choices"). There were also three telephone conversations after the meeting between Charman and Latraverse by way of follow-up to matters raised at the meeting, and Latraverse subsequently received a chart indicating the rates paid in the United States for specialty services.

All of the evidence was to the effect that only three issues were canvassed in these CRTC conversations: (1) specialty services in Canada; (2) specialty services in the United States; and (3) the use of specialty services as a proxy. Latraverse advised Board members Héту and Alexander of the fact that he had obtained these documents. He did not so advise Chairman Medhurst, who might have been expected to take a dim view of this way of proceeding.

In addition to these conversations and documents, Latraverse also independently gathered more complete statistics on the cable industry than were available from the exhibits. He also referred in his dissenting reasons to the fact that he had "been able to determine that a very substantial percentage of [A & E's] programming is repeated several times during the same month" and that

Il est également reconnu que postérieurement à la clôture des audiences de la Commission, le commissaire Latraverse a cherché à se renseigner sur les services spécialisés canadiens et américains auprès d'employés du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»), et a utilisé une partie des renseignements qu'il a obtenus. Le 15 août 1990, M. Latraverse a rencontré, à sa demande, des employés du CRTC, à savoir Wayne Charman («M. Charman»), Janet Yale («Mme Yale») et Randolph Hutson («M. Hutson»), afin d'obtenir des renseignements et des documents sur les services spécialisés. Les quatre personnes qui ont assisté à cette réunion ont toutes fait une déclaration sous serment; celles des trois employés du CRTC ont été présentées par la requérante. Tous les affidavits concordaient sur tous les points importants. Par ailleurs, Mme Yale a fait l'objet d'un contre-interrogatoire au sujet du contenu de son affidavit.

Lors de la réunion du 15 août 1990, M. Charman a remis à M. Latraverse un exemplaire d'une publication du CRTC en date du 30 novembre 1987 intitulée *Un plus grand choix d'émissions canadiennes* («Choix d'émissions»). Postérieurement à cette réunion, MM. Charman et Latraverse se sont téléphonés à trois reprises pour clarifier des questions soulevées au cours de la réunion, et M. Latraverse a par la suite reçu un tableau indiquant les tarifs payés aux États-Unis pour les services spécialisés.

Il ressort de toute cette preuve que ces conversations avec le CRTC ont porté sur trois questions seulement, à savoir (1) les services spécialisés au Canada, (2) les services spécialisés aux États-Unis, et (3) l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison. M. Latraverse a averti les commissaires Héту et Alexander qu'il avait obtenu ces documents. Il n'a cependant pas prévenu le président Medhurst, qui aurait pu voir d'un mauvais œil cette façon de procéder.

En plus d'avoir eu ces conversations et d'avoir obtenu ces documents, M. Latraverse a recueilli de son côté des statistiques sur l'industrie de la télé-distribution plus complètes que celles qui figuraient dans les pièces. Dans ses motifs dissidents, il a mentionné qu'il avait «pu constater qu'un pourcentage très substantiel, mais non établi par la preuve, de la programmation de A & E [faisait]

“this information was not established in evidence” (Decision, at page 112). Since this is a fact obvious to any casual reader of the A & E monthly programming guide, and certainly to every subscriber to the service, I cannot attach any legal significance to Latraverse’s use of it. Latraverse also stated that “Another percentage of its programming, also not established in evidence, is ‘blacked-out’ because the Canadian broadcast rights could not be cleared by A & E” (*ibid*). I also cannot attach legal significance to the fact it was not established in evidence how much of its programming was blacked-out, since the absence of evidence establishes no more one way than the other.

Finally, while CCTA’s [Canadian Cable Television Association’s] panel of cable television operators was testifying, Mr. Latraverse placed a telephone call to his broker to ask the broker about certain evidence that had been given by panel members. He then used the financial information that he apparently obtained from his broker to question two of the panelists. During the questioning, Mr. Latraverse directed the following comments to Mr. Linton of Rogers Cable TV:

a) “You kept mentioning that bank loans total \$37 million on the Consolidated Balance Sheet which is peanuts [for Rogers Communications]”.

b) “What I want to emphasize is: Looking at your numbers and at how sharp and remarkable an operator and how well you take care of your own affairs, it is very difficult for me to start crying for Rogers Communications because of its bank debt load”.

c) “You just mentioned that you lost \$25 million on the Home Shopping Channel. This is no big deal to [Rogers Communications]”.

d) “Maybe you [either Rogers Communications or Mr. Linton] are a super businessman, but there is something mysterious in your approach”. [Transcript, v. 45, February 22, 1990, at pages 7815-7838.]

In my view, the use of privately obtained information to make such obvious comments is too

l’objet de plusieurs passages à l’intérieur d’un même mois» (Décision, à la page 112). Comme c’est une constatation à la portée de quiconque feuillette le guide de programmation mensuel de A & E et, assurément, de tout abonné de ce service, je ne puis accorder aucune importance, sur le plan juridique, à son utilisation par M. Latraverse. Ce dernier a par ailleurs mentionné «qu’un autre pourcentage de sa programmation, également non établi par la preuve, ne passe pas au Canada parce que les droits canadiens de diffusion n’auraient pu être obtenus par A & E» (*ibid.*). Là encore, je ne puis accorder aucune importance, sur le plan juridique, au fait que la preuve ne révélait pas quel pourcentage de la programmation ne passait pas au Canada, étant donné qu’une preuve inexistante n’ajoute rien d’un côté comme de l’autre.

d) Enfin, pendant que le groupe d’exploitants de systèmes de télédistribution représentés par l’ACTC [Association canadienne de télévision par câble] témoignait, M. Latraverse a téléphoné à son courtier afin de l’interroger sur certains éléments de preuve fournis par des membres du groupe. Il s’est ensuite servi des renseignements financiers qu’il avait, semble-t-il, obtenus de son courtier pour interroger deux membres du groupe. Durant l’interrogatoire, M. Latraverse a adressé les commentaires suivants à M. Linton de Rogers Cable TV:

[TRADUCTION] a) «Vous n’avez pas cessé de dire que les emprunts bancaires totalisaient 37 millions de dollars dans le bilan consolidé, ce qui est trois fois rien [pour Rogers Communications]».

b) «Voici ce que je tiens à souligner: étant donné vos chiffres, et comme vous êtes un exploitant exceptionnel et avisé et que vous gérez fort bien vos affaires, il m’est très difficile de prendre en pitié Rogers Communications à cause de l’importance de sa dette bancaire».

c) «Vous venez tout juste de mentionner que vous avez perdu 25 millions de dollars dans la chaîne de télé-achat. C’est peu d’argent pour [Rogers Communications]».

d) «Vous [Rogers Communications ou M. Linton] êtes peut-être un homme d’affaires exceptionnel, mais il y a quelque chose de mystérieux dans votre approche». [Transcription, v. 45, 22 février 1990, aux p. 7815 à 7838.]

À mon sens, le fait que des renseignements obtenus à titre privé aient servi à formuler des remarques aussi évidentes est trop insignifiant

trivial for serious consideration,<sup>2</sup> and I do not propose to deal with it further. However, the natural justice issues must be faced with respect to the other incidents.

The common law embraces two principles in its concept of natural justice, both usually expressed in Latin phraseology: *audi alteram partem* (hear the other side), which means that parties must be made aware of the case being made against them and given an opportunity to answer it; and *nemo iudex in sua causa debet esse* (no one may be a judge in his/her own cause), a rule as to the impartiality required of deciders of issues which forbids both actual bias and a reasonable apprehension of bias. The applicant in this case invoked both principles, which I shall accordingly consider in turn.

## II

It was alleged by the applicant that Latraverse and the Board violated the principle of *audi alteram partem* by receiving evidence outside the hearing process, evidence of which it learned only accidentally after the Board's decision through a conversation between one of its officers and Charman, and to which it had therefore no opportunity to respond. In my opinion, despite his excellent motive of attempting better to equip himself to decide the case, Latraverse's seeking information outside the hearing process was a serious mistake of judgment which could certainly have had the effect of invalidating the Board's decision for lack of fairness. If it did not in this instance entail that consequence, it could only be as a result of adventitious circumstances, as urged by the respondents.

The respondents argued: (1) that the information Latraverse obtained was either already in the record, known to the parties or in the public domain; (2) that it was in fact in the applicant's favour, not to its detriment; (3) that Latraverse's

<sup>2</sup> It was also apparently disclosed at the hearing and no objection was taken at the time.

pour mériter un examen attentif<sup>2</sup>, et je n'ai pas l'intention de m'y attarder plus longuement. En revanche, il convient d'examiner les questions relatives à la justice naturelle au regard des autres incidents.

Le concept de justice naturelle de la common law comprend deux règles qui sont habituellement exprimées sous forme de maximes latines: il y a la règle *audi alteram partem* (entends l'autre partie), selon laquelle on doit mettre les parties au courant des arguments qui sont invoqués contre elles et leur donner l'occasion d'y répliquer, et la règle *nemo iudex in sua causa debet esse* (nul ne peut être juge dans sa propre cause), qui concerne l'impartialité exigée des personnes appelées à rendre des décisions, et qui interdit non seulement la partialité réelle, mais aussi la crainte raisonnable de partialité. La requérante en l'espèce a invoqué ces deux règles, que j'examinerai successivement.

## II

La requérante a soutenu que M. Latraverse et la Commission ont contrevenu à la règle *audi alteram partem* en recevant, en dehors du cadre des audiences, des éléments de preuve dont la requérante n'a pris connaissance que fortuitement, après que la Commission eut rendu sa décision, au cours d'une conversation que l'un de ses dirigeants a eue avec M. Charman, et qu'elle n'a donc pas eu l'occasion de répliquer à cette preuve. À mon sens, même si M. Latraverse était bien intentionné en voulant mieux se préparer en prévision de la décision à rendre, il a commis une grave erreur de jugement en cherchant à obtenir ces renseignements en dehors du cadre des audiences, et cette erreur aurait certainement pu entraîner la nullité de la décision prise par la Commission à cause d'un manquement à l'équité. S'il n'en fut rien en l'espèce, ce ne pouvait être qu'en raison de circonstances fortuites, comme l'ont fait valoir les intimés.

Selon les intimés, (1) les renseignements obtenus par M. Latraverse étaient déjà au dossier, connus des parties ou dans le domaine public; (2) ils jouaient en réalité à l'avantage de la requérante, pas à son détriment; (3) les commissaires majori-

<sup>2</sup> Ces renseignements ont aussi, semble-t-il, été divulgués aux audiences et aucune objection n'a été soulevée à ce moment.

efforts did not influence and were not known to the majority; and (4) that the principle does not apply to information which affects only a dissenting member of a tribunal. The first three allegations are primarily factual, the latter a matter of law.

As I have indicated, the evidence from the various sources was congruent as to the matters discussed. First, with respect to specialty services in Canada, Latraverse brought with him to the meeting a copy of a chart (introduced into evidence at the Board hearing by Peter Grant ("Grant"), an expert witness), as to the prices paid in Canada for specialty services. The data contained in the chart were drawn from CRTC policies and decisions, and Latraverse had questions as to the background and rationale, the carriage rules and the prices (Charman affidavit, paragraph 4(b), Yale affidavit, paragraph 6(a), Latraverse affidavit, paragraphs 8 and 11). Much of this information was provided by the handing-over of a copy of *Programming Choices*, a seminal CRTC policy statement available to, and universally known by, participants in the cable industry such as the five-hundred-odd members of the applicant. Although it was not formally introduced into evidence before the Board, the document was used as a basis of questioning during the hearings and was referred to directly by Grant (Transcript, at pages 2626 and 2637).

With respect to specialty services in the United States, the evidence showed that Latraverse was especially interested in how the prices for these services were established (Charman affidavit, paragraphs 4(c) and 6, Hutson affidavit, paragraphs 2, 3(a), and 3(b), Yale affidavit, paragraph 6(b), Latraverse affidavit, paragraphs 8, 12, 17, 18 and 19). The account which was given by Latraverse in his affidavit was fully supported by the others:

12. During the meeting, Mr. Charman, commenting on the second object of my approach, i.e. whether there were any CRTC decisions or policies relating to the price paid by Canadian cable operators for U.S. specialty signals, stated that

taires n'étaient pas au courant des démarches de M. Latraverse et n'ont pas été influencés par celles-ci; et (4) cette règle ne s'applique pas à des renseignements qui ne concernent qu'un membre dissident d'un tribunal. Les trois premières prétentions sont des questions de fait, tandis que la quatrième est une question de droit.

Comme je l'ai indiqué, la preuve issue de diverses sources concordait quant aux questions débattues. Premièrement, en ce qui a trait aux services spécialisés au Canada, M. Latraverse avait apporté avec lui à la réunion une copie d'un tableau (mis en preuve durant les audiences de la Commission par le témoin expert Peter Grant («M. Grant»)) qui portait sur les prix payés au Canada pour les services spécialisés. Les données qui figuraient dans ce tableau étaient extraites de politiques et de décisions du CRTC, et M. Latraverse avait des questions au sujet du contexte et de la raison d'être, des règles de distribution et des prix (alinéa 4b) de l'affidavit de M. Charman, alinéa 6a) de l'affidavit de Mme Yale et alinéas 8 et 11 de l'affidavit de M. Latraverse). La plupart des réponses se trouvaient dans un énoncé de politique exhaustif du CRTC intitulé *Choix d'émissions*, qui a été remis à M. Latraverse, et que des participants de l'industrie de la télédistribution comme les quelque cinq cents membres représentés par la requérante pouvaient se procurer car ils en connaissaient tous l'existence. Même si ce document n'a pas été officiellement mis en preuve au cours des audiences de la Commission, il a servi de base aux questions qui ont été posées durant les audiences et M. Grant y a fait directement allusion (Transcription, aux pages 2626 et 2637).

En ce qui concerne les services spécialisés aux États-Unis, il est ressorti de la preuve que M. Latraverse était particulièrement intéressé à savoir comment étaient fixés les prix pour ces services (alinéas 4c) et 6 de l'affidavit de M. Charman, alinéas 2, 3a) et 3b) de l'affidavit de M. Hutson, alinéa 6b) de l'affidavit de Mme Yale, alinéas 8, 12, 17, 18 et 19 de l'affidavit de M. Latraverse). L'explication donnée par M. Latraverse dans son affidavit a été entièrement corroborée par les autres:

[TRADUCTION] 12. Au cours de la réunion, M. Charman a déclaré, à propos du deuxième but de ma démarche, qui était de savoir s'il existait des décisions ou des politiques du CRTC sur le prix payé par les câblodistributeurs canadiens pour les

the CRTC is not involved in the determination of those rates. He offered to verify for me whether any other available documentation existed in this regard.

19. The last conversation took place on 21 or 22 August, 1990. Mr. Charman confirmed that he had not found any published documentation on the price paid by Canadian cable operators for U.S. specialty signals, the information being provided by cable companies on a "lump sum" basis rather than for individual services. He also stated that such information was provided to Statistics Canada on a confidential basis. Mr. Charman offered to fax me a chart, excerpted from the 30 April, 1990 issue of *Cable TV Programming*, an American newsletter which is available to the public at the CRTC library. The chart indicates the rates paid in the United States for specialty services. I received this chart on the morning of 23 August, 1990; it is attached as Exhibit "C" to this affidavit.

The upshot was that the only new information obtained by Latraverse on this subject was the chart referred to as Exhibit C. The chart was largely irrelevant to the issues before the Board. The little that was relevant was duplicative of information already presented in the Board hearings, particularly the 11-cent a customer a month basic cable network fee for 1989 for A & E in the United States, a figure which was cited by the applicant itself to the Board, and was also referred to by a witness (Kain examination, March 19, 1990, at pages 9256-9257).

With respect to the use of specialty services as a proxy, Charman refused to express an opinion (affidavit, paragraph 4(d)), whereas both Hutson (affidavit, paragraphs 4(c) and 4(d)) and Yale (affidavit, paragraph 6(c)) expressed negative opinions. Ms. Yale told him that "the prices for specialty services would not be a good proxy in that regard since they were established for a different purpose than copyright considerations." Hutson's expressed view was that making use of the prices charged for U.S. specialty services in either the United States or Canada "would be like comparing apples and oranges."

Latraverse possibly was influenced by these opinions, for he wrote in his dissent (Decision, at page 132):

signaux spécialisés américains, que le CRTC ne s'occupait pas de la fixation de ces tarifs. Il m'a offert de vérifier pour moi s'il existait d'autres documents à ce sujet.

19. Notre dernier entretien remonte au 21 ou au 22 août 1990. M. Charman m'a alors confirmé qu'il n'avait trouvé aucune publication sur le prix payé par les câblodistributeurs canadiens pour les signaux spécialisés américains, ces renseignements étant fournis par les entreprises de câblodistribution sous forme de montant global plutôt que pour chaque service pris individuellement. Il a également déclaré que ces renseignements avaient été fournis à Statistique Canada à titre confidentiel. M. Charman m'a offert de m'envoyer par télécopieur un tableau tiré du numéro du 30 avril 1990 d'un bulletin américain intitulé *Cable TV Programming*, que le public peut consulter à la bibliothèque du CRTC. Ce tableau précise les tarifs payés aux États-Unis pour les services spécialisés. J'ai reçu ce tableau dans la matinée du 23 août 1990; il constitue la pièce «C» jointe à mon affidavit.

Il ressort de ce qui précède que les seuls renseignements nouveaux que M. Latraverse a pu obtenir à ce sujet étaient le tableau produit sous la cote C. Il était dans une large mesure dénué de pertinence en ce qui a trait aux questions examinées par la Commission. Les quelques renseignements pertinents qu'il contenait avaient déjà été fournis à la Commission durant les audiences, en particulier le droit de base mensuel du réseau de câble de onze pour cent par abonné demandé en 1989 par A & E aux États-Unis; c'est un chiffre que la requérante elle-même a fourni à la Commission et qu'un témoin a également mentionné (interrogatoire de Kain, 19 mars 1990, aux pages 9256 et 9257).

M. Charman a refusé de se prononcer sur l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison (alinéa 4d) de son affidavit), tandis que M. Hutson (alinéas 4c) et 4d) de son affidavit) et Mme Yale (alinéa 6c) de son affidavit) ont exprimé des opinions défavorables. Mme Yale a dit à M. Latraverse que [TRADUCTION] «les prix demandés pour les services spécialisés ne seraient pas très représentatifs à ce chapitre parce qu'ils avaient été fixés dans un but autre que celui d'établir la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur». Selon M. Hutson, l'utilisation des prix demandés pour les services spécialisés américains tant aux États-Unis qu'au Canada [TRADUCTION] «équivaldrait à comparer des pommes et des oranges».

M. Latraverse a probablement été influencé par ces opinions, car il a écrit dans sa dissidence (Décision, à la page 132):



My colleagues rely solely on the rate of an optional American service, A & E, as the unit of measure. It is a marginal service whose content is not typical; therefore it is not an appropriate benchmark for establishing the value of distant signals generally retransmitted in Canada.

Nevertheless, his rejection of the majority's approach did not lead him to the standard proposed by the applicant, but rather to an approach based on the equivalent costs of Canadian programming which caused him to propose a global annual royalty for each of 1990 and 1991 which was some \$36 million higher than that adopted by the majority.

Latraverse also plainly acknowledged the use of the additional statistics he obtained from Statistics Canada. In his dissenting reasons for decision he stated (Decision, at page 102):

One of the collectives, PROCAN-CAPAC, provided to us during the course of the hearing CRTC documentation on the costs of programming of the private television, pay television and cable industries. [PROCAN-CAPAC-TV-8]. To obtain more complete statistics on the cable industry, I obtained from Statistics Canada the required information for the years missing from the documentation provided. It should be noted that I ignored the figures for CBC/SRC in the figures for television: otherwise, costs as a percentage of revenues would have been considerably higher but would have skewed the statistics.

The applicant argued that Latraverse may well have obtained more extra-hearing information than he—or the others—explicitly acknowledged, but with respect to the meeting of August 15, 1990, that not only runs counter to the tenor of all of the affidavits, but also to the direct evidence of Ms. Yale on her cross-examination (Cross-Examination, April 29, 1991, at pages 7-8):

Q. Okay. Now in addition let me ask you, having gone through the three areas that you discussed [i.e., speciality services in Canada, speciality services in U.S., the use of speciality services as proxies], you say in paragraph five that you cannot remember, there are things you can't remember regarding the details of the discussion, and what I would like to ask you is, is it possible there was anything significant, any significant or substantial topic that was discussed in addition to the three you have enumerated there?

A. To the best of my knowledge those were the three identified things, were the things that we spent most of our time discussing.

Mes collègues ne retiennent comme unité de mesure que le taux du service facultatif A & E, un service marginal, non représentatif par son contenu, et donc de la valeur des signaux éloignés généralement retransmis au Canada.

*a* Quoi qu'il en soit, si M. Latraverse a rejeté la solution retenue par la majorité, il n'a pas pour autant retenu l'élément de comparaison proposé par la requérante. Il a plutôt opté pour une solution fondée sur les coûts équivalents d'émissions canadiennes, qui l'a amené à proposer des droits annuels globaux pour 1990 et 1991 dépassant de quelque 36 millions de dollars les droits fixés par la majorité.

*c* Par ailleurs, M. Latraverse a clairement reconnu qu'il avait utilisé les statistiques supplémentaires fournies par Statistique Canada. Dans ses motifs de dissidence, il a déclaré (Décision, à la page 102):

*d* L'une des sociétés, SDE-CAPAC, nous a fourni au cours de l'audience la documentation du CRTC sur les coûts de programmation de la télévision privée, de la télévision payante et de l'industrie de la câblodistribution. [SDE-CAPAC-TV-8]. Pour compléter les statistiques sur l'industrie du câble, j'ai obtenu de Statistique Canada les informations requises pour les quelques années manquantes dans la documentation fournie. Il est à noter que je n'ai pas tenu compte des données concernant la CBC/SRC: l'eussent-ils été que le pourcentage de coût serait considérablement plus élevé mais aurait biaisé les statistiques.

*f* La requérante a soutenu que M. Latraverse pourrait bien avoir obtenu, en dehors du cadre des audiences, d'autres renseignements que ceux que lui-même ou les autres ont formellement mentionnés. Toutefois, pour ce qui est de la réunion du 15 août 1990, cette prétention va à l'encontre non seulement du contenu de tous les affidavits, mais aussi du témoignage fourni par Mme Yale lors de son contre-interrogatoire (Contre-interrogatoire, 29 avril 1991, aux pages 7 et 8):

*h* [TRADUCTION] Q. D'accord. Permettez-moi maintenant de vous poser une autre question. Après avoir fait le tour des trois questions dont vous avez discuté [à savoir les services spécialisés au Canada, les services spécialisés aux États-Unis et l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison], vous dites à l'alinéa cinq que vous n'arrivez pas à vous souvenir de tout, qu'il y a des choses dont vous ne pouvez pas vous rappeler à propos du contenu de la discussion. Je voudrais savoir s'il est possible que la discussion ait porté sur quelque chose d'autre, quelque chose d'important en plus des trois questions que vous avez énumérées.

*j* R. Autant que je sache, ces trois questions sont celles dont nous avons discuté la majeure partie du temps.

Q. And—

A. And just to be complete, if there was anything else significant, I think I would have remembered it.

To suppose that there was more would be an entirely gratuitous assumption.

The applicant also attempted to establish that Latraverse (and hence his extra-hearing knowledge) influenced the deliberations of his colleagues, and in fact went so far at one point in oral argument as to argue actual bias. The first ground of this contention was his reference in paragraph 3 of his affidavit to participation in the decision:

3. *J'ai participé à la décision de la Commission qui fait l'objet de la présente affaire.*

The English translation provided with the affidavit reads, quite correctly, as follows:

3. I participated in the decision which is the object of these proceedings.

This assertion immediately follows (English translation) these first two statements:

1. I am a member of the Copyright Board ("the Board").

2. I have knowledge of the matters hereinafter deposed to.

In the context, therefore, I believe "participated" must be taken as meaning only an acknowledgement of having "sat on" the matter, not as having, in some unstated way, worked with the majority to produce a partially collective result. In my opinion the sense of the original French text would be to the same effect.

It is true, as urged by the applicant, that Latraverse indicated a small measure of agreement with his colleagues. As he put it (Decision, at page 98):

#### DISSENT OF MEMBER LATRAVERSE

##### Preamble

I do not agree with the guiding principles adopted by my colleagues for establishing the global amount of royalties, nor do I agree with their analysis of or conclusions on the evidence, as expressed in part 3B of the majority decision, "The Royalties to be Paid for Television Retransmission; The Large Systems I; The Value of Distant Signals". In addition, I am of the opinion that the compilation claim should be recognized, in principle, with a nominal allocation.

Q. Et—

R. Et je tiens à préciser que s'il y avait eu d'autres aspects dignes de mention, je crois que je m'en serais souvenue.

Ce serait une hypothèse tout à fait gratuite de supposer qu'il y avait autre chose.

La requérante a également tenté de prouver que M. Latraverse (et, partant, les renseignements obtenus en dehors du cadre des audiences) avait influencé les délibérations de ses collègues; elle a même été jusqu'à plaider, à un moment donné dans son argumentation orale, la partialité de fait. Le premier élément de cette prétention repose sur l'affirmation qu'a faite M. Latraverse au paragraphe 3 de son affidavit au sujet de sa participation à la décision:

3. J'ai participé à la décision de la Commission qui fait l'objet de la présente affaire.

La traduction anglaise jointe à l'affidavit est correctement rédigée en ces termes:

3. *I participated in the decision which is the object of these proceedings.*

Cette affirmation suit immédiatement ces deux déclarations:

1. Je suis un commissaire de la Commission du droit d'auteur («la Commission»).

2. Je suis au courant des questions ci-après déclarées sous serment.

Par conséquent, dans ce contexte, je pense que le terme anglais «*participated*» veut simplement dire que M. Latraverse a entendu l'affaire, mais n'a pas, d'une manière inavouée, collaboré avec la majorité à l'élaboration d'une décision partiellement collective. À mon avis, le texte français original aurait la même signification.

Il est vrai, comme l'a fait valoir la requérante, que M. Latraverse s'est rallié, dans une faible mesure, à l'opinion de ses collègues. Il a en effet déclaré (Décision, à la page 98):

#### DISSIDENCE DU COMMISSAIRE LATRAVERSE

##### Préambule

Je ne partage pas l'avis de mes collègues à propos des principes directeurs choisis pour établir le montant global des royautés, ni sur leur analyse et leurs conclusions sur la preuve, telles qu'exprimées dans la partie 3B de la décision majoritaire, «Les droits à payer pour la retransmission des signaux de télévision; Les grands systèmes 1; La valeur des signaux éloignés». Également je suis d'opinion que la réclamation pour la compilation devrait être agréée, en principe, pour une allocation minimale.

The tariff formula and other parts of the decision were prepared jointly by all members of the Board and I am completely satisfied with them, except as to the amounts themselves, and certain remarks that I make regarding compilation. [Emphasis added.]

Latraverse's agreement on the tariff formula, etc., amounted really to an agreement on the arithmetical correctness of the majority's conclusion in the light of its hypotheses, with which he disagreed. On my reading there is no suggestion of any combining of effort in the production of the majority decision, certainly not on the aspect which is in issue before this Court. Finally, the applicant asserted (memorandum of fact and law, paragraph 31):

31. In his affidavit, Mr. Latraverse does not deny that he was influenced by or relied on the information and documents that he obtained from the CRTC. Neither does Mr. Latraverse deny that the other members of the Copyright Board were influenced by or relied on that information and those documents.

Latraverse himself probably was influenced by and relied on the information he had received outside the hearing process, but, while it was hardly his place to give evidence as to the majority's state of mind, his failure to advert to a matter on which he was not questioned (but might have been, on his affidavit) cannot be taken as the foundation for a conclusion even as to his view of the majority's knowledge, let alone as to theirs. In my opinion there is simply no basis for speculating that the members of the Board majority had any knowledge whatsoever of the content of his information (and in the case of the Chairman, no knowledge that he had even made such extra-hearing enquiries). If there was anything of which they were aware, it could only have been the two documents, *Programming Choices* and the chart.

What we have, then, amounts to this, viz., that the dissenting member of the Board received a report of which both he and the applicant might already have been made aware in the hearings, a chart the relevant part of which was referred to in the hearings, statistical information which appears to be of no particular significance, and two opinions which influenced him in rejecting the majority's approach and in that sense in the applicant's

La formulation du tarif et des autres parties de la décision fut préparée conjointement par tous les membres de la Commission et j'en suis parfaitement satisfait, sauf quant aux montants eux-mêmes, et des remarques que je fais sous le titre de la compilation. [C'est moi qui souligne.]

En se disant d'accord avec la formule tarifaire, etc., M. Latraverse se bornait en réalité à confirmer l'exactitude arithmétique de la conclusion de la majorité eu égard à ses hypothèses, auxquelles il ne souscrivait pas. Selon moi, rien ne permet de penser qu'il y a eu une mise en commun des efforts en vue de la rédaction de la décision de la majorité, du moins pas en ce qui a trait à l'aspect dont est saisie la présente Cour en l'espèce. Enfin, la requérante a affirmé (exposé des faits et du droit, alinéa 31):

[TRADUCTION] 31. Dans son affidavit, M. Latraverse ne nie pas qu'il a été influencé par les renseignements et les documents qu'il a obtenus du CRTC, ou qu'il s'y est fié. D'autre part, M. Latraverse ne nie pas que les autres commissaires de la Commission du droit d'auteur ont été influencés par ces renseignements et ces documents, ou qu'ils s'y sont fiés.

Il est probable que M. Latraverse a été influencé par les renseignements qu'il a reçus en dehors du cadre des audiences et qu'il s'y est fié, mais comme ce n'était guère son rôle de se prononcer sur l'état d'esprit de la majorité, on ne saurait se fonder sur le fait qu'il s'est abstenu de faire allusion à une question au sujet de laquelle on ne l'a pas interrogé (bien qu'il eût pu l'être, au moyen de son affidavit) pour tirer une conclusion même sur ce qu'il pensait que les commissaires majoritaires savaient, encore moins sur ce que ces derniers savaient. À mon sens, il n'y a absolument rien qui permette de supposer que les commissaires majoritaires connaissent la teneur des renseignements que M. Latraverse avait obtenus (quant au président, il ignorait tout de l'obtention, par M. Latraverse, de ces renseignements en dehors du cadre des audiences). S'ils savaient quelque chose, il ne pouvait s'agir que de ce que contenaient les documents précités, à savoir *Choix d'émissions* et le tableau.

La situation est donc la suivante: le commissaire dissident a reçu un rapport dont la requérante et lui-même avaient peut-être appris l'existence durant les audiences, un tableau dont le passage pertinent avait été cité au cours des audiences, des statistiques qui semblent n'avoir aucune valeur particulière et deux opinions qui ont incité M. Latraverse à rejeter la solution de la majorité et, en ce sens, à prendre parti pour la requérante,

favour, although he, ultimately, came to an even more negative opinion from the applicant's point of view. All of the information (except for the opinions) was public information. None of it, not even the opinions, was adverse to the applicant's position.

The applicant did not, in fact, argue that it was adversely affected by the extra-hearing evidence, but rather that, in dealing with a complaint based on evidence received outside the hearing process, a Court will not inquire into whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. A court was said to be concerned, not with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

The applicant further argued that it was in fact actually prejudiced in all of the circumstances, not by reason of any adverse effect, but rather by being denied the opportunity to exploit in its favour the evidence received. Thus it had no chance to rely on and further explore the opinion of two senior CRTC officials as to the inappropriateness of using the wholesale price paid for specialty services as a proxy for valuing the copyright component of distant broadcast signals.

These arguments necessitate a review of the case law.

A number of cases deal with aspects of the issue raised in the case at bar. In *R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476 (C.A.), where a board, for purposes of an arbitration award, without notice to the parties, relied upon material researched by itself and not derived directly from the parties to the arbitration, Aylesworth J.A. said for the Court at pages 479-480:

Finally, and as an additional ground for refusal of the remedy sought, it is abundantly apparent that the material complained of and to which the board of its own motion, as it were, resorted, was material from publicly known government sources, and entirely supplemental in its nature and kind to the very material the parties themselves supplied to the board. The

même s'il est arrivé, en dernière analyse, à un résultat encore plus défavorable à la requérante. Tous ces renseignements (sauf les opinions) avaient un caractère public. Il n'y avait rien de défavorable à la requérante, même pas les opinions.

La requérante n'a pas, en fait, prétendu que la preuve obtenue en dehors du cadre des audiences lui avait été défavorable. Elle a plutôt soutenu qu'un tribunal saisi d'une plainte fondée sur des éléments de preuve reçus en dehors du cadre des audiences ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Un tribunal a déjà dit qu'il n'était pas concerné par la preuve de l'existence d'un préjudice réel, mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

La requérante a par ailleurs prétendu qu'elle avait véritablement subi, dans les circonstances, un préjudice attribuable non pas à un effet défavorable, mais plutôt au fait qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de faire jouer en sa faveur la preuve reçue. On ne lui a pas donné la chance d'utiliser et d'approfondir l'opinion de deux hauts fonctionnaires du CRTC qui ont jugé inconvenante l'utilisation du prix de gros payé pour les services spécialisés comme élément de comparaison pour établir la valeur des signaux éloignés de diffusion protégés par le droit d'auteur.

Ces arguments nécessitent un examen de la jurisprudence.

Plusieurs décisions traitent de certains aspects de la question soulevée dans la présente espèce. Dans l'arrêt *R. v. Schiff et al., Ex parte Trustees of Ottawa Civic Hospital*, [1970] 3 O.R. 476 (C.A.), un organisme chargé de rendre une sentence arbitrale s'était fié, sans en aviser les parties, à des documents qu'il avait obtenus en faisant ses propres recherches et que les parties à l'arbitrage n'avaient pas produits directement. Le juge Aylesworth de la Cour d'appel a dit, au nom de la Cour, aux pages 479 et 480:

[TRADUCTION] Enfin, et il s'agit là d'une autre raison de refuser le redressement demandé, il est indéniable que les documents litigieux auxquels le conseil a eu recours de son propre chef, en quelque sorte, provenaient de sources gouvernementales connues du public et complétaient, vu leur nature, les documents que les parties elles-mêmes avaient fournis au con-

board complained of the fragmentary nature of the material supplied by the parties which was in the nature of statistics, collective bargaining agreements with other hospitals and the like, and it was natural that the board should look to such further material, and should be expected to look to it in view of that expressed dissatisfaction made known to the parties and in view of the board's intention expressed to them that it was going to seek further data of its own volition. Having regard to the highly informal method of procedure adopted by the parties in the hearing before the board of arbitration and, as I have said, to the nature of the material and the kind of presentation made with respect to that material as well as to the nature of the public material resorted to by the board, we fail to perceive any failure to afford natural justice to the trustees in what the board did in that respect.

Perhaps also it is desirable, although unnecessary, to add to what has been said that, upon the peculiar facts of this case, what the board did with respect to getting the kind of material it did get after the hearing, and with respect to the use to which the board put it, really was very much akin to what frequently is resorted to in the regular Courts of law wherein those Courts take judicial notice of well-known public facts, knowledge and information. We think what has already been said illustrates that similarity and demonstrates that in fact there was no denial of natural justice.

It therefore appears that a board's referring to material from publicly known government sources, and entirely supplemental in its nature and kind to the very material the parties themselves applied to the board, will not of itself violate the principles of natural justice.

In *Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 F.C. 745 (C.A.), where the Canadian Transport Commission had failed to give an opportunity to respond to evidence obtained by it after the close of the hearing, this Court said (at page 757):

Under subsection 23(4) of the *National Transportation Act*, it is essential that there be a hearing before the Commission may find that a "rate" is prejudicial to the public interest. Such a hearing, in our view, would require that at least the minimum elements of natural justice in respect of the right to be heard must be observed. Because of the failure to give the appellants an opportunity to respond to the results of the Commission's post-hearing investigation into the Duncan Bay diversion, these minimum requirements were not observed. Accordingly, not only was natural justice denied, but the statutory mandate to proceed by way of a hearing was not complied with. The consequence is that the decision of the Commission is invalid.

From this last-noted material fact it would appear that a tribunal must have relied on the evidence it received subsequent to the hearing.

Le conseil s'était plaint du caractère fragmentaire des documents fournis par les parties, qui comprenaient des statistiques, des conventions collectives conclues avec d'autres hôpitaux, etc., et il était naturel qu'il veuille prendre connaissance d'autres documents semblables et qu'il cherche à le faire, vu qu'il avait fait part de son mécontentement aux parties et qu'il leur avait clairement dit qu'il allait poursuivre les recherches de son côté. Comme les parties ont adopté une procédure très informelle durant l'audition de l'affaire devant le conseil d'arbitrage et, comme je l'ai mentionné, vu la nature des documents et le genre de présentation dont ils ont fait l'objet, et vu la nature des documents à caractère public auxquels le conseil a eu recours, nous ne voyons pas où réside le déni de justice naturelle envers les fiduciaires dans la conduite du conseil à cet égard.

Il serait peut-être souhaitable d'ajouter, bien que ce ne soit pas nécessaire, que compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, ce que le conseil a fait pour obtenir les documents en question après l'audition de l'affaire, de même que l'utilisation qu'il en a faite, s'apparente vraiment beaucoup à la démarche que font fréquemment les cours de justice ordinaires lorsqu'elles prennent connaissance d'office de faits et de renseignements qui sont de notoriété publique. Nous pensons que ce qui précède illustre cette similitude et montre qu'il n'y a eu, de fait, aucun déni de justice naturelle en l'espèce.

Il semble donc que le fait pour un organisme d'utiliser des documents provenant de sources gouvernementales connues du public qui complètent, vu leur nature, les documents que les parties elles-mêmes ont fournis à l'organisme ne constitue pas en soi une violation des règles de justice naturelle.

Dans *Canadien Pacifique Ltée c. British Columbia Forest Products Ltd.*, [1981] 2 C.F. 745 (C.A.), affaire dans laquelle la Commission canadienne des transports n'avait pas donné à une partie l'occasion de réfuter des éléments de preuve obtenus après la clôture de l'instruction, la présente Cour a dit (à la page 757):

Le paragraphe 23(4) de la *Loi nationale sur les transports* exige qu'il y ait une audition avant que la Commission puisse juger qu'un «taux» nuit à l'intérêt public. Selon nous, une telle audition requiert au moins que l'on observe les éléments minimums de justice naturelle relatifs au droit de se faire entendre. Or les appelantes n'ont pas eu l'occasion d'exprimer leur point de vue face aux résultats de l'enquête que la Commission a menée sur le détournement de Duncan Bay après l'audition. Ces exigences minimums n'ont donc pas été observées. Il y a donc eu non seulement déni de justice naturelle, mais aussi inobservation de la prescription légale de procéder par voie d'audition. Il s'ensuit que la décision de la Commission est nulle.

Il semblerait ressortir de ce dernier fait important qu'un tribunal doit s'être fié à la preuve reçue après l'instruction.

The authorities most favourable to the applicant are *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456 and *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105. In *Pfizer*, Pigeon J. said shortly for the Court (at page 463): "It is clearly contrary to those rules [the rules of natural justice] to rely on information obtained after the hearing was completed without disclosing it to the parties and giving them an opportunity to meet it." In *Kane*, a case involving a disciplinary suspension of a university professor, the issue was much more fully canvassed. The university president, who had initially imposed the suspension, attended the appeal hearing as a member of the Board of Governors, and provided additional information to the board in response to questions after the close of the hearing, although he did not participate in deliberations or vote on the decision. The board affirmed the suspension.

Dickson J. (as he then was), after enunciating the principle that "[a] high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake" (at page 1113), went on to state (at pages 1113-1116):

5. It is a cardinal principle of our law that, unless expressly or by necessary implication, empowered to act *ex parte*, an appellant [*sic*] authority must not hold private interviews with witnesses ... or, *a fortiori*, hear evidence in the absence of a party whose conduct is impugned and under scrutiny. Such party must, in the words of Lord Denning in *Kanda v. Government of the Federation of Malaya* ([1962] A.C. 322), at p. 337, "... know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them ... Whoever is to adjudicate must not hear evidence or receive representations from one side behind the back of the other." ...

6. The court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, *supra*, at p. 337. In the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny following the dinner adjournment. ... We are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

Les décisions qui sont les plus favorables à la requérante sont *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456 et *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105. Dans l'arrêt *Pfizer*, le juge Pigeon a déclaré succinctement pour la Cour (à la page 463): «[i]l est nettement contraire à ces règles [aux règles de justice naturelle] de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter». Dans l'arrêt *Kane*, qui concernait la suspension de nature disciplinaire d'un professeur d'université, la question a été examinée plus longuement. Le président de l'université, qui avait infligé la suspension, a ensuite assisté à l'audition de l'appel comme membre du conseil d'administration et a fourni des renseignements supplémentaires au conseil en réponse à des questions qui lui avaient été posées après la clôture de l'audition, bien qu'il n'eût pas participé aux délibérations ni pris part au vote. Le conseil a entériné la suspension.

Après avoir énoncé le principe selon lequel «[u]ne justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu» (à la page 1113), le juge Dickson (alors juge puîné) a ajouté ceci (aux pages 1113 à 1116):

5. C'est un principe fondamental de notre droit qu'à moins d'être autorisée à agir *ex parte* de façon expresse ou nettement implicite, une juridiction d'appel ne doit pas avoir d'entretiens privés avec les témoins ... ou, *a fortiori*, entendre des témoignages en l'absence de la partie dont la conduite contestée fait l'objet de l'examen. Cette partie doit, selon lord Denning dans *Kanda v. Government of the Federation of Malaya* ([1962] A.C. 322), à la p. 337 [TRADUCTION] «... connaître la preuve réunie contre [elle]. [Cette dernière] doit être informé[e] des témoignages et des déclarations qui l'intéressent et avoir la possibilité de les rectifier ou de les contredire ... quiconque appelé à rendre une décision ne doit pas recueillir des témoignages ou entendre des arguments d'une partie dans le dos de l'autre.» ...

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Voir *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, précité, à la p. 337. En l'espèce, la Cour ne peut conclure qu'aucun préjudice n'était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny après l'ajournement pour le dîner. ... Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

It seems clear that the first assertion in point 6 in the above quotation cannot be given its full extension, and that the two parts of the first sentence are intended to be read together. A court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties when it might have done so. Or, put another way, it will inquire whether the evidence might have worked to the prejudice of one of the parties. A showing either of actual prejudice or of the possibility of prejudice is sufficient to constitute a violation of *audi alteram partem*. That seems indeed to be the basis on which the Court acted in *Kane*: “[i]n the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny.” As Ritchie J., in dissent, emphasized in analyzing the facts, the appellant considered that the facts as given in the President’s statement “could be construed adversely to him and he had no opportunity to answer” (at page 1121, emphasis added).

The notion of adverse effect is in fact central to *audi alteram partem*. In the words of Gonthier J. for the majority in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at page 339:

Since its earliest development, the essence of the *audi alteram partem* rule has been to give the parties a “fair opportunity of answering the case against [them]”: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, [4th ed. 1980], *supra* at p. 158. It is true that on factual matters the parties must be given a “fair opportunity . . . for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view”: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, at p. 182; see also *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, at pp. 133 and 141, and *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at p. 1113. [Emphasis added.]

Certainly, this Court in *Re Cardinal Insurance Co. and Minister of State (Finance)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693 saw prejudicial effect on a party as essential. In that case the Minister had held a meeting, in the absence of an insurance company, with a reinsuring company in an effort to obtain a settlement. Immediately after quoting Dickson J.’s

Il semble clair qu’on ne peut donner à la première affirmation contenue au point 6 dans l’extrait précité toute sa portée, et que les deux parties de la première phrase sont conçues pour être rapprochées. Un tribunal ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l’une des parties lorsqu’elle pourrait l’avoir fait. En d’autres termes, il cherchera à savoir si la preuve pourrait avoir joué au détriment de l’une des parties. L’existence d’un préjudice réel ou d’une possibilité de préjudice suffit à constituer une violation de la règle *audi alteram partem*. Cela semble effectivement être l’élément sur lequel la Cour suprême a fondé sa décision dans l’arrêt *Kane*: «[e]n l’espèce, la Cour ne peut conclure qu’aucun préjudice n’était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny». Comme le juge Ritchie (dissident) l’a souligné dans l’analyse des faits, l’appelant a estimé que les faits relatés dans la déclaration du président «pourraient être interprétés à son encounter sans qu’il ait eu la possibilité de les réfuter» (à la page 1121, c’est moi qui souligne).

La notion d’effet défavorable constitue le pivot de la règle *audi alteram partem*. Comme l’a dit le juge Gonthier, qui s’exprimait au nom de la majorité, dans l’arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la page 339:

Depuis sa première formulation, la règle *audi alteram partem* vise essentiellement à donner aux parties une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre [elles]»: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action* [4<sup>e</sup> éd., 1980], précité, à la p. 158. Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable [. . .] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue»: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, à la p. 182; voir également *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, aux pp. 133 et 141, et *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113. [C’est moi qui souligne.]

La présente Cour a pour sa part conclu dans l’arrêt *Re la Compagnie d’assurance Cardinal et le Ministre d’État (Finances)* (1982), 138 D.L.R. (3d) 693 qu’il était essentiel qu’on ait porté préjudice à une partie. Dans cette affaire, le ministre avait convoqué, en l’absence d’une compagnie d’assurance, une réunion avec une compagnie de réassurance en vue d’en arriver à un règlement. Immédiatement après avoir cité le cinquième point mentionné par le juge Dickson dans l’arrêt *Kane*,

fifth point from *Kane, supra*, Urie J.A. wrote for the Court at pages 706-707:

Certainly there can be no quarrel with that proposition but, in my opinion, there was no breach thereof by the Minister in this case. No evidence was taken nor was anything done at the meeting which prejudicially affected Cardinal. As has been stated, what was done was an endeavour to persuade Union to honour its treaties or to make a settlement with Cardinal which would preclude the necessity for action by the Minister. He had already heard the evidence and representations of all concerned. What Union said at the meeting was, as far as the record shows, merely a repetition of what it had said before. I do not think that his failure to include Cardinal in the settlement discussions with Union ought, in the circumstances, to vitiate the whole proceeding.

Unlike the Tariff Board in *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs & Excise* (1975), 68 D.L.R. (3d) 9, [1977] S.C.R. 456, 24 C.P.R. (2d) 195, where the board referred to two texts in its decision which were not put in evidence or referred to at the hearing before the board, no evidence not known to Cardinal was elicited in this case.

The same comment applies in respect of *R. v. Deputy Industrial Inquiries Com'r, Ex p. Jones*, [1962] 2 Q.B. 677, and *Kanda v. Government of Federation of Malaya*, [1962] 2 A.C. 322, in both of which evidence was received by the tribunal which was prejudicial to the person concerned, without their being made aware of it and being given an opportunity to respond. If any new evidence was heard by the Minister at the February 16th meeting, and it does not appear that there was, it was not prejudicial to Cardinal. In fact the opposite is true. The efforts of the Minister and his officials were directed to attempting to negotiate a settlement. An offer of settlement was in fact obtained and was conveyed to Cardinal and rejected by it. Such efforts cannot be characterized as prejudicial.

Hence the Court found no violation of *audi alteram partem*.

A Saskatchewan court seems to have come to a similar interpretation of *Kane: Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (Q.B.). In that case Armstrong J. held (at page 21):

In my view the improperly received evidence might well have prejudiced Murray in this case. In fact if the opinion of Dr. Abdulla means what the applicants think it means (and I do not know that it does) the Tribunal must have been influenced by the material improperly before it, to decide as it did.

That was also the line taken by this Court in *Hecla Mining Company of Canada v. Cominco Ltd. and Canada (Minister of Indian Affairs and Northern*

précité, le juge Urie de la Cour d'appel a écrit au nom de la Cour aux pages 706 et 707:

On ne peut certes pas contester ce principe, mais, à mon avis, le ministre n'a violé aucun principe de justice naturelle en l'espèce. Aucun témoignage n'a été recueilli à la réunion et rien de ce qui s'y est passé n'a porté préjudice à Cardinal. Comme indiqué plus haut, il s'agissait d'un effort visant à convaincre L'Union de respecter ses engagements ou de conclure un règlement avec Cardinal de façon à éviter une intervention du ministre. Celui-ci avait déjà entendu les témoignages et les observations de tous les intéressés. Selon le dossier, L'Union a simplement répété à cette réunion les arguments qu'elle avait présentés auparavant. Le défaut du ministre d'inviter Cardinal à participer aux discussions portant sur le règlement ne vicie pas, selon moi, l'ensemble de la réunion.

À l'opposé de l'affaire *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1975), 68 D.L.R. (3d) 9, [1977] R.C.S. 456, 24 C.P.R. (2d) 195, où la Commission du tarif citait dans sa décision deux documents qui n'avaient pas été ni versés au dossier ni mentionnés à l'audience, aucune nouvelle preuve, ignorée de Cardinal, n'a été administrée en l'espèce.

La même remarque s'applique à *R. v. Deputy Industrial Inquiries Com'r, Ex p. Jones*, [1962] 2 Q.B. 677, et à *Kanda v. Government of Federation of Malaya*, [1962] 2 A.C. 322, affaires dans lesquelles le tribunal administratif a admis une preuve préjudiciable à l'intéressé sans que ce dernier le sache et sans lui donner la possibilité de la réfuter. Si le ministre a entendu des nouvelles preuves à la réunion du 16 février, ce qui n'est manifestement pas le cas, elles n'ont pas eu pour effet de préjudicier à Cardinal. En fait, ce serait plutôt le contraire. Le ministre et les fonctionnaires du ministère ont concentré leurs efforts sur la négociation d'un compromis. Ils ont effectivement obtenu de L'Union une offre de règlement qu'ils ont transmise à Cardinal, mais que cette dernière a rejetée. On ne peut qualifier ces efforts de préjudiciables.

La Cour a donc conclu que la règle *audi alteram partem* n'avait pas été violée.

Une cour de la Saskatchewan semble avoir donné une interprétation similaire de l'arrêt *Kane: Canadian Union of Public Employees (Civic Employees' Union, Local 21) and Murray v. Regina (City) et al.* (1989), 81 Sask. R. 16 (B.R.). Dans cette affaire, le juge Armstrong a déclaré (à la page 21):

[TRADUCTION] À mon avis, il se pourrait bien que les éléments de preuve obtenus de façon irrégulière aient été préjudiciables à Murray en l'espèce. En fait, si l'opinion du Dr Abdulla a le sens que les requérants lui prêtent (et je ne sais pas si c'est le cas), le Tribunal doit avoir été influencé par les éléments de preuve qui lui ont été soumis de façon irrégulière, pour se prononcer comme il l'a fait.

C'est également la conclusion à laquelle est arrivée la présente Cour dans *Hecla Mining Company of Canada c. Cominco Ltd. et Canada (Ministre des*



*Development*) (1988), 116 N.R. 44, where Hugessen J.A. wrote (at page 45):

We did require submissions from the respondents on the applicant's allegation that the Minister had failed to follow the rules of natural justice. We find that allegation to be substantiated. The record shows that, after the parties had completed their submissions, the Minister received a letter from the Mining Recorder which contained a number of assertions of fact and opinions which were incorporated by the Minister into his decision almost verbatim. That letter was never communicated to the parties prior to the decision. It was largely unfavourable to the applicant's pretensions.

In the circumstances, following *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, the Court refused to try to conclude that the ministerial decision might in any event have been to the same effect, and accordingly struck it down.

In my opinion, this review of the case law indicates the fallacy of the applicant's argument. Contrary to its contention that a court will not inquire into the question of prejudice, all of the authorities which focus on the matter show that the question of the possibility of prejudice is the fundamental issue: *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union, and Hecla Mining*.

If the possibility of prejudice must be looked to, what, then, do the facts show in the case at bar? Much of the information Latraverse received was repetitive of, or supplementary to, the hearings, and so, as in *Schiff*, not a matter of denial of natural justice. Even the applicant alleged only the lack of a positive opportunity to exploit favourable information, not the absence of an occasion to respond to unfavourable information. The authorities, moreover, have taken "prejudicial" in the sense of "adverse effect".

The largest factor, however, militating against the applicant's argument is that there is not a shred of evidence that any of the information received by Latraverse had any influence whatsoever on the Board's decision, that is to say, on the decision of the Board majority. Two of the Board majority appear to have been aware that he had obtained some additional information, but not of

*Affaires indiennes et du Nord canadien*) (1988), 116 N.R. 44 où le juge Hugessen de la Cour d'appel a écrit (à la page 45):

Nous avons effectivement demandé aux intimés de présenter leurs observations relativement à l'allégation de la requérante selon laquelle le ministre avait omis de suivre les règles de justice naturelle. Nous trouvons que l'allégation est bien fondée. Il ressort du dossier que, après que les parties eurent fourni leurs observations, le ministre a reçu une lettre du registraire minier contenant un certain nombre d'allégations de faits et d'avis que le ministre a inclus dans sa décision presque textuellement. Cette lettre n'a jamais été transmise aux parties avant la prise de la décision. Elle était grandement défavorable aux prétentions de la requérante.

Dans les circonstances, suite à l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, la Cour a refusé de chercher à conclure que la décision du ministre pourrait de toute façon avoir été la même et l'a, par conséquent, annulée.

À mon sens, cet examen de la jurisprudence fait ressortir le caractère erroné de l'argument de la requérante. Celle-ci a prétendu qu'un tribunal ne se penchera pas sur la question du préjudice; or il ressort de toutes les décisions qui traitent de la question que la possibilité qu'il existe un préjudice est déterminante: *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union, et Hecla Mining*.

Puisqu'il faut se demander s'il est possible qu'il existe un préjudice, que révèlent alors les faits de la présente espèce? Les renseignements que M. Latraverse a obtenus ne faisaient, pour la plupart, que répéter ou compléter ce qui s'était dit aux audiences et, comme dans l'arrêt *Schiff*, ils n'ont entraîné aucun déni de justice naturelle. Même la requérante s'est bornée à prétendre qu'on avait omis de lui donner l'occasion, non pas de réfuter des renseignements défavorables, mais d'exploiter des renseignements favorables. En outre, le terme «préjudiciable» a reçu le sens d'«effet défavorable» dans ces décisions.

Le principal facteur qui milite contre l'argument de la requérante réside toutefois dans le fait qu'il n'y a pas la moindre preuve que les renseignements obtenus par M. Latraverse ont eu une influence quelconque sur la décision de la Commission, c'est-à-dire sur la décision des commissaires majoritaires. Deux des commissaires majoritaires ont semblé savoir que M. Latraverse avait obtenu des

its content. There is not a single reference in the Board's decision, direct or indirect, to any extra-hearing evidence. Latraverse simply was off on a frolic of his own, which seems not to have impinged at all on the minds of the majority.

Not only is there no case law which holds that the separate activities of a dissenting Board member can, without more, taint the deliberations of the majority, but I believe the *Canadian Pacific* case in this Court stands for the proposition that an applicant must show that the Board "placed at least some reliance on the information" in question (at page 757). Here there is no evidence at all of such reliance. Indeed, quite the contrary.

If a final word needs to be said, let it be that an inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision under paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act*. In *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334, at page 342, Hugessen J.A., after setting out the text of subsection 28(1), commented as follows:

In my view, nothing in the words used makes them other than attributive of jurisdiction. They create the power in the Court to set aside decisions which offend in one of the stated ways but do not impose a duty to do so in every case.

This appears also, I would suggest, from the wording of section 52, which describes the dispositions which are open to the Court on a section 28 application. The opening words are: "The Court of Appeal may. . ." They are clearly permissive and nowhere is there a suggestion that the Court must act whenever it finds an error of law.

This is not to say that the Court is entitled to decline to exercise the jurisdiction which is given to it by sections 28 and 52, but simply that there is nothing in the language of the statute obliging the Court to grant the remedy sought where it is inappropriate to do so. While it can no doubt be argued that the statute creates certain rights for the litigant, it does so by granting powers to the Court and the latter must remain the master of whether or not they are to be exercised in any particular case.

In my view, the Board made no error of law by infringing the principle of *audi alteram partem* in

renseignements complémentaires, sans pour autant en connaître la teneur. Dans la décision de la Commission, on ne fait pas la moindre allusion, directe ou indirecte, à des éléments de preuve obtenus en dehors du cadre des audiences. M. Latraverse a tout simplement pris l'initiative d'une démarche qui ne semble nullement avoir influencé l'opinion de la majorité.

Non seulement aucun tribunal n'a statué que les activités indépendantes d'un commissaire dissident peuvent, pour cette seule raison, vicier les délibérations de la majorité, mais je pense que la décision rendue par la présente Cour dans l'arrêt *Canadien Pacifique* appuie la thèse selon laquelle une partie requérante doit établir que la Commission «s'est fiée au moins dans une certaine mesure à l'information» en question (à la page 757). En l'occurrence, rien ne permet de tirer cette conclusion, bien au contraire.

Une dernière précision mérite peut-être d'être donnée: l'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans l'arrêt *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334, à la page 342, le juge Hugessen de la Cour d'appel, après avoir cité le paragraphe 28(1), a fait le commentaire suivant: À mon avis, il s'agit là de rien d'autre qu'une disposition attributive de compétence. Elle confère à la Cour le pouvoir d'annuler les décisions entachées de l'un des vices mentionnés, sans pour autant lui imposer l'obligation de le faire dans chaque cas.

C'est ce qui se dégage aussi, d'après moi, de la formulation de l'article 52 qui énonce les possibilités qui s'offrent à la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 28. L'article 52 débute de la façon suivante: «La Cour d'appel peut . . .». Ces mots créent manifestement une faculté et rien n'indique que la Cour est tenue d'agir chaque fois qu'elle conclut à l'existence d'une erreur de droit.

Ce n'est pas là dire que la Cour peut refuser d'exercer la compétence que lui attribuent les articles 28 et 52; c'est simplement que les termes de la Loi ne l'obligent pas à accorder le redressement sollicité s'il n'y a pas lieu de le faire. On peut sans doute prétendre que la Loi confère certains droits au requérant, mais elle le fait par l'attribution de pouvoirs à la Cour et il appartient exclusivement à celle-ci de déterminer si, dans un cas d'espèce, ces pouvoirs doivent être exercés.

Selon moi, la Commission n'a commis aucune erreur de droit en contrevenant à la règle *audi*

this case, but if, hypothetically, the actions of Latraverse could somehow be attached to the whole of the Board, I think any error attributable to the Board would be inconsequential, a mere technical breach, and should not be a basis for judicial reversal. The authorities have all required a real possibility that the result was affected.

As it was put by Dickson J. (as he then was) in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at page 631:

8. In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

I have no doubt that in the case at bar the Board acted fairly towards the applicant.

### III

The applicant also alleged that the Board had violated the rule of natural justice against a reasonable apprehension of bias by reason of Latraverse's receiving of extra-hearing information. The authority principally relied upon is *Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners* (1987), 53 Sask. R. 35 (C.A.).

On the facts of that case a police constable had been dismissed after having been found guilty at two separate hearings of, first, falsifying a claim for overtime and, second, various disciplinary infractions with respect to alcohol. Both meetings were chaired by the Mayor. After the charges had been laid, one of the principal witnesses on the second set of charges had come to the Mayor's office to talk about her motives for lodging the complaints, and had responded affirmatively to the Mayor's question as to whether the constable had done the things alleged against him. Another member of the Board of Police Commissioners had withdrawn from the second hearing because his daughter was to be a witness against the constable

*alteram partem* en l'espèce, mais dans l'hypothèse où les actes de M. Latraverse pourraient, pour une raison ou pour une autre, être imputés à la Commission dans son ensemble, je pense qu'une erreur attribuable à la Commission serait sans conséquence, constituerait un simple manquement à la procédure, et ne devrait pas justifier l'annulation de la décision. Dans toutes les causes citées, il fallait qu'il y ait une réelle possibilité que le résultat soit modifié.

Comme l'a dit le juge Dickson (alors juge puîné) dans *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la page 631:

8. En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

Il ne fait aucun doute que dans la présente espèce, la Commission a agi équitablement envers la requérante.

### III

La requérante a d'autre part prétendu que la Commission avait enfreint la règle de justice naturelle relative à la crainte raisonnable de partialité en raison de l'obtention par M. Latraverse de renseignements en dehors du cadre des audiences. Le principal arrêt invoqué à l'appui de cette prétention est *Spence v. Spencer and Prince Albert Board of Police Commissioners* (1987), 53 Sask. R. 35 (C.A.).

Dans cette affaire, un agent de police avait été congédié après avoir été reconnu coupable, lors de deux audiences séparées, premièrement d'avoir falsifié une demande de surtemps et, deuxièmement, d'avoir commis divers manquements à la discipline reliés à l'alcool. Les deux réunions avaient été présidées par le maire. Après le dépôt des accusations, l'un des principaux témoins relativement à la deuxième série d'accusations s'était rendu dans le bureau du maire pour lui exposer les raisons pour lesquelles elle avait porté plainte et avait répondu par l'affirmative à la question que lui avait posée le maire quant à savoir si le policier avait effectivement commis les actes qu'on lui reprochait. Un autre membre de la Commission de police s'était

on the second infraction, but continued on the first hearing.

Vancise J.A. stated for the Court (at pages 41-43):

The law is well settled that a quasi-judicial tribunal like the Police Commissioners is subject to the rules of natural justice which are, after all, only "fair play in action": (*Ridge v. Baldwin*, [1962] 1 All E.R. 834, at 850). The rule against bias is one of the most fundamental elements of natural justice. A person accused is entitled to have his cause determined by an impartial tribunal which is untainted with the knowledge of facts or with a predisposition to a particular point of view which might affect the result. The policy underlying this principle is that justice must not only be done but must manifestly and undoubtedly be seen to be done. (See *R. v. Sussex Justices Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.) A breach of the rule against bias will generally result in the statutory delegated authority losing jurisdiction and will render the administrative action void and subject to judicial review. The respondent submits that there is no real or apprehended bias by reason that the chairman did not discuss "specific" allegations against the appellant.

The chambers judge in considering this matter found that no actual bias was established and concluded that there was "no real likelihood of bias". In arriving at that conclusion he considered a number of factors, including the following:

- (1) Mr. Spencer was not sitting alone. He was a member of a panel;
- (2) He did not seek out Miss Ahenakew;
- (3) She did not go into all the facts;
- (4) The meeting with the chairman was initiated by Miss Ahenakew and was a "chance encounter";
- (5) The chairman was not actually engaged in the investigation of the allegations made against the appellant;
- (6) There was nothing in the evidence to indicate a pre-disposition or partiality or prejudice.

With respect, that approach begs the question.

It is not necessary to demonstrate that the chairman was actually biased. The test is whether there was a reasonable apprehension of bias.

The test is whether a reasonable person would believe there is a real danger of bias or whether there would be a reasonable suspicion of bias even though unintended. As the Chief Justice stated, "This test is grounded in a firm concern that there be no lack of public confidence in the impartiality of adjudicative agencies . . ." The public policy consideration which requires the appearance of justice focuses on perceptions. A perception of a reasonable apprehension of bias, even though there is no real likelihood of bias, is all that is required to cause the Police Commissioners to lose jurisdiction. Here, the person who provided the information to the Police Department which started

abstenu de siéger à la deuxième audience parce que sa fille devait témoigner contre le policier au sujet de la deuxième infraction, mais avait continué de siéger à la première audience.

<sup>a</sup> Le juge Vancise de la Cour d'appel a déclaré au nom de la Cour (aux pages 41 à 43):

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit qu'un tribunal quasi-judiciaire comme la Commission de police doit respecter les règles de justice naturelle, ce qui équivaut, après tout, «à jouer franc jeu»: (*Ridge v. Baldwin*, [1962] 1 All E.R. 834, à la p. 850). La règle concernant la partialité est l'un des éléments les plus fondamentaux de la justice naturelle. Tout inculpé a le droit d'exiger que sa cause fasse l'objet d'une décision impartiale, qui ne soit pas viciée par des facteurs susceptibles de modifier le résultat comme la connaissance de faits par le tribunal ou une prédisposition de celui-ci à un point de vue particulier. Le fondement de ce principe, c'est que non seulement justice doit être rendue, mais il doit aussi être manifeste et indubitable qu'elle a été rendue: voir *R. v. Sussex Justices Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.) L'inobservation de la règle concernant la partialité fait généralement en sorte que le titulaire du pouvoir délégué par la loi perd sa compétence, et que la décision administrative devient nulle et sujette au contrôle judiciaire. Les intimés prétendent qu'il n'y a pas de partialité réelle, ni de crainte de partialité parce que le président n'a pas discuté des allégations «spécifiques» formulées contre l'appellant.

<sup>e</sup> Le juge en chambre qui a été saisi de l'affaire a constaté qu'aucune partialité réelle n'avait été établie et a conclu qu'il n'y avait «pas de probabilité réelle de partialité». Il est arrivé à cette conclusion après avoir pris en considération divers facteurs, dont ceux-ci:

- (1) M. Spencer ne siégeait pas seul. Il faisait partie d'un comité.
- (2) Il n'a pas cherché à rencontrer Mlle Ahenakew.
- (3) Cette dernière n'est pas entrée dans les détails.
- (4) C'est Mlle Ahenakew qui a engagé la conversation avec le président et ce fut une «rencontre fortuite».
- (5) Le président n'a pas véritablement participé à l'examen des allégations formulées contre l'appellant.
- (6) Il ne ressort de la preuve ni prédisposition, ni partialité, ni réjudice.

En toute déférence, cette approche élude la question.

<sup>h</sup> Il n'est pas nécessaire d'établir que le président était réellement partial. Le critère est de savoir s'il y a une crainte raisonnable de partialité.

Le critère est de savoir si une personne raisonnable peut penser qu'il y a un danger réel de partialité ou s'il peut exister une crainte raisonnable de partialité, quelque involontaire qu'elle soit. Comme le juge en chef l'a déclaré, «[c]e critère se fonde sur la préoccupation constante qu'il ne faut pas que le public puisse douter de l'impartialité des organismes ayant un pouvoir décisionnel . . .». Le facteur d'intérêt public qui exige l'apparence de justice est fondé sur des perceptions. La perception d'une crainte raisonnable de partialité, même en l'absence de toute probabilité réelle de partialité, suffit à faire perdre à la Commission de police sa compétence. En l'espèce, la personne

the inquiry, the principal witness before the Commission, met privately with the chairman in advance of the hearing. In that meeting she discussed the allegation contained in the charge in a general way, but what is significant is that when asked by the chairman whether the allegations were true, she answered in the affirmative. In my opinion, the facts in this case constitute in law a reasonable apprehension of bias. A reasonable well-informed person would have a reasonable apprehension of bias where the chairman has spoken privately with a principal witness in a cause. Dickson, J., speaking for the authority [*sic*] in *Kane v. Board of Governors of University of British Columbia* . . . considered this very question.

He concluded that there was a breach of the rules of natural justice and that the Court did not have to inquire into whether the evidence obtained in the private interview did work to the prejudice of one of the parties. It was sufficient if it might have worked to the prejudice of one of the parties. In the present case, we have no knowledge of what was specifically said by Miss Ahenakew to the chairman because her evidence was vague and she could not remember what she said. It is clear, however, that she did talk about the complaint and equally clear that she stated the allegations in the charge were true. In my opinion, the chambers judge erred in deciding that there was no reasonable apprehension of bias and no breach of the rules of natural justice.

The appellant alleges that the participation by the chairman and Norman McCallum in the first hearing in view of the fact that Mr. McCallum's daughter was a witness at the second hearing and that the mayor had spoken privately to the principal witness of the second hearing, and that both decisions were rendered on the same date, raises a reasonable apprehension of bias in the first as well as the second decision.

As previously noted, it is not necessary to show that participation by those two members or the participation by one or either of them affected the results. It is enough if there is an apprehension that the "judge" might not act in an impartial manner. Mr. McCallum disqualified himself on the second of the hearings presumably on the ground that his daughter was to be a witness. Even though she was not to be a witness at the first hearing and the issue was different, it was still related to the professional conduct of the appellant. There is a reasonable apprehension that the participation by his daughter in the misconduct alleged to have been committed by the appellant could have affected his impartiality in deciding the charge. The same comments apply to the chairman. The appellant alleges that there is a reasonable apprehension the two commissioners did not judge him in a fair and impartial manner by reason of the prior knowledge. He alleges a "probability or reasoned suspicion of bias and judgment, unintended though it be". (Rand, J. in *Szilard v. Szasz*, supra, p. 373.) I agree. In both cases, the possibility of these members of the Police Commission obtaining information concerning the appellant prior to the hearing from these witnesses which could affect their impartial appraisal of the issues is sufficient to raise a reasonable apprehension of bias and a denial of natural justice.

qui a fourni l'information au service de police qui a commencé l'enquête, à savoir le principal témoin qui a comparu devant la Commission, a rencontré le président en privé avant l'audience. Durant cet entretien, elle a parlé en termes généraux des allégations contenues dans l'accusation, mais ce qu'il est important de noter, c'est que lorsque le président lui a demandé si les allégations étaient vraies, elle a répondu par l'affirmative. Selon moi, les faits de la présente espèce constituent en droit une crainte raisonnable de partialité. Une personne raisonnablement bien informée aurait une crainte raisonnable de partialité si elle savait que le président a parlé en privé avec un témoin important dans une cause. Le juge Dickson, qui parlait pour la Cour dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, . . . a étudié la question.

Il a conclu qu'il y avait eu un manquement aux règles de justice naturelle et que la Cour n'avait pas à chercher à savoir si la preuve obtenue durant l'entretien privé avait joué au détriment de l'une des parties. Il suffisait que cette possibilité existe. Dans la présente espèce, nous ne savons pas exactement ce que Mlle Ahenakew a dit au président parce que son témoignage était imprécis et qu'elle ne pouvait pas se souvenir de ce qu'elle avait dit. Il est évident, toutefois, qu'elle a parlé de la plainte et qu'elle a déclaré que les allégations contenues dans l'accusation étaient vraies. À mon sens, le juge en chambre a commis une erreur en statuant qu'il n'y avait pas de crainte raisonnable de partialité et qu'il n'y avait eu aucun manquement aux règles de justice naturelle.

Selon l'appellant, le fait que le président et Norman McCallum aient participé à la première audience, compte tenu du fait que la fille de M. McCallum devait témoigner durant la deuxième audience, que le maire s'était entretenu en privé avec le principal témoin de la deuxième audience, et que les deux décisions avaient été rendues le même jour, soulève une crainte raisonnable de partialité en ce qui a trait aussi bien à la première décision qu'à la deuxième décision.

Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas nécessaire de prouver que la participation de ces deux membres, ou de l'un d'eux, a modifié les résultats. Il suffit qu'on puisse craindre que le «juge» n'a pas agi avec impartialité. M. McCallum s'est déclaré inhabile à siéger à la deuxième audience, vraisemblablement parce que sa fille devait être citée comme témoin. Même si elle ne devait pas témoigner durant la première audience et que la question était différente, on débattait quand même la conduite professionnelle de l'appellant. On peut raisonnablement craindre que la participation de la fille de M. McCallum à la faute reprochée à l'appellant a pu entacher la décision de M. McCallum de partialité. Les mêmes remarques s'appliquent au président. L'appellant prétend qu'il y a une crainte raisonnable que les deux commissaires ne l'ont pas jugé de manière équitable et impartiale à cause de ce qu'ils savaient déjà. Il soutient qu'il y a une [TRADUCTION] «probabilité ou une crainte raisonnable de partialité dans le jugement, quelque involontaire qu'elle soit» (le juge Rand dans *Szilard c. Szasz*, supra, p. 373). Je partage cet avis. Dans les deux cas, la possibilité que ces deux membres de la Commission de police aient obtenu, avant la comparution de ces témoins, des renseignements sur l'appellant qui pourraient nuire à leur appréciation impartiale des questions, suffit à donner naissance à une crainte raisonnable de partialité et à entraîner un déni de justice naturelle.

Although I have no doubt that *Spence v. Spencer* was correctly decided, I find it necessary to enter two caveats. First, Dickson J. in *Kane* seems to have addressed his remarks to the *audi alteram partem* rule rather than to the *nemo iudex* principle.<sup>3</sup> Second, as I have already established, Dickson's words must be understood to require judicial scrutiny as to the possibility of prejudice. In *Spence v. Spencer*, in the case of the Mayor (which is the closer to the facts in the case at bar), the witness's affirmation that the constable had committed the act alleged was a statement highly prejudicial to him, going to the very heart of the case. In those circumstances, since the principle of reasonable apprehension of bias requires essentially a judgment on appearances from the viewpoint of a reasonable person, the Court correctly found a reasonable apprehension of bias to exist even in the absence of any evidence as to the effect on the Mayor. In my view, however, this conclusion rests on the foundation of prejudicial evidence.

It was common ground to the parties that bias need not be pecuniary. As was said by Hughes J. in *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (Sask. Q.B.), at pages 143-144 quoting Freedman J.A. (as he then was) in *Re Gooliah and Minister*

<sup>3</sup> Dickson J. pointed out (at p. 1110) that at Trial "[t]he main thrust of the case advanced on behalf of Dr. Kane was that no man could be a judge in his own cause. . . ." The Court of Appeal upheld the Chambers judge in rejecting an argument based upon that principle. Dickson J. went on to say (at pp. 1110-1111):

Rejected also [by the Court of Appeal] was a second submission, apparently not advanced expressly in the Court of first instance, impugning the presence and conduct of the University President during the deliberations of the Board, after Dr. Kane and his counsel had withdrawn. This argument rested upon the fact that the President testified or gave evidence during the postprandial session in the absence of Doctor Kane. It is contended that this amounted to a breach of the principles of natural justice and a failure to observe the rule expressed in the maxim *audi alteram partem*. It is to that argument that I now turn because, in my view, it is one to which the University can give no compelling answer. If this ground of appeal succeeds, as I think it must, it is unnecessary to address the argument resting upon the dual role of the President, the maxim *nemo iudex in causa sua*, and the ramifications of the *King*, *French* and *Ringrose* decisions.

Je suis convaincu que la décision rendue dans l'arrêt *Spence v. Spencer* est la bonne, mais j'estime nécessaire de faire deux mises en garde. Premièrement, les remarques du juge Dickson dans l'arrêt *Kane* semblent se rapporter à la règle *audi alteram partem* plutôt qu'au principe *nemo iudex*.<sup>3</sup> Deuxièmement, comme je l'ai déjà établi, le juge Dickson a voulu dire que les tribunaux doivent examiner la possibilité qu'il existe un préjudice. Dans *Spence v. Spencer*, en ce qui concerne le maire (dont le cas s'apparente davantage aux faits de la présente espèce), l'affirmation du témoin selon laquelle le policier avait commis l'acte qu'on lui reprochait était une déclaration qui était très préjudiciable à ce dernier puisqu'elle allait au cœur même de l'affaire. Dans ces circonstances, comme le principe de la crainte raisonnable de partialité n'exige qu'une opinion fondée sur les apparences aux yeux d'une personne raisonnable, la Cour a décidé à bon droit qu'il existait une crainte raisonnable de partialité même en l'absence de toute preuve quant à l'incidence de cette déclaration sur le maire. À mon sens, toutefois, cette conclusion repose sur l'existence d'une preuve préjudiciable.

Les parties savaient toutes deux que la partialité n'a pas besoin d'être due à un intérêt pécuniaire. Comme l'a dit le juge Hughes dans l'arrêt *Bateman v. McKay et al.*, [1976] 4 W.W.R. 129 (B.R. Sask.), aux pages 143 et 144, qui citait le juge

<sup>3</sup> Le juge Dickson a mentionné (à la p. 1110) que durant l'instruction, «le principal argument invoqué au nom de M. Kane [était] que nul ne peut être juge dans sa propre cause. . . ». La cour d'appel a confirmé la décision du juge en chambre de rejeter un argument fondé sur ce principe. Le juge Dickson a poursuivi en disant (aux p. 1110 et 1111):

[La Cour d'appel] a également rejeté une seconde allégation qui n'a apparemment pas été expressément soutenue devant le tribunal de première instance, et qui attaquait la présence et la conduite du président de l'Université au cours des délibérations du conseil, après que M. Kane et son avocat se sont retirés. Cet argument était fondé sur le fait que le président aurait témoigné au cours de la séance tenue après le repas en l'absence de M. Kane. On allègue que cela équivaut à une violation des principes de justice naturelle et à l'inobservation de la règle exprimée dans la maxime *audi alteram partem*. Je vais étudier cet argument dès maintenant car, à mon avis, il s'agit d'un argument auquel l'Université ne peut répondre de façon irrésistible. Si ce moyen d'appel est recevable, comme je pense qu'il l'est, il sera inutile d'examiner l'argument fondé sur le double rôle du président, la maxime *nemo iudex in causa sua* et les ramifications des arrêts *King*, *French* et *Ringrose*.

of *Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224 (Man. C.A.) at pages 227-228:

“Bias may be of two kinds. It may arise from an interest in the proceedings. That indeed is the kind of bias which is most frequently encountered in cases coming before the Courts. Sometimes it is a direct pecuniary or proprietary interest in the subject-matter of the proceedings. A person possessing such an interest is disqualified from sitting as a judge thereon. Sometimes the interest is not financial but arises from a connection with the case or with the parties of such a character as to indicate a real likelihood of bias.

This brings us to the second kind of bias—namely, actual bias in fact.”

A reasonable apprehension of non-pecuniary bias<sup>4</sup> must arise from “a connection with the case or with the parties.” It has to amount to an “interest in the subject-matter of the proceedings.” In other words, it can come into play only when the tribunal member appears to have some stake in, or predisposition toward, a particular outcome of the adjudication. In *Bateman* the tribunal member was exonerated because “the party who did the talking with the ultimate chairman was not someone directly concerned in the matter” (at page 142). The information there was at most enough “to allow him to form a tentative point of view as he stood on the threshold of the hearing” (at page 145).

That requirement identified in *Bateman* is wholly absent from the facts in the case at bar. However unfortunate his mistake in seeking extra-hearing information, Latraverse’s motivation was pure and he had no stake in the outcome beyond the best possible decision. The most that could be said for the applicant’s case is that the opinions of the two CRTC staff members may have given Latraverse, not a predisposition, but what I might

<sup>4</sup> In *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563 (C.A.), at p. 580, Marceau J.A. (concurring) includes in non-pecuniary bias “emotional type interests . . . such as kinship, friendship, partisanship, particular professional or business relationship with one of the parties, animosity towards someone interested, predetermined mind as to the issue involved, etc.”

Freedman de la Cour d’appel (alors juge puîné) dans *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration* (1967), 63 D.L.R. (2d) 224 (C.A. Man.), aux pages 227 et 228:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] «La partialité peut être de deux ordres. Elle peut découler d’un intérêt dans la poursuite. C’est, de fait, le genre de partialité que l’on voit le plus souvent dans les causes entendues par les tribunaux. Parfois, c’est un intérêt direct d’ordre pécuniaire ou venant d’un droit de propriété dans l’objet de la poursuite. Une personne qui possède un tel intérêt est <sup>b</sup> inhabile à siéger comme juge dans la cause en question. Parfois, l’intérêt n’est pas de nature financière, mais découle d’un lien avec la cause ou les parties, lien dont la nature est telle qu’il révèle l’existence d’une probabilité réelle de partialité.

<sup>c</sup> Cela nous amène au deuxième genre de partialité, à savoir la partialité de fait.

La crainte raisonnable de partialité due à un intérêt non pécuniaire<sup>4</sup> doit découler d’un [TRADUCTION] «lien avec la cause ou les parties». Elle doit <sup>d</sup> correspondre à un [TRADUCTION] «intérêt dans l’objet de la poursuite». En d’autres termes, elle peut intervenir uniquement lorsqu’un membre du tribunal semble avoir un intérêt ou une prédisposition quelconque pour une issue particulière de la cause. Dans l’arrêt *Bateman*, le membre du tribunal a été exonéré parce que [TRADUCTION] «la partie qui s’était entretenue avec le président ultime n’était pas directement touchée par l’affaire» (à la page 142). Dans cette affaire, l’information était tout au plus suffisante [TRADUCTION] «pour lui permettre de se forger provisoirement une opinion pendant qu’il se tenait sur le seuil de la salle d’audience» (à la page 145).

<sup>e</sup> Cette exigence identifiée dans l’arrêt *Bateman* est complètement absente des faits de l’espèce. Bien que M. Latraverse ait commis une erreur déplorable en cherchant à obtenir des renseignements en dehors du cadre des audiences, il l’a fait <sup>f</sup> avec les meilleures intentions et il n’avait aucun intérêt dans l’issue de la cause, si ce n’est le désir de rendre la meilleure décision possible. Tout ce que l’on pourrait dire en faveur de la requérante,

<sup>4</sup> Dans *Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l’énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563 (C.A.), à la p. 580, le juge Marceau de la Cour d’appel (qui a rendu des motifs concordants) inclut dans la partialité due à un intérêt non pécuniaire des «intérêts de type émotionnel . . . comme la parenté, l’amitié, la partialité, des relations professionnelles ou commerciales particulières avec l’une des parties, l’animosité envers une personne ayant un intérêt dans l’affaire, une opinion arrêtée sur la question en litige, etc.».

call a post-disposition, to reject specialty services as proxies. But this is a post-disposition favourable to the applicant's argument, and in my opinion it cannot be heard to object to it.

I would agree with the applicant that, if one member of a tribunal is disqualified for bias, the decision of the tribunal must be set aside even if the other members are without bias. That principle was established by *Frome United Breweries Co. v. Bath Justices*, [1926] A.C. 586 (H.L.). *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.), and *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078 (T.D.) are to the same effect. In the *British Columbia Labour Relations Board* case the Court fastened on the fact that the impugned member "retired with the other members and remained with them while they discussed and made their decision" (at page 29).

But that means nothing if no member of a tribunal is disqualifiable for bias. In *Yukon Conservation Society v. Yukon Territory Water Board and Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (F.C.T.D.), five members of a tribunal held private meetings with a corporation seeking a change in its licensing arrangements, thus involving themselves in the preparation of the very application they would later have to judge on its merits. Addy J. found (at page 599):

The Five Members have become so involved in the application as to put themselves in the position of being considered gratuitous consultants of Cyprus Anvil and the application, to some limited extent at least, becomes their own. The principle of *nemo iudex in causa sua debet esse* might well be considered applicable.

This is one kind of case in which courts have found a reasonable apprehension of bias to exist, viz., one where a member of a tribunal met with a party affected and discussed the matter to be determined

c'est que les opinions exprimées par les deux employés du CRTC ont pu fournir à M. Latraverse ce que j'appellerais un motif *a posteriori* de rejeter l'utilisation des services spécialisés comme élément de comparaison, mais elles ne l'ont pas prédisposé à rendre cette décision. C'est toutefois un motif *a posteriori* qui est favorable à la thèse de la requérante et, à mon sens, celle-ci ne saurait s'y opposer.

Je serais d'accord avec la requérante pour dire que si un membre d'un tribunal est inhabile à siéger à l'audience à cause de sa partialité, la décision du tribunal doit être annulée même si les autres membres sont impartiaux. Ce principe a été établi dans *Frome United Breweries Co. v. Bath Justices*, [1926] A.C. 586 (H.L.). C'est aussi ce qui ressort des arrêts *R. v. British Columbia Labour Relations Board, Ex parte International Union of Mine, Mill & Smelter Workers* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (C.A. C.-B.) et *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078 (1<sup>re</sup> inst.). Dans l'arrêt *British Columbia Labour Relations Board*, la Cour s'est attachée au fait que le membre en cause [TRADUCTION] «s'était retiré avec les autres membres et était demeuré avec eux pendant qu'ils discutaient et prenaient leur décision» (à la page 29).

Ce principe n'est cependant d'aucune utilité si aucun membre d'un tribunal n'est déclaré inhabile à siéger à cause de sa partialité. Dans l'arrêt *Yukon Conservation Society c. L'Office des eaux du territoire du Yukon et Cyprus Anvil Mining Corp.* (1982), 45 N.R. 591 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), cinq membres d'un tribunal avaient eu des réunions de caractère privé avec une compagnie qui désirait faire modifier des accords d'octroi de licence, et avaient de ce fait participé à la préparation de la demande dont ils devaient ultérieurement établir le bien-fondé. Le juge Addy a conclu (à la page 599):

Les cinq membres ont participé de façon si étroite à la préparation de la demande qu'on pourrait presque les considérer comme des experts-conseils à titre gratuit de Cyprus Anvil et que la demande, dans une certaine mesure, devient leur demande. On pourrait considérer qu'il s'agit d'un cas où s'applique le principe que nul ne doit être juge dans sa propre cause.

C'est l'une des situations dans lesquelles les tribunaux ont conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, c'est-à-dire une situation où un membre d'un tribunal a rencontré l'une des parties



in the hearing. The result is the same if the meeting is with a key witness, as in *Spence v. Spencer*. The other type of case is one in which a member of a tribunal has had a past relationship, or has a present one, with a party appearing before it: *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369. Neither of these categories fits the case at bar, for the reasons I have given. I can therefore find no reasonable apprehension of bias on the facts of this case.

## IV

The issue as to the award of interest on royalty payments relating to the transitional period between January 1 and August 31, 1990, is one of statutory interpretation, relating to subparagraph 70.63(1)(a)(ii), which reads as follows:

**70.63 (1)** On the conclusion of its consideration of the statements of royalties, the Board shall

(a) establish . . .

(ii) such terms and conditions related to those royalties as the Board considers appropriate;

Acting under this power to establish such terms and conditions related to the royalties it had set, the Board considered transitional provisions appropriate (Decision, at pages 87-88):

(xv) Transitional provisions [Television tariff, s. 19; radio tariff, s. 14]

The transitional provisions are necessary because the Act provides that the tariffs will take effect on January 1, 1990 while they were, in fact, approved much later. Two main principles inform these provisions.

First, the provisions are meant to account for the opportunity cost associated with the late payment of royalties. An interest factor has been added, starting on the date an amount would have become due had a retransmitter known the provisions of the tariffs. This interest is equal to the Bank of Canada rate; retransmitters are not responsible for the delay in certifying the tariffs. This provides collecting bodies with fair compensation and does not penalize retransmitters.

Second, the Board wanted to avoid each retransmitter having to calculate the interest factors for the retroactive period. This would have imposed an unnecessary burden on the retransmitters, and would have entailed errors. For these reasons, the board has calculated in advance an interest factor by which the

concernées et a discuté de la question débattue à l'audience. Le résultat est le même si la rencontre a lieu avec un témoin important, comme dans *Spence v. Spencer*. L'autre genre de situation, c'est celle où un membre d'un tribunal a déjà eu, ou a encore, des liens avec une partie qui comparait devant le tribunal: *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369. La présente espèce n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories, pour les motifs que j'ai donnés. Compte tenu des faits de l'espèce, je constate donc qu'il n'existe aucune crainte raisonnable de partialité.

## IV

Le paiement d'intérêts sur les droits exigibles durant la période transitoire du 1<sup>er</sup> janvier au 31 août 1990 est une question qui ressortit à l'interprétation du sous-alinéa 70.63(1)a(ii), qui est ainsi libellé:

**70.63 (1)** Lorsqu'elle a terminé l'examen de tous les projets de tarif, la Commission:

a) . . . fixe, à son appréciation, les modalités afférentes aux droits;

Exerçant le pouvoir qui lui est accordé de fixer les modalités afférentes aux droits qu'elle avait déterminés, la Commission a jugé opportun de prévoir des dispositions transitoires (Décision, aux pages 87 et 88):

(xv) Les dispositions transitoires [Tarif pour la télévision, article 19; tarif pour la radio, article 14]

Les dispositions transitoires sont nécessaires du fait que la Loi prévoit qu'ils prennent effet le premier janvier 1990 alors que, dans les faits, ils ne sont homologués que beaucoup plus tard. Ces dispositions reflètent essentiellement deux principes.

Premièrement, l'objet des dispositions est de tenir compte du coût d'opportunité qui résulte du versement tardif de droits. Un montant, représentant de l'intérêt, a été ajouté aux droits; ce montant est établi à partir de la date à laquelle un montant donné aurait été échu si le retransmetteur avait connu les dispositions des tarifs. Cet intérêt est égal au taux d'escompte de la Banque du Canada: les retransmetteurs ne sont pas responsables de l'homologation tardive des tarifs. La Commission croit que cette mesure indemnise les sociétés de perception de façon équitable, sans pénaliser les retransmetteurs.

Deuxièmement, la Commission entendait éviter que chaque retransmetteur ait à établir le montant de l'intérêt qu'il aurait à payer pour la période d'application rétroactive du tarif. Cette exigence aurait imposé un fardeau inutile et aurait nécessairement entraîné des erreurs de calcul. Pour ces motifs, la Com-

amount owed must be increased. This factor is suitable for most retransmitters; only those that are not small systems and did not retransmit a distant television signal for the whole period will have to calculate the interest. Even these retransmitters will find that the television tariff states the interest rates to be applied for the relevant months.

The provisions containing precalculated interest ignore any fluctuations in the number of premises served by a retransmitter during the period. In the Board's opinion, the imprecision that might result from this is small.

The interest factors that the Board went on to establish for both radio and television were not established separately by the tariffs as interest payments, but rather were merged into the royalties paid.

The applicant conceded that the Board's decision that interest be paid on retransmission royalties not received by the due date may be a proper exercise of the jurisdiction under this provision, but argued that its award of interest on royalties accrued prior to publication of any tariff represents the exercise of a substantive authority beyond the Board's powers.

This contention is based in part upon the old principle that no pecuniary burden is to be imposed upon a subject except upon clear and distinct legal authority: *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.). But that, I believe, is a principle of law that applies between sovereign and subject, rather than between subject and subject. It is also based in part on the fact that there is no explicit statutory provision in the Act specifically empowering the Board to compel the payment of interest by retransmitters. The power would have to be implied, and, since a requirement respecting interest is a substantive right, it was said that it should be expressly provided for in the governing legislation.

However, the authorities do not go so far as to say that any right to interest must be provided for explicitly. *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708 (H.C.), which might be thought to do so, is explained by *Northern &*

mission a établi à l'avance un pourcentage de majoration du montant total dû pour la période d'effet rétroactif. Ce facteur convient à la majorité des retransmetteurs; seuls ceux qui ne sont pas des petits systèmes et qui n'ont pas retransmis un signal éloigné de télévision durant toute cette période auront à calculer le montant de l'intérêt qu'ils doivent. Même ces derniers trouveront reproduits dans le tarif pour la télévision les taux d'intérêt applicables aux mois concernés.

Les pourcentages indiqués ne tiennent pas compte des fluctuations du nombre de locaux desservis par un retransmetteur durant cette période. La Commission croit que les imprécisions qui pourraient en découler sont, dans l'ensemble, de peu d'importance.

Les montants représentant l'intérêt que la Commission a décidé d'établir tant pour la radio que pour la télévision n'ont pas été fixés séparément par les tarifs à titre de paiements d'intérêts, mais ont plutôt été incorporés dans les droits exigibles.

La requérante a admis que la décision de la Commission d'exiger le versement d'intérêts sur les droits de retransmission non acquittés à la date d'échéance pouvait constituer un exercice approprié du pouvoir conféré par cette disposition, mais elle a soutenu que le paiement d'intérêts sur les droits accumulés avant la publication des tarifs correspondait à l'exercice d'un pouvoir régissant le fond qui outrepassait la compétence de la Commission.

Cet argument repose, en partie, sur l'ancien principe selon lequel on ne doit imposer aucune obligation financière à un sujet sauf lorsqu'une disposition législative claire et distincte l'autorise: *Liverpool Corporation v. Maiden (Arthur), Ltd.*, [1938] 4 All E.R. 200 (K.B.D.). Cependant, il s'agit d'après moi d'un principe de droit qui s'applique entre un souverain et un sujet plutôt qu'entre deux sujets. Il repose aussi, en partie, sur le fait que la Loi ne contient aucune disposition autorisant expressément la Commission à obliger les retransmetteurs à verser des intérêts. Il faudrait que ce pouvoir soit implicite, et comme le droit d'exiger le versement d'intérêts concerne le fond, il devrait, selon la requérante, être expressément prévu dans la loi habilitante.

La jurisprudence ne va toutefois pas jusqu'à affirmer qu'un droit semblable doit être prévu expressément dans la loi. C'est ce que l'arrêt *WMI Waste Management of Canada Inc. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 34 O.R. (2d) 708 (H.C.) pourrait donner à croire, mais le sens

*Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11 (C.A.) as taking the position that, where a statute provides a complete code as to interest payments, then the explicit provision of interest on compensation awards, and failure to provide for interest on costs, must be taken as excluding the latter.

Indeed, sections 70.62 through 70.67 are remedial legislation, the objects of which include the establishment of a regime for royalty payments for retransmissions after January 1, 1990. The transitional provisions were deemed necessary by the Board only because the length of the hearings prevented it from approving the tariffs until much later, and it therefore attempted to live up to its statutory mandate by including an interest factor to make up for the late payment of royalties caused by the delays in the approval process. The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12, requires that legislation be given such fair, large and liberal construction as best ensures the attainment of its objects.

In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at page 1756, Gonthier J. said:

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes.

Accordingly, in that case, the Supreme Court held that a power to make interim orders necessarily implied the power to revise the period during which interim rates were in force. A similarly broad interpretation was given by this Court in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (F.C.A.), where the majority of the Court adopted the conception that whatever is reasonably necessary for the proper discharge of a duty is impliedly authorized by it. In *Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd. v. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033 (F.C.A.), a

de cet arrêt est précisé dans *Northern & Central Gas Corp. Ltd. v. Kidd Creek Mines Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 11 (C.A.): lorsqu'une loi contient un code complet sur les intérêts à payer, on doit considérer que le fait de prévoir expressément le versement d'intérêts à l'égard de l'indemnité accordée et de ne rien dire au sujet des frais exclut que ceux-ci puissent porter intérêt.

De fait, les articles 70.62 à 70.67 sont des dispositions réparatrices dont les objets comprennent la création d'un régime pour le versement de droits pour les retransmissions après le 1<sup>er</sup> janvier 1990. La Commission a estimé nécessaire de prévoir des dispositions transitoires pour la simple raison que la durée des audiences l'empêchait d'homologuer les tarifs en temps voulu; elle a donc tenté de respecter le mandat qui lui est conféré par la loi en incluant un montant d'intérêt pour compenser le paiement tardif des droits résultant du retard dans le processus d'homologation. Aux termes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, un texte de loi s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la page 1756, le juge Gonthier a dit:

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.

En conséquence, dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comportait nécessairement le pouvoir de réexaminer la période pendant laquelle les taux provisoires étaient en vigueur. La présente Cour a donné une interprétation tout aussi générale dans *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (C.A.F.); la majorité de la Cour a en effet adopté le point de vue selon lequel tout ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir l'accomplissement d'un devoir est implicitement autorisé. Dans l'arrêt *Banca Nazionale del Lavoro*

power to award interest was held by this Court to be impliedly authorized by a power to do anything equitable to remedy or counteract a dismissal.

The Board set the interest rate for the transitional period at one percent less than the rate generally determined in the tariff for defaulting payments, to allow for the fact that retransmitters were not responsible for the delay in making the payments.

Parliament's intention was clearly that the royalty scheme should take effect as of January 1, 1990, regardless of how much later that scheme might actually be established. In that respect section 149 of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act* provides as follows:

149. For greater certainty, the royalties in the first statements certified under paragraph 70.63(1)(d) of the *Copyright Act* become effective on January 1, 1990 regardless of when the statements are so certified.

Section 149 is described in the heading as the transitional provision of the Act. In the light of Parliament's manifest determination to make the royalty scheme effective on January 1, 1990, it can be supposed only that it would have wanted to make the royalty recipients whole as of that day, or at least to give the Board the right to do so if it considered it appropriate, especially since subparagraph 70.63(1)(a)(ii) was also enacted by the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*.

It was argued by the applicant that an interest penalty for late payment imposed by the Board is unnecessary in the light of the Act's provisions that all copyright holders face either liability for copyright infringement or an action to recover outstanding royalties, and indeed that it is counterproductive, by making it difficult to determine at what point a retransmitter is in breach of its obligations. If the payment of interest is not a proper part of the retransmission royalty tariff, it was contended that interest should not be construed as being within the "terms and conditions related to those royalties." However, it seems to me that any such argument is vitiated by the fact

*of Canada Ltd. c. Lee-Shanok* (1988), 88 CLLC 14,033 (C.A.F.), la présente Cour a statué que le pouvoir d'accorder des intérêts découlait implicitement du pouvoir de faire toute autre chose jugée équitable pour remédier à un congédiement ou pour en contrebalancer les effets.

La Commission a fixé le taux d'intérêt pour la période de transition à un pour cent au-dessous du taux habituellement fixé dans le tarif pour les paiements tardifs, afin de tenir compte du fait que les retransmetteurs n'étaient pas responsables du retard dans les paiements.

Le Parlement avait clairement l'intention de faire en sorte que le régime pour les droits de retransmission prenne effet le 1<sup>er</sup> janvier 1990, indépendamment de la date à laquelle il serait établi. À cet égard, l'article 149 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis* dispose que:

149. Il demeure entendu que, peu importe la date à laquelle la Commission certifie pour la première fois un tarif au titre de l'alinéa 70.63(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la prise d'effet de celui-ci est le 1<sup>er</sup> janvier 1990.

Les dispositions de l'article 149 sont décrites dans la rubrique comme les dispositions transitoires de la Loi. Vu l'intention manifeste du Parlement d'ordonner la prise d'effet du régime en question le 1<sup>er</sup> janvier 1990, on peut seulement supposer que celui-ci aurait voulu que les droits soient versés intégralement à partir de ce jour ou, tout au moins, que la Commission ait le droit d'en ordonner ainsi si elle le jugeait opportun, surtout si l'on considère que le sous-alinéa 70.63(1)a)(ii) a également été édicté par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*.

La requérante a finalement soutenu que l'imposition par la Commission d'une pénalité d'intérêt pour les paiements en retard était inutile puisque la Loi dispose que tous les utilisateurs du droit d'auteur engagent leur responsabilité s'ils violent le droit d'auteur ou s'exposent à une action en recouvrement des droits impayés, et que cette mesure va à l'encontre du but recherché à cause de la difficulté que soulève la détermination du moment où un retransmetteur a manqué à ses obligations. La requérante a soutenu que si le versement d'intérêts ne fait pas partie intégrante du tarif des droits de retransmission, les intérêts ne devraient pas être considérés comme un aspect des «modalités affé-

that the Board was taking account of the unique situation where the retransmitters were not themselves responsible for the delay in certifying the tariffs.

I must therefore conclude that the applicant has failed to establish that the Board committed an error of law or jurisdiction.

v

In the result the section 28 application must be dismissed.

MAHONEY J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

rentes aux droits». Il m'apparaît toutefois que la prise en considération du fait que les retransmetteurs n'étaient pas responsables du retard dans l'homologation des tarifs vicie cet argument.

<sup>a</sup> Je dois donc conclure que la requérante n'a pas réussi à établir que la Commission a commis une erreur de droit ou un excès de compétence.

v

<sup>b</sup> Tout compte fait, la demande fondée sur l'article 28 doit être rejetée.

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

<sup>c</sup> LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je soucris à ces motifs.

A-460-86

A-460-86

**Louis Vaillancourt** (*Appellant*) (*Plaintiff*)**Louis Vaillancourt** (*appelant*) (*demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen, represented by Deputy Minister of National Revenue** (*Respondent*) (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine représentée par le sous-ministre du Revenu national** (*intimée*) (*défendresse*)

and

b et

**Canada Mortgage and Housing Corporation** (*Mise en cause*)**La Société canadienne d'hypothèques et de logement** (*mise en cause*)INDEXED AS: *VAILLANCOURT v. DEPUTY M.N.R. (C.A.)*RÉPERTORIÉ: *VAILLANCOURT c. SOUS-MINISTRE M.R.N. (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Décary JJ.A.—Québec, May 1; Ottawa, May 15, 1991.

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Décary, J.C.A.—Québec, 1<sup>er</sup> mai; Ottawa, 15 mai 1991.

*Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Co-owner by declaration of single unit in building, certified "multiple-unit residential unit" (MURB), denied deduction under Income Tax Regs., Sch. II, Class 31 — Need not have right of ownership in entire building, or more than one unit, for deduction — Right of ownership in building consisting of multiple units, not in units themselves, required — Class 31 not limited to certain types of right of ownership — Building's purpose residential — Once residential purpose certified by CMHC, onus on M.N.R. to show certificate wrongly issued.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Un copropriétaire par déclaration d'un seul logement dans un immeuble qui a fait l'objet d'une attestation d'«immeuble résidentiel à logements multiples» (IRLM) s'est vu refuser une déduction en vertu de la catégorie 31 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu — Il n'est pas nécessaire d'avoir un droit de propriété sur l'immeuble tout entier, ni sur plus d'un logement pour avoir droit à une déduction — Il faut qu'il y ait un droit de propriété dans un immeuble qui comprend des logements multiples et non pas un droit de propriété dans les logements multiples eux-mêmes — La catégorie 31 n'est pas limitée à certains types de droit de propriété — L'immeuble avait une vocation résidentielle — Une fois que la vocation résidentielle a fait l'objet d'une attestation de la part de la SCHL, il incombe au ministre de démontrer que l'attestation a été émise à tort.*

*Civil Code — Taxpayer purchasing fraction of building subject to declaration of co-ownership registered pursuant to Civil Code, arts. 441b et seq. — Capital cost deduction under Income Tax Regs. disallowed — Whether right of ownership in entire building required for deduction — Minister erred in fact and law in submitting taxpayer exclusive owner of fraction of MURB, not owner of undivided share in building — Co-ownership by declaration in Quebec civil law embracing right of exclusive ownership to exclusive portion and "undivided right of ownership" in common portions, neither one of which can exist without other — According to deed of sale, taxpayer owner of undivided part of building.*

*Code civil — Le contribuable a acheté une fraction d'un immeuble faisant l'objet d'une déclaration de copropriété enregistrée en vertu des art. 441b et suiv. du Code civil — La demande de déduction pour amortissement en vertu du Règlement de l'impôt sur le revenu a été rejetée — La question se pose de savoir s'il faut un droit de propriété sur l'immeuble tout entier pour qu'il y ait lieu à déduction — Le ministre a commis une erreur de fait et de droit en prétendant que le contribuable était propriétaire exclusif d'une fraction de l'IRLM et non propriétaire d'une quote-part indivise de l'immeuble — La copropriété par déclaration en droit civil québécois comporte le droit exclusif sur la partie exclusive et «un droit de propriété indivis» sur les parties communes; ni l'un ni l'autre de ces droits ne peut exister seul — Selon l'acte de vente, le contribuable était propriétaire d'une partie indivise de l'immeuble.*

*Construction of statutes — Income Tax Regs., Sch. II, Class 31 capital cost deduction for MURB — Whether right of ownership in more than one unit required for deduction; whether building's purpose residential — Words-in-total-context approach to interpretation of taxing statutes — Reference to budget speech, Interpretation Bulletins — "MURB"*

*Interprétation des lois — Déduction pour amortissement d'un IRLM en vertu de la catégorie 31 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu — Faut-il qu'il y ait un droit de propriété sur plus d'un logement pour qu'il y ait lieu à déduction?; l'immeuble avait-il vocation résidentielle? — Approche «termes dans leur contexte global» dans l'interpré-*

*defined neither in Act nor Regulations — Income Tax Act, s. 248 definition of “property” considered.*

This was an appeal from the trial judgment dismissing an appeal from an income tax reassessment for 1980. The appellant bought a fraction of a building which was the subject of a declaration of co-ownership registered pursuant to articles 441b *et seq.* of the *Civil Code of Lower Canada*. The fraction included an exclusive portion of the building and a share of the undivided rights in the common portions. The building, located at the foot of a ski hill, contained 44 units. Canada Mortgage and Housing Corporation (CMHC) had issued a certificate of construction of a “multiple-unit residential building” (MURB). Under *Income Tax Regulations*, section 1100 a taxpayer may deduct 5 per cent of the undepreciated capital cost of Class 31 property (MURB’s). The appellant’s depreciation deduction under Class 31 was disallowed on the ground that the fraction he owned did not constitute a MURB. The respondent argued that Class 31 requires a right of ownership in each one, or at least in more than one, of the “multiple units” of the building to qualify for the deduction. Alternatively, it was argued that a residential building is a place where someone habitually resides and that the building in question was not a “residential building”, as the multiple units were not used by their occupants “more or less permanently”, but for short periods. The issues were (1) whether co-ownership by declaration of a fraction of a building makes the coproprietor the owner of a MURB and (2) whether the purpose of the building was residential.

*Held*, the appeal should be allowed.

The new approach to interpretation of tax legislation is the words-in-total-context approach with a view to determining the object and spirit of the provisions. The courts will also refer to parliamentary debates when the latter rise above mere partisanship, and, in tax matters, to the budget speech by the Minister of Finance. Finally, while Interpretation Bulletins do not bind the Minister, taxpayer or courts, they are useful in interpreting the Act and courts are increasingly willing to see an ambiguity in the legislation and to use them when the interpretation given in a Bulletin squarely contradicts that suggested by the Department in a given case. When a taxpayer engages in business activity and the legality of that activity is confirmed in an Interpretation Bulletin, it is only fair to seek the meaning of the legislation in that bulletin also.

In the absence of a definition of MURB either in the Act or the Regulations, and in the context of a depreciation deduction, there was no reason to require a taxpayer claiming a deduction for depreciable property to have acquired all of that property. “Property” is defined as “property of any kind whatever . . . and . . . includes a right of any kind whatever”. That definition is broad enough to include a portion or fraction of property. A

*tation des lois fiscales — Il est fait mention du discours sur le budget, des bulletins d’interprétation — L’expression «IRLM» n’est définie ni dans la Loi ni dans le Règlement — Examen de la définition de «biens» figurant à l’art. 248 de la Loi de l’impôt sur le revenu.*

<sup>a</sup> Appel est interjeté du jugement de première instance qui a rejeté un appel formé contre une nouvelle cotisation d’impôt sur le revenu établie pour l’année 1980. L’appellant a acheté une fraction d’un immeuble faisant l’objet d’une déclaration de copropriété enregistrée conformément aux articles 441b et suivants du *Code civil du Bas-Canada*. Cette fraction comprenait une partie exclusive de l’immeuble et une quote-part des droits indivis dans les parties communes. Cet immeuble, situé au pied d’une pente de ski, contenait quarante-quatre unités. La Société canadienne d’hypothèques et de logement (SCHL) a émis une attestation de mise en chantier d’un «immeuble résidentiel à logements multiples» (IRLM). En vertu de l’article 1100 du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, un contribuable peut déduire 5 pour 100 de la fraction non amortie du coût en capital des biens de la catégorie 31 (catégorie d’IRLM). La demande de déduction pour amortissement présentée par l’appellant en vertu de la catégorie 31 a été rejetée au motif que la fraction qu’il possédait ne constituait pas un IRLM. L’intimée prétend que la catégorie 31 exige un droit de propriété dans chacun, ou à tout le moins dans plus d’un des «logements multiples» de l’immeuble pour qu’il y ait lieu à déduction. Subsidiairement, il est allégué qu’un immeuble résidentiel est un endroit où l’on demeure habituellement et que l’immeuble en question n’est pas un «immeuble résidentiel», puisque les logements multiples n’ont pas été utilisés par les occupants «sur une base plus ou moins permanente», mais pour de courtes périodes. Il s’agit de déterminer 1) si la copropriété par déclaration d’une fraction d’un immeuble fait du copropriétaire le propriétaire d’un IRLM et 2) si l’immeuble avait vocation résidentielle.

*Arrêt*: l’appel devrait être accueilli.

<sup>b</sup> La nouvelle approche dans l’interprétation des lois fiscales consiste à examiner les termes dans leur contexte global en vue de découvrir l’objet et l’esprit des dispositions fiscales. Les tribunaux vont également se référer aux débats parlementaires, lorsque ces derniers s’élèvent au-dessus de la simple partisannerie, et, en matière fiscale, se référer au discours sur le budget prononcé par le ministre des Finances. En dernier lieu, bien que les bulletins d’interprétation ne lient ni le ministre, ni le contribuable, ni les tribunaux, ils sont utiles dans l’interprétation de la Loi, et les tribunaux sont de plus en plus enclins à voir une ambiguïté dans la loi et à les utiliser lorsque l’interprétation donnée dans un bulletin contredit carrément celle que le ministre propose dans un cas donné. Lorsque le contribuable s’adonne à une activité commerciale et que la légalité de cette activité est confirmée dans un bulletin d’interprétation, ce n’est <sup>c</sup> que justice que de rechercher accessoirement dans ce bulletin le sens de la législation en cause.

<sup>d</sup> En l’absence d’une définition d’IRLM ou bien dans la Loi ou bien dans le Règlement, et dans le contexte d’une déduction pour amortissement, il n’est aucune raison d’exiger d’un contribuable qui réclame une déduction à l’égard d’un bien amortissable qu’il ait acquis la totalité de ce bien. Le mot «biens» est défini comme étant des «biens de toute nature . . . et comprend un droit de quelque nature qu’il soit». Cette définition est d’une

right of co-ownership by declaration is “a right of any kind whatever” in the building, in the same way as an undivided right of co-ownership. Additionally, the right of ownership required by Class 31 in respect of a MURB is a right of ownership in a building consisting of multiple units, not a right of ownership in the multiple units as such. The wording of Class 31 does not support limiting its application only to certain types of right of ownership or requiring that the right of ownership extend to each or to many of the units.

Furthermore, the respondent erred in fact and law in submitting that taxpayer was exclusive owner of a fraction of a multiple-unit building, not owner of an undivided share in the building. It was an error of fact because the deed of sale showed the appellant had purchased a fraction of the building, including an exclusive portion of the building and a share of the undivided rights to the common areas. The appellant was the owner of an undivided part of the building. It was an error of law because the concept of co-ownership by declaration in Quebec civil law embraces two inseparable rights which have no meaning unless they exist together — the right of exclusive ownership to an exclusive portion and “an undivided right of ownership” in the common portions.

The above interpretation was supported both by the budget speech and Interpretation Bulletin IT-367R2, whereas the respondent’s interpretation leads to the absurd result that the appellant would only have had to acquire two fractions instead of one in order to claim the deduction.

The purpose of the building was residential. Once the CMHC certificate had been issued, absent allegations of bad faith or deceit, the Court could not impose on the taxpayer the burden of establishing that the intended use was not what it was on paper. The onus was on the Department to show that the certification had been wrongly issued or the intended use had been changed. That burden had not been discharged. The Interpretation Bulletin stated that a building is “residential” if it is intended “to provide, on a more or less permanent basis, the place of residence or abode of its occupants”. “On a more or less permanent basis” does not preclude the possibility, as in this case, of more or less long-term rental. The contrast of “residential” with “commercial use” indicated that the Department was trying to avoid the eventual use of units for commercial purposes that would be inconsistent with residential occupancy. The declaration of ownership prohibited room rental in any part used for commercial or professional purposes. This was a formal statement of the residential use to which the building would be put. Finally, taxpayer has never paid municipal business taxes on his fraction, which was taxed as a “dwelling”.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 441b, 441c, 441d, 441e, 441h, 441k, 441l, 441m, 441n, 442h.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(a), 248(1).

portée assez générale pour comprendre une partie ou une fraction du bien. Un droit de copropriété par déclaration est «un droit de quelque nature qu’il soit» dans l’immeuble, au même titre qu’un droit de copropriété indivise. Par ailleurs, le droit de propriété qu’exige la catégorie 31 à l’égard d’un IRLM est un droit de propriété dans un immeuble qui comprend des logements multiples, et non un droit de propriété dans les logements multiples en tant que tels. La formulation de la catégorie 31 ne permet pas de restreindre son application à certaines formes seulement de droit de propriété, ni d’exiger que le droit de propriété s’étende à chacun ou à plusieurs des logements.

De plus, l’intimée a commis une erreur de fait et de droit en prétendant que le contribuable était propriétaire exclusif d’une fraction d’un immeuble à logements multiples et non propriétaire d’une quote-part indivise de l’immeuble. C’est une erreur de fait parce qu’il découle de l’acte de vente que l’appellant a acquis une fraction de l’immeuble qui comprend une partie exclusive de celui-ci et une quote-part des droits indivis des parties communes. L’appellant était propriétaire d’une partie indivise de l’immeuble. C’est une erreur de droit parce que le concept même de la copropriété par déclaration en droit civil québécois comporte deux éléments qui sont indissociables et qui n’ont de sens que s’ils coexistent — le droit de propriété sur la partie exclusive et «un droit de propriété indivis» sur les parties communes.

L’interprétation ci-dessus est étayée tant par le discours sur le budget que par le bulletin d’interprétation IT-367R2, alors que l’interprétation de l’intimée mène à un résultat absurde qu’il aurait suffi que l’appellant se portât acquéreur de deux fractions au lieu d’une seule pour se prévaloir de la déduction.

L’immeuble avait vocation résidentielle. Une fois que l’attestation de la SCHL a été émise, en l’absence d’allégation de mauvaise foi ou de trompe-l’œil, la Cour ne saurait imposer au contribuable l’obligation d’établir que la destination n’était pas ce qu’elle devait être sur papier. Il appartient au Ministère de démontrer que l’attestation a été émise à tort ou que la destination de l’immeuble a été modifiée. Il ne s’est pas acquitté de ce fardeau. Le bulletin d’interprétation dit que sera «résidentiel» l’immeuble qui vise «à fournir, de façon plus ou moins permanente, le lieu de résidence ou d’habitation de ses occupants». L’expression «de façon plus ou moins permanente» n’écarte pas la possibilité, comme en l’espèce, de location à plus ou moins long terme. L’opposition entre «usage résidentiel» et «usage commercial» fait voir que le Ministère cherchait à éviter que les logements servent éventuellement à des fins commerciales qui soient inconciliables avec une occupation résidentielle. La déclaration de copropriété interdit la location de chambre dans toute partie utilisée à des fins commerciales ou professionnelles. Il s’agit là de la consécration formelle de la vocation résidentielle de l’immeuble. En dernier lieu, le contribuable n’a jamais payé de taxes municipales d’affaires relativement à sa fraction, laquelle était imposée à titre de «logement».

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code civil du Bas-Canada*, art. 441b, 441c, 441d, 441e, 441h, 441k, 441l, 441m, 441n, 442h.  
*Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)a), 248(1).



*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, ss. 1100(1)(a)(xxii) (as am. by SOR/78-377, s. 3; 83-340, s. 1), Sch. II, Class 31 (as am. by SOR/78-146, s. 3; 81-244, s. 3).

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., chap. 945, art. 1100(1)(a)(xxii) (mod. par DORS/78-377, art. 3; 83-340, art. 1), annexe II, catégorie 31 (mod. par DORS/78-146, art. 3; 81-244, art. 3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1986] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Jones v Skinner* (1835), 5 L.J. Ch. 87.

##### REVERSED:

*Vaillancourt (L.) v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 1 (Eng.); [1986] 2 C.T.C. 188 (Fr.); (1986), 86 DTC 6531 (Eng.); 86 DTC 6449 (Fr.); 7 F.T.R. 172 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.); *Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180; *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580; [1948] C.T.C. 265; (1948), 49 DTC 491; *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); *Golden v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 599; [1983] CTC 112; (1983), 83 DTC 5138; 47 N.R. 117 (C.A.); *Beament et al. v. Minister of National Revenue*, [1970] S.C.R. 680; (1970), 11 D.L.R. (3d) 237; [1970] C.T.C. 193; 70 DTC 6130; *Lovell, J.P. v. The Queen* (1989), 90 DTC 6116 (F.C.T.D.).

#### AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. II, 1st Sess., 30th Parl., 23 Eliz. II, 1974.  
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.

#### COUNSEL:

*Daniel Bourgeois* for appellant (plaintiff).

*Paul E. Plourde* for respondent (defendant).

#### a JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1986] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Jones v Skinner* (1835), 5 L.J. Ch. 87.

##### DÉCISION INFIRMÉE:

*Vaillancourt (L.) c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 1 (angl.); [1986] 2 C.T.C. 188 (fr.); (1986), 86 DTC 6531 (angl.); 86 DTC 6449 (fr.); 7 F.T.R. 172 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.); *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580; [1948] C.T.C. 265; (1948), 49 DTC 491; *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); *Golden c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 599; [1983] CTC 112; (1983), 83 DTC 5138; 47 N.R. 117 (C.A.); *Beament et autres c. Ministre du revenu national*, [1970] R.C.S. 680; (1970), 11 D.L.R. (3d) 237; [1970] C.T.C. 193; 70 DTC 6130; *Lovell, J.P. c. La Reine* (1989), 90 DTC 6116 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

#### h

#### DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, Vol. II, 1<sup>re</sup> session, 30<sup>ème</sup> législature, 23 Eliz. II, 1974.  
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal (Québec): Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

#### AVOCATS:

*Daniel Bourgeois* pour l'appellant (demandeur).

*Paul E. Plourde* pour l'intimée (défendresse).

## SOLICITORS:

*Grondin, Poudrier, Bernier*, Québec, for appellant (plaintiff).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (defendant). <sup>a</sup>

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DÉCARY J.A.: The Court has before it an appeal from a judgment by Pinard J. [[1987] 1 C.T.C. 1 (Eng.)], which dismissed the appeal brought by the appellant from a notice of reassessment issued by the Deputy Minister of National Revenue for the 1980 taxation year.

The appellant, together with five partners, bought from Château Mont Ste-Anne Inc. a fraction ("the fraction") of a building ("the building") which was the subject of a declaration of co-ownership registered pursuant to the provisions of articles 441b *et seq.* of the *Civil Code of Lower Canada* ("co-ownership by declaration"). This fraction of the building included an exclusive portion of the said building, described as subdivision 658-40 of the official cadastre of the parish of Ste-Anne, Montmorency registry division ("the exclusive portion") and a share of the undivided rights in the common portions of the building relating to the exclusive portion, designated as subdivision 658-1 of the said cadastre ("the undivided portion"). The building contained forty-four units and was part of a large recreational complex located at the foot of Mont Ste-Anne, about forty kilometres from Québec.

At the time of the purchase, a certificate ("the certificate") of the construction of a "multiple-unit residential building" ("MURB", or in French "*immeuble résidentiel à logements multiples*", "*IRLM*") had been issued for the building by the Canada Mortgage and Housing Corporation ("the CMHC") under Classes 31 and 32, Schedule II (formerly B) of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945 (as am. by SOR/78-146, s. 3; 81-244, s. 3)]. The certificate described the building as follows: "condominium".

## PROCUREURS:

*Grondin, Poudrier, Bernier*, Québec, pour l'appelant (demandeur).

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée (défenderesse).

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel d'un jugement rendu par l'honorable juge Pinard [[1986] 2 C.T.C. 188 (fr.)], qui rejetait l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre d'un avis de nouvelle cotisation émis par le sous-ministre du Revenu national pour l'année d'imposition 1980.

L'appelant, en compagnie de cinq associés, a acheté de Château Mont Ste-Anne Inc. une fraction («la fraction») d'un immeuble («l'immeuble») faisant l'objet d'une déclaration de copropriété enregistrée conformément aux dispositions des articles 441b et suivants du *Code civil du Bas-Canada* («copropriété par déclaration»). Cette fraction d'immeuble comprenait une partie exclusive dudit immeuble, désignée comme étant la subdivision 658-40 du cadastre officiel pour la paroisse de Ste-Anne, division d'enregistrement de Montmorency («la partie exclusive») ainsi qu'une quote-part des droits indivis dans les parties communes de l'immeuble afférentes à la partie exclusive et désignées comme étant la subdivision 658-1 du susdit cadastre («la partie indivise»). L'immeuble comprenait quarante-quatre unités et faisait partie d'un vaste complexe récréatif situé au pied du Mont Ste-Anne, à une quarantaine de kilomètres de la ville de Québec.

Au moment de l'acquisition, une attestation («l'attestation») de mise en chantier d'un «immeuble résidentiel à logements multiples» (IRLM ou, en anglais, «*multiple-unit residential building*», «*MURB*») avait été émise relativement à l'immeuble par la Société canadienne d'hypothèques et de logement («la SCHL») selon les catégories 31 et 32, annexe II (anciennement B) du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., chap. 945 (mod. par DORS/78-146, art. 3; 81-244, art. 3)]. L'attestation désignait l'immeuble de la façon suivante: «condominium».

The appellant filed an individual federal income tax return for 1980 in which he claimed a deduction for depreciation and in which, applying in his favour the provisions of Class 31 of Schedule II of the Regulations, he reported a net rental loss on the fraction of the building owned by him.<sup>1</sup>

In a notice of reassessment the respondent subsequently informed the appellant that she was disallowing the depreciation deduction requested, on the ground that the fraction in question was not a "multiple-unit residential building" within the meaning of Class 31.

The appellant then brought an unsuccessful action in the Federal Court Trial Division to have this notice of reassessment invalidated: hence the appeal at bar.

#### Relevant legislation and regulations

##### *Income Tax Act*

(S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended)

#### Paragraph 20(1)(a):

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

. . .

#### Subsection 248(1):

248. (1) . . .

"property" means property of any kind whatever whether real or personal or corporeal or incorporeal and, without restricting the generality of the foregoing, includes

(a) a right of any kind whatever . . .

. . .

<sup>1</sup> The appellant set his loss at \$3,700, that is one-sixth of the net loss of the fraction, set at \$22,200. It does not matter for the purposes of this proceeding that the fraction was bought by six persons rather than one. Thus, to facilitate understanding the case, I will treat the appellant as the sole owner of the fraction.

L'appelant a produit une déclaration fédérale d'impôt sur le revenu des particuliers pour l'année 1980, dans laquelle il réclamait une déduction pour amortissement et dans laquelle, appliquant à son profit les dispositions de la catégorie 31 de l'annexe II du Règlement, il faisait état d'une perte nette de location relativement à la fraction de l'immeuble dont il était propriétaire<sup>1</sup>.

L'intimée, dans un avis de nouvelle cotisation, informait par la suite l'appelant qu'elle refusait la déduction pour amortissement demandée au motif que la fraction en cause ne constituait pas un «immeuble résidentiel à logements multiples» au sens de la catégorie 31.

L'appelant s'est alors adressé, mais sans succès, à la Section de première instance de la Cour fédérale, afin de faire déclarer nul cet avis de nouvelle cotisation. D'où le présent appel.

#### Dispositions législatives et réglementaires pertinentes

##### *Loi de l'impôt sur le revenu*

(S.C. 1970-71-72, chap. 63, telle que modifiée)

#### Alinéa 20(1)a):

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

a) la partie, si partie il y a, du coût en capital des biens supporté par le contribuable ou le montant, si montant il y a, du coût en capital des biens, supporté par le contribuable, que le règlement autorise;

. . .

#### h) Paragraphe 248(1)

248. (1) . . .

«biens» signifie des biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels et comprend, sans restreindre la portée générale de ce qui précède,

a) un droit de quelque nature qu'il soit . . .

. . .

<sup>1</sup> L'appelant établissait sa perte à 3 700 \$, soit le sixième de la perte de la fraction partie à 22 200 \$. Il n'importe pas, aux fins du présent litige, que la fraction ait été achetée par six personnes plutôt que par une seule. Aussi, pour faciliter la compréhension du dossier, je considérerai que l'appelant est le seul propriétaire de la fraction.

“self-contained domestic establishment” means a dwelling house, apartment or other similar place of residence in which place a person as a general rule sleeps and eats . . . .

«établissement domestique autonome» signifie une habitation, un appartement ou un autre logement de ce genre dans lequel, en règle générale, une personne prend ses repas et couche;

*a*

*Income Tax Regulations*  
(C.R.C., c. 945, as amended)

*Règlement de l'impôt sur le revenu*  
(C.R.C., chap. 945, tel que modifié)

*b*

Subparagraph 1100(1)(a)(xxii) [as am. by SOR/78-377, s. 3; 83-340, s. 1]:

Sous-alinéa 1100(1)a (xxii) [mod. par DORS/78-377, art. 3; 83-340, art. 1]:

1100. (1) For the purposes of paragraph 20(1)(a) of the Act, there is hereby allowed to a taxpayer, in computing his income from a business or property, as the case may be, deductions for each taxation year equal to

1100. (1) Aux fins de l'alinéa 20(1)a) de la Loi, il est alloué au contribuable dans le calcul de son revenu d'une entreprise ou de biens, selon le cas, des déductions pour chaque année d'imposition égales

*c*

Rates

Taux

(a) such amounts as he may claim in respect of property of each of the following classes in Schedule II not exceeding in respect of property

*d*

a) au montant qu'il peut réclamer à l'égard de biens de chacune des catégories suivantes comprises dans l'annexe II, sans dépasser, à l'égard des biens

(xxii) of Class 31, 5 per cent,

(xxii) de la catégorie 31, 5 pour cent

of the undepreciated capital cost to him as of the end of the taxation year (before making any deduction under this subsection for the taxation year) of property of the class

*e*

de la fraction non amortie du coût en capital, pour lui, des biens de la catégorie, à la fin de l'année d'imposition (avant toute déduction en vertu du présent paragraphe pour l'année d'imposition);

SCHEDULE II  
CAPITAL COST ALLOWANCES

ANNEXE II  
ALLOCATIONS DU COÛT EN CAPITAL

Class 31  
(5 per cent)

Catégorie 31  
(5 pour cent)

Property that is a multiple-unit residential building in Canada that would otherwise be included in Class 3 or Class 6 and in respect of which

*g*

Un bien qui est un immeuble résidentiel à logements multiples au Canada, qui autrement serait compris dans la catégorie 3 ou 6 et à l'égard duquel

(a) a certificate has been issued by Canada Mortgage and Housing Corporation certifying

*h*

a) une attestation a été délivrée par la Société canadienne d'hypothèques et de logement portant que

(i) in respect of a building that would otherwise be included in Class 3, that the installation of footings or any other base support of the building was commenced

*i*

(i) à l'égard d'un immeuble qui autrement serait compris dans la catégorie 3, l'installation de semelles ou de toute autre assise du bâtiment a débuté

(A) after November 18, 1974 and before 1980, or

(A) après le 18 novembre 1974 et avant 1980, ou

(B) after October 28, 1980 and before 1982,

(B) après le 28 octobre 1980 et avant 1982,

as the case may be, and

*j*

selon le cas, et

and that, according to plans and specifications for the building, not less than 80 per cent of the floor space will be used in providing self-contained domestic establishments and related parking, recreation, service and storage areas;

et que selon les plans et devis du bâtiment, les logements autonomes et l'espace affecté au stationnement, à la récréation, aux services et à l'entreposage représentent au moins 80% de l'aire de plancher,

(b) not more than 20 per cent of the floor space is used for any purpose other than the purposes referred to in paragraph (a);

b) au plus 20% de l'aire de plancher est utilisée à une fin autre que celles visées à l'alinéa a);

*Civil Code of Lower Canada*

## CHAPTER THIRD

OF CO-OWNERSHIP OF IMMOVEABLES  
ESTABLISHED BY DECLARATION

**Art. 441b.** The provisions of this chapter govern every immovable made subject thereto by the registration of a declaration of co-ownership whereby the ownership of the immovable is apportioned between its proprietors in fractions, each comprising an exclusive portion and a share of the common portions.

A person, even acting alone, may register a declaration of co-ownership and therein declare himself proprietor of each fraction.

**Art. 441c.** Each fraction constitutes a separate entity and may be the object of a total or partial alienation comprising in each case the share of common portions pertaining to the fraction or portion of a fraction alienated.

**Art. 441d.** Each coproprietor has an undivided right of ownership in the common portions; his share in the common portions is equal to the value of the exclusive portion of his fraction in relation to the aggregate of the values of the exclusive portions.

**Art. 441e.** The common portions and the rights accessory thereto cannot be the object, separately from the exclusive portions, of an action in partition or of a forced licitation.

**Art. 441h.** Each coproprietor disposes of the exclusive portions included in his fraction; he uses and enjoys freely the exclusive portions and the common portions provided that he does not impair the rights of the other coproprietors or the destination of the immovable.

**Art. 441k.** Each of the coproprietors is bound to contribute, in accordance with the provisions of the declaration of co-ownership or, failing such, in proportion to the relative value of his fraction established in the declaration of co-ownership, to all costs resulting from the co-ownership and the operation of the immovable and particularly to the costs of conservation, maintenance and administration of the common portions and to the expenses caused by the operation of the common services.

**Art. 441l.** The declaration of co-ownership defines the destination of the immovable and of its exclusive and common portions, of which it gives a detailed description; it determines the relative value of each fraction, having regard to the nature, area and situation of the exclusive portion which it comprises, but without taking its utilization into account and, subject to the provisions of this chapter, specifies the conditions of enjoyment of the common portions and utilization of the exclusive portions, and lays down the rules for the administration of the common portions.

**Art. 441m.** The declaration of co-ownership must be in the form of a notarial deed *en minute*; the same applies to the amendments made thereto.

The registration of such declaration and of the amendments thereto is effected by deposit.

*Code civil du Bas-Canada*

## CHAPITRE TROISIÈME

DE LA COPROPRIÉTÉ DES IMMEUBLES ÉTABLIE  
PAR DÉCLARATION

**Art. 441b.** Les dispositions du présent chapitre régissent tout immeuble qui y est assujéti par l'enregistrement d'une déclaration de copropriété en vertu de laquelle la propriété de l'immeuble est répartie entre ses propriétaires par fractions comprenant chacune une partie exclusive et une quote-part des parties communes.

Une personne, même seule, peut enregistrer une déclaration de copropriété et s'y déclarer propriétaire de chaque fraction.

**Art. 441c.** Chaque fraction constitue une entité distincte et peut faire l'objet d'une aliénation totale ou partielle qui comprend, dans chaque cas, la quote-part de parties communes afférentes à la fraction ou à la partie de la fraction qui est aliénée.

**Art. 441d.** Chaque copropriétaire a, sur les parties communes, un droit de propriété indivis; sa quote-part dans les parties communes est égale à la valeur de la partie exclusive de sa fraction par rapport à l'ensemble des valeurs des parties exclusives.

**Art. 441e.** Les parties communes et les droits qui leur sont accessoires ne peuvent faire l'objet, séparément des parties exclusives, d'une action en partage ni d'une licitation forcée.

**Art. 441h.** Chaque copropriétaire dispose des parties exclusives comprises dans sa fraction; il use et jouit librement des parties exclusives et des parties communes sous la condition de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble.

**Art. 441k.** Chacun des copropriétaires est tenu de contribuer, conformément aux dispositions de la déclaration de copropriété ou à défaut, en proportion de la valeur relative de sa fraction établie dans la déclaration de copropriété, à toutes les charges découlant de la copropriété et de l'exploitation de l'immeuble et spécialement aux charges de la conservation, de l'entretien et de l'administration des parties communes ainsi qu'aux dépenses entraînées par le fonctionnement des services communs.

**Art. 441l.** La déclaration de copropriété définit la destination de l'immeuble et de ses parties exclusives et communes dont elle donne une description détaillée; elle détermine la valeur relative de chaque fraction, eu égard à la nature, à la superficie et à la situation de la partie exclusive qu'elle comprend, mais sans tenir compte de son utilisation et, sous réserve des dispositions du présent chapitre, précise les conditions de jouissance des parties communes et d'utilisation des parties exclusives et édicte les règles relatives à l'administration des parties communes.

**Art. 441m.** La déclaration de copropriété doit être notariée et porter minute; il en est de même des modifications qui y sont apportées.

L'enregistrement de cette déclaration et de ses modifications se fait par dépôt . . . .

**Art. 441n.** The declaration of co-ownership and the amendments thereto are binding upon the coproprietors and their successors by general title.

They are binding upon their successors and assigns by particular title from the date of the registration of their rights.

**Art. 442h.** Except by unanimous vote, the coproprietors cannot directly or indirectly change the destination of the immovable.

### Arguments of parties

Counsel for the respondent argued, to begin with, that in order to qualify for the deduction allowed by Class 31, a person should have a right of ownership in each one, or at least in more than one, of the "multiple units" of the building, and that accordingly an undivided coproprietor of the entire building would be eligible, since this type of co-ownership confers rights over each unit, but a coproprietor by declaration of a single unit would not be eligible since this type of co-ownership in his submission really only confers rights over whichever one of the units the coproprietor owns exclusively. In this regard, counsel for the respondent said he completely agreed with the conclusion at which the Trial Judge arrived, as follows [at page 5]:

In the case at bar, it is of the very essence of the provision contained in Class 31 that the property must be "a multiple-unit residential building in Canada". To my way of thinking, all these words must be read and applied together to the property defined in the class. Accordingly, a residential building in Canada consisting of a single unit must be excluded from the definition; similarly, each of the multiple units of a residential building in Canada, taken separately, must be excluded from the definition.

As in the case at bar the plaintiff was not claiming a depreciation deduction in respect of a *multiple-unit* residential building in Canada, but in respect of one of the multiple units, namely unit 29, of a larger building containing some 44 units, he thus cannot benefit from the provision in Class 31 of Schedule II of the Regulations.

Secondly, counsel for the respondent argued that regardless of his first argument the building in the case at bar is not a "residential building", as, he wrote, the evidence did not show that the multiple units in this building were used by their occupants "more or less permanently" rather than

**Art. 441n.** La déclaration de copropriété et ses modifications obligent les copropriétaires et leurs ayants droit à titre universel.

Elles obligent leurs ayants droit à titre particulier à compter de l'enregistrement de leur droit.

**Art. 442h.** Les copropriétaires ne peuvent, sauf à l'unanimité, changer directement ou indirectement la destination de l'immeuble.

### b Les prétentions des parties

Le procureur de l'intimée soutient dans un premier temps que pour se prévaloir de la déduction permise par la catégorie 31, une personne doit avoir droit de propriété dans chacun, ou à tout le moins dans plus d'un des «logements multiples» de l'immeuble et qu'ainsi serait admissible le copropriétaire indivis de tout l'immeuble, puisque ce type de copropriété confère des droits à l'égard de chacun des logements, mais que ne serait pas admissible le copropriétaire par déclaration d'un seul logement, puisque ce type de copropriété ne confère véritablement, selon lui, que des droits relativement à celui de ces logements dont le copropriétaire a la propriété exclusive. Le procureur de l'intimée se dit, là-dessus, en complet accord avec la conclusion à laquelle en est arrivé le juge de première instance et que voici [à la page 193]:

Or, dans la présente cause, il est de l'essence même de la disposition contenue dans la catégorie 31 que le bien visé constitue «un immeuble résidentiel à logements multiples au Canada». À mon point de vue, il importe de lire tous ces mots et de les appliquer ensemble au bien que la catégorie définit. Ainsi, on doit exclure de la définition un immeuble résidentiel au Canada qui consiste en un seul logement; de la même façon, on doit exclure de la définition chacun des logements multiples, pris séparément, d'un immeuble résidentiel au Canada.

Comme dans la présente cause le demandeur ne réclamait pas une déduction pour amortissement à l'égard d'un immeuble résidentiel à logements multiples au Canada, mais bien plutôt à l'égard de l'un des logements multiples, soit l'unité 29, d'un immeuble plus considérable en comportant quelque quarante-quatre, il ne saurait en conséquence profiter de la disposition stipulée à la catégorie 31 de l'annexe II du Règlement.

Dans un deuxième temps, le procureur de l'intimée soutient que quoi qu'il en soit de son premier argument, l'immeuble, en l'espèce, n'est pas un «immeuble résidentiel» car, écrit-il, la preuve n'a pas démontré que les logements multiples de cet immeuble sont utilisés par leurs occupants «sur une

“for short periods”. The Trial Judge did not have to rule on this second argument.

Counsel for the appellant, for his part, argued that nothing in the phrase “multiple-unit residential building” prevents it being applicable to the fraction of such a building held under the legal arrangement of co-ownership by declaration. He further argued that a building may be described as residential even though its occupants use it only for short periods.

### Rules for interpreting tax legislation

When the Court has to interpret the provisions of tax legislation allowing a reduction of the tax burden, the traditional rule was that the taxpayer's argument clearly fell within the exemption provision and any doubt was resolved in favour of the Government. This strict rule of interpretation was qualified by the Supreme Court of Canada in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen* as follows:<sup>2</sup>

I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no *bona fide* business purpose. Thus, by imposing a positive requirement that there be such a *bona fide* business purpose, a taxpayer might be barred from undertaking the very activity Parliament wishes to encourage. At minimum, a business purpose requirement might inhibit the taxpayer from undertaking the specified activity which Parliament has invited in order to attain economic and perhaps social policy goals. Examples of such incentives I have already enumerated.

Indeed, where Parliament is successful and a taxpayer is induced to act in a certain manner by virtue of incentives prescribed in the legislation, it is at least arguable that the

base plus ou moins permanente» plutôt que «pour de courtes périodes». Le juge de première instance n'a pas eu à se prononcer sur ce second argument.

Le procureur de l'appellant, de son côté, soutient que rien, dans l'expression «immeuble résidentiel à logements multiples», ne fait obstacle à ce qu'elle vise la fraction d'un tel immeuble qui est détenue en vertu du régime juridique de copropriété par déclaration. Il soutient également qu'un immeuble peut être qualifié de résidentiel quand bien même ses occupants ne l'utiliseraient que pour de courtes périodes.

### Règles d'interprétation des lois fiscales

Lorsqu'il s'agit, dans une loi fiscale, d'interpréter des dispositions qui permettent la diminution du fardeau fiscal, la règle traditionnelle voulait que la prétention du contribuable relevât manifestement de la disposition d'exemption et que tout doute favorisât l'Administration. Cette règle d'interprétation stricte a été nuancée par la Cour suprême du Canada dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine* de la façon suivante<sup>2</sup>:

Je suis donc d'avis de rejeter la proposition selon laquelle il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a fait sans but commercial distinct ou véritable. Un critère strict d'objet commercial pourrait, dans certaines circonstances, aller à l'encontre de l'intention apparente du législateur qui, dans les lois fiscales modernes, peut viser deux objets. La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est plus uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique. Ainsi, la Loi est à la fois un outil de politique économique et de politique fiscale. L'élément de politique économique de la Loi prend quelquefois la forme d'une incitation du contribuable à s'engager dans une activité précise ou à la réorganiser. Sans l'incitation contenue dans la Loi, le contribuable ne s'engagerait peut-être pas dans cette activité et pour lui l'opération en cause n'aurait pas d'autre objet commercial véritable. Donc, en imposant une obligation concrète qu'il y ait un tel objet commercial véritable, on pourrait empêcher un contribuable d'entreprendre l'activité même que le législateur veut encourager. À tout le moins, l'obligation que constitue la présence d'un objet commercial pourrait empêcher le contribuable d'entreprendre l'activité précise à laquelle le législateur l'a invité pour atteindre des objectifs de politique économique et même sociale. J'ai déjà donné des exemples de ces incitations.

En réalité, lorsque le législateur réussit à amener le contribuable à agir d'une façon déterminée à cause d'incitations contenues dans la Loi, on peut au moins dire que le contribu-

<sup>2</sup> [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 575-576 and 578.

<sup>2</sup> [1984] 1 R.C.S. 536, aux p. 575-576 et 578.

taxpayer was attracted to these incentives for the valid business purpose of reducing his cash outlay for taxes to conserve his resources for other business activities. It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the express intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions. Such an approach would promote rather than interfere with the administration of the *Income Tax Act*, *supra*, in both its aspects without interference with the granting and withdrawal, according to the economic climate, of tax incentives. The desired objective is a simple rule which will provide uniformity of application of the Act across the community, and at the same time, reduce the attraction of elaborate and intricate tax avoidance plans, and reduce the rewards to those best able to afford the services of the tax technicians.

Professor Willis, in his article, *supra*, accurately forecast the demise of the strict interpretation rule for the construction of taxing statutes. Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable . . .

While not directing his observations exclusively to taxing statutes, the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E. A. Dreidger, put the modern rule succinctly:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

This is the new approach which MacGuigan J.A. described in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*<sup>3</sup> as a "words-in-total-context approach with a view to determining the object and spirit of the taxing provisions".

Additionally, in determining the object of the legislation, this Court no longer hesitates to refer to the parliamentary debates when the latter rise above mere partisanship, and in particular in tax

ble y a été amené pour le motif commercial valide de réduire ses paiements d'impôt dans le but de conserver ses ressources pour d'autres activités commerciales. Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales. Une telle façon de voir aurait pour effet de faciliter l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, plutôt que de l'entraver, sous ces deux aspects, sans gêner l'attribution ou le retrait, selon le climat économique, d'incitations fiscales. L'objectif recherché est une règle simple qui amènera l'uniformité d'application de la Loi dans la société et, par la même occasion, diminuera l'attrait de plans compliqués et subtiles d'évitement de l'impôt et diminuera les avantages pour ceux qui sont le plus en mesure de s'offrir les services de fiscalistes.

Dans l'article précité, le professeur Willis prévoit fort justement l'abandon de la règle d'interprétation stricte des lois fiscales. Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt . . .

Bien que les remarques (*sic*) E. A. Dreidger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

C'est cette approche nouvelle que le juge MacGuigan, J.C.A. dans *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*<sup>3</sup> a décrite comme une «[l'examen des] termes dans leur contexte global en vue de découvrir l'objet et l'esprit des dispositions fiscales».

Par ailleurs, pour vérifier l'objet de la disposition législative, cette Cour n'hésite plus à référer aux débats parlementaires, lorsque ces derniers s'élèvent au-dessus de la simple partisanerie, et plus particulièrement, en matière fiscale, à référer

<sup>3</sup> [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), at p. 352.

<sup>3</sup> [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), à la p. 352.



matters to refer to the budget speech made by the Minister of Finance.<sup>4</sup>

Finally, since reference will later be made to the Interpretation Bulletins published by Revenue Canada, it is worth noting at once the rules governing use of these Bulletins to interpret a particular provision.

It is well settled that Interpretation Bulletins only represent the opinion of the Department of National Revenue, do not bind either the Minister, the taxpayer or the courts and are only an important factor in interpreting the Act in the event of doubt as to the meaning of the legislation.<sup>5</sup> Having said that, I note that the courts are having increasing recourse to such Bulletins and they appear quite willing to see an ambiguity in the statute — as a reason for using them — when the interpretation given in a Bulletin squarely contradicts the interpretation suggested by the Department in a given case or allows the interpretation put forward by the taxpayer. When a taxpayer engages in business activity in response to an express inducement by the Government and the legality of that activity is confirmed in an Interpretation Bulletin, it is only fair to seek the meaning of the legislation in question in that bulletin also. As Professor Côté points out in *The Interpretation of Legislation in Canada*:<sup>6</sup> “The administration’s presumed authority and expertise is never more persuasive than when the judge succeeds in turning it against its author, demonstrating a contradiction between the administration’s interpretation and its contentions before the Court.”\*

<sup>4</sup> See *Lor-Wes Contracting Ltd.*, *supra*, note 3, at p. 352; *Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen*, [1984] CTC 536 (F.C.A.), at pp. 546-547; *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647 (C.A.), at p. 657; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, Yvon Blais, at pp. 347-350.

<sup>5</sup> *Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, de Grandpré J.; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37, Dickson J. [as he then was]; *Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443, at p. 450, Ritchie J.; *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at pp. 189 and 195 *et seq.*, Wilson J.

<sup>6</sup> *Supra*, note 4, at p. 446.

\* Equivalent passage taken from English version of 1st edition of text by P.-A. Côté.

au discours sur le budget prononcé par le ministre des Finances<sup>4</sup>.

Enfin, puisqu’il sera plus loin question de bulletins d’interprétation publiés par Revenu Canada, autant rappeler dès maintenant les règles qui régissent le recours à ces bulletins aux fins d’interpréter une disposition particulière.

Il est acquis que les bulletins d’interprétation ne constituent que l’opinion du ministère du Revenu national, ne lient ni le ministre, ni le contribuable, ni les tribunaux et ne constituent un facteur important dans l’interprétation de la Loi qu’en cas de doute sur le sens de cette législation<sup>5</sup>. Cela dit, je constate que les tribunaux recourent de plus en plus souvent à ces bulletins et qu’ils paraissent facilement enclins à voir une ambiguïté dans la Loi — ce qui permet d’y recourir — lorsque l’interprétation donnée dans un bulletin contredit carrément l’interprétation que le ministère propose dans un cas donné ou permet l’interprétation que propose le contribuable. Lorsque le contribuable s’adonne à une activité commerciale en réponse à une invitation expresse de l’Administration et que la légalité de cette activité est confirmée dans un bulletin d’interprétation, ce n’est que justice que de rechercher accessoirement dans ce bulletin le sens de la législation en cause. Ainsi que le souligne le professeur Côté dans *Interprétation des lois*<sup>6</sup>: «l’argument d’autorité tiré de l’interprétation administrative n’a jamais autant de force de persuasion que lorsqu’il est invoqué contre l’Administration, que le juge met ainsi en contradiction avec elle-même».

<sup>4</sup> Voir *Lor-Wes Contracting Ltd.*, *supra*, note 3, à la p. 352; *Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536 (C.A.F.), aux p. 546 et 547; *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647 (C.A.) à la p. 657; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, aux p. 414 à 418.

<sup>5</sup> *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, à la p. 859, M. le juge de Grandpré; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 37, M. le juge Dickson [tel était alors son titre]; *Bryden c. Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443, à la p. 450, M. le juge Ritchie; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, aux p. 189, 195 *et s.*, Madame le juge Wilson.

<sup>6</sup> *Supra*, note 4, à la p. 523.

Question one: is coproprietor by declaration of fraction of building, otherwise eligible, owner of "multiple-unit residential building"?

Assuming for the purposes of this argument that the building is a "multiple-unit residential building", the question arising in the case at bar is whether co-ownership by declaration of a fraction of that building makes this coproprietor the purchaser of "property which is a multiple-unit residential building".

Applying the rules of interpretation which I noted above, this question must be answered by considering the relevant provisions in their "words-in-total-context".

(a) Legislative provisions and context

The expression "property which is a multiple-unit residential building" is not defined either in the Act or the Regulations. In the absence of any definition and in the context of a depreciation deduction within the meaning of the Act and Regulations, there is no reason to require a taxpayer claiming a deduction for depreciable property to have acquired all of that property. The word "property", in subsection 248(1) of the Act, "means property of any kind whatever whether real or personal or corporeal or incorporeal and, without restricting the generality of the foregoing, includes (a) a right of any kind whatever . . ." (my emphasis). This definition could hardly be more inclusive and seems quite broad enough to me to take in a portion or fraction of property: a person who acquires a portion or fraction of property most certainly acquires property.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> The word "property" (or "*bien*") has always been regarded in everyday as well as legal language as having an especially broad significance. In *Jones v Skinner* (1835), 5 L.J. Ch. 87, at p. 90, Lord Langdale, Master of the Rolls, said that "It is well known that the word 'property' is the most comprehensive of all the terms which can be used, in as much as it is indicative and descriptive of every possible interest which the party can have". See also *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex. C.R. 580, at p. 591, Thorson P.; *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609 (C.A.), at p. 626, Clement D.J.; *Golden v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 599 (C.A.), at p. 607, Heald J.; *Beament et al. v. Minister of National Revenue*, [1970] S.C.R. 680, at p. 690, Pigeon J.

Première question: un copropriétaire par déclaration d'une fraction d'un immeuble par ailleurs admissible est-il propriétaire d'«un immeuble résidentiel à logements multiples»?

<sup>a</sup>

Tenant pour acquis, pour les fins de cet argument, que l'immeuble est un «immeuble résidentiel à logements multiples», la question qui se pose en l'espèce est de déterminer si la copropriété par déclaration d'une fraction de cet immeuble fait de ce copropriétaire l'acquéreur d'«un bien qui est un immeuble résidentiel à logements multiples»?

<sup>b</sup>

Applicant les règles d'interprétation que j'ai rap-  
pelées plus haut, il y aura lieu, pour répondre à cette question, d'examiner les dispositions pertinentes dans leur «*words-in-total-context*».

<sup>c</sup>

a) Le texte et le contexte législatifs

<sup>d</sup>

L'expression «bien qui est un immeuble résidentiel à logements multiples» n'est définie ni dans la Loi ni dans le Règlement. En l'absence de toute définition et dans le contexte d'une déduction pour amortissement au sens de la Loi et du Règlement, il n'est aucune raison d'exiger d'un contribuable qui réclame une déduction à l'égard d'un bien amortissable, qu'il ait acquis la totalité de ce bien. Le mot «biens», de par le paragraphe 248(1) de la Loi, «signifie des biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels et comprend, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, a) un droit de quelque nature qu'il soit . . .» (mes soulignements). Cette définition est on ne peut plus englobante et me paraît assez vaste pour comprendre une partie ou fraction d'un bien: qui acquiert partie ou fraction d'un bien, acquiert très certainement un bien.<sup>7</sup>

<sup>e</sup>

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

<sup>7</sup> Le mot «bien» (ou «*property*») a de tout temps été considéré, dans le langage ordinaire aussi bien que dans le langage juridique, comme ayant une portée particulièrement vaste. Dans *Jones v. Skinner* (1835), 5 L.J. Ch. 87, à la p. 90, lord Langdale, Maître des Rôles, déclarait que [TRADUCTION] «Tout le monde sait que le mot «*property*» (bien) est le plus compréhensif de tous les termes qui peuvent être employés, dans la mesure où il comprend tous les droits que la partie peut détenir.» Voir aussi, *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex. C.R. 580, à la p. 591, président Thorson; *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609 (C.A.), à la p. 626, M. le juge suppléant Clement; *Golden c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 599 (C.A.), à la p. 607, M. le juge Heald; *Beament et autres c. Ministre du revenu national*, [1970] R.C.S. 680, à la p. 690, M. le juge Pigeon.

Indeed, counsel for the respondent did not seek to persuade the Court of the contrary. He argued instead that the fraction in question had to be an undivided portion of the entire property, or at least, if I understood his arguments correctly, com-

This proposition runs directly into two obstacles which seem to me insurmountable. The first results from the very definition of "property" cited above. A right of co-ownership by declaration is indubitably "a right of any kind whatever" in the building, in the same way as an undivided right of co-ownership. Additionally, the right of ownership required by Class 31 in respect of a "multiple-unit residential building" is a right of ownership in a building consisting of multiple units, not a right of ownership in the multiple units as such. Accordingly, the wording of Class 31 does not in any way support limiting its application only to certain types of right of ownership or requiring that the right of ownership extend to each or to many of the units in the building.

The second and still more conclusive obstacle arises from the very nature of the right of co-ownership by declaration. Counsel for the respondent, with all due respect, makes a serious error of fact and of law in saying the following, in his submission:

... the appellant purchased not a multiple-unit building but a fraction of such a building. The appellant is exclusive owner of that fraction (unit 29), not owner of an undivided share in the building.

The appellant chose co-ownership by declaration rather than some other form of ownership such as undivided co-ownership ...

This is an error of fact because, as appears from the deed of sale itself, the appellant purchased a fraction of the building which includes both an exclusive portion of the said building and a share of the undivided rights to the common areas. The appellant is clearly the owner of an undivided part of the building.

It is an error of law because the very concept of co-ownership by declaration in Quebec civil law embraces two things which are absolutely insepa-

Le procureur de l'intimée n'a pas, d'ailleurs, cherché à nous convaincre du contraire. Il a plutôt soutenu que la fraction en question devait être une part indivise de tout le bien ou à tout le moins, si j'ai bien saisi ses prétentions, comprendre plus d'un logement puisque ne se qualifie qu'un immeuble à logements multiples.

Cette proposition se heurte de front à deux obstacles qui m'apparaissent insurmontables. Le premier vient de la définition même de «biens» que j'ai citée plus haut. Un droit de copropriété par déclaration est indiscutablement «un droit de quelque nature qu'il soit» dans l'immeuble, au même titre qu'un droit de copropriété indivise. Par ailleurs, le droit de propriété qu'exige la catégorie 31 eu égard à un «immeuble résidentiel à logements multiples», est un droit de propriété dans un immeuble qui comprend des logements multiples, et non pas un droit de propriété dans les logements multiples en tant que tels. Ainsi, la formulation de la catégorie 31 ne permet d'aucune façon de restreindre son application à certaines formes seulement de droit de propriété ni d'exiger que le droit de propriété s'étende à chacun ou à plusieurs des logements qu'abrite l'immeuble.

Le second obstacle, plus déterminant encore, tient à la nature même du droit de copropriété par déclaration. Le procureur de l'intimée, cela dit avec déférence, commet une erreur de fait et une erreur de droit flagrantes lorsqu'il affirme ce qui suit, dans son mémoire:

... l'appellant a fait l'acquisition non pas d'un immeuble à logements multiples mais plutôt d'une fraction d'un tel immeuble. L'appellant est propriétaire exclusif de cette fraction (unité 29) et non propriétaire d'une quote-part indivise de l'immeuble.

L'appellant a choisi la copropriété par la déclaration plutôt qu'une autre forme de propriété, telle la copropriété indivise ...

Erreur de fait, parce que tel qu'il appert de l'acte même de vente, l'appellant a acquis une fraction de l'immeuble qui comprend à la fois une partie exclusive dudit immeuble et une quote-part des droits indivis des parties communes. L'appellant est bel et bien propriétaire d'une partie indivise de l'immeuble.

Erreur de droit, parce que le concept même de copropriété par déclaration, en droit civil québécois, comporte deux éléments qui sont absolument

able from each other, and have meaning only if they exist together, namely the right of exclusive ownership to an exclusive portion and “an undivided right of ownership” (article 441d of the *Civil Code of Lower Canada*) in the common portions. These two rights are real rights, which are each the subject of separate registration and which cannot be alienated without each other (articles 441c and 441e). The declaration of co-ownership “defines the destination of the immovable and of its exclusive and common portions, of which it gives a detailed description”, “determines the relative value of each fraction, having regard to the nature, area and situation of the exclusive portion which it comprises” and “specifies the conditions of enjoyment of the common portions and utilization of the exclusive portions . . .” (article 441l). This declaration of co-ownership is in the form of a notarial deed (article 441m) and is binding on “the coproprietors and their successors by general title” (article 441n). Each of the coproprietors “is bound to contribute . . . to all costs resulting from the co-ownership and the operation of the immovable and particularly to the costs of conservation, maintenance and administration of the common portions . . .” (article 441k).<sup>8</sup>

The interpretation suggested by counsel for the respondent leads to the absurd result that in the case at bar the appellant would only have had to acquire two fractions instead of one in order to make use of the deduction. Additionally, if it is the co-ownership by declaration as such which is an obstacle, this would disqualify a person who “even acting alone”, as article 441b of the *Civil Code of Lower Canada* puts it, “may register a declaration of co-ownership and therein declare himself proprietor of each fraction”, yet such a person would be owner of all fractions.

#### (b) Purpose of legislation and budget speech

In the budget speech he made on November 18, 1974, the Minister of Finance said the following:<sup>9</sup>

<sup>8</sup> A very interesting analysis of the concept of co-ownership by declaration in Quebec civil law was made by Rouleau J. in *Lovell, J.P. v. The Queen* (1989), 90 DTC 6116 (F.C.T.D.).

<sup>9</sup> *House of Commons Debates*, 1st Sess., 30th Parl., Vol. II, 1974, p. 1419, at p. 1426. I use the original English version

(Continued on next page)

indissociables l'un de l'autre et qui n'ont respectivement de sens que s'ils coexistent, à savoir: le droit de propriété exclusif sur la partie exclusive et «un droit de propriété indivis» (article 441d du *Code civil du Bas-Canada*) sur les parties communes. Ces deux droits sont des droits réels, qui font chacun l'objet d'un enregistrement distinct et qui ne peuvent être aliénés l'un sans l'autre (articles 441c et 441e). La déclaration de copropriété «définit la destination de l'immeuble et de ses parties exclusives et communes dont elle donne une description détaillée», «détermine la valeur relative de chaque fraction, eu égard à la nature, à la superficie et à la situation de la partie exclusive qu'elle comprend», et «précise les conditions de jouissance des parties communes et d'utilisation des parties exclusives. . .» (article 441l). Cette déclaration de copropriété est notariée (article 441m) et elle lie «les copropriétaires et leurs ayants droit à titre universel» (article 441n). Chacun des copropriétaires «est tenu de contribuer . . . à toutes les charges découlant de la copropriété et de l'exploitation de l'immeuble et spécialement aux charges de la conservation, de l'entretien et de l'administration des parties communes» (article 441k).<sup>8</sup>

L'interprétation proposée par le procureur de l'intimée mène à ce résultat absurde qu'il aurait suffi, en l'espèce, que l'appelant se portât acquéreur de deux fractions, au lieu d'une seule, pour se prévaloir de la déduction. Par ailleurs, si c'est la copropriété par déclaration en tant que telle qui fait obstacle, serait disqualifiée cette personne qui, «même seule», aux dires de l'article 441b du *Code civil du Bas-Canada*, «peut enregistrer une déclaration de copropriété et s'y déclarer propriétaire de chaque fraction», et pourtant cette personne serait propriétaire de toutes les fractions.

#### b) L'objet de la législation et le discours sur le budget

Dans le discours sur le budget qu'il prononçait le 18 novembre 1974, le ministre des Finances s'exprimait comme suit<sup>9</sup>:

<sup>8</sup> Une analyse fort intéressante du concept de copropriété par déclaration en droit civil québécois a été faite par M. le juge Rouleau dans *Lovell, J.P. c. La Reine* (1989), 90 DTC 6116 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>9</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> session, 30<sup>ème</sup> législature, Volume II, 1974, p. 1419, à la p. 1426. J'utilise la

(Suite à la page suivante)

For reasons already discussed, I am particularly anxious to provide a quick and strong incentive to the construction of new rental housing units. I therefore propose to relax for a period the rule whereby capital cost allowances on rental construction could not be charged against income from other sources.

Specifically, in respect of new, multiple-unit residential buildings for rent, started between tonight and December 31, 1975, the capital cost allowance rule will not apply. This means that an owner of an eligible rental unit will be permitted to deduct capital cost allowance against any source of income at any time. I am confident that this measure will attract a significant amount of private equity capital into the construction of new rental housing. [My emphasis.]

Although these observations do not have the decisive scope claimed for them by counsel for the appellant, they illustrate quite clearly the Government's intention to encourage the construction of multiple-unit residential buildings and to induce taxpayers to invest in such buildings in return for significant depreciation potential. It seems to me it would be treating the Government as naive to suggest that it had in mind only the construction of buildings financed by a single owner. The Minister's choice of words seems revealing in this connection: he refers to "new multiple-unit residential buildings" to describe buildings the construction of which he wants to encourage, but refers to the "owner of an eligible rental unit" (my emphasis) to describe a taxpayer he is seeking to benefit. These words are quite consistent with the practice of co-ownership by declaration and reinforce the

(Continued from previous page)

rather than the French, which was cited by the Trial Judge and which in my opinion is a poor translation of the Minister's remarks.

*For reasons already discussed, I am particularly anxious to provide a quick and strong incentive to the construction of new rental housing units. I therefore propose to relax for a period the rule whereby capital cost allowances on rental construction could not be charged against income from other sources.*

*a Specifically, in respect of new, multiple-unit residential buildings for rent, started between tonight and December 31, 1975, the capital cost allowance rule will not apply. This means that an owner of an eligible rental unit will be permitted to deduct capital cost allowance against any source of income at any time. I am confident that this measure will attract a significant amount of private equity capital into the construction of new rental housing. [Mes soulignements.]*

*b*  
*c*  
*d*  
*e*  
*f* Bien que ces propos n'aient pas l'ampleur décisive qu'y voit le procureur de l'appelant, ils illustrent assez bien le désir du gouvernement d'encourager la construction d'immeubles résidentiels à logements multiples et d'inciter les contribuables à investir dans semblable construction en échange de possibilités importantes d'amortissement. Il me semble que ce serait taxer l'Administration de naïveté, que de prétendre qu'elle n'avait en vue que la construction d'immeubles financée par un seul propriétaire. À cet égard, le choix des mots du ministre m'apparaît révélateur: il réfère aux «*new, multiple-unit residential buildings*» pour décrire les immeubles dont il veut encourager la construction mais il réfère à l'*owner of an eligible rental unit*» (mes soulignements) pour décrire le contribuable qu'il cherche à avantager. Ce sont là des mots qui cadrent fort bien avec la pratique de la

(Suite de la page précédente)

version, originale, anglaise, plutôt que la version française, qui a été citée par le juge de première instance et qui, à mon avis, traduit mal les propos du ministre.

\*Note de l'arrêviste: Voici la version française:

Pour des raisons que j'ai déjà exposées, il me tarde particulièrement d'offrir un stimulant rapide et vigoureux à la construction de nouvelles habitations à loyer. Je propose donc d'assouplir pendant un certain temps la règle selon laquelle les amortissements ne sont pas déductibles des revenus provenant d'autres sources.

Plus précisément, cette règle ne s'appliquera pas aux nouveaux immeubles à loyers multiples qui seront mis en chantier entre ce soir et le 31 décembre 1975. Cela signifie que le propriétaire d'un immeuble de rapport admissible pourra déduire n'importe quand l'amortissement des revenus de n'importe quelle source. Je suis persuadé que cette mesure attirera un volume considérable de capitaux privés dans le secteur de la construction de nouveaux immeubles à usage locatif. [Soulignements ajoutés.]

textual and contextual interpretation at which I arrived above.

(c) Interpretation Bulletin

As I have concluded that the legislation presents no ambiguity and means what the taxpayer says it means, and as further I believe that the objective sought by the government reinforces this interpretation, it is not really necessary for me to go further and examine the Interpretation Bulletin submitted to the Court by counsel for the appellant.

However, in the event that I am wrong in my interpretation of the expression "property that is a multiple-unit residential building" and, accordingly, that expression is not as clear as I have said, I am pleased to see that Interpretation Bulletin No. IT-367R2, published on September 7, 1981 regarding "Capital Cost Allowances — Multiple-Unit Residential Buildings", confirms my conclusion in all respects. That Bulletin refers expressly to the "owner of a unit or interest in such a building" (section 2), even states that "If an entire building satisfies the requirements of class 31 or class 32, each unit or ownership interest therein which has been acquired by a taxpayer for the purpose of gaining or producing income therefrom . . . is considered to be property of class 31 or class 32" (section 4) and refers in particular to the "case of condominiums or row houses" (section 14). Counsel for the respondent frankly admitted that this Bulletin is an obstacle to his arguments and strove unsuccessfully to persuade the Court that the legislation and regulations at issue so clearly supported his interpretation that there was no need to have recourse to the Bulletin.

Question two: whether purpose of building residential

Counsel for the respondent argued, with the support of dictionary definitions, that a residential building "is a place where someone habitually resides" and which "is used to accommodate its occupants more or less permanently, as opposed to a place lived in for short periods". He also relied on the expression "*logements autonomes*" used in paragraph (a) of Class 31, the equivalent of which

copropriété par déclaration et qui viennent renforcer l'interprétation textuelle et contextuelle à laquelle j'en suis arrivé plus haut.

a) Le bulletin d'interprétation

Comme j'en arrive à la conclusion que le texte de loi ne soulève aucune ambiguïté et signifie ce que le contribuable prétend qu'il signifie, et comme en plus je crois que l'objectif recherché par le gouvernement vient renforcer cette interprétation, il ne m'est pas vraiment nécessaire d'aller plus loin et d'examiner le Bulletin d'interprétation que nous a soumis le procureur de l'appellant.

Au cas, cependant, où je ferais erreur dans mon interprétation de l'expression «bien qui est un immeuble résidentiel à logements multiples» et dans l'hypothèse, par conséquent, où cette expression ne serait pas aussi claire que je l'ai dit, je suis heureux de constater que le Bulletin d'interprétation no IT-367R2, publié le 7 septembre 1981 et relatif à la «déduction pour amortissements — Immeubles résidentiels à logements multiples», confirme en tous points ma conclusion. Ce Bulletin réfère expressément au «propriétaire d'un logement ou d'une participation dans un tel immeuble» (article 2), précise même que «Si un bâtiment en entier satisfait aux exigences de la catégorie 31 ou 32, chaque unité ou participation dans la propriété acquise par un contribuable en vue d'en tirer un revenu . . . est considérée comme étant un bien de la catégorie 31 ou 32» (article 4) et réfère notamment au «cas des condominiums ou des maisons en rangée» (article 14). Le procureur de l'intimée a fort honnêtement reconnu que ce Bulletin faisait échec à ses prétentions et s'est affairé, sans succès, à nous convaincre que la législation et la réglementation en litige appuyaient si clairement son interprétation que nul besoin n'était de recourir au Bulletin . . .

Deuxième question: l'immeuble avait-il vocation résidentielle?

Le procureur de l'intimée a soutenu, définitions de dictionnaires à l'appui, qu'un immeuble résidentiel «est un endroit où l'on demeure habituellement» et qui «sert à loger ses occupants sur une base plus ou moins permanente par opposition à un endroit où l'on séjourne pour de courtes périodes». Il s'est appuyé, également, sur l'expression «logements autonomes» utilisée à l'alinéa a) de la caté-

in the English version is “self-contained domestic establishment”, which is itself defined in subsection 248(1) of the Act as meaning “dwelling house, apartment or other similar place of residence in which place a person as a general rule sleeps and eats”. The problem is that the Act has defined “self-contained domestic establishment”, but in French defined not “*logement autonome*”, which is the expression used in Class 31, but “*établissement domestique autonome*”, so that it is not clear that the intention in Class 31 was to refer to the same situation as that referred to in subsection 248(1). In any case, I consider that the French and English wordings of Class 31 lead to the same interpretation.

Counsel for the respondent also tried to show that in the case at bar the appellant submitted no evidence that the units were occupied by persons who were making them their habitual place of residence, rather than temporary occupants.

I note at the outset that the requirement of “*logements autonomes*” is an objective one in the case at bar, determined first in the CMHC certificate and second in the plans and specifications for the building approved by the CMHC. As a question of fact, therefore, this requirement precedes construction of the building. Once the plans and specifications have been approved and the certificate issued by the CMHC, the building qualifies of itself and I do not think that, in the absence of any allegation of bad faith or deceit, the Court can impose on the taxpayer the burden of establishing that the intended use of the building is not or is no longer in fact what it was on paper. In the case at bar, the Department had the burden of showing that the certification was wrongly issued or the intended use of the building had been changed. It did not discharge that burden. I note from consulting the Interpretation Bulletin, since there is a doubt, that it is in fact the “intended use of the units” (my emphasis) which makes it possible for a building “[t]o qualify as residential” (section 7), which confirms my interpretation of the burden of proof in the event that a building ceases to fall within Class 31, as mentioned in section 11 of the bulletin.

gorie 31, dont l'équivalent, dans la version anglaise, est «*self-contained domestic establishment*», lequel est lui-même défini, au paragraphe 248(1) de la Loi, comme signifiant «*dwelling house, apartment or other similar place of residence in which place a person as a general rule sleeps and eats*». Le problème, c'est que la Loi a défini «*self-contained domestic establishment*», mais a défini, en français, non pas «*logement autonome*», qui est l'expression utilisée dans la catégorie 31, mais «*établissement domestique autonome*», de sorte qu'il n'est pas certain qu'on ait voulu, dans la catégorie 31, référer à la même réalité que celle à laquelle réfère le paragraphe 248(1). Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que le texte français et le texte anglais de la catégorie 31 conduisent à la même interprétation.

Le procureur de l'intimée s'est aussi employé à démontrer qu'en l'espèce l'appelant n'avait pas fait la preuve que les logements étaient occupés par des personnes qui en faisaient leur lieu de résidence habituelle, plutôt que par des vacanciers de passage.

Je note au départ que l'exigence de «logements autonomes» est en l'espèce une exigence objective qui se vérifie d'une part dans l'attestation de la SCHL et d'autre part dans les plans et devis du bâtiment approuvés par la SCHL. Cette exigence, par conséquent, précède dans les faits la construction de l'immeuble. Une fois les plans et devis approuvés et l'attestation émise par la SCHL, l'immeuble se qualifie de lui-même et je ne crois pas qu'on puisse imposer au contribuable, en l'absence d'allégation de mauvaise foi ou de tromperie, le fardeau de démontrer que la destination de l'immeuble n'est pas ou n'est plus, dans la réalité, ce qu'elle devait être sur papier. Le Ministère, en l'espèce, avait le fardeau de démontrer que l'attestation avait été émise à tort ou que la destination de l'immeuble avait été modifiée. Il ne s'est pas déchargé de ce fardeau. Je note, en recourant, puisqu'il y a doute, au bulletin d'interprétation, que c'est effectivement «usage prévu des logements» (mon soulignement) qui permet à un immeuble d'«être classé résidentiel» (article 7), ce qui confirme mon interprétation du fardeau de la preuve dans le cas où, comme le prévoit l'article 11 du bulletin, un immeuble cesse de faire partie de la catégorie 31.

The Interpretation Bulletin is also instructive as to the meaning to be given to the word “residential”. Under section 7 a building will be “residential” if it is intended “to provide, on a more or less permanent basis, the place of residence or abode of its occupants”. The idea of “on a more or less permanent basis”, while it may be a barrier for example to the occupants perpetually coming and going, does not rule out the possibility, as in the case at bar, of more or less long-term rental depending on the market and on chance. I also note that in sections 11 and 12 “residential” is contrasted with “commercial use”, which leads me to think that what the Department is primarily trying to avoid is units being eventually used for commercial purposes that would be inconsistent with residential occupancy of the premises.

Clause 9.2.3 of the declaration of co-ownership states that “the business of room rental is absolutely prohibited in any part used for commercial or professional purposes, such as, but not limited to, shops or offices”. In the absence of evidence by the Department that these clauses have been amended — I note that under article 441m of the *Civil Code of Lower Canada*, any change to the declaration of co-ownership must be notarized and registered, and under article 442h, the intended use of the building can only be changed by unanimous vote of the coproprietors — they represent in my opinion a formal statement of the residential rather than commercial use to which the building is to be put. It was further in evidence that the appellant has never paid municipal business taxes on his fraction, which was taxed as a “dwelling”.

#### Disposition of case

For these reasons I would allow the appeal, reverse the trial judgment and invalidate the notice of reassessment of September 16, 1983,<sup>10</sup> the whole with costs against the respondent at trial and on appeal.

HUGESSEN J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

Le bulletin d'interprétation est aussi révélateur quant au sens à donner au mot «résidentiel». Sera «résidentiel», selon l'article 7, l'immeuble qui vise «à fournir, de façon plus ou moins permanente, le lieu de résidence ou d'habitation de ses occupants». La notion de «façon plus ou moins permanente», si elle paraît faire obstacle, par exemple, à un va-et-vient perpétuel des occupants, n'écarte pas la possibilité, comme en l'espèce, de location à plus ou moins long terme, au gré du marché et du hasard. Je constate d'ailleurs qu'aux articles 11 et 12, on oppose «usage résidentiel» à «usage commercial», ce qui m'amène à croire que ce que le Ministère cherche principalement à éviter, c'est que les logements servent éventuellement à des fins commerciales qui soient inconciliables avec une occupation résidentielle des lieux.

L'article 9.2.3. de la déclaration de copropriété précise que «le commerce de location de chambre est absolument interdit dans toute partie utilisée à des fins commerciales ou professionnelles telles que, mais non limitativement, boutiques ou bureaux». En l'absence de preuve par le Ministère que ces articles ont été modifiés—je rappelle qu'aux termes de l'article 441m du *Code civil du Bas-Canada* toute modification de la déclaration de copropriété doit être notariée et enregistrée et qu'aux termes de l'article 442h, la destination de l'immeuble ne peut être modifiée que par un vote unanime des copropriétaires—ils constituent, à mon avis, la consécration formelle de la vocation résidentielle plutôt que commerciale de l'immeuble. Il est d'ailleurs en preuve que l'appelant n'a jamais payé de taxes municipales d'affaires relativement à sa fraction, laquelle était imposée à titre de «logement».

#### Dispositif

Pour ces motifs, je serais d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmier le jugement de première instance et de déclarer nul l'avis de nouvelle cotisation du 16 septembre 1983<sup>10</sup>, le tout avec dépens contre l'intimée en première instance aussi bien qu'en appel.

HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

<sup>10</sup> The conclusions sought in the declaration refer, apparently by error, to a notice of October 6, 1983.

<sup>10</sup> Les conclusions recherchées dans la déclaration réfèrent, par erreur semble-t-il, à un avis du 6 octobre 1983.



# DIGESTS

*Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.*

*Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.*

## ARMED FORCES

Application for prohibition to prevent trying of two charges by Disciplinary Court Martial (DCM) on basis DCM not impartial tribunal within meaning of Charter, s. 11(d) and applicant had reasonable apprehension of bias—Preliminary objection to Trial Judge's jurisdiction—Objection Muldoon J.'s earlier decision in *Duncan v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 560 (T.D.) showed bias against Canadian Armed Forces internal military procedures rejected—Reasons in *Duncan* evince not bias but judgment—Applicant law officer serving in Judge Advocate General (JAG) branch of Canadian Forces—Was investigated by JAG branch for alleged attempt to procure false testimony from witness and to financially profit therefrom—Investigator poorly briefed by the JAG—After investigation launched JAG ordered applicant to meet him—Meeting interference with investigation and led, along with poor briefing, to applicant's apprehension of bias—Apprehension of bias, however, not reasonable—No evidence before Court DCM cannot properly discharge judicial functions—Application dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d).

CAPTAIN HAINSWORTH V. CANADA (DISCIPLINARY COURT MARTIAL) (T-1276-91, Muldoon J., judgment dated 24/5/91, 16 pp.)

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Appeal from order of Associate Senior Prothonotary granted to respondents removing law firm as solicitors of record for plaintiff—Associate lawyer with firm wrote demand letter for plaintiff compelling respondent to stop selling videos allegedly violating plaintiff's copyright—Respondent also met and discussed legal matters with partner of same firm—Respondent won motion removing firm as solicitor of record for plaintiff—Appeal from order of Prothonotary not trial *de novo*—Court can overturn Prothonotary's decision where error on facts or error of law—Principles in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235 followed—Competing values in determining conflict of interest: (1) maintenance of high standards of legal system and integrity of judicial system (2) rights of litigant not be deprived of counsel without good reason (3) permitting mobility in legal profession—Case must answer two questions: whether lawyer received confidential information relevant to matter at hand and whether risk will be used to

## BARRISTERS AND SOLICITORS—Concluded

prejudice of client—Onus on party alleging conflict to prove confidential information imparted—Onus not met by respondent herein—Prothonotary erred in law in removing solicitor on basis of possibility, rather than probability, confidential information imparted—Prothonotary erred in fact in failing to give reasonable consideration to relevant evidence—Evidence did not disclose firm received confidential information relevant to matter at hand—Appeal allowed.

ASIAN VIDEO MOVIES WHOLESALER INC. V. MATHARDOO (T-101-91, Denault J., judgment dated 3/5/91, 9 pp.)

## CIVIL CODE

Application for interlocutory injunction prohibiting defendants from producing movie based on Yves Thériault's novel *Agaguk*—Defendants having acquired cinematographic rights to work from author's successors in title—Plaintiff alleging assignment of copyright from author—Application dismissed—Commercial sale of thing valid even if vendor not owner: Civil Code, art. 1488—Copyright thing ("*chose*") within art. 1486—Assignment of copyright subject to general laws governing property and civil rights in province—No serious issue to be tried—Review of authorities on transfer of personal property—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-30, s. 57(3)—Civil Code of Lower Canada, arts. 1486, 1487, 1488.

POOLMAN V. EIFFEL PRODUCTIONS S.A. (T-196-91, Pinard J., judgment dated 1/3/91, 13 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### CUSTOMS ACT

Action for release of automobile seized by Customs officers, and for damages of \$100,000—Officer received information vehicle had been imported in 1987 without proper declaration—Officer received further information from United States vehicle had been stolen there in 1986—Car seized—Minister ordering vehicle forfeited—Two legal bases for claim: 1) tort of conversion regarding seizure and holding of car; 2) negligence of defendant causing damages to plaintiff from loss of car—Officers empowered to seize goods on "reasonable grounds" Act or regulations violated with regard to particular goods: s. 110 Customs Act—Duty of care assumed for purposes of

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

analysis—Evidence led unsatisfactory—No evidence by plaintiff showing quantum of damages—Faults in list of documents provided by defendant resulting in documents not being relied upon for truth of their statements—Officer acted correctly considering information available—No error of law or abuse of process in seizing or retaining car—No negligence by officer—Action dismissed with costs—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 110.

*Spektor v. Canada* (T-1573-88, Strayer J., judgment dated 4/4/91, 13 pp.)

**ENVIRONMENT**

Application to quash Minister's decision proposal to construct 165 megawatt coal-fired generating station (Point Aconi project) complying with all requirements of Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order—Generating station burning high sulphur coals available in province while reducing sulphur dioxide and nitrogen oxide emissions—Major element in Nova Scotia Power Corporation's plan to reduce emissions despite increased demand for electricity—Minister of Fisheries and Oceans deciding (1) to approve Initial Environmental Assessment conducted by his department; (2) not to refer project for public review; and (3) to authorize project to proceed—Authorization to proceed conditional upon implementation of measures relating to site drainage, entrainment of fish, chlorination system, coastal zone impacts, organic/inorganic compounds formation and release, blasting (under water) and thermal plume—Authorization concluding adverse environmental impacts insignificant or can be mitigated—Guidelines Order, s. 12 providing if screening of proposal determining potential adverse environmental effects unknown or significant, further study or public review required—S. 13 providing for public review where public concern warrants—Minister of Fisheries and Oceans not erring in deciding not to refer project to Minister of Environment for public review by panel—Authorities holding labour arbitrators' decisions should not be quashed unless patently unreasonable distinguished—Process of environmental assessment under Guidelines Order not analogous to labour arbitration—Findings of assessors relating to potential environmental effects not facts, but informed opinion about future—Applicants arguing certain potential adverse environmental effects not insignificant or mitigable with known technology, or unknown—Reference to further testing re: impact on groundwater in Assessment not indicating Assessment not completed to stage where conclusion can be drawn about potential adverse effects—In light of anticipated remedy of drilling deeper for domestic wells whose water supply adversely affected, costs of which to be met from trust fund, context indicating reference to further testing intended to clarify extent and area to which power plant's requirements for fresh water may be anticipated to affect groundwater supply—Applicant contending assessment incomplete re: stack emissions as no conclusion stated for emissions of certain gases—Guidelines Order not specifying particular form for assessment—Inappropriate for Court to insist on particular form—Assessment drafted by persons whose technical and scientific knowledge must be relied upon—Assumption drafters could calculate anticipated stack emissions, although not here stated—Also

**ENVIRONMENT—Concluded**

assumption aware of international and federal-provincial agreements on emissions goals and standards—Absence of evidence CO<sub>2</sub> emission from plant constituting potentially adverse environmental effect, and assessment by Environment Canada that potentially adverse effects mitigable with known technology support general conclusion of Assessment re: stack emissions—Assessment not conditional—Guidelines Order, s. 14 providing for mitigation or compensation measures to prevent potentially adverse environmental effects from becoming significant—Conditions referred to merely mitigation measures set out as requirements to be met in addition to others required by provincial or local authorities—Assessment meeting requirements of s. 12—Minister acting within discretion under s. 13 in not referring project to Minister of Environment for public review—Minister not relying solely on irrelevant considerations, although some irrelevant considerations before him—Relevant factor upon which relied on advice concluding impacts about which public concerned insignificant or mitigable with known technology—Application dismissed—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 3, 4, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 3136—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 35—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

*Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (T-2975-90, MacKay J., order dated 18/1/91, 32 pp.)

Appeal from trial judgment refusing to quash Minister's decision proposal to construct generating station complying with Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order dismissed.

*Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (A-124-91, Pratte J.A., judgment dated 6/6/91, 1 p.)

**IMMIGRATION**

Application for *certiorari* and *mandamus* from immigration officer's finding of lack of sufficient public policy grounds or humanitarian and compassionate considerations to justify special treatment for applicant—Applicant, citizen of India, came to Canada in 1974, deported forcibly in 1979, returning under assumed identity in 1981—Applicant failing to attend inquiry in 1988, arrested in 1990—Execution of a deportation order stayed pending trial of applicant on breaches of Immigration Act—Applicant divorcing Indian wife and marrying Canadian citizen in 1990—Wife applying to sponsor his application for permanent residence—Denial of application requiring formal deportation to U.S. and immediate return to Canada for inland processing, as sometimes allowed on public policy or humanitarian grounds—No comment by officer during course of inquiry fatal to validity of decision—Sufficient public policy considerations before officer any later consultation with colleagues or supervisors not breach of natural justice and should not invalidate decision: *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. v. International Woodworkers of America*, [1990] 1 S.C.R. 282—Hearing process under Immigration Act, s. 114(2) necessarily summary and expeditious—No right to remain in Canada permanently, but privilege to remain while permanent

**IMMIGRATION—Continued**

resident status application processed—Officer did not err in stating humanitarian and compassionate grounds were needed as well as the *bona fides* of the marriage—No denial of natural justice, no error of law—Sufficient evidence to support conclusion reached—Consultation by officer with superiors not warranting judicial intervention—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; c. 29, s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1).

**VIRK V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (T-364-91, Joyal J., judgment dated 9/5/91, 15 pp.)

**DEPORTATION**

Application for review of adjudicator's deportation order—Applicant overstaying on visitor's visa—Applicant having applied for leave, on humanitarian grounds, to remain in Canada while application for permanent residence processed—Application dismissed—Adjudicator having jurisdiction to proceed with inquiry even if application for humanitarian relief pending.

**SMART V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-389-89, Pratte J.A., judgment dated 8/4/91, 4 pp.)

S. 28 application against deportation order made under Immigration Act, s. 24, on grounds applicant not permanent resident—Applicant having averred, before adjudicator, s. 24 contrary to Charter—Adjudicator ruling without jurisdiction to hear Charter argument—Application dismissed—Failure to hear Charter argument not necessarily vitiating adjudicator's decision—Must be shown that argument with merit and decision of tribunal should have been different—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 24.

**SOARES V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-107-90, Pratte J.A., judgment dated 8/4/91, 3 pp.)

**PRACTICE**

Variation of time—Motion for extension of time to file supporting affidavits and written representations on application, under Immigration Act, for leave to commence Federal Court Act, s. 18 application—Application for leave filed February 25—Application for extension filed March 15—Counsel for applicant busy with another client having more pressing problem—Application for extension dismissed—Application for leave dismissed—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, s. 23(1).

**KAZI V. KALUSNY** (91-T-38, Reed J., order dated 16/4/91, 4 pp.)

**IMMIGRATION—Concluded****REFUGEE STATUS**

Application to set aside decision of adjudicator and member of Immigration and Refugee Board finding applicant's refugee claim had no credible basis—Exclusion order also attacked—Applicant citizen of Uruguay claiming fear of persecution by reason of membership in particular social group, family of Juan Ramon Arrechea—Arrechea, applicant's father, persecuted by Uruguay government, forcing him to leave country for extended periods—During these periods, family home searched by military and telephone believed tapped—Applicant's brother and husband abducted and beaten—Applicant left Uruguay for Canada—Counsel for applicant seeking leave at credible basis hearing to have witness testify at next sittings—Adjudicator refusing request on basis witness would be biased because witness also refugee claimant—Adjudicator's statement raising reasonable apprehension of bias—Refugee claimant cannot be excluded as potential witness because making claim himself—Adjudicator erred in declaring three pieces of evidence virtually meaningless—Documents: letter corroborating Arrechea's family's need for asylum, psychiatric report of mother of family suffering stress disorder as result of treatment in Uruguay, and transcript of applicant's brother's inquiry corroborating applicant's accounts of events—Tribunal rejected documents on ground not directly pertaining to applicant's claim—Where applicant claiming refugee status based on membership in social group, experience of other members in group material—Rule true in case of all documents, particularly brother's transcript—Application allowed.

**GONZALEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-899-90, Desjardins J.A., judgment dated 8/5/91, 7 pp.)

**INCOME TAX**

Action to recover refund of overpayment of income tax—Plaintiff nursing educator—Employer deducting income tax from earnings and remitting to Receiver General as required by Act—Plaintiff submitting income tax returns in 1987 for tax years 1981 to 1983—Monies deducted at source exceeding amount of tax payable—Tax refund barred by time limit: Act, s. 164(1)—Whether amount of refund held by Minister in constructive trust, and belonging to plaintiff as beneficiary—Plaintiff's submission rejected—Act not setting up trust situation—Only method authorizing Minister to refund overpayment set out in s. 164(1)—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 164(1) (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 8; 1984, c. 1, s. 88(1)).

**HUGHES V. CANADA** (T-2560-88, Collier J., judgment dated 27/3/91, 8 pp.)

**INCOME CALCULATION**

Appeal from reassessment including unbilled revenue for electricity delivered in income for year—Plaintiff investor-owned electric company having earlier changed from including only accounts billed in revenue to including amounts accrued in both financial statements and tax returns—Continuing to use

**INCOME TAX—Continued**

accrual basis for financial statements—Reverting to billed basis for income tax purposes only—Appeal dismissed—Both methods of recording income within Generally Accepted Accounting Practices—Consistency of method also accounting principle—Not within GAAP to use one method for financial statements, another for tax reporting—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 12(1)(b) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 2; 1980-81-82-83, c. 140, s. 4(1)).

WEST KOOTENAY POWER AND LIGHT CO. v. CANADA (T-2144-88, MacKay J., judgment dated 18/3/91, 18 pp.)

*Capital Cost Allowance*

Appeal from trial judgment ([1990] 2 F.C. D-37) holding no material difference between receipts herein and those found to be capital receipts in *Canada v. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 F.C. 60 (C.A.)—No error—Appeal and cross-appeal dismissed—Reasoning in *Northern and Central Gas Corporation Limited v. The Queen* (1987), 87 DTC 5439 (F.C.A.) preferred to that in subsequent case of *Nova, an Alberta Corporation v. The Queen* (1988), 88 DTC 6386 (F.C.A.).

PACIFIC NORTHERN GAS LTD. v. CANADA (A-451-90, Heald J.A., judgment dated 22/4/91, 2 pp.)

*Capital Gains*

Appeal from trial judgment ((1988), 88 DTC 6394)—Appellant buying and selling securities in United States in American currency—Contending profit should be computed in American currency and converted to Canadian currency at exchange rate prevailing when securities sold—Under s. 40(1)(a), capital gain “amount” by which proceeds of disposition exceeding adjusted cost base of securities—“Amount” intended to be in Canadian currency—Canadian currency only monetary standard of value known to Canadian law—Cost of securities expressed in Canadian currency at exchange rate prevailing at time of acquisition and valuation of proceeds of disposition expressed in Canadian currency at rate of exchange prevailing at time of disposition—Appeals dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 40(1)(a).

GAYNOR v. CANADA (A-988-88, A-1005-88, A-1006-88, Pratte J.A., judgment dated 23/4/91, 3 pp.)

*Deductions*

Appeal against notice of reassessment of income tax whereby Minister disallowed certain expenses relating to a multiple unit residential building (MURB) and legal costs—Plaintiff party to joint venture to purchase and develop parcel of land—According to agreement, parties to use numbered corporation to enter into contracts for purpose of joint venture—Contracted with Marbar Holdings Ltd. for purchase of land and construction of MURB—By trust agreement Marbar agreed to hold lands in trust for numbered corporation—Income and rights in respect of land and sale proceeds to go to numbered corporation

**INCOME TAX—Continued**

as beneficiary—Plaintiff and other joint venturers enjoying no privity of contract with Marbar—Further agreement between numbered corporation and Marbar former legal and beneficial owner of land, notwithstanding title registered with Marbar—Differences between Marbar and other parties arising—Marbar suing numbered corporation as well as plaintiff and other joint venturers, principals of numbered corporation—No enforceable contract between Marbar and joint venturers: *Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.*; *Marbar Holdings Ltd. v. 221,402 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169 (S.C.)—Agreement not enforceable against joint venturers because of lack of prospectus as required by B.C. legislation—Because agreement deed under seal, no action maintainable against undisclosed principals—Disposition of land under provincial law to be accepted as such in contemplation of Income Tax Act save extraordinary provision of Parliament—Discussion of Interpretation Bulletin on subject of sale of property—Court accepting commentary by Howard J. Kellough in “The Legal Efficacy of Unwinding or Negating a Transaction in Whole or In Part” 1985, in Canadian Tax Foundation Conference Report: disposition arises when beneficial ownership passes and it is therefore necessary to examine circumstances, especially conditions precedent—Kellough interpreting Interpretation Bulletin as meaning Revenue Canada disregards transactions not involving concurrent change in beneficial ownership—Contract subject to condition precedent does not become binding until time condition has been met or waived—If condition not met or waived contract void *ab initio*—Nothing in plaintiff’s testimony indicating purported waiver of condition precedents—Any waiver would have been ineffectual since contracts were incapable of being performed without fulfillment of conditions precedent—Conditions precedent included Marbar’s undertakings to negotiate for general contracting and sub-trades, negotiate with government agencies re zoning, arrange interim financing, etc.—Nothing on record to show any one of conditions precedent being fulfilled before decision in *Marbar*—Decision in *Marbar* destroying unfulfilled transactions—Failure of necessary conditions precedent meaning no passing of beneficial ownership—No disposition and no tax consequences—Legal fees not incurred for purpose of earning income, but to defend action—Discussion of *The Queen v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344 (C.A.) applying *Turney v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578—Facts and holding in *Imperial* similar to case at bar—Parties’ settlement agreement avoiding appeal from *Marbar* having no effect on current case—Plaintiff’s appeal dismissed with costs; Minister’s assessment confirmed.

GREENWAY v. CANADA (T-2705-86, Muldoon J., judgment dated 4/4/91, 13 pp.)

Appeal against tax assessments for three taxation years in 1980 and 1981—Plaintiff owning approximately 12% of shares of Bacardi, carrying on business in Puerto Rico—Bacardi “foreign affiliate” of plaintiff—Plaintiff deducting portion of dividend paid by Bacardi out of “exempt surplus”—“Exempt surplus” defined in Income Tax Regulations, s. 5907(1)(d)(v) as including “exempt earnings”: s. 5907(1)(b)(v)—Whether tax exemption granted to Bacardi under Puerto Rican law exemption “to promote investments or projects in pursuance of a program of economic development” within meaning of Income Tax Regulations, s. 5907(10)—If so, then such amount considered

## INCOME TAX—Continued

part of exempt surplus of Bacardi, reducing plaintiff's taxable income from dividends—If such exemption "export incentive" then not part of exempt surplus—Bacardi engaged in production and marketing of wines and spirits in Puerto Rico, selling product in U.S.—Whether Puerto Rican tax exemption "export incentive"—"Export" to United States not "export" within meaning of Income Tax Act—Consideration of Puerto Rico's legal status with U.S.—Rationale for Canadian deduction to avoid negating other countries' attempts at industrial development domestically; but to protect Canadian producers from unfair competition outside of subsidizing country—Puerto Rico included in customs territory of U.S. in Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, s. 2(1)(a)—Term "export incentive" in Income Tax Regulations to be given commensurate meaning herein—Tax incentive not "export incentive"—Appeals allowed—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 5907(1)(b)(v),(d)(v),(10); Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, s. 2(1)(a).

OLD HW-GW LTD. v. CANADA (T-560-87, T-602-87, T-690-87, Strayer J., judgment dated 17/4/91, 17 pp.)

Appeal by way of trial *de novo* from Tax Court judgment allowing taxpayer's appeal: *Fairey, R.N. v. M.N.R.* (1987), 87 DTC 534 (T.C.C.)—Employer of taxpayer required by provincial legislation to make salary deductions and pay same to Municipal Superannuation Fund—Whether sums paid in excess of \$3,500 Income Tax Act, s. 8(1)(m) deduction for registered retirement pension plan contributions taxable income of defendant—Whether such payments to Fund taxable under Act, s. 56(2)—Minority opinions in *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020 relied upon as source of "inspiration"—*R. v. Hoffman*, [1985] 2 F.C. 541 (T.D.) relied upon—Four criteria for tax liability under s. 56(2) set out: 1) payment or transfer of money to person other than taxpayer, 2) made pursuant to direction or concurrence of taxpayer, 3) for benefit of taxpayer or another taxpayer wishes to have benefit, 4) amount would have been income of taxpayer if no transfer had been made: *Hoffman*—In determining existence of concurrence necessary to determine if subsequent behavior constitutes tacit acceptance of transfer—Here, obedience to statutory scheme of payments to Fund condition of employment—Taxpayer could have refused employment—Such obedience constituted direct, not deemed or constructive concurrence, due to necessity of accepting mandatory conditions of employment—Defendant received disputed income as formed part of salary of which he never lost benefit—Plaintiff's action allowed with costs—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

FAIREY v. M.N.R. (T-2570-87, Muldoon J., judgment dated 22/3/91, 11 pp.)

## Farming

Appeal from decision of Minister disallowing taxpayer's claim for full farm losses pursuant to s. 31(1) of Income Tax Act—Taxpayer educator who also owned and ran several farms—Farms incurred losses in 1978, 1979 and 1980—Whether taxpayer farmer for whom farming chief source of business or sideline business—Three classes of farmers set out

## INCOME TAX—Continued

in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480: (1) chief source farmer; (2) sideline farmer; (3) hobby farmer—Objective and relative test with two branches set out by Supreme Court in *Moldowan*—First branch: examination of nature of farming operation, e.g. profit and loss experience—Second branch: examination of taxpayer's lifestyle and attitude towards farming operation—Both branches of test must be satisfied for taxpayer to claim losses—Evidence did not show farm as profitable or potentially so—Evidence showed taxpayer content to break even—Farm therefore sideline business—Not necessary to consider second part of *Moldowan* test—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7; 1979, c. 5, s. 9).

ROBINSON v. CANADA (T-713-84, Reed J., judgment dated 3/5/91, 11 pp.)

Appeal from trial judgment ((1988), 88 DTC 6489) allowing full deduction of farming losses—Respondent president and sole shareholder of security firm since 1946—Planned to carry on cattle breeding business upon retirement—Acquired 711 acres of farm land, hired farm manager and herdsman—\$486,000 committed to buy land, buildings and equipment—Cattle purchased for \$55,151—Projected annual income of \$150,000 to \$200,000 on crossbreeding and importation of European cattle—In 1972 moved closer to farm to supervise operation—In 1975 began withdrawing from other business activities—Spending 15 hours per week on farm and 150 to 200 hours per year attending sales and conventions—Expected farm to break even seven years after commencement of operation in 1968—Market slipping badly in 1975—Herd sold in 1979—Farm never yielding profit—Trial Judge applying test in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—Finding farming reasonably expected to provide bulk of income or centre of work routine—Holding farming not sideline, although chief source of income as employee of security company—Alternatively losses deductible as start-up costs—Whether combination of farming with another source chief source of income in 1975—Appeal allowed—Disjunctive reading of *Moldowan* criteria (time spent, capital committed and profitability) rejected in *The Queen v. Morrissey*, [1989] 2 F.C. 418 (C.A.)—Since *Morrissey* rendered after trial judgment herein, not considered by Trial Judge—*Moldowan* holding reference in Income Tax Act, s. 31(1) to taxpayer whose source of income combination of farming and some other source contemplating person whose major preoccupation farming—Quantum measurement of farming income not decisive, but relevant—Distinguishing features of "chief source of income" (taxpayer's reasonable expectation of income from various revenue sources and ordinary mode and habit of work) analyzed in light of time spent, capital committed, actual and potential profitability—Trial Judge's assessment improper—Farming not respondent's major preoccupation, but sideline—Start-up costs deductible by class (1) taxpayer (farming reasonably expected to provide bulk of income or centre of work routine)—Respondent not class (1) taxpayer—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31(1).

RONEY v. M.N.R. (A-1086-88, Desjardins J.A., judgment dated 11/3/91, 16 pp.)

**INCOME TAX—Concluded****REASSESSMENT**

Application for injunction to prevent M.N.R. taking collection action pending resolution of appeal—Act, s. 225.1(3), in force from 1985, prohibiting collection action where taxpayer has appealed assessment—Reassessment issued in 1983, notice of confirmation in 1986—Application dismissed—Notice of confirmation not “assessment” within Act—S. 225.1(3) not retroactive—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 225.1(3) (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116).

CORMIER V. CANADA (T-399-87, Walsh D.J., order dated 20/2/91, 5 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****PREROGATIVE WRITS***Habeas Corpus*

Appellant in custody under sentence, with action pending against Minister of Justice—Appeal from Motions Judge's decision refusing motion for writ of *habeas corpus ad testificandum* (R. 334) to allow appellant to be brought from jail to represent self—Motions Judge erred—Justice requiring no less than appellant be allowed to be present at trial to present case—Appeal allowed, order set aside, matter referred to Associate Chief Justice for setting of new trial date—Order reproduced in full as follows:

It appearing to the Court from the material on files that the appellant is presently detained in the Saskatchewan Penitentiary, Prince Albert, Saskatchewan, that he is without counsel and desires to present and argue his appeals in person and that the said appeals have been set down for hearing at Regina, Saskatchewan, on Wednesday, June 19, 1991, at ten o'clock in the forenoon.

IT IS ORDERED that the Warden of the Saskatchewan Penitentiary bring and have the said Ivan William Mervin Henry in safe custody before this Court at the Court House, 2425 Victoria Avenue, Regina, Saskatchewan, at the said time and so from day to day until completion of the hearing of said appeals or the Court otherwise orders, to present his argument in the said appeals.

AND that immediately after the hearing of the said appeals, the said Ivan William Mervin Henry be safely conducted to the place from which he has been brought.

HENRY V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (A-126-89, Hugessen J.A., judgment dated 19/6/91, 2 pp.)

**MARITIME LAW****LIENS AND MORTGAGES**

Application by defendant owner for order releasing ship from arrest—Plaintiff averring monies advanced to acquire and

**MARITIME LAW—Concluded**

refurbish vessel under mortgage secured against ship—Defendant arguing no cause of action *in rem* as statement of claim not specifically alleging mortgage—Not motion to strike statement of claim—Arrest deemed valid—Court having discretion under R. 1006(1) to release property held on warrant of arrest on such terms as appropriate—Requirement in R. 1006(2) for security to amount of claim or value of ship applying only to order by officer of Court—Normal practice to require bail in amount of claim or appraised value—No reason to depart from practice—Vessel ordered released only upon provision of bail to amount of plaintiff's claim—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R.R. 1004, 1005, 1006.

ARGOSY SEAFOODS LTD. V. ATLANTIC BOUNTY (THE) (T-720-91, MacKay J., order dated 15/4/91, 9 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Action for injunction restricting defendant from infringing plaintiff's patent—Patent for fine-cut tobacco formed in tubes which can be inserted into tubes of cigarette paper for smoking—Plaintiff Rothman's having exclusive sub-licence for patent in Canada—Patent re-issued after discovery of two documents potentially limiting breadth of original patent—Defendant manufacturing and selling in Canada product for making cigarettes together with tubular cigarette papers—Whether defendant has infringed either or both of plaintiff's original or re-issued patents—Obviousness—Simplicity does not negate inventiveness—Some evidence of ingenuity exists if product solves long-standing need—Evidence of prior art discussed—Prior art not disclosing essential step of plaintiff's invention: fit between tobacco tubes and cigarette paper tubes—Plaintiff's product commercial success—Invention not obvious—Whether patents invalid due to untrue material allegations on patent: s. 53(1) Patent Act—Court not prepared to dismiss plaintiff's argument on ground charges directed to information in patent and not petition—Allegations under attack in both patents not material to application—Attack on validity of patents based on s. 53(1) rejected—Injunction granted—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 1, 53(1).

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. V. IMPERIAL TOBACCO LTD. (T-1552-90, Rouleau J., judgment dated 25/4/91, 21 pp.)

**PRACTICE**

Application to amend order defendants pay 12½ percent of revenue from invention into trust account and that fixed charge in favour of plaintiffs be placed on all defendants' real estate—Defendants applying to have fixed charge lifted from shopping centre, proceeds of sale paid into trust account after one \$100,000 payment out—Application allowed.

R.W. BLACKTOP LTD. V. ARTEC EQUIPMENT CO. (T-859-90, Cullen J., order dated 15/4/91, 2 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for *certiorari* against decision of respondent Independent Chairperson finding inmate guilty of intermediate disciplinary offences, sentence of 35 days' solitary confinement, involuntary transfer from medium to maximum security institution—Inmate's record clear for previous five years—Parole hearing scheduled—Respondent having refused applicant's request for counsel at hearing—Respondent having conferred with correctional staff in applicant's absence, having denied applicant opportunity to be heard before sentenced—Application allowed—Right to counsel where necessary to present case adequately—Respondent violated applicant's right to fair determination of whether Charter s. 7 right to fundamental justice required counsel, information on *in camera* deliberations, representations as to sentence—Same Independent Chairperson having been reviewed for same error in another case few months before hearing—Independent Chairperson demonstrably unfair—If reinstated, proceedings to be before another Independent Chairperson—Solicitor and client costs to applicant—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

KOEHLER v. WARKWORTH INSTITUTION (T-822-90, Muldoon J., judgment dated 26/3/91, 11 pp.)

Application to quash decision placing inmate in segregation—Applicant arrested for offences including murder, possession of restricted weapon, attempted murder, and robbery while on mandatory supervision for robbery—Record includes convictions for escape from custody and possession of narcotics for trafficking—Respondent withholding names of informants who allege applicant sought, by threats of violence to them and family, to get others to obtain and smuggle drugs into institution—Respondent alleging other inmates requesting isolation for protection from applicant—Anonymous informants revealing escape plan—Alleged escape plan under investigation and arrest made for attempt to obtain automatic weapons—Application dismissed—No unfairness in not giving applicant more information—Decision to segregate administrative—Fairness requirement less exiguous for decision for orderly administration of institution than for determination of guilt: *Gallant v. Canada*, [1989] 3 F.C. 352 (C.A.)—Discretion of prison administration a reasonable limit on Charter s. 7 right to fundamental justice—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

FENGSTAD v. KENT INSTITUTION (T-276-91, Walsh D.J., order dated 28/3/91, 10 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Taxation of defendant's party-and-party costs—Fact plaintiff penitentiary inmate irrelevant—Ability to pay not factor in taxation of costs—No need for oral hearing—Costs taxed and allowed as presented at \$360.

OLSON v. CANADA (T-96-90, Smith T.O., order dated 10/4/91, 2 pp.)

**PRACTICE—Continued****DISCOVERY***Production of Documents*

Application by plaintiff for an order pursuant to Federal Court Rules, RR. 460 (new R. 461) and 465 (new R. 458) to strike out defence filed by a defendant and enter judgment against defendant for failure to comply with RR. 447 and 448, and failure to comply with earlier Court order—Defendant failed to provide documents as requested under R. 447—Plaintiff applied to Federal Court for order pursuant to R. 448 requiring, *inter alia*, defendant file list of documents—Order also set out particulars for examinations for discovery—Terms of order not completely met—List of documents appeared incomplete, witness had not consulted all relevant documents, and no affidavit verifying the listed documents as ordered—Changes made December 7, 1990 to Federal Court Rules relating to discovery and production of documents discussed—RR. 447 and 448 as applied before change deemed applicable herein as defendant did provide list of documents before Rules changed—Present application to strike defence filed by defendant dismissed—Striking defence drastic remedy and should only be applied where defendant's conduct abuse of process—Defendant's conduct herein not abuse of process—Failure to meet terms of earlier order oversight—Alternative relief also denied due to lack of notice—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15), RR. 447, 448, 458 (old R. 465), 461 (old R. 460).

H. SMITH PACKING CORP. v. GAINVIR TRANSPORT LTD. (T-2306-87, MacKay J., order dated 17/4/91, 13 pp.)

**LIMITATION OF ACTIONS**

S. 28 application to review Canada Labour Relations Board decision not to hear complaint on grounds filed out of time—Applicant's employment ending in 1979—Applicant then seeking intervention of union—Union informing applicant in 1981 dismissal considered justified—Applicant averring first saw written notice of dismissal in 1989—Canada Labour Code, s. 97(2) requiring complaint against union be made within ninety days—Application dismissed—Board did not err in holding applicant knew or should have known in 1981 union would not challenge validity of dismissal—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 97(2).

WALKER v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (A-92-90, Pratte J.A., judgment dated 25/4/91, 4 pp.)

**PLEADINGS***Amendments*

Appeal from order allowing amendment of statement of claim to allege fraud and claim punitive damages—Appeal allowed—Amendment not containing precise statement of material facts—Does not contain particulars of allegations—

**PRACTICE—Concluded**

Judge may not authorize amendment which violates Rules—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 408(1), 415(1).

WEWAYAKUM INDIAN BAND V. WEWAYAKAI INDIAN BAND (T-456-90, Pratte J.A., order dated 24/4/91, 3 pp.)

*Motion to Strike*

Motion to strike plaintiff's notices to attend pursuant to R. 462—No compelling reasons to grant remedy sought—Past dilatoriness not arguing for further delay—Amendments to pleadings as result of recent discontinuation of action by Jean Bousquet minor in nature—Other commitments alleged by applicant matters of convenience only—Neither counsel nor defendants will be prejudiced by proceeding to discovery at date set—If discoveries completed promptly, action could be consolidated with another—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 462 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

JEAN CACHAREL S.A. V. BARMISH INC. (T-205-83, Reed J., order dated 18/4/91, 2 pp.)

Appellant moving to strike out respondent's affidavit—Appellant having filed notice of appeal—Appellant having served affidavit in support on September 13—Respondent filing affidavit November 23—Respondent not filing reply—No motion for leave for late filing—Motion allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704.

BARRIGAR & OYEN V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-2272-90, Strayer J., order dated 25/3/91, 2 pp.)

Statement of claim filed before plaintiff represented by counsel—Paragraphs of statement of claim struck with leave to amend—Much of pleading frivolous and vexatious—Pleading evidence, not fact—Since filing, limitation period expired.

MACDONALD V. CANADA (T-3236-90, Reed J., order dated 19/4/91, 3 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Application for extension of time for filing of notice of appeal in trade mark opposition—Respondents well advanced in negotiations with other opponent—Application dismissed—Respondent would suffer prejudice—Fact applicant represented self not justifying extension.

FOOD ROLL SALES (NIAGARA) LTD. V. 627748 ONTARIO LTD. (91-T-76, Reed J., order dated 16/4/91, 3 pp.)

**TRADE MARKS**

Application by plaintiff for interlocutory injunction—Application by defendant to strike statement of claim—Both parties manufacturers of generic diabetes drug glibenclamide—Plaintiff claiming in principal action defendant's use of trade mark alpha-glibenclamide contrary to Trade-marks Act, ss. 7(d), 10, 11—Whether plaintiff has standing to enforce public

**TRADE MARKS—Continued**

right—Application for injunction dismissed—Defendant would suffer irreparable harm if injunction issued—Application to strike dismissed—Standing matter of law to be determined either under R. 474 or at trial, not on motion to strike under R. 419—Private party has cause of action under public statute where some special interest not common to public—Plaintiff's potential loss of market share special interest—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(d), 10, 11—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 474.

HOECHST CANADA INC. V. GENPHARM INC. (T-154-91, Teitelbaum J., order dated 4/4/91, 9 pp.)

**INFRINGEMENT**

Three appeals, heard together, from decisions of Trade Marks Opposition Board in which Hearing Officer upholding oppositions to registration of trademarks "United Consumers Club" and "United Consumers Club of Canada"—Hearing Officer finding appellant failed to satisfy onus two marks not confusing with previously registered mark "Consumers"—Hearing Officer also rejecting opposition to trade mark "United Consumers Club" and design—United Consumers (applicant) appealing first two decisions, Consumers Distributing (opponent) appealing third—Issue whether applications confusing or distinctive in view of opponent's trade marks in Canada—Confusion question of fact—Appeals in relation to first two applications dismissed—With respect to third application, hearing officer did not err in concluding services offered and nature of trade associated with marks different—Little resemblance between design mark of applicant and word mark "Consumers"—Opponent's appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 1, 6(5).

CONSUMERS DISTRIBUTING CO. V. UNITED CONSUMERS CLUB INC. (T-1593-89, T-1600-89, T-1601-89, MacKay J., judgment dated 26/2/91, 25 pp.)

Application for interlocutory injunction restraining defendants from infringing both plaintiff's copyright in Nintendo Games and Nintendo trade marks—Also to restrain selling, importing, etc. of product called "Game Genie"—Nintendo engaged in business of home video games—Co-plaintiff Miyamoto designer of video games—Defendant's product "Game Genie" cartridge connecting between video-game cartridge and game deck, allowing player of video game to change aspects of game, such as number "lives" of action character, or speed—"Game Genie" not changing fundamental game content such as object of game, or appearance of figures—Also not changing data stored on game cartridge—"Game Genie" box stating it works on Nintendo system—Box also using Nintendo trade mark in disclaimer stating Nintendo does not make or endorse "Game Genie"—Instruction booklet also showing Nintendo mark, and disclaimer—Issue before court proper test to apply in granting interlocutory injunction—Applicant has met threshold test of showing serious question to be tried: whether copyright exists in video games—Plaintiffs not meeting onus of establishing irreparable harm—Plaintiffs could easily be compensated by damages for period "Game Genie" being marketed—Balance of convenience in favour of defendants—Evidence not substantiating charge defendant using plaintiffs'



**TRADE MARKS—Continued**

trade marks to promote products—Use of trade mark on “Game Genie” only to describe its character and quality—Disclaimer unequivocal—Two products herein not competitive—Balance of convenience favouring not granting injunction—Application dismissed—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 1, 3.1, 14.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 4), 28.2 (as enacted *idem*, s. 6)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 1, 22(1).

NINTENDO OF AMERICA INC. v. CAMERICA CORP.  
(T-2246-90, Rouleau J., order dated 28/1/91, 19 pp.)

**TRADE MARKS—Concluded**

## REGISTRATION

Appeal from decision of Trade Marks Opposition Board refusing registration of trade mark “Scoop n’ bake” for frozen cake and muffin batter on grounds clearly descriptive—Respondent owner of trade mark “Shake ‘n bake” also opposing registration on grounds of confusion—Appeal allowed—Mark not self-evident as description of wares—Matter referred back to Registrar for redetermination on both grounds.

TRADITION FINE FOODS LTD. v. KRAFT GENERAL  
FOODS CANADA INC. (T-855-90, Strayer J., judgment  
dated 4/4/91, 5 pp.)



# DIGESTS

*Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.*

*Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.*

## AGRICULTURE

Action for compensation under Animal Disease and Protection Act, s. 12(1)—Appellant had sheep destroyed by Agriculture Canada's veterinarian due to risk of disease scrapie, and receiving compensation—No compensation for another sheep not falling under the Act, s. 11(1)—Animal Disease and Protection Act, R.S.C., 1985, c. A-11, ss. 11(1), 12(1).

MAULSON v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE)  
(P-9-90, Reed J., judgment dated 9/5/91, 3 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

### CHARTER OF RIGHTS

#### *Criminal Process*

Search or seizure—Motion for declaratory relief and interlocutory injunction—Plaintiff Canadian company selling organic fertilizers to farmers—Plaintiff's products not registered under Fertilizer Act—Inspectors from Department of Agriculture seizing plaintiff's product, and some documents in November, 1990—Further documents seized pursuant to search warrant in March 1991, and plaintiff subsequently charged with violations of Fertilizer Act—Whether seizures carried out in accordance with statute—Unclear under which section of Act search carried out—Arguable Minister acted outside authority—Whether seizure violated Charter, s. 8—Difficult issue not to be decided at interlocutory proceeding, therefore no order given declaring seizure unlawful—Doubtful whether Court has jurisdiction to grant interim declarations—Plaintiff receiving interlocutory injunction against Minister—Parties consenting existence of serious issue to be tried—If injunction not granted, plaintiff would suffer irreparable harm—Minister having seized 90% of plaintiff's inventory, great risk may be forced out of business—Balance of convenience lying with the plaintiff as no irreparable harm to Minister or public if injunction granted—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. 8.

MODERN ORGANICS INC. v. CANADA (T-498-91, Collier J., judgment dated 27/3/91, 12 pp.)

## CROWN

### CONTRACTS

Action for increased operating costs under terms of lease—Plaintiff claiming excess operating costs including salaries and marginal benefits, insurance and alarm system, electricity and heating, cleaning, maintenance and repairs, and general administrative and operational costs—According to defendant, including only fuel, electricity and cleaning—Lease providing lessee responsible for proportionate share of "excess operating cost", defined as balance of operating cost in excess of operating cost for base year—"Operating cost" for base year defined as aggregate of amounts paid by lessor for fuel, electricity and cleaning—Other items claimed by plaintiff not included—To be provided by lessor at own expense—Action dismissed.

RHYTHM INVESTMENTS INC. v. CANADA (T-1459-89, Dubé J., judgment dated 11/6/91, 4 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### CUSTOMS ACT

Appeal from decision of M.N.R. regarding items seized from plaintiff as goods not declared—Items seized jewelry—Whether jewelry brought by plaintiff into Canada same as that she took out of Canada to India, and therefore not contravening Customs Act, s. 12—Plaintiff admitting jewelry re-designed in India—Husband of plaintiff acting as agent for her—Jewelry photographed before departure for India—No evidence clearly describing items of jewelry before departure apart from jewellers appraisal dealing with more items than those in issue—Photographs not clear enough to depict items in detail—No evidence regarding re-design—Lack of intent or reason to smuggle irrelevant to propriety of seizure by Minister—Onus of proving exemption from duties lies with person claiming exemption—Onus not discharged by plaintiff as no evidence adduced establishing items seized same items appraised before trip—Customs Act, s. 135 not setting out requirements or nature of appeal—Court interpreting section as providing for trial *de novo* in sense Court not limited to evidence before Minister—At same time, Court will only vary decision if failure to observe natural justice or statutory discretion, or error of law exists, or a perverse finding of fact—Not persuaded any such error exists here—Action dismissed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 12

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

(as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, s. 119), 131, 135 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 49).

MATTU v. M.N.R. (T-675-89, MacKay, J., judgment dated 14/6/91, 12 pp.)

**EXCISE ACT**

Appeal from Senior Prothonotary's judgment declaring plaintiff's interest not affected by seizure of motor vehicle under Excise Act, s. 164—Former spouse arrested for illegal possession of cigarette under Excise Act and applicant's van seized—Under s. 164, person innocent of any complicity in offence resulting in seizure entitled to order interest not affected by seizure—Order of Prothonotary not indicating considered whether plaintiff exercised all reasonable care to ensure vehicle not likely to be used contrary to Excise Act: s. 164(2)(b)—Burden on claimant to show all reasonable care was exercised: *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise, The v. Industrial Acceptance Corporation Limited*, [1959] S.C.R. 645—Party claiming interest must make specific inquiry—S. 164(2) imposing burden on applicant of at least some positive action, and affirmative steps required to satisfy self: *Re MacDonald (F. Earle) Ltd.*, [1955] 114 C.C.C. 299 (P.E.I.S.C.)—Applicant aware of former spouse's guilt in two charges relating to illegal possession of cigarettes—Not enough for applicant to take passive refuge behind favourable opinion of former spouse: *Deputy Minister of National Revenue (Customs & Excise) v. McLean*, [1956] B.R. 863—Applicant not exercising all reasonable care as allowed former husband to use van to carry out activities which had included illegal traffic of cigarettes—S. 164 not in violation of the Charter as protection of property not consideration of Charter: *Porter v. Canada*, [1989] 3 F.C. 403 (T.D.)—Appeal allowed—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-12, ss. 1, 164.

ZLOTNICK v. CANADA (T-273-91, Dubé J., judgment dated 7/5/91, 6 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Appeal from trial judgment, [1991] 1 F.C. D-2 (T.D.), holding appellant's "ore haulers" "vehicles" within meaning of Act, s. 21(3.1)(c)—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 21(3.1) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 11).

WESTAR MINING LTD. v. CANADA (A-844-90, Hugessen J.A., judgment dated 6/6/91, 1 p.)

**EXPROPRIATION****PRACTICE**

Application under Expropriation Act, s. 18 for determination respecting state of title of five parcels of land in Portugal Cove, Newfoundland—As no interest claimed in parcels "G", "H" and "K", Newfoundland declared beneficial owner of said parcels vested in Her immediately before registration of notice—Compensation payable accordingly—No claim advanced in

**EXPROPRIATION—Concluded**

relation to parcels "I" and "J", therefore expropriated interest in said parcels transferred to Crown in right of Canada without obligation to pay compensation therefor—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 18.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NEWFOUNLAND (T-2129-90, Martin J., determination dated 15/5/91, 4 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application to quash Canadian Human Rights Commission decision to proceed with claim against plaintiff on grounds (i) filed outside one-year statutory time limit; (ii) failure to observe procedural fairness in deciding to proceed without disclosing reasons for doing so and providing plaintiff with opportunity to make submissions on informed basis; and (iii) laches, breach of natural justice, and failure to observe procedural fairness in that extreme delay in proceeding with application prejudicial to plaintiff's interests—Complainant employed by plaintiff from 1959 to 1984, during which time frequently disciplined for conduct including alcohol-related offences—Dismissed in December 1984 pursuant to Agreement governing employment providing for dismissal after second offence of reporting to work while intoxicated—Grievance pursuant to same Agreement dismissed in March 1985—First contacted Commission in April 1985, but Commission staff urged him to exhaust other means of redress i.e. through union from Labour Canada and Canada Labour Relations Board—Complaint filed with Commission in February 1987 alleging discrimination as plaintiff refusing to employ complainant based on disability (alcoholism) contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Commission deciding to deal with complaint although out of time, as contacted Commission within one year—In June, 1987 plaintiff submitting complainant represented by two lawyers who were well aware of requirements for filing complaint—Fifteen months later, Commission informing applicant intended to deal with complaint—Second complaint filed in July 1988 alleging plaintiff discriminated against complainant by entering agreement and establishing practice depriving him of employment opportunities contrary to s. 10—Alleging discriminating practice continuing so time limit inapplicable—In November 1988, Commission advising plaintiff second complaint should be investigated—Plaintiff responding In February, 1989—In June 1990 Commission requesting meeting to review personnel files, relevant company policies and to identify available witnesses—This motion brought in January 1991—Plaintiff suffering severe prejudice by delays—Able to locate only one of several of complainant's supervisors, whose memory impaired by passage of time—Test case concerning issues of (1) acceptance of alcoholism as disability, steps to be taken toward treatment instead of dismissal, and whether otherwise inexcusable conduct induced by alcohol constituting ground for dismissal and (2) whether union contract providing conditions for dismissal, including alcoholism, sustainable on basis such clause infringement of Act, s. 10—Only Commission can decide merits—Duty of fairness extending to treatment of employers as well as employees—Application not allowable on first ground as complainant contacted Commission within one year and Commission shared in delays—Procedural fairness complied

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

with as plaintiff given opportunity to respond to decision to proceed—Application allowed on third ground—Without relying on Charter, s. 7, criteria set out in *Kodellas v. Sask. Human Rights Comm.*, [1989] 5 W.W.R. 1 (Sask. C.A.) as to what constitutes unreasonable delay applied—Although Commission overworked and short-staffed, delay in proceeding extraordinary and unacceptable—Reference to Supreme Court of Canada case recognizing even serious criminal trials should be dismissed if unreasonable delay, not fault of accused—Referral to Commission and enquiry before Commission involving extensive evidence and expense prejudice to plaintiff—Although plaintiff waited from September 1988 until January 1991 to bring application, delays from February 1987 to September 1988 while Commission deciding whether to accept complaint and subsequent delays in investigating complaints unacceptably long and so prejudicial as to constitute breach of duty to act fairly—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 7, 10, 41(e).

MOTORWAYS DIRECT TRANSPORT LTD. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-29-91, Walsh D.J., order dated 22/4/91, 17 pp.)

**IMMIGRATION****DEPORTATION**

As validity of deportation order not attacked, Court lacking jurisdiction to either set aside or stay execution thereof.

ÉTIENNE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1490-91, Rouleau J., order dated 6/6/91, 1 p.)

Application to set aside deportation order—Applicant, citizen of Philippines, remaining in Canada after expiry of visitor's permit—Prior thereto, seeking to make Convention refugee claim—Informed could only do so during inquiry under Act—Upon expiry of visitor's permit, applicant disclosing continued presence in Canada to immigration officer, who made s. 27 report alleging remaining in country after visitor's permit expired—During ensuing inquiry, applicant claiming Convention refugee status—Refugee claim rejected by Minister, but ultimately allowed by Immigration Appeal Board—Minister's practice to issue s. 37 permits to Convention refugees to ensure finding legally in Canada at resumption of inquiry—Request for Minister's permit denied—At resumption of inquiry, adjudicator refusing to allow applicant to examine immigration officers to prove (1) applicant misled when told refugee claim could only be made during inquiry and (2) Minister's permit wrongly refused—Finding applicant in Canada illegally and issuing deportation order—Applicant submitting refusal to allow immigration officers' testimony denial of natural justice—Application dismissed—Adjudicator correctly holding facts witnesses to prove irrelevant to issue of whether applicant legally in Canada—Adjudicator not losing jurisdiction because of alleged erroneous denial of Minister's permit—Assuming erroneous decision would be set aside and request for permit would be pending before Minister, *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560 establishing pending application for Minister's permit not preventing

**IMMIGRATION—Continued**

adjudicator from proceeding with inquiry—Immigration Act, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 52, ss. 27(2)(e), 37, 47—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

DEE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-147-88, Pratte J.A., judgment dated 26/6/91, 4 pp.)

**PRACTICE**

Application for leave for oral hearing and for leave to apply for prohibition to stop adjudicator from proceeding until applicant given full opportunity to present evidence and make oral submissions, and for *mandamus* compelling adjudicator to permit applicant reasonable opportunity to present evidence and make oral submissions—1400 pages of "evidence" already filed—Adjudicator requiring written arguments and limiting oral submissions to forty-five minutes—Application dismissed—Neither violation of Immigration Act nor denial of fairness or natural justice—Act, s. 29 requiring inquiry in presence of subject wherever practicable—Possibly more "practicable" to first have written argument, considering magnitude of applicant's arguments—As applicant free to read counsel's submission, not denied opportunity of knowing what was going on—For practical purposes, this aspect of inquiry held in presence of applicant, unless applicant should also be present while adjudicator reads written submissions—Allotment of time for oral submissions, at which applicant could be present, consistent with Act, s. 29(1) and practice of many courts, including Supreme Court of Canada—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 29(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

ALTAMIRANO v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-80, Strayer J., order dated 14/6/90, 3 pp.)

Application to extend time to file material in support of application for leave to seek *certiorari* and *mandamus* regarding Minister's refusal to recommend applicant be allowed to stay in Canada on humanitarian and compassionate grounds—Extension requested to obtain disclosure of Minister's file under Privacy Act—As Federal Court Immigration Rules, RR. 20 and 21 specify procedure for obtaining relevant material from tribunal, inappropriate to order delay in processing application for leave while applicant pursues remedy under Privacy Act, designed for different purposes—Applicant on fishing expedition without firm information as to existence of any pertinent document in file which would help case—Application for leave not to be disposed of until material available or failing that, Court considering making directions under R. 21(3)—Written notification of rejection should be provided—Conclusion as to degree of disclosure of Minister's file required under R. 21 not to be inferred from these reasons—Minister not obliged to give reasons for decision whether to recommend exercise of regulation-making power under s. 114(2)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2)—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, RR. 20, 21.

MUTHULINGAM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-92, Strayer J., order dated 10/6/91, 4 pp.)

## IMMIGRATION—Continued

## REFUGEE STATUS

Motion for interim order of prohibition stopping Board from deciding applicant's refugee claim—Convention refugee claim pending before Immigration and Refugee Board—Applicant present and giving evidence during proceedings—Board directing counsel to file written representations—Motion for judicial review of Board's ruling—In asserting Refugee Division must entertain oral representations in applicant's presence if demanded, relying upon Immigration Act, s. 69.1(4) requiring hearing into claim to be held in claimant's presence, and s. 69.1(5) requiring Refugee Division to afford claimant reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations—Motion dismissed as premature—Board may decide claim in applicant's favour—Prohibition only lies where excess of jurisdiction—Board not exceeding jurisdiction—Board's Rules of Practice directing written representations in such cases—If decision unfavourable, applicant may apply for leave under s. 82.1—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19).

DONG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-43, Collier J., judgment dated 8/4/91, 4 pp.)

Motion for interlocutory injunction to prevent holding of a credible basis hearing pending outcome of trial of action where applicant alleges reasonable apprehension of bias in tribunal and infringement of ss. 7 and 12 Charter rights—Applicant, from Trinidad, member of Refugee Backlog Program—Has yet to proceed to credible basis hearing—Tribunal has made preliminary determination had jurisdiction to make findings on constitutional issues, but only at end of credible basis hearing—General procedure followed by adjudicators—Not appropriate to bring generic complaints regarding entire refugee backlog system—Adjudicators able to conduct proceedings as they see fit—For interlocutory injunction, applicant must show: 1) serious issue to be tried; 2) irreparable harm if order not granted; 3) balance of convenience lies with applicant—Whether delay in processing claim a violation of right to security of person under Charter, s. 7 and cruel and unusual punishment under s. 12—Effect of delay on some claimants causing post-traumatic stress disorder and memory impairment—Charter challenge on unreasonable delay not question to be summarily discounted at preliminary stage—Independence and impartiality of adjudicators—Argument of reasonable apprehension of bias because adjudicators appointed on short term contracts rejected—No evidence to show this method of appointment affects impartiality: see *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363 (C.A.); *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552 (C.A.)—Fact adjudicators advised by same legal department as case presenting officers already held not to affect independence: *Mohammad*—Fact adjudicators meet to discuss procedure on constitutional issues not exceeding limits of collegial decision making: *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd v. International Woodworkers of America, Local 2-69*, [1990] 1 S.C.R. 282—Allegations of influence of adjudicators by superiors raises an arguable case—Memo circulated to adjudicators indicating Director of Adjudication's opinion constitutional arguments on unreasonable delay not be referred to Federal Court because

## IMMIGRATION—Continued

such arguments "waste of time"—Most efficient solution would be to submit application to F.C.A.—Present application denied on basis of irreparable harm and balance of convenience—Application premature—No action taken that can be complained of—Administrative process not to be delayed pending applicant's challenge—Public interest in having hearings continue out-weighing applicant's interest in order sought—Procedure in Immigration Act not yet exhausted—Whether applicant will suffer irreparable harm if injunction not issued—Prolonging hearing more likely to bring stress to applicant than quicker procedure—Whether irreparable harm would result because credible basis hearing can result in deportation order—On balance of convenience, granting of injunction would weigh heavily on entire backlog system—Same argument could be raised in thousands of other backlog cases—Motion denied—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.

JAMES V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-769-91, Rouleau J., judgment dated 3/5/91, 10 pp.)

Appeal from decision of Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board denying applicant refugee status—Board committing error of law—Applicant claiming refugee status based on race, membership in particular social group and political opinion—Applicant, Tamil, testified arrested and tortured by Indian Peace Keeping Forces and various rebel groups—Board dismissed application on basis less than reasonable chance applicant would face persecution if returned—Applicant does not have to prove persecution would be more likely than not: *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.)—Applicant having to show reasonable chance of persecution defined as less than fifty per cent chance, but more than mere possibility—What falls between these two limits good grounds—Board found applicant faces more than mere possibility of persecution—Decision of Board set aside and referred back to different panel.

PONNIAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-345-89, Desjardins J.A., judgment dated 16/5/91, 5 pp.)

Appeal by spouses against decision of Convention Refugee Division of Immigration and Refugee Board appellants, Tamils from Sri Lanka, not Convention refugees—Although claimant did not flee country for some years after detention and torture, incident still current when linked to other previous and subsequent harassment—Board's failure to deal with cumulative nature of persecution error of law—Board also erring in not dealing with distinctive elements of wife's case—Appeal allowed—Pratte J.A. dissenting on basis no facts before Board could have made wife independent refugee, and no errors made by Board of kind described in Immigration Act, s. 82.3, R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19).

RETNEM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), (A-470-89, A-472-89, MacGuigan J.A., Pratte J.A. dissenting, judgment dated 6/5/91, 4 pp.)

**IMMIGRATION—Concluded**

Appeal from decision of Refugee Division of Immigration and Refugee Board denying Convention refugee claim—Claim based on membership in particular social group and on political opinion—Appellant former factory director in China—Wife's pregnancy terminated in October 1987, after pressure to do so exerted on her and appellant, threatening removal from office and unspecified punishment—Appellant demoted from position after complaining of disruptions to factory stemming from Chinese government policy of greater state control of industry—Appellant sent on three-month trip of "special duty" after complaint—At subsequent meeting with state officials, appellant accused of transgressions in factory and violation of China's one-child policy—Shortly thereafter appellant went into hiding and left China on false documents—Whether appeal should be allowed based on poor quality of hearing—Problems with recording of proceedings—Portions of transcript missing—Failure to have available full transcript prejudicial to appellant in prosecuting appeal, and denial of fundamental justice—Board had policy of recording proceedings, and making such available for appeals—Means of implementing policy failed thereby disadvantaging appellant—Irrelevant recording equipment broke down due to no fault of Board—Problems with quality of interpretation at hearing—Certain passages difficult or incoherent—Natural justice demands appellant be entitled to tell story through interpreter in own language—Unable to do so due to poor translator, appellant therefore prejudiced—Whether in addition Board made errors of law in decision—Board paid no attention to meeting with officials, fact appellant was accused of serious offences, and was required to submit written confessions—Board making other errors of law in ignoring evidence before it—Board wrongly found appellant had no difficulty leaving China—Wrongly found appellant was able to remain in China without adverse incidence for one month after abandoning job—Wrongly found wife continued to work in same factory—Wrongly found appellant not to be person who feared for life because failed to seek asylum in other countries en route—Wrongly found appellant had shopped for best country to seek asylum—Wrongly found appellant's attendance at demonstrations in Toronto to be evidence of no fear of persecution—Court's analysis would be different if Board had made above findings on basis of appellant's credibility—Board did not give detailed reasons for disbelieving claimant as normally required—Nothing said by Board expressly or impliedly rejecting appellant's credibility—Board erred in introducing subjective element into refugee test required by law to be objective—Appeal allowed—Decision set aside—Matter sent to newly constituted Board for redetermination.

TUNG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-220-90, Stone J.A., judgment dated 21/3/91, 13 pp.)

**INCOME TAX****ASSOCIATED COMPANIES**

Appeal from Trial Division decision [(1988), 88 DTC 6138] allowing respondent's appeal against assessments under Income Tax Act in respect of 1971 to 1975 taxation years—Minister had disallowed cost of crude oil purchased by respondent from

**INCOME TAX—Continued**

wholly owned Bermuda subsidiary to extent price paid exceeded cost of oil to subsidiary—Respondent entered into contract with Standard Oil of California ("Socal") to build oil refinery at St. John and for Socal to supply respondent with crude oil—Renegotiation of contract began 1968—Socal not Canadian resident, and therefore profits from production and transportation not subject to Canadian tax—During renegotiation, recognized contract price 66¢ below competitor's price per barrel which could have resulted in Canadian tax consequences—Irving Refining Ltd. and Irving Oil Company Limited each acquired 50% interest in Bermuda corporation "Irvcal"—During years at issue Irvcal made 141 oil purchases, all for resale to respondent—118 sales pursuant to above contracts—Irvcal never took possession of oil or insured it—Trial Judge found highly material production and transportation profits earned outside Canada—Trial Judge found lack of control of Irvcal by respondent—Found at trial respondent paid competitive market prices to Irvcal and dealt at arms length—Whether Irvcal had business purpose apart from tax avoidance—Trial Judge erring—Evidence not supporting finding of *bona fide* business purpose—Transaction does not fail to avoid tax just because it lacks *bona fide* business purpose: *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536—Finding of fact price paid by respondent fair market value, therefore Trial Judge did not err in finding 66¢ difference paid for purpose of earning income, and reasonable in circumstances—Irvcal not sham—Trial Judge's finding profits earned outside of Canada not irrelevant to decision—Transaction having effect of unduly or artificially reducing income prohibited by Income Tax Act, s. 245(1)—"Undue" to be given dictionary meaning of "excessive": *Spur Oil v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 113 (C.A.)—Respondent paid Irvcal fair market value, therefore no excessive reduction of income resulted—Tax avoidance scheme not offending Income Tax Act—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 245(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185).

CANADA V. IRVING OIL LTD. (A-592-88, Mahoney J.A., judgment dated 18/2/91, 18 pp.)

**INCOME CALCULATION**

Appeal from reassessment of plaintiff's 1984 income tax return—Whether plaintiff received taxable benefit from forgiveness of non-interest bearing loan from employer—Plaintiff executive with oil company—Plaintiff receiving non-interest bearing loan from company for purchase of company's stock—Plaintiff transferring stock, and company releasing plaintiff from further obligation beyond proceeds of sale—Shares decreasing in value from time of plaintiff's purchase to time of sale—Forgiveness of loan by employer could clearly be considered "benefit of any kind" under Income Tax Act, s. 6(1)(a): *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428—Whether forgiveness of loan also non-taxable reimbursement of employee by employer of losses incurred in employment—Case law indicating loans to employees by employers normally considered taxable benefit—Forgiveness of debt part of plaintiff's consideration for termination, therefore benefit to plaintiff: *McArdle, J.E.R. v. M.N.R.* (1984), 84 DTC 1251 (T.C.C.)—Forgiveness of loan taxable benefit as conferred benefit on plaintiff of avoiding decrease of

**INCOME TAX—Continued**

net worth: *Cousins v. M.N.R.* (1971), 72 DTC 1055 (T.R.B.)—*Ransom v. M.N.R.* (1967), 67 DTC 5235 (Ex. Ct.) and subsequent cases distinguished on basis cases involved reimbursement of employee's out-of-pocket employment expenses—Plaintiff not suffering loss by virtue of employment—Loss from shares cannot be characterized as deductible loss from employment—Appeal dismissed, reassessment affirmed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 6(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 1(1); c. 140, s. 1(1)).

MCILHARGEY V. CANADA (T-208-89, Cullen, J. judgment dated 30/5/91, 12 pp.)

*Deductions*

Appeal from income tax assessment—Whether mineral royalties paid to Province of British Columbia by plaintiff can be deducted as expenses incurred to gain income—Whether provisions of Canada United States Tax Convention applicable to 1974 taxation year prevent Minister from applying s. 18(1)(m) of the Income Tax Act for computation of income—Plaintiff's claim for deduction reduced due to application of *Gibraltar Mines Ltd. v. The Queen* (1985), 85 DTC 5085 (F.C.T.D.)—In *R. v. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 S.C.R. 504 tax treaty defined so collateral legislation would not have the effect of unilaterally amending treaty—In *Association Corporation of North America v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 377 (T.D.), affd. [1980] 2 F.C. 382 (C.A.), Mahoney J. held Income Tax Act section inconsistent with Canada United States Tax Convention could not be applied to taxpayer's circumstances—Discussion of distinguishing current case on basis of plaintiff having a permanent establishment in Canada—Michael Edwardes-Ker in *The International Tax Treaties Service*, Dublin, Ireland: In-Dert Publishing Ltd., 1977 holding absent clear intent to limit international law to law in force at time of treaty's ratification, subsequent changes in internal law to be given full effect—However, s. 18(1)(m) may be "appreciable change" as per paragraph 2 of Protocol to the Convention thereby requiring consultation between Canada and the United States—Intent of Article III of Convention discussed—Whether allowing deduction prohibited under s. 18(1)(m) would give windfall deduction to taxpayer of 15% under Income Tax Act, s. 124(2)—S. 10 of Protocol to Convention may allow such windfall—Need for clear language in statutory interpretation problem such as this: *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.) which cites *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; and *Canterra Energy Ltd. v. The Queen* (1986), 1 C.T.C. 89 (F.C.A.)—In any event, whether s. 124(2) may give windfall to plaintiff adds nothing to argument s. 18(1)(m) applicable due to Convention—S. 18(1)(m) does not contravene Convention—Plaintiff's appeal from 1974 tax assessment dismissed with costs—Assessment referred to Minister—An Act to amend the Canada-United States of America Tax Convention Act, 1943, and The Canada-United States of America Tax Convention Act, 1944, S.C. 1950, c. 27; Income Tax Act, S.C. 1970-71-72 c. 63 ss. 18(1)(m) (as added by S.C. 1974-75-76, c. 26 s. 7(1); 1976-77, c. 4, s. 4(1); 1977-78 c. 1, s. 11(1); 1980-81-82-83, c.

**INCOME TAX—Continued**

140, s. 11(1),(2)), 124(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 79(1)).

UTAH MINES LTD. V. CANADA (T-487-79, Walsh, J., judgment dated 28/3/91, 15 pp.).

Appeal from determination of question of law by Tax Court of Canada—Whether amounts paid by plaintiff to spouse in 1977, 1978 and 1979 deductible as expenses under Income Tax Act, s. 60(b)—Plaintiff independent businessman—Separated from spouse in 1972—Separation agreement providing for support of \$1,500 and additional maintenance totalling \$200,000 paid in instalments—During years in question, plaintiff deducting both support and additional maintenance from income tax—Plaintiff reassessed by Minister—Minister finding monthly support qualifies as alimony, but additional maintenance does not—Finding confirmed by Tax Court—Necessary to look at all circumstances surrounding payments, not just separation agreement—Parol evidence admissible to determine true nature of payments—Evidence indicating \$200,000 not intended to be in satisfaction of future maintenance claims—Amount not used for living expenses—Plaintiff considered maintenance of \$1,500 sufficient—\$200,000 offered to delay divorce proceedings—Criteria for payments to be deductible under s. 60(b) set out in *Klement (G.) v. The Queen*, [1987] 2 C.T.C. 27 (F.C.T.D.)—Fact payments not made precisely in accordance with separation agreement not fatal—Whether \$200,000 in nature of alimony or other allowance paid on periodic basis—*McKimmon (S.J.) v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 109 (F.C.A.), applied regarding distinguishing alimony payments from instalments of capital sum—Court finding instalments of \$200,000 payments made on account of capital—Payments made on yearly basis, not necessary to support spouse, allowed for capital accumulation quickly, had fixed term, and in addition to normal maintenance—Plaintiff's case dismissed and reassessment affirmed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 60(b).

URICHUK V. M.N.R. (T-1205-84, Cullen, J., judgment dated 5/6/91, 15 pp.)

**REASSESSMENT**

Appeal by way of trial *de novo* from assessment of value of shares pursuant to Income Tax Act—Initial issue of Court's jurisdiction—Neither plaintiff nor counsel appearing before Tax Review Board—Board ordering appeal dismissed for want of prosecution—Whether Court having jurisdiction for trial *de novo* when no appeal heard by Board—Current appeal allowed to continue with hesitation—Taxpayer owning 100 shares of Pyramid Management Ltd. ("Pyramid") as of valuation day—Assets of Pyramid: trucking business and rental properties—Taxpayer selling half of shares after valuation day for \$500,000—For relevant tax year, taxpayer's claimed adjusted cost base for 50 shares revised from \$9,000 per share to \$1,724.04 per share by M.N.R.—No definition of "fair market value" in Act—Onus on taxpayer to show invalidity of Minister's assumptions, particularly regarding valuation day fair market value of shares—Evidence—Credibility of witnesses questioned—Court finding value of property significantly higher than stated in valuation—Reassessed valuation of Pyra-



**INCOME TAX—Continued**

mid's rolling stock rejected—Evidence of expert witnesses rejected—Evidence suffering from faded memories of witnesses and retroactive speculation of experts—Court forming own conclusions necessarily without adopting those of expert witnesses—*Cyprus Anvil Mining Corp. v. Dickson* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), revg. (1982), 40 B.C.L.R. 180 (S.C.), and supplementary reasons at (1984), 54 B.C.L.R. 225, applied regarding judge's valuation of shares—In valuing shares, Court to apply judgment in looking at all helpful evidence and all factors in case—In looking at all factors, value of stocks as of valuation date \$6,997 each—Reassessments referred back to Minister.

ATTRIDGE v. CANADA (T-2321-82, T-2322-82, Muldoon J., judgment dated 7/3/91, 41 pp.)

Appeal from trial judgment, [1990] 1 F.C. D-30 (T.D.), holding Minister entitled to confirm reassessments—Plaintiff alleging assessments invalid as originally made on basis of repealed s. 74(5) of Act, notwithstanding Minister subsequently correcting mistake—Appeal dismissed—Liability for tax created by Act, not by notice of assessment—Liability same whether notice of assessment mistaken or not sent—Minister's mental process in making assessment not affecting taxpayer's liability to pay tax imposed by Act—Entitled to correct mistake—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 9, 74(5) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 37).

RIENDEAU v. M.N.R. (A-639-89, Stone J.A., judgment dated 17/6/91, 2 pp.)

**RESERVES**

Whether reserve of \$3,084,000 for doubtful debts for 1982 taxation year reasonable pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(l)—Plaintiff's estimate of amount for reserve determined in accordance with generally accepted accounting principles ("GAAP")—Plaintiff manufacturer of men's clothing—Plaintiff's purchasers often under-capitalized—Doubtful debts reserve determined by looking at factors such as age of overdue account, customer's financial position, history of bad cheques, increase or decrease in sales, and amounts paid since Nov. 27, 1982—No precise formula applied by plaintiff in determining amounts placed in reserve—Reserve estimated not only by reference to amounts paid after year end, but also to amounts due after that date, in accordance with GAAP—Reserve for 1982 reassessed at \$1,400,000—Burden on taxpayer to disprove Minister's assumptions and to prove plaintiff's own estimate reasonable—Minister's auditor placing much emphasis on fact plaintiff shipped new goods to consumers despite accounts classified doubtful—In determining reserve for doubtful debts, GAAP applicable unless Act explicitly or implicitly requires otherwise—Senior management of corporation in best position to determine accounts likely to be doubtful—Delay in payment alone not sufficient to justify including in reserve—Factors to be considered: age of overdue account, its history, financial position of client, increase or decrease in client's sales, past bad-debt experience, general business conditions—Must be more than some doubt amount will not be paid—Amount in reserve estimate of risk debt will not be paid—Whether doubtful debt

**INCOME TAX—Concluded**

different for tax purposes and for financial statement purposes—No reliance placed on difference of terms "doubtful debt" for tax purposes and "doubtful account" for accounting purposes—Analogy between current case and *M.N.R. v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 55 DTC 1220 (P.C.) rejected—Decision in *Anaconda* widely criticized for stating last-in-first-out (LIFO) inventory system set up reserve for taxpayer, rather than focusing on accounting benefits of LIFO system—Taxpayer not setting up reserve similar to one allegedly created in *Anaconda*—Procedure used to calculate reserve under Act and for financial statements substantially same—Under GAAP allowance can be claimed for contingency—Interpretation Bulletin IT-442 indicating s. 20(1)(l) having similar purpose—Court not convinced test for reserve for doubtful debts under Act must be more restrictive than under GAAP—Court not convinced more accurate determination possible without reference to continued sales to past due accounts—Taxpayer able to continue to sell to overdue accounts to keep those businesses alive and at same time to consider those accounts doubtful—Whether proper factors for determining reserve applied correctly—Reserve not unreasonable even though exceeding amount outstanding on goods as of year end—To require reserve must not exceed amount owing as of year end would mean "cap" would vary depending on when tax returns and financial statements filed—Not open to Court to choose Minister's assessment over taxpayer's without evidentiary basis for appropriateness of Minister's method—No such evidence existing—Court finding taxpayer's estimate appropriate—Unfair burden on taxpayer to review estimate for reserve on basis of information not available at time of taxpayer's estimation: *Hogan v. M.N.R.* (1956), 56 DTC 183 (T.A.B.)—Court not convinced GAAP should not be used for purposes of Act, s. 20(1)(l)—Plaintiff's estimate reasonable—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(l).

COPPLEY NOYES & RANDALL LTD. v. CANADA (T-1099-86, Reed J., judgment dated 30/4/91, 27 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****APPLICATIONS TO REVIEW**

Error in law by Umpire in concluding respondent having just cause to leave employment—Application allowed and matter referred back to Umpire as respondent left employment "without just cause" under Unemployment Insurance Act, s. 41(1)—Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 41(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LYNK (A-721-90, Pratte J.A., judgment dated 23/5/91, 2 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to set aside Canada Labour Relations Board decision complaint pursuant to Canada Labour Code, s. 97(1) filed after expiry of time limit—S. 97(2) requiring complaint be made not later than ninety days after date on which complainant knew, or ought to have known, of action giving rise to complaint—Applicant discharged from employment on May

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

19, 1989—Learned union abandoning grievance on August 24, 1989—Complaint filed October 4, 1989—Applicant arguing time limit commencing when union decided not to pursue grievance—Application dismissed—Discharge giving rise to complaint—Grievance neither preventing complaint nor commencement of time limit—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 94(3), 97(1),(2)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

**TINO V. CANADIAN BROTHERHOOD OF RAILWAY, TRANSPORT AND GENERAL WORKERS (A-789-90, Pratte J.A., judgment dated 25/4/91, 4 pp.)**

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Plaintiff, defendant in main actions in Ontario Court General Division, seeks declaration as to entitlement to limitation of liability under Canada Shipping Act, ss. 575 and 577—Preferable all issues be dealt with in same court—Ontario Court can deal with issue more comprehensively than present Court—Court uncertain issue could have been determined on motion without *viva voce* evidence—Application stayed in case some jurisdictional problem arises. Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 575, 577.

**HARRISON V. NELSON (T-2874-89, Strayer J., order dated 26/6/91, 3 pp.)**

Appeal from order of Senior Prothonotary rescinding warrant of arrest issued against defendant vessel and ordering release of security deposit—Question before Court on appeal under Federal Court Rule, R. 336(5) whether, on basis of all material evidence before him and given current state of relevant Canadian law, Senior Prothonotary erred in making order—Main action arising from plaintiff's supplying of defendant ship with marine fuel—In making decision, Senior Prothonotary heavily influenced by notation "for charterers' account" appearing on copy of bunker receipt—Plaintiff filed document with no explanation regarding how these words came to be on receipt—Therefore understandable how decision was reached adverse to plaintiff's interests—Plaintiff also not asserting right of action *in personam* against owners of defendant vessel—Absence of such assertion, as well as any allegation shipowners authorized purchase of bunkers in question, material to decision—In light of evidence, Court cannot find Senior Prothonotary made error requiring judicial interference—Whether Senior Prothonotary properly interpreted law regarding status of action *in rem* when no right of action *in personam* against shipowner can be established—Decision below correctly made on basis action *in rem* against ship only available if right of action *in personam* available against shipowners: *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.)—Whether Senior Prothonotary effectively made decision on merits of case, providing reason to overturn his order—Such decision by

**MARITIME LAW—Concluded**

Court only to be made in clearest of circumstances—As decision below based on no error of law or facts, no reason exists to interfere with it.

**FRISOL BUNCKERING B.V. v. ALEXANDRIA (THE) (IN REM) (T-2732-90, Joyal, J., judgment dated 17/6/91, 10 pp.)**

**PAROLE**

Application to quash National Parole Board's denial of right to release on mandatory supervision—Applicant, inmate at federal penitentiary, entitled to release on mandatory supervision subject to provisions of Parole Act relating to detention, on August 12, 1990—On July 18, 1990, following same day hearing Board ordering applicant not be released pursuant to Parole Act, s. 21.4(4)(a), on ground inmate likely to commit offence causing death of or serious harm to another person prior to expiration of sentence—Charter, s. 7 guarantee of right not to be deprived of liberty resulting from parole except in accordance with principles of fundamental justice, applies—Application dismissed—Board acted fairly, in good faith, without bias, in accordance with principles of natural justice—Applicant given due notice of hearing, information required by law, and opportunity to be heard and to answer case against him—Represented by lawyer at hearing and permitted to make extensive submissions to Board—Board's decision not so unreasonable ought to be quashed—Court should not interfere with Board's exercise of discretion not to release on mandatory supervision—Also applicant seeking to quash wrong decision—July 18 decision reexamined by Board at applicant's request pursuant to Parole Regulations, s. 22(1)(d)—Reexamined decision affirmed September 14, 1990—Having taken advantage of alternative remedy under s. 22 applicant not permitted to obtain relief without regard to latter formal and final decision—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1)—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.4(4)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 5)—Parole Regulations, SOR/78-428, s. 22(1)(d) (as am. by SOR/86-817, s. 9).

**KENNY V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-1256-91, Pinard J., order dated 14/6/91, 4 pp.)**

Application for prohibition preventing detention hearing—Applicant inmate of Warkworth Institution serving five year sentence for incest, and eligible for parole July 28, 1991—While incarcerated, applicant received treatment for sexual deviation at Warkworth Sexual Behavior Clinic—Applicant classed by Program Director as able to be released with prescribed follow-up treatment—Report revealing previous relationship with 13 year-old—In light of information, file sent to Commissioner of Corrections for Commissioner's referral—Whether time limit for holding detention hearing had passed—Time period commencing when Board made aware of Commissioner's referral, Parole Board Regulations, s. 16.1(2)(b)—Had applicant not requested rescheduling, hearing would have been heard within time period—In any event, applicant not prejudiced—Whether reasonable for Commissioner to form belief

**PAROLE—Concluded**

applicant would cause serious harm to someone on release, when report revealing relationship with 13-year-old also recommended supervised release—As one condition of release was residence in community-based residential facility, no inconsistency between report and Commissioner's belief—Information regarding 13-year-old new information providing sufficient reasonable basis for belief—Application dismissed—Parole Board Regulations, SOR/78-428, s. 16.1(2)(b).

LADOUCEUR v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)  
(T-1582-91, Pinard J., judgment dated 28/6/91, 6 pp.)

**PATENTS**

Whether grant of compulsory licence by Commissioner of Patents should be set aside—In *Syntex Pharmaceuticals International Ltd. v. Medichem Inc.* (1990), 28 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.), licence as well as royalty set aside—However, present case distinguished from *Syntex* as no evidence Commissioner only took into consideration existence of companion applications rather than their contents—No warrant in record carrying over consideration to royalty question—Commissioner's statement as to what he did must be taken at face value—Statutory basis exists for distinguishing Commissioner's erroneous decision regarding amount of royalty from decision as to licence: Patent Act, s. 41(4)—Decision of Commissioner set aside in so far as it relates to question of royalty, and referred back to Commissioner to receive such evidence as necessary and thereafter to fix royalty having regard to desirability of making medicine available to public at lowest possible price consistent with giving patentee due reward for invention—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4).

AMERICAN HOME PRODUCTS CORP. v. APOTEX INC.  
(A-417-85, MacGuigan J.A., judgment dated 21/6/91, 4 pp.)

Appeal from decision of Commissioner of Patents on rate of royalty to be fixed pursuant to Patent Act, s. 39(5)—Appeal dismissed—Evidence before Commissioner upon which could properly determine royalty—Commissioner giving full and careful consideration to evidence submitted—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39(5).

ELI LILLY AND CO. v. APOTEX INC. (A-578-88,  
Hugessen J.A., judgment dated 15/5/91, 2 pp.)

**PENITENTIARIES**

Motion for temporary injunction restraining defendants from removing applicants from the "Forty-Man Unit" ("FMU") of Warkworth Institution, and to preserve *status quo* until matter tried—FMU less secure facility in penitentiary whose inmates have privileges not available to other inmates—Intention of Correctional Service Canada to close down FMU as part of overall plan of management—One plaintiff fearing transfer from FMU would require new case management team and resulting delay of release from custody—Another plaintiff fearing for personal safety from other inmates if returned to cell

**PENITENTIARIES—Concluded**

blocks—Third plaintiff fearing penalty for being smoker if moved to new facility where tobacco considered contraband—Court using test for interlocutory injunctions as formulated in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.)—Loss of case management continuity serious but not constituting irreparable harm—Such loss occurs frequently and inmate and new team come to know each other as well as first instance—No irreparable harm in loss of access to FMU—Duty of Correctional Service to ensure safe custody of inmates under statute and common law—No irreparable harm if injunction not granted—Balance of convenience clearly favouring government's restraint program, right to control penitentiaries, and cost to taxpayers over inconvenience to inmates: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—Application dismissed.

EDWARDS v. CANADA (T-1119-91, Muldoon J., judgment dated 17/5/91, 8 pp.)

**PRACTICE**

Taxation—Plaintiff submitted bill of costs to be taxed on party and party basis—Contested items with disbursement cost listed—Action for patent and copyright infringement involving patents for roadway crash cushion and copyright in technical literature—Sixteen interlocutory motions and pre-trial conference before proceeding to trial—Pinard J. found for plaintiff in main action on April 17, 1990—Disputed items all relating to disbursements—Amounts paid for professional services to effect service of Court documents allowed—Amounts for corporate verifications by agent law firm also allowed—Amounts for translation services disallowed—Where opposing sides in litigation use different official languages, unsuccessful party should not have to bear costs for translation of pleadings it submitted: *Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'Ancienne Abbaye de Fécamp v. John Labatt Ltée*, [1990] 3 F.C. D-37 (T.D.)—Travel and accommodation expenses of counsel to enable face to face interviews with prospective witness reasonable—Travel expenses for counsel's trip to United States to meet with client allowed, as would have been no less costly for client to travel to Canada—Tips excluded as being above actual costs of services—Transportation, hotel and living expenses for counsel's preparation for attendance at trial and discoveries allowed—Amounts claimed for payments to expert witnesses allowed in full—Since defendant raised issue of 30 pieces of prior art, was not open to complain about cost of plaintiff's expert witness' preparation—Nothing in record to suggest travel expenses of particular expert witness were for any purpose other than to attend as witness; amounts allowed—Not unreasonable for parties to incur translation expenses at proceedings out of Court—Amounts for translation allowed even though defendants made use of service—Computer searching fees disallowed as overhead of lawfirm—Cost of obtaining sample of infringing device for patent action allowed—Claim for amounts paid beyond Tariff to associate counsel conducting cross-examinations in French allowed because of amendment to Tariff B, s. 1(2)(b) imparting less strict test than previously—Amendment to Tariff distinguishing case from *Bayliner Marine Corp. v. Doral Boats Ltd.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 201 (F.C.T.D.)—Photocopying costs

**PRACTICE—Continued**

disallowed even though essential to conduct of action as no evidence to prove actual cost—Bill of costs presented at \$97,417.17 taxed and allowed at \$91,801.82 plus interest.

ENERGY ABSORPTION SYSTEMS INC. v. Y. BOISSON-NEAULT & FILS INC. (T-2263-86, Reinhardt T.O., taxation dated 30/1/91, 24 pp.)

Motions for orders adding defendants; interlocutory and Anton-Pillar type relief against defendants and proposed defendants; and striking of statement of claim and dismissal of action—Plaintiff importing, distributing and marketing home-video games under trade names “Nintendo Entertainment System” and “Gameboy”—In 1990, plaintiff obtained various assignments of copyright interests used in association with Nintendo game cartridges—In August 1990, plaintiff brought an action claiming defendants breached its copyright—For injunctive relief, plaintiff must establish serious issue to be tried, would suffer injury not adequately compensated by damages, and balance of convenience favours it—In patent cases, injunctive relief exception rather than rule as damages normally adequate remedy—Cases where vigorous and comprehensive defence presented inappropriate for injunctive relief unless critical to avoid crisis-type damage to plaintiff—In current case balance of convenience not favouring either party—Plaintiff too large company to be greatly inconvenienced and no evidence to suggest injunction would put defendants out of business—Pleading on its face sufficiently defines issues to establish cause of action, therefore not situation where striking statement of claim appropriate—Application to add parties stayed pending appeal of previous order—Applications dismissed.

BEAMSCOPE CANADA INC. v. 2439-0692 QUEBEC INC. (T-2195-90, Jerome A.C.J., judgment dated 21/5/91, 13 pp.)

Appeal from Trial Judge’s decision not to fix special time for presentation of appellant’s *ex parte* application for interim injunction—Trial Judge erred as refusal equivalent to dismissal without hearing—Appeal allowed with costs and matter referred back to Trial Division.

SIX NATIONS TRADITIONAL HEREDITARY CHIEFS v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (A-501-91, Pratte J.A., judgment dated 30/5/91, 2 pp.)

**COSTS**

Party and party taxation—Judgment in favour of plaintiff/respondent both in Trial and Appeal Divisions over issue of priority of claim—Counsel for respondent arguing amounts in Federal Court Tariff B patently unrealistic—Bills of costs subject to R. 346(1) and therefore taxable strictly in accordance with provisions of Tariff B—Court bound by parameters of Tariff—Criteria of complexity, importance, volume of work and amounts claimed and recovered not justifying allowance of costs at maximum permissible by Tariff—Claims taxed in accordance with Tariff B—Federal Court

**PRACTICE—Continued**

Rules, C.R.C., c. 663, R. 346(1), Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

CANADA v. ONTARIO DEVELOPMENT CORP. (A-48-89, Smith T.O., taxation dated 2/5/91, 8 pp.)

**DISCOVERY**

Motion by way of appeal from decision of Associate Senior Prothonotary dismissing plaintiff’s motion for order requiring reattendance for examination for discovery—Issue in main action whether appellant manufacturer of vehicles imported from related corporation, or whether excluded from category under Excise Tax Act due to operation of retail store—Questions asked by appellant on discovery regarding inconsistent application of legislation by Minister—Issue of inconsistent application not raised in pleadings—No facts pleaded on which allegation could be founded—Activities of other automobile manufacturers and their treatment by Minister not relevant—To allow one company to make another’s affairs relevant would be chaos—Plaintiff must prove in its individual case it meets legislation—Motion by way of appeal dismissed.

FORD MOTOR COMPANY OF CANADA, LTD. v. M.N.R. (T-3700-82, Jerome A.C.J., judgment dated 8/5/91, 6 pp.)

**JUDGMENT AND ORDERS***Consent Judgment*

Court not to give judgment on consent of counsel when one party repudiates and contests validity of consent—Application dismissed.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. v. TYE-SIL CORP. (A-1004-90, Pratte J.A., judgment dated 18/6/91, 2 pp.)

*Enforcement*

Application to set aside renewal of writ of execution or writ of *fieri facias*—Execution of writ not satisfying debt—Under R. 2006, writ valid for five years, but may be extended upon application prior to expiry—Opposant claiming seized property belonging to her, not debtor—Application dismissed—Renewal not automatic—May be *ex parte* and without notice to opposant notwithstanding more than one year has passed since last proceeding in matter—No prejudice to opposant—Nothing could be said at renewal hearing that cannot be said at opposition hearing—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 2006.

WOLF (RE) (ITA-4408-83, Teitelbaum J., judgment dated 22/4/91, 6 pp.)

*Reversal or Variation*

Application by appellant/opponent under R. 337(5) for reconsideration of terms of judgment dismissing appeal from Registrar on ground judgment not according with reasons—

**PRACTICE—Continued**

Argument extending beyond mere clerical error or obvious error—Not within scope of Court's discretion to amend judgments under R. 337 (5)—Matter for Court of Appeal—Discretion of court to reconsider judgments narrowly confined by R. 337(5) and (6)—Principle of finality of judgments recognized by narrow scope of discretion afforded by Rules and limited application of latter under jurisprudence—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5),(6).

CONSUMERS DISTRIBUTING v. UNITED CONSUMERS CLUB, INC. (T-1593-89, Mackay J., order dated 31/5/91, 3 pp.)

Appeal from trial judgment refusing to stay proceedings before Competition Tribunal pending constitutional challenges in this and other courts—Terms of interim order issued by Competition Tribunal following judgment not "new facts . . . of such a nature as to substantially affect the decision of the motion judge in order to justify a court of appeal to exercise a fresh discretion": *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—Motions Judge knew Director would be applying to Tribunal for interim order, but of view exercise of Tribunal's power to preserve competition important aspect of public interest to be weighed in balance—New facts here less substantial than those found by Supreme Court to be insufficient in *Metropolitan Stores*—Appeal dismissed.

SOUTHAM INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-164-91, Hugessen J.A., judgment dated 22/5/91, 2 pp.)

*Stay of Execution*

Application by defendant under R. 1909 for stay of execution of contempt of court order to permit him to satisfy said order by means of monthly payments—Financial problems no sufficient reason—Court having no jurisdiction under R. 1909 to stay execution to allow for payment of fine by way of installments—Contempt must be purged—Application denied—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1909.

NINTENDO OF AMERICA INC. C. 131865 CANADA INC. (T-970-90, Dubé J., order dated 5/6/91, 3 pp.)

## PARTIES

*Joinder*

Motion for order Kim-Sail Ltd. be added as defendant—Action by cargo owners for alleged damage to cargo carried in defendant ship *Lara S*—Plaintiffs did not know at time action commenced carriage was contracted by defendant Kimberly Navigation Company Ltd. to closely related company Kim-Sail Ltd.—Possibility of Kim-Sail Ltd.'s ultimate liability for any loss favours granting motion—Any argument by Kim-Sail Ltd. claim time-barred to be assessed when facts clear—Essential facts relied upon by defendants not set out in statement of defence—Joining Kim-Sail Ltd. does not cause prejudice either by surprise, because of its close relationship to Kimberly Navigation Company Ltd., or by barring any defence—Joining Kim-Sail Ltd. does not imply new cause of action, but may

**PRACTICE—Continued**

facilitate assignment of ultimate responsibility—At this stage Kim-Sail Ltd. may have responsibilities as common carriers of goods—Delay by plaintiffs in bringing motion may be matter going to costs—Order made joining Kim-Sail Ltd. as party defendant.

CANAstrand INDUSTRIES LTD. v. LARA S. (THE) (T-940-89, MacKay J., order dated 14/6/91, 6 pp.)

## PLEADINGS

*Amendments*

Application to further amend statement of claim—Amendments if allowed would create whole new action barred by limitation period—Action clearly for negligence, whereas plaintiff would add action for abusive conduct and violation of Charter rights—Such amendments quite removed from original and amended statement of claim—Application refused.

FRANÇŒUR v. CANADA (T-2153-87, Cullen J., order dated 16/4/91, 2 pp.)

*Motion to Strike*

Statement of claim appealing Tax Court order quashing appellant's appeal on basis no notice of objection filed—Appellant filing notice of appeal instead of notice of objection—Statement of claim alleging Tax Court erred in law—Seeking declarations (1) income received from Indian band tax exempt under Indian Act; (2) notice of reassessment void; (3) not bound by procedural limitations prescribed by Income Tax Act—Appellant complaining no effect given to Indian Act, s. 87 which Supreme Court of Canada interpreting as exempting Indian's income from tax in certain circumstances—Motion allowed—According to Tax Court of Canada Act, s. 12, Tax Court's jurisdiction dependant upon notice of objection being filed—Nothing in Indian Act expressly making any provision of Income Tax Act inapplicable as income tax not introduced until long after predecessor of s. 87 written—Indian Act taking priority over Income Tax Act, but nothing indicating priority would be only over procedural portions—If appellant, pleading as Indian, taking advantage of rights to appeal to the Tax Court contained in Income Tax Act, entitled to do so only in accordance with the provisions of Income Tax Act—Tax Court erring in law—In absence of notice of objection, Tax Court not having jurisdiction to hear appeal—No appeal from Tax Court to Federal Court where failure to file notice of objection—Federal Court having wider jurisdiction than Tax Court—At time of argument, cases appeared to indicate residual jurisdiction in Federal Court to supervise administrative acts for which no right of appeal remained by Income Tax Act—Since then *Optical Recording Laboratories Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.) indicating Federal Court Act, s. 29 prohibiting any attempt to correct assessment by use of s. 18 or 28—Although Court perhaps having jurisdiction to provide relief for infringement of Indian Act, s. 87 and to grant declaration income tax exempt in action under Federal Court Act, s. 16 (would not be appeal under Income Tax Act), declaration denied by s. 29

**PRACTICE—Concluded**

because appeal procedure under Income Tax Act—S. 29 precluding declaration as to specific notice of assessment—Appellant may be entitled to declaration income not subject to Income Tax Act in proper circumstances—Such circumstances not including appeal from Tax Court—Appeal from Tax Court's decision having no chance of success—Notwithstanding appeal from Tax Court trial *de novo*, still appeal and only matters which could have been before Court appealed from can be considered—Court unable to strike claim without prejudice to allow amended claim for relief which might be available under s. 16—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 16, 17, 18, 28, 29—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63—Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 51, s. 4—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87.

LAFORME v. M.N.R. (T-559-89, Giles A.S.P., order dated 22/5/91, 5 pp.)

Statement of claim seeking declaration entitled to expungement of conviction, indictment or information—Since no evidence admissible on application under R. 419(1)(a), allegation never any such conviction taken as true—Motion dismissed in so far as based on R. 419(1)(a)—In so far as motion based on other paragraphs of R. 419, reference to affidavit evidence allowed—Plaintiff entitled to cross-examine on affidavit before motion dealt with—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).

MENNES v. CANADA (T-289-91, Pinard J., order dated 17/5/91, 3 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Appeal from order of Senior Prothonotary dismissing plaintiff's application for stay of proceedings pursuant to Federal Court Act, s. 50 and Commercial Arbitration Code, art. 8—Plaintiff's appeal dismissed on basis Senior Prothonotary's decision involved exercise of discretion and plaintiffs failed to meet burden of showing decision based on incorrect principle, mistaken application of law or complete misapprehension of facts—Plaintiffs did not mention matter had been referred to arbitration in New York—Plaintiffs waited until after filing of statement of defence and counterclaim before moving for stay—By so delaying plaintiffs missed essential element of Commercial Arbitration Code, art. 8(1) and cannot rely upon that article in application under Federal Court Act, s. 50—Not unreasonable for Senior Prothonotary to conclude plaintiffs, by bringing action, expressed intention to revoke their arbitration clause, as defendants did in filing statement of defence and counterclaim—As proceedings commenced herein cannot be in defiance of undertaking to submit dispute to arbitration, Senior Prothonotary could look at question of prejudice—Appeal dismissed—Commercial Arbitration Code, Schedule to Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, art. 8—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

RUHRKOHLE HANDEL INTER GMBH v. FEDNAV LTD. (T-212-91, Pinard J., judgment dated 3/7/91, 5 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Applicant successfully appealing manner of Selection Committee's assessment of knowledge—Abilities never assessed due to failure of knowledge aspect of qualifications—Application to set aside second Appeal Board's decision holding applicant estopped from challenging manner of assessing abilities by Selection Board after first appeal—Application allowed—Appeal Board erred—Public Service Commission ordered to establish differently constituted Appeal Board—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21.

HANSEN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(A-1016-90, Mahoney J.A., judgment dated 28/5/91,  
2 pp.)

**RCMP**

Action for damages and Charter remedies—RCMP officers receiving information by telephone leading them to suspect forcible confinement and extortion—RCMP forcibly entering apartment residence on grounds crime had or was being committed—Information wrong—Occupants fleeing from police—Finger on plaintiff's left hand injured in jumping over balcony railing, and back bruised when handcuffed—Whether RCMP had reasonable grounds for forcible entry and subsequent arrest of plaintiff—Issues of police propriety must rest on particular facts—Police justified in doing what is required and using necessary force if justified by reasonable and probable grounds: Criminal Code, s. 25(1)—Section not giving police *carte blanche*—Suspicion fall short of reasonable belief—Mere statement cannot be relied upon; underlying circumstances must be disclosed—Cases cited referring to reasonableness of police action—No case before Court actually on point with fact situation before it—Court finding police did identify themselves on entering apartment—Burden imposed on police to show reasonable and probable grounds must be based in information received prior to forcible entry—Police called by brother of individual inside apartment—Caller had received earlier telephone call from individual inside apartment, leading to plausible fear brother was at risk inside apartment—Caller had reasonable and probable grounds to believe brother was in danger inside apartment—Police giving credibility to caller's story, but not immediately acting on it—Police check revealing owner of apartment had criminal record and history of violence—Information in possession of police justifying action—Forcible entry normal in circumstances—Alternative actions which police might have taken, suggested by defendant, only reasonable in light of subsequently obtained information—Throughout police operation rights of plaintiff not breached—Usual warning and rights information provided after arrest—Police had reasonable and probable grounds for actions taken—Were liability found however, damages would have been assessed at \$4,000 for injured finger and additional \$4,000 for illegal arrest and detention—Whether Crown could have been held liable for injury to plaintiff's finger—Action by plaintiff leading to injury not foreseeable to officers at scene—Injury caused by plaintiff's

**RCMP—Concluded**

own doing, therefore damages for hurt finger would not be recoverable—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 25(1).

TRIPPELL v. CANADA (T-950-86, Joyal J., judgment dated 3/6/91, 24 pp.)

Application to prohibit Commissioner of RCMP from proceeding with internal inquiry—Whether extraordinary delay in disciplinary proceeding—Once decision made to charge officer with criminal offence, only delay court can consider is that prior to laying of information—In keeping with normal practice to await outcome of criminal trial before finalizing internal disciplinary proceedings—After period of investigation, RCMP submitted report to Attorney General and received advice to lay charges—Charges were laid, and after acquittal by jury served notice of intention to continue with disciplinary proceeding—Approach in many cases criminal proceedings should be finalized before internal disciplinary action—Therefore, delay not unreasonable—Internal proceedings before disciplinary board and criminal proceedings based upon same allegations different proceedings and do not constitute double jeopardy—Argument jury verdict should be taken as resolution of all issues not accepted—Jury verdict not equivalent to considered judgment of judge—Certain arguments by plaintiff speculative and not warranting extraordinary relief sought—Situations of dual responsibility lead to necessary duplication of inquiry, herein: criminal and disciplinary proceedings—Application dismissed.

BRUNELLE v. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-2825-90, Jerome A.C.J., judgment dated 3/4/91, 9 pp.)

**TRADE MARKS****INFRINGEMENT**

Appeal from order restraining plaintiff from manufacturing or selling medical tablets with trade marks confusing with respondent's marks—Appeals A-517-89 and A-399-89 heard by Court simultaneously—Appeals allowed—Correct threshold test for interlocutory injunction whether serious issue to be tried—Trial Judge erred in finding respondent established irreparable harm on record—Mere infringement of proprietary right in trade mark not establishing irreparable harm—Dealing with tablets of same shape but different colour than blue not violation of order—Order dismissing further application by appellant for further hearing on alleged misrepresentations by respondent—Respondent engaged in research, development and marketing of pharmaceutical products—Product at issue naproxen sodium tablets—Before sale, Notice of Compliance necessary from Federal Minister of National Health and Welfare—Trial Judge found since September 1980, more than 2.5 million professional samples of respondent's tablets distributed, with more than 2.5 million prescriptions written for nearly 100 million oral doses—On October 14, 1988 respondent granted registered trade mark for tablet design—From 1980 to mid 1988 respondent's tablet only one sold in Canada—Appellant generic company granted compulsory licence to manufacture drug for sale, Patent Act, s. 39—On June 28, 1988 appellant made and sold tablets after receiving Notice of Compliance for drug at issue—Tablet of same size and shape as respondent's,

**TRADE MARKS—Continued**

with one side marked "275" and the other "Novo"—Respondent aware of appellant's product in July-August of 1988—Action commenced October 24, 1988—Appellant conceding Trial Judge did not err in using "serious question to be tried" test as threshold test—Whether Trial Judge erred in finding infringement of respondent's registered trade mark constituted *per se* irreparable harm—*Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.), setting out factors to be considered by Trial Judge—Trial Judge finding unauthorized use of registered trade mark resulting in irreparable harm—Trial Judge erring in not making specific finding of irreparable harm, but speaking of likely harm—Irreparable harm must be clear, not speculative—No evidentiary support for components of irreparable harm found by Trial Judge—Loss of market share not attributable to infringement of mark, but to pricing and interchangeability—Market for drug not general public but professionals, therefore no loss of mark's distinctiveness—Relevance of implicit recognition of compulsory licence if owner's right not protected, as perception leading to finding of irreparable harm not established—Trial Division decision relied upon by Trial Judge in current case overturned on appeal: *Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc.*, [1990] 1 F.C. 221 (C.A.)—Infringement of registered trade mark issue which should be determined at trial, not interlocutory stage—Respondent's recoverable damages resulting from appellant's continued activities pending trial would be adequate remedy—Balance of convenience not favouring either party—Preservation of *status quo* prior to injunction favours appellant—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39 (as am. by R.S.C., 1985, (3rd Supp.), c. 33, s. 14).

APOTEX INC. v. SYNTEX INC. (A-517-89, Heald J.A., judgment dated 8/5/91, 4 pp.)

NOVOPHARM LTD. v. SYNTEX INC. (A-399-89, Heald J.A., judgment dated 8/5/91, 15 pp.)

Interlocutory injunction to restrain use of names in association with women's clothing store—No reviewable error by Trial Judge in concluding evidence not sufficient to establish irreparable harm if injunction not granted—Appeal dismissed.

ELEANOR A. CONSULTING LTD. v. ELEANOR'S FASHIONS LTD. (A-694-90, Pratte J.A., judgment dated 22/5/91, 1 p.)

**PRACTICE**

Affidavits—Appeal from Senior Prothonotary's decision allowing cross-examination pursuant to R. 704(7) on affidavit filed as part of opposition proceedings before Registrar of Trade Marks—R. 704(7) prohibiting cross-examination on any affidavit filed "under this rule" without leave of Court—Appellant arguing (1) discretion to grant leave to cross-examine restricted to affidavits filed in appeal proceedings; (2) waiver of right to cross-examine by not cross-examining during opposition proceedings—Affidavit filed in support of application for registration of trade mark "Delifrance" ambiguous as to use of mark—Appeal dismissed—Cross-examination restricted to issue of abandonment or use prior to March 25, 1985—"Under this rule" in R. 704(7) restricting cross-examination

**TRADE MARKS—Concluded**

to those affidavits filed on appeal—Registrar's entire file part of record before Court in appeal proceedings—Cross-examination should be permitted as affidavit filed in support of application for registration properly before Court either as part of Registrar's file or as annexed to affidavit in opposition and attached to document filed in application for leave under R. 704 when matter entertained by Prothonotary—While proceedings under Trade Marks Act, s. 44 and R. 704 to be summary and expeditious, Court should exercise discretion favourably but in restricted manner if satisfied ambiguity and confusion—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704(7)—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 44

105272 CANADA INC. (FRANCE DÉLICES ENR.) v. GRANDS MOULINS DE PARIS, SOCIÉTÉ ANONYME (T-1856-90, Rouleau J., order dated 29/4/91, 5 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to review Umpire's decision regarding entitlement of respondent teacher to benefits under Unemployment Insurance Act—Whether Umpire correct in finding respondent's contract of employment for teaching had "terminated" within meaning of Unemployment Insurance Regulations, s. 46.1(2)(a)—If Umpire incorrect, whether s. 46.1(2)(a) violates Charter, s. 15(1)—Respondent teacher under permanent contract—Respondent became ill in December 1985, and

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

was unable to teach for remainder of school year—Respondent's sick leave benefits ran out May 7, 1986 after which applied for benefits under Unemployment Insurance Act—Benefits rejected as falling during annual non-teaching period—Umpire erred in finding respondent's contract had been terminated based on additional evidence not before Board of Referees as not entitled to rely on new evidence where proceedings not *de novo* but by appeal—Umpire also erred in construction of word "terminated"—Employment contract and Nova Scotia Education Act both set out strict circumstances where contract could be terminated—Events not constituting termination under contract or statute—Result unfortunate for respondent but mandated by statute—Distinction under Regulations between ill teachers and other ill employees not one of personal characteristics, but of employment characteristics, therefore not within ambit of Charter s. 15(1): *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Canada (Attorney General) v. George* (1990), 33 C.C.E.L. 121 (F.C.A.)—Application allowed, decision of Umpire set aside—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 46.1(2)(a) (as enacted by SOR/80-536; 85-711)—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. 15(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. TAYLOR (A-681-90, Stone J.A., judgment dated 7/6/91, 13 pp.)



# DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

## CITIZENSHIP

### RESIDENCY REQUIREMENTS

Appeal from decision of citizenship judge allowing respondent's application for citizenship pursuant to Citizenship Act, s. 5(1)—Respondent does not meet requirements thereof since admitted never established physical residence in Canada before summer 1988—During four years preceding citizenship application, respondent always intended to return to Canada to settle permanently here and always arranged to maintain certain ties to this country, but never able to maintain residence—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1).

CANADA (MINISTER OF STATE, MULTICULTURALISM AND CITIZENSHIP) v. HABLANI (T-1951-89, Pinard J., judgment dated 5/6/91, 5 pp.)

## COPYRIGHT

Application to expunge registration of respondent's name on ground was not and never had been owner of work "Buzzy—L'ami qui veille"—Argument made by applicant respondent did not honour contractual obligations to him and copyright reverted exclusively to him—Under Copyright Act, s. 57(4)(b), Federal Court having jurisdiction to expunge entry wrongly made or remaining on Register on application of any person aggrieved—Case at bar concerned contract, not entry made in error—Also not infringement of copyright—Court without jurisdiction to hear case at bar—Application dismissed—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 57(4)(b).

LAURIN v. CHAMPAGNE (T-427-89, Dubé J., judgment dated 27/5/91, 5 pp.)

## CROWN

### TORTS

Appeal and cross-appeal from trial judgment, [1990] 2 F.C. D-5, holding appellant liable in negligence and ordering it to pay to respondents damages over and above *pro rata* share in proceeds of bond posted with Canadian Grain Commission (CGC) as security by Memco Ltd.—Respondent grain producers delivering grain to Memco from 1979 to 1982—Memco licensed by Commission to carry on business as "producer

## CROWN—Concluded

elevator"—Licence requiring posting of bond—Appeal dismissed for reasons in *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, A-160-90, Stone J.A., judgment dated 21/5/91, F.C.A., not yet reported—Cross-appeal concerning treatment of interest earned on respondents' *pro rata* share of security pending distribution, allowed for reasons in *Brewer Bros.*—Cross-appellants also asserting Trial Judge erred in failing to consider and dispose of claim for damages for negligent misstatement based on principle of reliance in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.)—Court unable to determine merits of issue as conflicting evidence about which Trial Judge made no finding—As appellate court not to resolve issues of credibility, this aspect of cross-appeal dismissed—Amount equal to interest accrued on *pro rata* share of proceeds of security between date of realization and date of distribution added to damages ordered payable to each respondent.

LAYDEN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-161-90, Stone J.A., judgment dated 21/5/91, 4 pp.)

## CUSTOM AND EXCISE

### CUSTOMS ACT

Claim against defendant for sum of \$10,694.42 imposed on plaintiff company as penalty for not reporting true nature of goods imported into Canada—Goods consisted of 305 rolls of fabric declared as 100% cotton whereas in fact product in question varied between 42% and 89%—Thus subject to customs duty of not 15% but 25% of value—Error in reporting percentage of cotton made not by plaintiff but its New York wholesaler from which it bought goods—Plaintiff established its good faith and reversed presumption of fraud made against it—Lack of guilty intent—Action allowed—Customs Act, S.C. 1986, c. 1, s. 32.

ROBLIN TEXTILES INC. v. M.N.R. (T-220-88, Rouleau J., judgment dated 24/5/91, 8 pp.)

### EXCISE TAX ACT

Plaintiff claimed payment of balance of sales tax, penalty and accumulated interest pursuant to Excise Tax Act, s. 27—Security given by company to defendant on certain categories of goods—Call for tenders made by defendant for sale of these

**CUSTOM AND EXCISE—Concluded**

goods according to their cash value—Sale of these goods by defendant to another company—Notification sent to defendant by plaintiff's auditor, claiming from it sum of \$46,851.53 in excise tax—Claim paid in part—Defendant subject to Excise Tax Act as body corporate pursuant to Act, s. 27(3)—Defendant acquired from first company or against it right to sell goods in question "as a result of the operation of law"—Tax payable must be paid not on selling price of goods to second company but on their cash value—No transaction within meaning of Civil Code of Lower Canada since no formal offer made in final settlement of plaintiff's claim—Action allowed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 27, 50.

CANADA v. NATIONAL BANK OF CANADA (T-809-86, Pinard J., judgment dated 24/5/91, 15 pp.)

**FISHERIES**

Application for injunction restraining Minister of Fisheries and Oceans from suspending or cancelling personal fishing licence of Master of plaintiff vessel *Nemesis*—Application arising from action taken for declaratory relief beyond Minister's power to suspend personal fishing licence—Whether proper case to restrain Minister, pending trial, from suspending personal fishing licence—While issues raised have some merit, unnecessary to decide if serious issue exists to be tried, as no proof of irreparable harm not compensable in damages—Earnings and share of catch of individual are measurable damages should plaintiff's action succeed—If without Master, catch of the *Nemesis* would be reduced, such loss would be quantifiable in damages—Not necessary to examine issue of public interest and Minister's statutory duty—Application dismissed.

NEW LEAF FISHING LTD. v. CANADA (T-243-91, Joyal J., order dated 5/7/91, 7 pp.)

Motion for order restraining Minister of Fisheries and Oceans from preventing commercial harvesting of abalone by plaintiffs provided latter abide by applicable limitations—Court not to grant interlocutory injunction unless serious issue to be tried—Then applicant must show threatened harm not adequately compensable by damages, relative effect of injunction on both parties, and balance of convenience—Application should be dismissed—No serious issue exists to be tried—Given absolute discretion in Fisheries Act, Minister has authority not to renew expired annual fishing licences of plaintiffs—Further, regional Director or fishery officer have clear power to vary closed time or fishing quota—Authority indicates injunction will not issue to restrain ministerial performance of statutory duty provided Minister does not act outside of statutory authority—Balance of convenience indicating public interest must prevail over plaintiffs—While Minister's decision not to renew licences will cause financial hardship to plaintiffs, preservation of abalone stocks is for benefit of all fishermen and consumers—Public interest would suffer if public authority were restrained: *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791 (C.A.)—Application dismissed.

DELISLE v. CANADA (T-565-91, Pinard J., judgment dated 24/5/91, 5 pp.)

**IMMIGRATION**

Application for *certiorari* to quash decision of visa officer refusing applicant's application for permanent resident status, and for *mandamus* requiring officials to process application in accordance with law—Application for permanent resident status given visa for permanent residence as well as employment authorization, permitting him to work only as motel owner—Applicant subsequently operated motel, but also engaged in operation of immigration counselling business—Lied to Immigration officials about running counselling business—Inquiry held and applicant given departure notice on basis had breached condition of entry and been untruthful to immigration authorities, these being "good reasons" why units of assessment awarded do not reflect chance of applicant becoming "successfully established" in Canada, Immigration Regulations, s. 11(3)—Discretion which may be exercised under s. 11(3) must be based on applicant's chances of becoming successfully established in Canada, and not discretion at large to reject applicants because officers think they may not be good residents: *Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (T-398-90) (argued together with this application)—Telling of falsehood to immigration authority not *per se* adequate ground for finding of inadmissibility: *Kang v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 807 (C.A.)—Fact immigrant has previously violated condition of admission also not enough to disqualify him under s. 11(3)—Discretion under s. 11(3) not sufficient to warrant denial of visa for permanent resident status on these grounds—No serious issue raised regarding lack of fairness in procedure employed by immigration official—Decision quashed, application referred to another visa officer—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(3).

MANGAT v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-398-90, Strayer J., judgment dated 10/5/91, 11 pp.)

Application for *certiorari* quashing decision of Commission for Canada in Hong Kong refusing applicant employment authorization, and for *mandamus* requiring applicant's application be considered and processed in accordance with procedural fairness—Applicant citizen of Philippines and resident of Hong Kong where she worked as domestic worker—Plaintiff's employer immigrated to Canada in 1988—Applicant then worked in Hong Kong for employer's parents—Applicant rejected by Canadian Commission on basis had violated Hong Kong immigration law by working for new employers without valid employment contract—Since no affidavit sworn by visa officer, letter of refusal by that officer cannot be accepted as evidence of anything more than fact decision was made: *Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 165 (C.A.)—Duty of fairness requiring applicant be allowed to put forward argument did not breach Hong Kong immigration rules: *Multadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.)—Fairness requiring applicant be given chance to respond to negative assessments on which application refused—Applicant's request for order to set aside decision and referral to new visa officer allowed.

BASCOE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2615-90, Jerome A.C.J., judgment dated 7/5/91, 9 pp.)

## IMMIGRATION—Continued

Appeal from order of Trial Division ((1987), 17 F.T.R. 304) dismissing application by appellant for order in nature of *certiorari* and *mandamus* against defendant—Appellant citizen of Philippines recognized as Convention Refugee by Immigration Appeal Board on February 6, 1986—Appellant then applied for Minister's permit to ensure adjudicator, on resumption of inquiry, would find him lawfully in Canada and therefore allow him to stay—Appellant first notified no permit would be issued until a s. 28 application to the Federal Court of Appeal was disposed of—S. 28 application discontinued and appellant eventually told, with no reasons given, no Permit would be issued—Present appeal, from decision of Minister not to issue permit, based entirely on Minister's policy as stated in Immigration Manual—Policy not changing law which gave Minister discretionary power to issue permits—Cannot be said appellant should have received permit for sole reason Convention refugees normally receive them—Whether appellant treated unfairly in face of "legitimate expectation" would receive permit—Trial Division finding appellant not treated unfairly—Appellant has not shown finding to be wrong—Further, as long as removal order stands against appellant no permit may be issued to him—Setting aside of Minister's decision would not, therefore, help appellant—Appeal dismissed with costs.

DEE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-4-89, Pratte J.A., judgment dated 26/6/91, 8 pp.)

## DEPORTATION

Motion for *certiorari* and prohibition under s. 18 of Federal Court Act—Applicant Sikh from Punjab who claimed refugee status on his arrival in Canada in June 1986—Deported from Canada in February 1991 after applying in vain to Immigration Appeal Board and Federal Court of Appeal—Denied opportunity to produce compassionate considerations as authorized by Immigration Act, s. 114(2)—Right to security of person conferred by s. 7 of Charter infringed—Motion allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

CHEEMA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-301-91, Joyal J., order dated 8/5/91, 6 pp.)

## PRACTICE

Request for Court to set date for hearing on urgent basis for application for interlocutory injunction to stop removal of plaintiff Joginder Pal Singh—Singh denied leave to appeal finding of no credible basis for refugee claim, and deportation order against him dated October 18, 1990—Order challenged by these proceedings on June 6, 1991—No humanitarian grounds found to stop deportation—Leave to commence neither sought nor obtained—Court satisfied leave needed for determination of whether date should be set on urgent basis—Leave required as proceeding with respect to decision or order made

## IMMIGRATION—Continued

or any other matter arising under Immigration Act or Regulations: Immigration Act, s. 82.1(1)—Further, this is proceeding under Federal Court Act, s. 18 as involves relief against federal board, commission or other tribunal—No date set—Application for injunction not dismissed, but no materials may be filed until leave sought and obtained—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53).

ONTARIO KHALSA DARBAR INC. V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1484-91, Strayer J., judgment dated 21/6/91, 6 pp.)

## REFUGEE STATUS

Applications for *certiorari*, *mandamus* and prohibition pursuant to Federal Court Act, s. 18 against respondent's refusal to grant applicants hearing before adjudicator and member of Refugee Division—Applicants arrived in Canada from Turkey on October 10, 1986 and claimed refugee status—Claim rejected by respondent on July 21, 1987—Immigration Appeal Board rejected application to redetermine status—Inquiry begun November 8, 1986 postponed several times and not yet held—Applicants sought to take advantage of provisions of Refugee Claimants Designated Class Regulations allowing persons whose claim had credible basis to apply for landing without leaving Canada—New Immigration Act does not allow applicants to take advantage of present credible basis system—Refugee status claim decided well before new Act came into effect—New Act does not create retroactive right—Applicants cannot take advantage of transitional provisions of new Act or Refugee Claimants Designated Class Regulations adopted on December 21, 1989—Decision of Immigration Appeal Board empowered adjudicator to continue with inquiry—Applicants cannot rely on doctrine of legitimate expectation—By recommending special system for refugee claimants backlog, respondent did not mislead applicants and gave them no undertaking—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2—Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40.

ZEYBEKOGLU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2894-90, Joyal J., order dated 8/5/91, 10 pp.)

Appeal from Refugee Division of Immigration and Refugee Board determining appellant not Convention Refugee—Whether appellant denied hearing before impartial tribunal to which entitled under Charter, s. 7—Court expressing concern at lengthy nature of interventions by Board member, running to 70 transcript pages—Board members entitled to conduct own questioning of appellant—Board member's questioning for clarification, not demonstrating reasonable apprehension of bias—Board not bound by technical rules of evidence and charged with deciding each application on basis of evidence it considers credible—Board not improperly influenced by admission into evidence of photocopy of telex sent from Immigration Department to Canadian High Commission in Sri Lanka—Board had ample evidence to conclude appellant not credible—Even if evidence was highly prejudicial, Board not erring in admitting it as able by statute to decide weight of any evidence

**IMMIGRATION—Concluded**

before it—Appeal dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

MAHENDRAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-628-90, Heald J.A., judgment dated 21/6/91, 6 pp.)

**INCOME TAX****PRACTICE**

Motion to strike statement of claim on grounds no reasonable cause of action disclosed—Plaintiff's statement of claim seeking declaration Requirement for Information and Production of Documents of no legal force or effect—Requirement issued under Income Tax Act by Minister following request for information by United States Secretary of the Treasury—Argument no expressed authority in Tax Convention Act or Convention itself for legal compulsion of information cannot stand up to reasonable interpretation of relevant provisions—Income Tax Act, s. 231.2 authorizing Minister to serve Requirement for any purpose relating to information or production of documents—Convention, Art. XXVII indicating if information sought by U.S., Canada must endeavour to obtain it in same way if own taxation was involved—Convention clearly foreseeing Minister will exercise power under Income Tax Act, s. 231.2—Convention has been incorporated into Canadian law, Tax Convention Act, s. 3—As result of these sections, Minister has express legal authority to issue Requirement for purposes of administration and enforcement of U.S. taxation law—Combined effect of these sections making regulations under Tax Convention Act regarding Requirements for U.S. purposes unnecessary—No reason to presume information will be used other than in accordance with Convention—Exchange of information will not therefore violate any Canadian law or administrative practice—Information would only be admissible for tax law purposes in U.S., therefore within purpose of Convention—Further, information to be treated as secret in U.S.—Plaintiff's statement of claim disclosing no reasonable cause of action—Motion allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.2 (as. am. by S.C. 1988, c. 55, s. 174)—Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, s. 3.

MONTREAL ALUMINIUM PROCESSING INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-811-91, Joyal J., judgment dated 24/7/91, 12 pp.)

**INJUNCTIONS**

Application for interlocutory injunction—Requirement serious issue to be tried—Statement of claim revealing serious issue: extent to which duty of fairness applies to commercial contractual dealings by statutory body—Necessary to show irreparable harm not compensable by damages if injunction not granted—Such harm not proven—While applicant may fear existence in jeopardy, that sort of loss assessed by courts in damages every day—Balance of convenience must favour granting of injunction—In application such as this, for order

**INJUNCTIONS—Concluded**

against public authority, key factor possible harm to public interest—Not satisfied public interest represented by Commission should be enjoined—Action sought to be enjoined an anticipated application by respondent in proceedings initiated some months ago—Would be extraordinary to find such step in those proceedings would lead to irreparable harm or tip balance of convenience—Application dismissed.

ALBERTA PACIFIC TERMINALS V. FRASER RIVER HARBOUR COMMISSION (T-1531-91, MacKay, J., order dated 8/7/91, 6 pp.)

**NATIVE PEOPLES****LANDS**

Action for declaration Crown in breach of fiduciary responsibility regarding surrender of Indian land in 1939, and for damages—In 1934 Lower Kootenay Indian Band executed surrender of 2,000 acres of land to Crown—Crown leased land to Creston Reclamation Co. Ltd. for dyking project—Band harvested several hundred tons of wild hay for cattle feed and revenue—Band claims collateral agreement existed for additional lands to compensate loss of lands used for cutting hay—Alleged agreement never carried out—Discovered in 1948 no Order in Council passed with reference to surrender as required by Indian Act 1927, s. 51—Late rent payments and subletting contrary to lease brought to attention of government, but no action taken—Further surrender of land to local dentist made January 1938 and Order in Council registered on March 9, 1943—Action against Crown commenced in 1982 discontinued and present one brought January 3, 1990—Five issues to be resolved: 1) Whether Crown in breach of fiduciary duty or negligent, or both, *vis-a-vis* Band at time of surrender and lease; 2) Whether Crown liable to Band for not having enforced collateral agreement to provide additional lands; 3) Whether Crown in breach of fiduciary duty or negligent or both *vis-a-vis* Band at time of surrender to dentist, Dr. Bruner, in January 1939; 4) Whether Crown in breach of fiduciary duty, or negligent or both from 1948 to termination of lease in 1982 as Crown should have known lease was void *ab initio*; 5) Whether Crown in breach of fiduciary duty or negligent or both in not taking steps to terminate lease from 1974 onwards when repeatedly requested by Band to do so—Documentary background to 1934 surrender and lease, hay cutting privileges and 1939 Bruner surrender extensively reviewed—Surrender not perfected by Order in Council under Indian Act, s. 51 void *ab initio*—Crown argument Band did not come to Court with "clean hands" rejected for lack of proof and as presupposed Band benefitted from surrender and yet hindered its performance—Irrelevant Crown could have leased lands pursuant to Indian Act s. 93—Crown chose surrender route and did not follow it through, thereby denying Band protection to which entitled—Evidence regarding events subsequent to 1974 canvassed—General fiduciary obligation owed by Crown toward Indian Bands in respect of their lands—Only on surrender of reserve lands does fiduciary obligation arise: *Apsassin v. Canada* [Department of Indian Affairs and Northern Development], [1988] 3 F.C. 20 (T.D.)—Crown to be held to fiduciary's strict standard of utmost loyalty to be fitting

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

party—Purpose of duty herein to avoid exploitation of Indians—Crown's fiduciary duty crystallized for duration of lease and did not "float away" after 1934 surrender—Crown in breach of fiduciary obligations and negligent in 1934—Crown, knowing Indians reluctant to be locked into long lease, should have secured more realistic "escalator" or review clause and not bound Band to 50 years of Depression-era prices—Crown not liable to Band for not having enforced collateral agreement regarding additional lands as so-called hay cutting privileges not under control of Federal Crown—Crown not at fault regarding Bruner surrender as it was absolute, therefore question of rental rates does not arise—Crown negligent in failing to obtain Order in Council in 1934—Crown negligent and in breach of fiduciary duty from 1948 to 1982—Crown at fault for not informing Indians earlier surrender and lease void *ab initio* thereby depriving Indians of opportunity to better their situation—By 1974, all parties knew lease rentals were inadequate and Indians wished to terminate based on obvious grounds—Crown remiss in duty by failing to take effective action against Cresson from 1974 on—30-year limitation period provided in British Columbia's Limitation Act, ss. 8(1) and 9(1) apply herein—30-year limitation applied by Addy J. in *Apsassin*—Subsection postponing running of time not applicable as no damage to property, fraud, deceit or mistake contemplated in Act, s. 6(3)—Even if postponement provision applicable still would be subject to ss. 8 and 9 which provide for ultimate limitation period of 30 years running from date right to action arose—House of Lords acknowledged injustice of statute barring action before plaintiff aware of its existence, but found to apply "discoverability rule" would be to amend statute: *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758 (H.L.) 341—This logic rejected by Supreme Court in *Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, but British Columbia Court of Appeal, in *Bera v. Marr* (1986), 1 BCLR (2d) 1, found wording of Limitation Act refers to accrual of cause of action whether unknown or known to plaintiff—Ss. 8 and 9 followed in *Apsassin* and found not to violate Charter or Bill of Rights—*Apsassin* followed—Original cause of action herein arose in 1934—Mere fact of lease does not automatically renew cause of action every year—Court turning to April 1, 1952, 30 years before commencement of first action, to determine what causes of action arose then—This period excludes Crown's breach of duty at time of 1934 surrender, but does include breaches committed since 1952, such as violations of lease by Cresson and Crown's failure to respond to Band's demands for cancellation of lease—Calculations for damages set out—Damages assessed at \$969,166 plus accrued interest from 1982—Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 51, 93—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 8, 9.

LOWER KOOTENAY INDIAN BAND v. CANADA (T-16-90, Dubé J., judgment dated 13/6/91, 96 pp.)

**PAROLE**

Motion for *certiorari* to quash decisions of National Parole Board denying applicant parole, *mandamus* to require Board to give new in-person hearing, *certiorari* to review program of temporary absences provided to applicant, and *mandamus* to require Board provide applicant with appropriate program of

**PAROLE—Concluded**

temporary absences—Applicant pleaded guilty to charges of kidnapping and sexual intercourse with twelve-year old girl—Trial Judge found life sentence necessary for public to receive all protection legally possible—British Columbia Court of Appeal upheld sentencing and underlying rationale—Applicant has had psychological and psychiatric treatment, participated in sex offender program, and had escorted and unescorted temporary absences—Although eligible for parole, parole denied by Board on every application—Court cannot "walk in the shoes" of Board members—Burden on applicant in judicial review and Charter matters to show Board has not acted reasonably or fairly—Fact Board incorrect insufficient; applicant must establish unreasonableness, arbitrariness or capriciousness in Board's application of legislation—Medical and management team reports not providing basis for overturning Board's decision—Court not persuaded any of Board's decisions violate Charter—Charter, s. 7 not entitling inmate to absolute liberty—Deprivation of life, liberty or security of person of inmate not in violation of principles of fundamental justice—Applicant not arbitrarily detained—Considering nature of applicant's offence, Board's decision not cruel or unusual treatment or punishment—None of grounds of discrimination in s. 15 of Charter include or are analogous with person serving life sentence—Remedies under Charter, s. 24 limited to jurisdiction of Court giving remedy—Only Parole Board has jurisdiction over release of inmates on parole—Application dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15, 24.

HAY v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)  
(T-2705-90, Dubé J., judgment dated 24/6/91, 9 pp.)

**PATENTS**

Seven appeals from decision of Trial Division ((1989), 27 C.P.R. (3d) 289) finding patent of appellant Beloit invalid—Appeals from five actions heard together and two orders made during trial striking pleadings of estoppel by Beloit—Patent found invalid in earlier decision of Trial Division which was overturned by Appeal Division: *Beloit Canada Ltd. et al. v. Valmet Oy* (1984), 78 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), rev'd by (1985), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)—Earlier decision precluding pleadings of obviousness in present case—Trial Judge found patent invalid on basis of anticipation, prior publication, and prior use or knowledge, and on basis not pleaded: no statement of invention—Patent in question for improved press section of paper making machine—Not open to Trial Judge to find patent invalid for no clear statement of invention, Patent Act, s. 34(2)—Trial Judge thought invention obvious, but did not hold patent invalid on that ground—Condition of commission evidence taken by Trial Judge in Germany no opinion evidence be led—Understandable Judge would have difficulty managing evidence during four-week trial—Decision of Trial Judge would have been same without existence of certain opinion evidence—Admissibility of other opinion evidence for purpose of teaching document, dealt with as separate issue—Trial Judge erring in determining date of invention, and attributing such to earlier decision—Earlier decision not binding in present case; question

**PATENTS—Concluded**

to be determined on evidence before second trial judge—Evidence in present case not supporting date of invention stated by Trial Judge—Error as to date of invention palpable and overriding error determinative of issue of anticipation—Only evidence of previous knowledge and use of invention occurring after date of invention and therefore not anticipation within Patent Act, ss. 27(1)(a), 61(1)(a)—Whether Trial Judge erred in finding patent anticipated by prior publication—Necessary to determine if document in issue was published and if it taught invention in issue—Trial Judge not erring in finding document published according to Patent Act, s. 27(1)(b)—Issue whether document, taken in its entirety, contains information needed to produce claimed invention—Parole evidence only admissible for explaining terms of art and surrounding circumstances—Document in issue not teaching invention—Appeals against trial decisions allowed and expungement of patent set aside—Appeals against infringement actions also allowed, and actions referred back to trial—Judge erring in allowing motion to strike pleadings regarding estoppel issues—Trial Judge obliged to accept facts as alleged in such an application, however unlikely they appear—Orders staying trial of this issue substituted for orders striking out—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1)(a),(b), (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 8), 34(2), 61(1)(a).

J.M. VOITH GMBH v. BELOIT CORP. (A-216-89, Mahoney J.A., judgment dated 4/6/91, 24 pp.)

**PENITENTIARIES**

Damages claimed for unlawful detention in penitentiary—Inmate held in administrative segregation for 80 days as refused to take tuberculosis test—Returned to general prison population when writ of *habeas corpus* issued—Plaintiff refused to take Mantoux test because of allergy but agreed to take lung X-rays—Penitentiary authorities ordered administrative segregation of plaintiff to maintain order and discipline in institution pursuant to Penitentiary Service Regulations, s. 40(1)(a)—Burden of proof on defendant—Latter did not show written notice served on plaintiff pursuant to Health Act, s. 25(2) that plaintiff received order from medical health officer to take Mantoux test, that he was prosecuted for refusing to comply with such order or that quarantine order was made by medical health officer—Defendant did not discharge burden of showing plaintiff's refusal to take Mantoux test was threat to good order and discipline in institution and that administrative segregation justified in fact and law—Action allowed—Damages awarded for court costs and non-physical damage—Exemplary damages also awarded as acts committed by officials were oppressive and arbitrary—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 40(1)(a)—Health Act, R.S.N.B. 1973, c. H-2, ss. 19, 25.

SAINT-JACQUES v. CANADA (DEPARTMENT OF SOLICITOR GENERAL) (T-999-89, Denault J., judgment dated 11/4/91, 13 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Appeal from Taxing Officer disallowing bill of costs on proceeding originally instituted by plaintiff against defendant—Original proceeding under Access to Information Act in connection with request by unidentified requestor for release of report by Department of Agriculture—Plaintiff challenged right of Department to release report—Prior to hearing, action discontinued—Intervenor, the unidentified requestor, refused to consent to discontinuance—Intervenor wrote letter to Court claiming had right to have all costs paid by plaintiffs—Bill of costs filed by intervenor, claiming \$60,398.23, disallowed by Taxing Officer—Counsel fees not to be awarded when lay person representing self: *Rubin v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 642 (T.D.); *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.)—Bill of Costs was on solicitor-client basis, over which Taxing Officer without jurisdiction absent specific direction from Court—Court record making no direction as to costs—Intervenor also neither plaintiff nor defendant in action—On these reasons, Taxing Officer disallowed claim—Although intervenor did not file appeal in timely fashion, leave granted—Intervenor not allowed counsel fees of \$59,781.51, but allowed disbursements of \$616.72.

I.C.I AMERICAS INC. v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-1116-88, Joyal J., order dated 24/6/91, 7 pp.)

Plaintiff submitted bill of costs for taxation pursuant to order of Federal Court of Appeal in his favour on November 20, 1990—First item claimed under Tariff B 1(1) denied on ground not lawyer and not entitled to payment of such costs—Disbursements claimed for purchase of typewriter and typing expenses and photocopying also denied—Bill of costs taxed at \$0.00—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

KIBALE v. CANADA (T-1891-88, Cousineau T.O., taxation dated 16/5/91, 4 pp.)

Taxation of bill of costs of appellant representing himself—Items 1 and 3 allowed for notice of appeal and preparation of said bill—Items 2, 4 and 5 denied because lay litigants not entitled—Bill of costs taxed for \$170—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

KIBALE v. CANADA (A-1221-88, Cousineau T.O., taxation dated 15/5/91, 3 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Default Judgment*

Application to reopen hearing—Ground put forward by applicant for vacating default judgment and resuming proceedings not sufficient—No good reason preventing applicant from defending herself in action brought against her—No good grounds of defence—Application dismissed.

TELEVISION BROADCASTS LTD. v. TRINH (T-2098-90, Joyal J., order dated 16/5/91, 3 pp.)

**PRACTICE—Continued***Reversal or Variation*

Judgment *a quo* rendered by prothonotary based on consent by counsel for parties—Error by one of them did not justify variation of judgment pursuant to R. 336(5)—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 336(5).

VIDEO TECHNOLOGY ELECTRONICS LTD. v. 2633-4235 QUÉBEC INC. (T-816-91, Pinard J., judgment dated 5/6/91, 2 pp.)

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Appeal from order of Senior Prothonotary denying motion to have paragraphs of statement of claim struck—Whether paragraphs in question referred to privileged settlement negotiations and should be struck out pursuant to R. 419(1)(c), (d), or (f), and whether paragraphs liable to be struck as irrelevant, R. 419(1)(b)—Matter arises out of alleged contract for advertising services between plaintiff and Minister of Supply and Services—Claim considered by Contracts Settlement Board, set up by Supply and Services to settle contract disputes—Board responded to plaintiff in letter sent “without privilege” with offer to settle—In denying motion, Senior Prothonotary held situation not dispute, discussion or negotiation—Senior Prothonotary erred in not characterizing proceedings as settlement discussions and therefore privileged and improperly pleaded—Communications made in process of attempt to effect settlement privileged—Privilege founded on goal of encouraging settlements—If not privileged, attempts at settlement would be hampered—Determination of existence of privilege depending on intention of parties as demonstrated by objective circumstances—Use of term “without privilege” not conclusive of issue—If privilege exists, extending to all communications, and not just those so marked—Communications in question bear all hallmarks of negotiation process—Board exists to settle contract disputes—One letter clearly contemplated litigation—Clear dispute existed—Paragraphs in issue ordered struck—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).

CANADIAN MEDIA CORP. v. CANADA (T-3353-90, Cullen J., order dated 29/7/91, 8 pp.)

## SERVICE

Appeal from Trial Division decision ((1982), 61 C.P.R. (2d) 42) refusing to set aside *ex parte* order for service *ex juris* of notice of statement of defence and counterclaim—Main action by Kimberly-Clark of Canada Limited against Proctor & Gamble for infringement of patent for disposable diapers—Order for service *ex juris* must be founded on claims advanced against appellant in counterclaim, not on allegations of statement of defence: Federal Court Rules, R. 307(1)—Court must be satisfied, by evidence, of good arguable case—Evidence consisting of affidavit of Proctor & Gamble’s corporate counsel and exhibits thereto—No evidence of wrongdoing, as alleged in affidavit, breaching either Trade-marks Act, s. 7(e) or Competition Act, s. 45(1)—Trial Judge erred in concluding Proctor &

**PRACTICE—Concluded**

Gamble had good cause of action against appellant—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 307(1)—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 45(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(e).

MOLNLYCKE AB v. KIMBERLY-CLARK OF CANADA LTD. (A-365-90, Mahoney J.A., judgment dated 14/6/91, 6 pp.)

**RCMP**

Application for interlocutory injunction preventing respondents from transferring applicant within RCMP until trial of action or determination of grievance concerning proposed transfer—Injunction not granted against Queen—Applicant corporal with RCMP against whom disciplinary proceedings commenced following motor vehicle accident—At disciplinary hearing, Adjudication Board found applicant had contravened RCMP code of conduct and recommended against transfer as sanction—Applicant then transferred by Superintendent from plainclothes to uniformed duty, without requirement to relocate or suffer drop in pay—Statement of claim filed seeking *certiorari* quashing decision to transfer, and notice of motion seeking interlocutory relief filed same date—Before interlocutory relief granted, serious issue must be established; applicant must demonstrate irreparable harm will be suffered if injunction not granted; and balance of convenience must lie in favour of injunction—Serious issue established—Issue estoppel does not apply, given different decision making contexts of Board and Superintendent: *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810—Applicant might prove Superintendent abused discretion—Insufficient evidence to show transfer punitive—Court not accepting transfer within force without reduction in pay, however embarrassing, constituting irreparable harm sufficient to warrant injunction—Further, transfer objected to already been effected—Save for applicant’s recuperation from surgery, he would be carrying out his new duties—Injunction cannot prevent something already done: *Minister of Transport of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 17 (T.D.)—Unnecessary to address issue of balance of convenience—Application dismissed.

TKACHUK v. CANADA (T-1347-91, MacKay J., judgment dated 12/6/91, 7 pp.)

**TRADE MARKS**

Application for *certiorari* to quash decision of Registrar allowing respondent’s trade mark application, and for *mandamus* requiring Registrar to consider request by applicant for extension of time to file opposition, and for injunctive relief preventing registration of trade mark until final disposition—Ault’s letter requesting extension of time dated one day before expiry of 30-day limitation period received in Ottawa Trade Marks Office after expiry—Registrar not aware of request before issuing notice of allowance of trade mark—Current case virtually indistinguishable from previous decisions of Court: *Uniroyal Ltd. v. Registrar of Trade Marks et al.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 376 (F.C.T.D.); and *Fruit of the Loom, Inc. v.*

**TRADE MARKS—Concluded**

*Registrar of Trade Marks et al.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 381 (F.C.T.D.); which are further supported by *Tabi International Inc. v. Registrar of Trade Marks et al.* (1987), 17 C.P.R. (3d) 572 (F.C.T.D.)—Registrar having no discretion to consider opposition subsequent to allowance, but Court may suspend allowance and require Registrar to consider relevant facts, or extend time for filing opposition—Registrar's decision clearly taken in absence of relevant facts—Letter received in appropriate office, but never brought to Registrar's attention—In such circumstances, *certiorari* will issue to quash allowance and *mandamus* compelling consideration of request for time extension—Court rejecting argument *Uniroyal* not good authority as incorrectly distinguishing *Silverwood Industries Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1981] 2 F.C. 428 (T.D.)—Discrepancy pointed out between two cases not sufficient to change conclusion in *Uniroyal*—No improper delay warranting refusal to grant prerogative writs—Three-month delay not unreasonable—Prejudice suffered by Lipton in relying on allowance, but also suffered by applicant as decision not in accordance with requirements of fairness.

AULT FOODS LTD. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-372-91, Rouleau J., judgment dated 20/6/91, 7 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Appeals from Tax Court of Canada decision applicants (husband and wife) actually controlled new company though they held less than forty per cent of voting shares in company, and so did not have insurable employment within meaning of Unemployment Insurance Regulations, s. 14(a)—Judge erred in law by taking into account only administrative and operational control of company 158027 Canada Inc.—Determining control of voting shares in company mixed question of law and fact—Person having administrative or operational control of company not necessarily controlling its shares—Applicants held less than forty per cent of company's shares and so held insurable

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

employment—Appeals allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 14(a) (as am. by SOR/78-710).

SEXTON v. M.N.R. (A-722-90, A-723-90, Hugessen J.A., judgment dated 10/5/91, 5 pp.)

Application to review and set aside decision of Umpire pursuant to Federal Court Act, s. 28—Case of no practical interest to parties—Question of law purely academic—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ANCTIL (A-813-90, Hugessen J.A., judgment dated 2/5/91, 2 pp.)

Application for review brought against decision of Umpire—Applicant quit job as meat cutter and had benefit period for unemployment insurance established as of April 28, 1985—On May 1, 1985 applicant and another person established own company retailing frozen meats—Applicant disclosed part ownership of company only on special investigation in June 1986—Applicant stated then was still looking for work as was taking no wage from company, made no money from it, and spent only several hours per week on it—Umpire making self-evident error in failing to address issues involved in imposition of penalty—Burden of proof under Unemployment Insurance Act, s. 33(1) on Commission and/or employer—Appropriate standard: balance of probabilities—Both Board and Umpire found applicant's evidence inherently improbable—Such perception enough to explain Board's finding of lack of credibility with regard to employment, particularly in case of non-specialist board—However, Board's finding of non-credibility not sufficient basis for concluding applicant knowingly made false or misleading statements—Decision of Umpire set aside, and returned to Umpire—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 33(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 25).

MCDONALD v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-897-90, MacGuigan J.A., judgment dated 13/6/91, 9 pp.)



# DIGESTS

*Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.*

*Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application for order for production by defendant of confidential documents: voluntary disclosures to Revenue Canada of individual policies relating to discounts and commissions by pulp and newsprint companies—Information disclosed on promise of strict confidentiality—Revenue Canada reassessed plaintiff on grounds its discount in excess of reasonable pulp sales discounts in industry, and excess should be added to plaintiff's income—Crown's assumptions regarding reasonable discount based on voluntary disclosures—Crown refusing to release information unless ordered by Court to do so—Disclosure of confidential information also issue under other statutes, Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47; Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I—Issue to balance needs of plaintiff to prove its case with needs of intervenors to protect confidentiality of information voluntarily submitted—Review of case law indicates dilemma resulted in adoption of policy of damage control—On balance, interests of justice require disclosure be ordered—But, such disclosure subject to strictest terms of confidentiality to minimize, if not eliminate, risk of prejudice to intervenors.

CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA  
(T-2718-89, Joyal J., order dated 16/9/91, 11 pp.)

Application for writ of *certiorari* quashing decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) to deny applicant's counsel access to confidential information, and for *mandamus* compelling CITT to grant access—CITT issued Notice of Commencement in matter of alleged dumping of beer originating in United States—Applicant filed Notice of Appearance as interested party—Counsel for complainants (various Canadian brewers) in inquiry opposed right of applicant's counsel to obtain access to information—CITT decision denied applicant access—Majority of CITT correct in determining applicant does have standing as interested party before inquiry—Court not accepting minority view CITT not engaged in "regulatory activities" under Special Import Measures Act, s. 42, and that applicant therefore does not have standing—Issue of competition relevant to inquiry regarding dumping of beer, thus applicant entitled to appear as interested party—CITT misdirected self regarding appropriate criteria for access to information—Access denied on basis of public perception of relationship between applicant and counsel from Department of Justice—Public perception not test set out by Canadian International Trade Tribunal Act, s. 45(4)—Sole test whether counsel are directors, servants, or employees of applicant—Tribunal

## ACCESS TO INFORMATION—Concluded

failed to deal with issue, and committed error of law—No order for *mandamus* as issue of whether Justice Department counsel are employees or servants of applicant not evident—Appropriate relief to issue writ of *certiorari* quashing decision of CITT and to return matter for redetermination in accordance with these reasons—Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 42—Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 45(4).

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, COMPETITION ACT) v. CANADA (INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL) (T-2108-91, Joyal J., order dated 26/8/91, 8 pp.)

## AGRICULTURE

Appeal from Trial Division decision ([1990] 1 F.C. 168) dismissing appellant's claim Canadian Wheat Board's losses from certain sales of grain should have been paid to Board by Parliament without being offset against Board's profits on plaintiff's higher grade wheat—Whether term "losses" to be interpreted as "net loss" obtained after offsetting Board's gains and losses: Canadian Wheat Board Act, s. 5(3)—Plaintiff's producers of higher grade wheat—Board using price pooling method of accounting—Board had losses on sale of lower grade wheat, but profit on higher grade wheat—Crown set off profit against losses, with resultant reduction in amount paid by Parliament to cover Board's losses—Court noting certain words in s. 26(5) inadvertently omitted from Revised Statutes of Canada, 1985—Requirement of proper price relationship between payments made to producers of various grades not providing how Board to determine whether operations have surplus for distribution, s. 26(5)—Statute silent as to what "proper" in price relationship—While proper price relationship to be market driven, cannot be entirely mathematical, as may be made before Board sells wheat—Concept of pooling underlying whole Act requiring sharing of risks and rewards, so there will never be exact correlation between price received by Board and sum paid to producer—What is proper question of judgment—Board charged with task of deciding what is proper—Such decision having large component of discretion—Payments herein bore relationship to market, and Court unable to say relationship not proper—Generality of s. 5(3) cannot help in determining how Board's losses to be calculated—Appeal Division explicitly endorsing Trial Division's decision based on consideration of statutory scheme as a whole—S. 25(1)(c) compatible only with calculation of surplus without distinction by

**AGRICULTURE—Concluded**

grade—Further, statute refers to Board's receipts for "all" wheat, giving clear direction to Board to charge costs and expenses against receipts without distinction among grades, s. 26(1)—Trial judgment affirmed; appeal dismissed—Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1970, c. C-12, ss. 5(3), 25, 26—Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, s. 33(5).

LACEY V. CANADA (A-444-89, Hugessen J.A., judgment dated 4/7/91, 16 pp).

**COPYRIGHT****INFRINGEMENT**

Action for injunction and damages by plaintiff for infringement of copyright to musical work entitled "Chanson numéro 7"—Plaintiff presented evidence of three essential components of such action: he showed (1) he has copyright in musical work, (2) it is original work and (3) defendant unfairly copied it, that is, he had access to plaintiff's work before composing his own and substantial part of both works very similar—Striking resemblance in melodic, harmonic and rhythmic terms between first eight measures of plaintiff's work and those of defendant's work, entitled "Tous les juke-box"—Causal relationship between two works established—Flagrant case of infringement by defendant of plaintiff's copyright—Action allowed.

GRIGNON V. ROUSSEL (T-1283-88, Denault J., judgment dated 28/6/91, 27 pp.)

**INJUNCTIONS**

Appeal from Trial Division decision ((1991), 34 C.P.R. (3d) 193) dismissing application for interlocutory injunction—Motions Judge correctly applying test in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—Conclusion of Motions Judge evidence on moral rights speculative supported by record—Appeal dismissed.

NINTENDO OF AMERICA INC. V. CAMERICA CORP. (A-105-91, Heald J.A., judgment dated 24/5/91, 4 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Appeal from MNR decision—Minister disallowed defendant's claim for refund of federal sales tax (FST) paid on sale of wax earplugs packaged by defendant in Canada—Earplugs imported from West Germany—Defendant Maltby placing plugs in cardboard packages for sale to druggists, but not altering physical characteristics and qualities of earplugs—Maltby assessed for FST owing on earplugs—Tariff Board allowed defendant's appeal and referred matter back to Minister for reconsideration and repayment of FST on earplugs minus amount equal to FST paid on price charged for packaging plus interest—Excise Tax Act, s. 2(1)(f) intended by Parliament to tax activities performed by marginal manufacturer—Defendant's activities in packaging earplugs to prolong

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

shelf life and further identify use clearly fall within s. 2(1)(f)—Defendant therefore deemed manufacturer producer packaging or repackaging earplugs for sale—Fact taxpayer s. 2(1)(f) manufacturer does not mean taxpayer subject to tax unless imposed by Excise Tax Act, s. 27(1)—Definition of manufacturer or producer in s. 2(1) intended to identify person liable to pay tax whether or not manufactures or produces anything—While extended definition in s. 2(1) designed to identify those liable to pay tax, they need not be manufacturers or producers before being taxable—Thus argument deemed manufacturer not liable for tax as has not manufactured anything insupportable—S. 26(6), together with s. 27(1)(a) and s. 2(1)(f) indicating Parliament's intent to impose tax liability on marginal manufacturers—Phrase "prepares goods for sale by" obviously referring to product offered for sale, s. 2(1)(f)—Tax therefore payable on packaged earplugs—To extent packaging activities performed in Canada and defendant marginal manufacturer under s. 2(1)(f), goods, to extent of packaging activities, become goods manufactured in Canada—Goods are subject to tax under s. 27(1)(a) only to extent of marginal manufacturing under s. 2(1)(f)—Defendant liable for sales tax on amount charged as price for packaging earplugs—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 1; (2nd Supp.), c. 7, s. 1; (4th Supp.), c. 12, s. 1; S.C. 1990, c. 45, s. 1), 26, 27 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 11; (2nd Supp.), c. 42, s. 3; S.C. 1990, c. 45, s. 7).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MALTBY INC. (T-2135-88, Jerome A.C.J., judgment dated 16/8/91, 23 pp.)

Appeal from MNR's decision confirming prior determination plaintiff's refund claim be cancelled—From 1984 to 1988 plaintiff entered into series of contracts for construction of buildings—As educational institution, plaintiff entitled to refund on duty on construction materials—Plaintiff used simplified method, as set out in Formula Refunds Regulations, rather than identification method on invoice basis—Plaintiff's claim rejected—Purpose of refund made pursuant to Excise Tax Act and Formula Refund Regulations to reimburse taxes actually paid—In simplified method, contract price reduced by percentage determined by Minister after taking into account class of goods and nature of parties to transaction, Formula Refunds Regulations, s. 3(2)—No error on part of Minister in announcing before applying percentage discount to contract price, certain non-allowable items would be extracted—Removal of non-allowables done to allow Revenue Canada to determine approximate tax content contained in contract—Minister having authority to remove such items from contract price in s. 3(2)—Minister may take into account factors listed in s. 3(2) to lower as well as increase the percentage discount—For same reasons, no jurisdictional error by Minister in removal of provincial sales tax from contract price—Publication errors regarding applicable percentage discount not misleading or prejudicing plaintiff—Plaintiff's action dismissed with costs—Formula Refunds Regulations, C.R.C., c. 591, s. 3(2).

UNIVERSITY OF ALBERTA V. CANADA (T-604-89, Joyal J., judgment dated 28/8/91, 16 pp.)

## HUMAN RIGHTS

S. 18 application for review of decision of Regional Director of Canadian Human Rights Commission (CHRC)—Applicant seeking to prohibit respondent from continuing with inquiry into complaint of discrimination by Yolande St-Laurent—St-Laurent alleged applicant refused her promotion because of her gender—CHRC dismissed complaint for lack of jurisdiction—Same complaint then filed with Québec Human Rights Commission (QHRC)—QHRC decided it did not have jurisdiction—As result of QHRC decision, CHRC sent applicant new complaint, based on same facts, signed by St-Laurent—Court satisfied Commission having discretion to allow complaints to be filed more than one year after act complained of: Canadian Human Rights Act, s. 41(e)—Commission in using discretion must take into account reason for delay—Circumstances in present case such that CHRC correct in accepting complaint again—Main issue not whether CHRC has jurisdiction, but whether because of subject matter of complaint, CHRC can reconsider decision taken pursuant to s. 44(3)(b)—Court finding CHRC can reconsider such decision—No need to commence new inquiry to determine jurisdiction as CHRC had necessary information to decide it had jurisdiction—No evidence of prejudice to applicant presented—Jurisprudence from judicial or quasi-judicial decisions of QHRC not relevant to administrative decision regarding CHRC's jurisdiction over St-Laurent's complaint—Decision by CHRC administrative in nature: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879—As no fault on part of complainant to file complaint, good reason shown for late filing, and no serious prejudice caused to person against whom complaint filed, CHRC should not be prevented from carrying on inquiry—In similar case, however, prohibition was granted because severe prejudice existed: *Motorways Direct Transport Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, T-29-91, Walsh D.J., judgment dated 22/4/91 F.C.T.D., not yet reported—Application denied—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 41, 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 31, s. 64).

INTERMEDIATE TERMINALS WAREHOUSE LTD. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-3108-90, Teitelbaum J., order dated 11/9/91, 20 pp.)

## IMMIGRATION

Application for *certiorari* quashing decision of Director of Canadian Immigration Centre in Montréal to proceed with inquiry, prohibition forbidding proceeding with inquiry until application has been dealt with, and *mandamus* ordering respondent to hold credible basis hearing—Applicant claiming he had legitimate expectation his refugee claim would be dealt with pursuant to Refugee Designated Class Regulations—Applicant arrived in Canada from India in 1986, and after inquiry, Minister determined not Convention refugee—Application for redetermination rejected—Federal Court of Appeal dismissed s. 28 application to review decision—Whether applicant eligible to have credible basis hearing—Applicant's argument adjudicator does not have jurisdiction to resume inquiry under s. 45 of former Immigration Act rejected—Adjudicator's jurisdiction to resume inquiry stemming from s. 32 of former Act, which still in force: *Zeybekoglu*

## IMMIGRATION—Continued

*v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-2894-90, Joyal J., judgment dated 8/5/91, F.C.T.D., not yet reported—Applicant's claim has been dealt with as his application for redetermination has been denied—When claim already dealt with, no legitimate expectation exists: *Zeybekoglu*—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32, 45.

GILL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2061-90, Teitelbaum, J., order dated 30/7/91, 10 pp.)

Application for *certiorari* to quash decision of visa officer denying applicant's request for permanent resident status—*Mandamus* sought to compel respondent to process application in accordance with law—Applicant requested permanent resident status as assisted relative—Occupation stated in form as Sales Representative, Food Products—By time application received by Canadian High Commission in Islamabad, number of points for occupational demand in applicant's category reduced from 10 to 1—Applicant 3 points short of required 70 points required—Visa officer declined to exercise discretion to admit applicant despite score—In absence of unusual circumstances, visa officer not under duty to explain delay between date of mailing application and receipt in Islamabad—No lack of fairness in assessing occupational demand as of date application received—Locking in of units of assessment for occupation and demographic factors not breaching duty of fairness—No duty of fairness requiring warning of impending changes to units of assessment—Application denied.

MOHAMMAD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-217-91, Rouleau, J., order dated 9/7/91, 10 pp.)

Application for prohibition to prevent hearing before Immigration and Refugee Board (IRB), and for *mandamus* to order IRB to strike another panel and to put in same situation as if no adjournment had been allowed such that MEI would not be represented at hearing—Two Board members had possession of 112-page solemn declaration of applicant, and granted adjournment of hearing to allow Minister to send representative to future hearing—Whether applicant can now have fair hearing as IRB may be biased or appear to be biased as applicant did not have chance to object or make comments regarding declaration—Declaration made to attempt to establish applicant's fear of persecution—At November 15, 1990 inquiry, applicant saw Minister's representative in possession of declaration—At hearing scheduled for December 19, 1990, no Minister's representative attended although notice had been given Minister at inquiry; Board adjourned hearing to enable Minister to attend further hearing—Applicant submits gave no evidence, including declaration, to Board, but latter had it in its possession on December 19, 1990—Obvious in deciding to adjourn, Board read declaration—However, adjournment granted not because of content of declaration, but because of information contained in addendum to answer to question in personal information form forwarded to Board by applicant's counsel—Applicant relying upon *Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 78 D.L.R. (4th) 522 (F.C.A.) where Board erred in law in instituting own inquiry after matter taken

**IMMIGRATION—Continued**

under reserve—*Reece v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 743 (T.D.) distinguished as applicant not asking for hearing not to take place, but rather for hearing to take place before other members of the IRB—Here, by having read solemn declaration of applicant, Board not biased—By granting adjournment and allowing notice to be given to Minister, Board just allowing for complete hearing—Application for prohibition and *mandamus* denied.

**BADI-BAKOLE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (T-556-91, Teitelbaum J., order dated 12/6/91, 20 pp.)

Application to quash respondent's decisions of March 20 and June 18, 1991 refusing visitor's visa and for order directing respondent to continue processing application—Original application attacking March 20 decision for breach of duty of fairness—Respondent, with applicant's approval, agreeing to second interview to allow applicant's employer to submit representations by affidavit and to reconsider first visa decision in light of new information—Upon reconsideration, application again refused on June 18—No procedural unfairness as second decision made by duly empowered authority acting within statutory mandate—Motion dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 17 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 7).

**DJOSSOU v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (T-778-91, Pinard J., order dated 8/7/91, 3 pp.)

**PRACTICE**

Application for leave to appeal decision of Convention Refugee Determination Division—Same application for leave previously dismissed by Court being supported by no material—Leave not to be granted on grounds invoked by applicant—No need to deal with jurisdiction question in Federal Court: R. 1733—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733.

**SHAHMOHAMADI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (90-A-2041, Desjardins J.A., order dated 15/8/91, 5 pp.)

Application for leave to appeal from decision of Refugee Division and application for extension of appeal deadline—Such application already dismissed by Federal Court of Appeal—This second application indicates either disregard for or complete misunderstanding of Act and Rules of Court—No appeal to Supreme Court of Canada in immigration matters from judgment of Federal Court of Appeal judge on such application for leave to appeal—First order final in keeping with rule of *res judicata* and stability of judicial process—Court lacks jurisdiction to hear application for leave to appeal as well as application for extension of deadline—Applications dismissed.

**METODIEVA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (91-A-1678, Décaré J.A., order dated 18/7/91, 6 pp.)

**IMMIGRATION—Concluded****REFUGEE STATUS**

Application for *certiorari* to quash immigration inquiry tribunal decision to proceed with inquiry and credible basis hearing after hearing applicant's arguments regarding infringement of Charter rights, and to quash decision to hear constitutional arguments by way of written submissions—Also application for *mandamus* to have Charter issues decided before claim for refugee status—Applicant Convention refugee claimant—Position before tribunal arguments regarding constitutionality of provisions of Immigration Act preliminary jurisdictional arguments—Decision of adjudicator not to treat arguments as preliminary procedural in nature, and therefore entirely within adjudicator's competence and not subject to review under Federal Court Act, s. 18—Administrative tribunal not competent to make general declaration particular law contrary to Charter and therefore of no constitutional effect—Tribunal may, though, be bound by Constitution Act, 1982, s. 52(1) when considering legislation in jurisdiction—Tribunal's decision herein appropriate—Application dismissed—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

**BISSOONDIAL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (T-807-91, Jerome, A.C.J., order dated 3/7/91, 8 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board finding applicant not credible due to lack of specifics and contradictions in evidence—Not supported by record—Unnecessary to comment upon concurring reasons of other member since reversible error by one Board member sufficient to infect decision—Appeal allowed.

**BATRA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-564-89, Hugessen J.A., judgment dated 9/9/91, 4 pp.)

**INCOME TAX**

Scientific Research Tax Credit (SRTC)—Appeal from reassessment disallowing Scientific Research Tax Credit—SRTC programme ended as of October 10, 1984—Grandfather clause protecting arrangements “substantially advanced before October 10, 1984”—Issuing company resolving to seek SRTC funding, retaining consultant, receiving expressions of interest before October 10, 1984—Debenture actually issued to plaintiff May 2, 1985—Plaintiff unknown to issuing company before 1985—Income Tax Act, s. 194(4.2) of retroactive effect by necessary inference—Departmental guidelines suggesting requirement met where clear intent to issue SRTC instrument and procedures for issuance in process—Guidelines may be used to aid interpretation of ambiguous terms where favour taxpayer—“Substantially” inherently ambiguous—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 194(4.2) (as enacted by S.C. 1986, c. 5, s. 103).

**FIRST FUND GENESIS CORP. v. CANADA** (T-785-88, Joyal J., judgment dated 15/5/91, 27 pp.)

Objection to use of taxpayers' money—Plaintiff claiming reduction of income tax, declaration use of taxpayers' money to

## INCOME TAX—Continued

finance legal abortions illegal—Raising money by taxation within powers of Parliament—Transfer payments legal—Insufficient nexus between funds raised by income taxes and disbursements from Consolidated Revenue Fund to justify relief under Charter, s. 24(1)—Statement of claim struck out and action dismissed—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(1).

O'SULLIVAN v. M.N.R. (T-2758-90, Giles A.S.P., order dated 17/5/91, 3 pp.)

## INCOME CALCULATION

*Capital Cost Allowance*

Appeal from reassessment—Plaintiff telephone company depreciating fibre optic cable at same rate as microwave equipment—Whether “wire or cable” within Income Tax Regulations, Schedule II, Class 3(j)—Cable within ordinary meaning of word—Having same purpose as wire cable—Intent of Parliament not necessary to assist interpretation—No need to resort to Parliamentary debates—No ambiguity to resolve in favour of taxpayer—Appeal dismissed—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, Schedule II, Class 3(j).

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. v. CANADA (T-1460-90, Walsh D.J., judgment dated 25/4/91, 20 pp.)

*Capital Gains*

Appeal from reassessment for 1980 adding taxable capital gain upon transfer of farm land to income—Farm properties of equal value exchanged in arm's length transactions—No moneys paid out or in—Plaintiff reporting neither disposition of former property nor acquisition of replacement property—Income Tax Act, s. 44 permitting taxpayer to elect to offset gain on sale of capital property with price of capital property acquired as replacement—Interpretation Bulletin indicating election inferred if taxable capital gain calculated on basis s. 44 applies where disposition of former property and acquisition of replacement property occurring in same year—Express election required only if replacement property acquired in subsequent or prior year—Communication of election essential—Various methods of communicating election—As no disclosure in tax return, no inference of election, nor communication of election to Crown—Absent election, normal tax rules relating to disposition of capital asset apply—Argument election inferred from registration of transfer documents may constitute election *per se*, but in absence of communication of intention to Crown, cannot comply with requirements of s. 44—Crown valuing property sold by plaintiff at \$50,000—Reassessment varied to reflect realized value of capital asset of \$25,000—Capital gain adjusted accordingly—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 44 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 18; c. 32, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 18).

HAWKINS v. CANADA (T-2547-83, Joyal J., judgment dated 16/8/91, 10 pp.)

## INCOME TAX—Continued

*Deductions*

Appeal from Tax Court decision plaintiff must include face value of mortgages in income for 1977 to 1979, not fair market value—Plaintiff taking back mortgages from purchasers of condominiums at below-market rates as sales incentive—Holding mortgages until maturity—Mortgages renewed at end of initial three or five-year term at market rate—In computing income, plaintiff including fair market value of discounted mortgages as reflected by prevailing market interest rates, rather than face value or principal amount—Market value of mortgages lower than face value—Revalued each discounted mortgage each year based on market rates—Income Tax Act, s. 12(1)(b) requiring inclusion in income of any amount receivable by taxpayer in respect of property sold or services rendered in course of business, notwithstanding that amount or any part thereof not due until subsequent year—Mortgages “receivable” as taxpayer having unconditional legal, though not necessarily immediate, right to receive amount: *Minister of National Revenue v. Burns, John Thomas*, [1958] Ex.C.R. 93—Plaintiff's approach would circumvent system of debts and reserves provided in Act, s. 20(1)(m) that may result in deductibility of amounts not yet earned—As mortgages neither held for sale in ordinary course of business nor sold, not inventory—Plaintiff unable to rely on provisions for inventory valuation in s. 10(1)—S. 16(1) providing where payment under contract partial payment of interest, interest portion shall be included in computing income from property—Plaintiff submitting face value in excess of fair market value interest and not part of price of property sold so that only fair market value capital amount to be included in income—S. 16(1) intended to deal with blended payment of income and capital—Not applicable here—Face value of mortgages income, as proceeds of sale of property by plaintiff in course of business—Difference between face value of mortgage principal and fair market value of mortgage not interest—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 10(1), 12(1)(b) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 4), 16(1), 20(1)(m), 248.

WEST HILL REDEVELOPMENT CO. v. M.N.R. (T-2821-86, Cullen J., judgment dated 23/7/91, 12 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeal from assessment by MNR classifying profit from sale of lands as business income and not capital gain—Legal test for classification of profit from sale of land taxpayer's intention when property purchased—If property purchased with primary or secondary intention of resale, then profit business income—Intention of partnership that of directing minds—Land in question obtained primarily for purpose of resale for development—Land in path of development—Amount paid inconsistent with intention of farming for profit—Other farming land available nearby for cheaper price—Partnership agreement expressly refers to partners as land developers—Exotic cattle breeding business on one parcel of land separate from land partnership—Not possible to conclude resale at profit was not motive for purchase of land—Evidence from real estate appraiser with Department of National Revenue regarding highest and best use of land irrelevant—Taxpayer's intention may or may not

**INCOME TAX—Continued**

coincide with highest and best use—Appeals from assessments dismissed.

**BREAKELL v. CANADA** (T-2603-87, T-2604-87, T-2605-87, T-2606-87, Reed J., judgment dated 3/7/91, 13 pp.)

Appeal from assessment for income tax years 1983 and 1984—Plaintiff employee of corporation "Delsco" which had agreement with law firm plaintiff would render services for and under direction of law firm—Periodically Delsco would receive fees in consideration of services rendered by plaintiff which were more than Delsco paid plaintiff—Working under direction of law firm plaintiff performed managerial services for "Night Hawk U.S."—Night Hawk Canada invoiced by law firm for these services—Plaintiff became director and corporate secretary of Night Hawk U.S. and Night Hawk Canada in 1980—In 1983 Night Hawk Canada granted stock options to directors—Plaintiff exercised option—In 1983 and 1984 plaintiff disposed of some shares realizing gains and included half in income tax—Minister reassessing plaintiff on basis shares acquired in course of employment by Night Hawk—Whether capital gain, or income received in respect of employment—Night Hawk Canada Canadian-controlled private corporation—Plaintiff dealing at arms length with Night Hawk Canada—Plaintiff at times under direction of law firm, and was performing duties of employment as directed by it—Fact plaintiff was employee of law firm does not exclude his being employee of Night Hawk Canada—Even if considered employee of Delsco, as it paid his salary, this would not change tax situation—Apart from services as secretary, plaintiff's function described as managing director—Directors have been held in past to be employees: *Taylor, M. v. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1571 (T.C.C.)—Directors may be employees even if unpaid: *Grohne, F. v. The Queen* (1989), 89 DTC 5220 (F.C.T.D.)—Fundamental corporate law concepts not always reflected in Income Tax Act; general intent of Income Tax Act examined—Share options given to plaintiff as result of employment by Night Hawk Canada—Therefore, profit arising from their sale taxable as income—Whether profits from exercise of stock options should be taxed in year given, or when converted into stocks—Amount to be taxed based on difference between cost of option at time taken up and net proceeds of sale of shares in year disposed of: *Robertson, J.R. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6070 (F.C.A.)—Term value meaning "market value" where market exists—However, options had value in excess of issue price—As not argued, preferable to leave issue for possible settlement—Appeal dismissed with costs.

**SCOTT v. CANADA** (T-907-88, Walsh D.J., judgment dated 25/3/91, 23 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from Motions Judge's decision granting extension of time to appeal Tax Court's decision under Income Tax Act, s. 167(4)—Extension allowed without reference to s. 167(5) limitation on Trial Division's power to extend time for appeal to one year after expiration of time otherwise limited by Act for objecting to or appealing from assessment—Time expired January 20, 1988, but application for extension not made until

**INCOME TAX—Concluded**

March 30, 1989—Reference to objections or appeals from "assessment" not limiting s. 167(5) to direct appeals from ministerial assessments, versus those from Tax Court—Even on appeal from Tax Court to Trial Division, assessment rather than decision of Tax Court under appeal—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 167(4),(5), 177.

**APOLLO 8 MAINTENANCE SERVICES LTD. v. CANADA** (A-194-89, MacGuigan J.A., judgment dated 17/6/91, 2 pp.)

**GALLOS v. CANADA** (A-193-89, MacGuigan J.A., judgment dated 17/6/91, 2 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****PREROGATIVE WRITS***Habeas Corpus*

Application for writ of *habeas corpus* and release of applicant pursuant to ss. 17(6) and 18 of Federal Court Act—Applicant must establish *prima facie* case of unlawful detention—Facts placed in evidence by respondent, in particular recent filing of first-degree murder charge, do not justify granting of writ of *habeas corpus*—Detention order valid—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17(6), 18.

**LECLERC v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)** (T-1590-91, Denault J., order dated 28/6/91, 2 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Action seeking declaration, and order prohibiting further proceedings against defendants—Whether persons at lowest level of management staff ("level 1"), may claim protections in Canada Labour Code, Part III, Division I—Whether these staff members excluded from standards for hours of work under Code, as s. 167(2)(a) provides Division I does not apply to employees exercising management functions—Level 1 managers forming collective bargaining unit—Complaint filed by level 1 manager required to work in excess of standard in Code, and received no overtime—Plaintiff argued Labour Canada should not consider complaints as Division I not applicable to level 1 managers—Declaratory relief, particularly against government Minister, to be brought by action under R. 400: *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.)—Here both forms of relief sought in statement of claim and notice of motion—Application dismissed, and hearing deemed to be action commenced by statement of claim—Role of level 1 manager important for effective operation of company, but not determinative of employment, promotion or discipline of other staff, or of company's overall objectives, plans and policies—Finding similar to that of Canada Labour Relations Board—Board found level 1 managers did not exercise real decision-making authority in essential managerial matters—Although performing some managerial duties, level 1 managers not excluded from collective bargaining—While purpose of two portions of Code may differ, whole Code has general purpose of ensuring rights and

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

standards in all employment—To find level 1 managers managers for purposes of Division I would be contrary to previous interpretations of “manager” and to rule of statutory interpretation that words used throughout statute have consistent meaning unless compelling reasons dictate otherwise—Purpose of Part III not excluding level 1 managers from standards for hours of work—Word “managers” in ss. 167(3) narrowly interpreted to include only senior management positions—Evident that level 1 managers not falling within meaning of manager under either s. 167(3) or s. 167(2)(a)—No reason that term “management functions” should have meaning different from that given by Board—“Management function” in s. 3(1) has same narrow meaning as in s. 167(2)(a)—Level 1 employees not performing management functions—Whether level 1 managers “superintendents” within s. 167(2)(a)—Superintendent has substantial authority and responsibility in relation to matters of significance to enterprise—Superintendent in larger enterprise implies responsibility greater than that exercised by lowest level of management—Level 1 managers not exercising functions bringing them within meaning of superintendent—Changes made to Code by Parliament indicate intent to extend range of rights and standards—Legislative changes by Parliament also indicate general intent to narrow range of employees excluded from Code—Action by plaintiff dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 167 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 400.

ISLAND TELEPHONE CO. v. CANADA (MINISTER OF LABOUR) (T-1401-91, MacKay J., judgment dated 30/9/91, 25 pp.)

**MARITIME LAW****LIENS AND MORTGAGES**

Motion for order claims asserted by two plaintiffs not within Court's jurisdiction—Previous order deeming facts set out in statement of claim to be true—Statement of claim attached as schedule to reasons—Defendant filed maritime lien claim against vessel *Galaxias*—By order of Court, vessel ordered sold by public auction—Auction advertised vessel as free and clear of all encumbrances, as did bill of sale—After vessel sold, found defendant still had lien against it, precluding buyer from registering as owner—Defendant promised to withdraw all objections to registration, but did not do so—Plaintiffs brought action claiming defendant made fraudulent misrepresentation—Court ordered defendant to give purchaser certificate permitting clear registration—Defendant did not comply with order—Defendant's actions prohibiting plaintiffs from operating vessel as cruise ship in Greek waters—Plaintiff bringing action based on loss of profit, chattels, and means to earn income, as well as mental and physical injury caused by defendant's actions—Defendant bringing present motion for order Court's maritime jurisdiction not covering present action—*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 giving test for Court's jurisdiction—*Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.* [1991] 1 S.C.R. 779 not setting out more restrictive test for jurisdiction than that in *ITO*—Here, causes of action all stem from judicial

**MARITIME LAW—Concluded**

sale of *Galaxias*, and cannot be separated from that matter—Judicial sale within jurisdiction of Court, and actions and misrepresentations of defendant all made in course of sale proceedings—Requirements of *ITO* met—Causes of action so integrally connected to maritime matter, as to be legitimate maritime law within federal competence: *Monk*—Motion dismissed.

GLOBAL CRUISES S.A. v. NAFTIKO APOMAHICO TAMEIO (T-1739-90, Collier, J., judgment dated 8/8/91, 26 pp.)

**NATIVE PEOPLES****ELECTIONS**

Action against members of Akwesasne Election Appeal Board for declaratory relief, injunctive relief and *mandamus*—Application before Court for *certiorari* quashing decision of Board to void election of plaintiffs to Mohawk Council of Akwesasne and have by-elections, and to have matter reheard in accordance with natural justice—Although couched as *certiorari*, plaintiffs primarily seeking declaratory relief—Such relief must be secured at trial, not by motion—Impossible to make necessary determinations on evidence available at motion—Main motion dismissed.

SUNDAY v. AKWESASNE ELECTION BOARD (T-2023-91, Cullen J., order dated 10/9/91, 8 pp.)

**PAROLE**

Application for *mandamus* compelling respondent's preparation of parole case by facilitating and directing assessment by doctor of Royal Ottawa Hospital, or such Charter remedy as may be appropriate—Grounds for application failure to facilitate required assessment compromised applicant's right to fair parole hearing, and infringed rights under Charter—In 1990, decision by Dubé J. denying applicant's motion with leave to re-apply after final decision by warden whether or not to send applicant back to doctor for further assessment—When warden refused to send applicant to doctor, applicant re-applied in accordance with order of Dubé J.—Applicant waited eight months before making present motion—Court concluded applicant not very perturbed by refusal of warden—Whether warden of Kingston Penitentiary obliged to send applicant for further testing in order to present results to Parole Board, and if not, does this violate Charter?—Commissioner must prepare inmate's parole case that is both reasonable and complete to allow Board to make informed decision—In present case, where warden satisfied evidence indicated dangerous to release applicant, not necessary to continue to gather more evidence—Doctor's assessment incomplete regarding applicant's alcoholism and its relationship to risk of sexual assault by applicant, but otherwise complete—Not necessary for warden to obtain information regarding alcohol if current information sufficient to establish applicant dangerous even if not under influence of

**PAROLE—Concluded**

alcohol—Unnecessary to review Charter jurisprudence—Applicant not person to decide what tests should be done, or how or when they should be carried out—Application dismissed.

**MACINNIS v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)**  
(T-1341-90, Teitelbaum, J., order dated 5/7/91, 13 pp.)

Application for prohibition stopping respondent from holding detention hearing—Order sought on ground Board has breached duty to hold hearing not later than 13 weeks prior to inmate's presumptive release date: Parole Regulations, s. 16.1(2)(a)—Applicant inmate at Kingston Penitentiary, serving five-year sentence for sexual assault—Before detention hearing, applicant given documents to be considered, including copy of criminal record indicating previous sexual offences, but giving no particulars—Only objection to process followed by Board that of hearing's timing—Notice hearing would be in May, 1991, was given to applicant in January, and at meeting on April 10—Applicant claiming he did not receive notice of particular day of detention hearing—Counsel for applicant had notice of day of hearing as he appeared, but his presence was not notified to Board nor applicant—Applicant requested adjournment, and signed form, indicating in handwriting new date of hearing, and waiver of 13-week rule—At June 26 hearing, Board had document, not previously available to applicant, giving details of previous sexual offences—Counsel for applicant sought adjournment to deal with document, and date was set for July 25—Later agreed hearing would not proceed given current Federal Court action—At June 26 hearing no complaint Board would be unable to meet 13-week rule—Whether Board lost jurisdiction to conduct hearing where it has not concluded hearing in advance of presumptive release date—Word "shall" indicating time frames mandatory, but where no prejudice to applicant, within Court's discretion not to grant extraordinary remedy: *Cleary v. Correctional Service of Canada et al.* (1990), 108 N.R. 225 (F.C.A.)—In current case, impossible for Board to observe mandatory 13-week rule, but granting of discretionary remedy of prohibition not automatically following—Where statute giving no consequence for non-conformance with rule, must look to general object of legislation—No serious contention principles of fairness or natural justice have been breached—Applicant not prejudiced—No exceptional circumstances warranting order for prohibition—Order suggested at trial, prohibiting reference to document regarding earlier convictions, also not given—Application dismissed with costs—Parole Regulations, SOR/78-428, s. 16.1(2)(a) (as am. by SOR/86-817, s. 4).

**KENNEDY v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)**  
(T-1901-91, MacKay J., order dated 14/8/91, 13 pp.)

**PATENTS**

Two issues to be decided: 1) Who invented system disclosed in patent at issue; 2) If sole inventor Gordon Douglas Hyde, was invention made within scope of employment, giving Comstock right to claim invention as own—Threshold question one of pure credibility—Hyde employed by Comstock from 1981 to 1985 as manager—Invention consists of system for interconnecting light fixtures by means of modular receptacles and armour-cabled cord sets—Defendants submit every inventive

**PATENTS—Continued**

feature disclosed and claimed in patent disclosed by Hyde in drawings of September 6, 1984—Patent both mechanical and electrical—Court finding Hyde most credible witness—Court concluding drawings Hyde's alone and disclose invention—While at Comstock, Hyde worked on project on behalf of his company, Electec—Hyde entitled to claim as own some of long hours of overtime worked at Comstock—Court finding Hyde most credible witness regarding when existence of Electec first mentioned—Facts in case lead to conclusion Electec entitled to be proprietor of registered industrial design at issue, of which Hyde author—Facts disclosing virtually beyond reasonable doubt, and surely on preponderance of probability, Hyde inventor—Comstock seeking to appropriate Hyde's work without paying compensation—When employee, hired because of inventive skills, creates something in ordinary course of duties, then rights to invention belong to employer unless agreement exists to contrary—Mere fact inventor held senior position in company at time of invention does not deprive inventor of rights to invention, if that is not what he was hired to do—No presumption permitting employer to claw out of employee's hand fruits of his labour just by virtue of his employment—In absence of reliable indicia, inventor keeps benefit of invention—In current case, Comstock breached fiduciary duty owed to Hyde in regard to invention as making of subject invention not part of employment duties—Substantial dissimilarities between current case and *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592—Hyde was senior officer at Comstock—Hyde had incorporated Electec long before employed at Comstock and was not late created vehicle to grab Comstock's wealth—Hyde not hiding existence of Electec—Action brought by Comstock against Hyde dismissed—Hyde's action allowed—Hyde inventor of subject invention, and Electec Limited, owner.

**COMSTOCK CANADA v. ELECTEC LTD.** (T-1313-86,  
T-2216-87, Muldoon J., judgment dated 13/9/91, 40 pp.)

Application for interlocutory injunction restraining defendant from infringing applicant's patent—Applicant establishing balance of convenience favouring it—Defendant would not be greatly inconvenienced if restrained from making patented device—Court not convinced applicant would suffer irreparable harm—Matter of serious question to be tried doubtful—Court unable to form opinion on basis of parties' submissions, involving electromagnetic formulae—Complaint by members of intellectual property bar Federal Court judges lack scientific training for easy understanding of patent cases probably true—However, also said members of that bar will not accept appointment to bench, because of resulting drop in salary—Canadian society seemingly not imbued with ideal of sacrifice and service to country, which may lie at root of lack of scientifically trained judges—While Court unable to form opinion on scientific issues, application dismissed on basis of no irreparable harm to plaintiff.

**GEONICS LTD. v. GEOPROBE LTD.** (T-1287-91, Muldoon, J., order dated 12/7/91, 5 pp.)

**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction to restrain defendant Galvanic from infringing patent for equipment used mostly in



**PATENTS—Concluded**

oil and gas industry to measure quantity of sulphur in hydrocarbons—Galvanic sole and exclusive distributor for western Canada of total sulphur analyzers made in accordance with patent for fifteen years—Terminating distributorship agreement in 1990—Plaintiff not finding new distributor—Patent expiring in February 1992—Presumption of validity of registered patent according to cases and defendant's use of patent under agreement—"Good market time" for sale of total sulphur analyzers—Plaintiff entitled to protection of patent until expiry—Plaintiff establishing not only serious question to be tried, but strong case for infringement—As to irreparable harm, special considerations apply when expiry of patent approaching—Without injunction patent can expire before litigation concluded, giving defendant additional time to springboard into marketplace to plaintiff's irreparable harm—Damages not compensating plaintiff for protection lost under patent, need to find new distributor and actual locating of new distributor—Balance of convenience favouring plaintiff given prior lengthy relationship between plaintiff and defendant, present position of parties, limited duration of injunction and plaintiff's strong *prima facie* case—Defendant, with full knowledge of patented product and duration of patent protection, gambled with consequences might face if product found to infringe—Question allegation of patent invalidity by party using patent for fifteen years to exclusion of all others—Motion allowed with costs in cause.

**BAKER HUGHES INC. v. GALVANIC ANALYTICAL SYSTEMS LTD.** (T-1046-91, Cullen J., order dated 20/8/91, 5 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from Prothonotary's decision refusing to order answers and production of documents on discovery—Party entitled to information which may, directly or indirectly, advance its case or damage opponent's—Ownership of patents not being in issue, plaintiffs not required to produce assignments—Correspondence between inventors relevant to allegation invention made not invention claimed—Whether plaintiffs required to answer questions on U.S. patents, including file wrappers—Discussion of cases on file wrapper estoppel—Whether information in domestic or foreign file wrappers relevant question of fact for trial judge—Technical question of fact within knowledge of witness must be answered although involving expression of opinion—Appeal allowed in part.

**FOSECO TRADING A.G. v. CANADIAN FERRO HOT METAL SPECIALTIES, LTD.** (T-316-87, Reed J., order dated 10/5/91, 20 pp.)

**PRACTICE**

Taxation pursuant to Expropriation Act, s. 29—Amount paid for appraisal reports regarding particular parcel of land falls within Expropriation Act, therefore allowed for payment in full—Costs not incurred in asserting claim for compensation

**PRACTICE—Continued**

under s. 29 not taxable at this time—Such fees eligible for taxation after hearing on merits—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 29.

**SMITH v. CANADA** (T-1632-90, Doherty T.O., taxation dated 20/6/91, 4 pp.)

Motion for date for determination of question of law—Act making Associate Chief Justice responsible for scheduling of such hearings—Matter came before Associate Chief Justice, who decided certain matters, adjourned others, and requested counsel for plaintiff to draft formal order for his signature—Such order not drafted so not possible to determine what should be done—As result, matter adjourned *sine die*—Often most efficient to telephone Registry to find when matter could be heard, and then to write Registry requesting date, setting out range of possible dates and anticipated duration of argument.

**CURRAGH RESOURCES INC. v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)** (T-3478-90, Giles A.S.P., order dated 21/8/91, 2 pp.)

**COSTS**

Action for patent infringement dismissed and costs directed to be taxed on solicitor-client basis—Bill of costs for \$70,011.02 filed—Plaintiffs, appearing without solicitor, objecting to bill of costs in general—Hourly rates ranging from \$300 for defendant's counsel to \$95 for students—Use of students, whose time less expensive, most effective and efficient way of addressing certain interlocutory and investigatory matters—Plaintiffs submitting "unprecedented" elements of bill and various corrections undermining credibility—Plaintiffs not establishing bill of costs excessive—Bill of costs measured against standard of unlawful or superfluous charges relative to path of litigation including consideration of settlement activities and avenues of alternative relief but without assuming inquisitorial role properly belonging to adverse party on taxation—Number of corrections could, taken with voluntary exclusions for which client liable to pay, suggest exhaustive care in drawing bill—Nothing suggesting superfluous or unwarranted charges—Counsel's higher rate reflecting greater experience and qualifications—*TNT Canada Inc. v. T.N.T. Motor Lines Ltd.*, T-4637-81, orders dated April 24 [[1990] 3 F.C. D-9] and May 11, 1990 [[1990] 3 F.C. D-9] applied to work performed by summer and articulated students, particularly to investigatory work—Form of professional service provided matter of negotiation between lawyer and client—No reason to interfere if professional service taking form of work by articulated students and generating liability in favour of responsible lawyer—Although bill of costs breaking out students' time, represents professional services and associated costs—Bill of costs taxed and allowed at \$72,140.15.

**ANDERSON v. NASCOR INC.** (T-405-90, Stinson T.O., taxation dated 18/7/91, 7 pp.)

Judgment awarding costs to appellant in both Court of Appeal and Trial Division—Bill of costs, drawn as composite over both Divisions presenting procedural problem in light of *obiter* questioning propriety of so proceeding in *IBM Canada*

**PRACTICE—Continued**

*Ltd. v. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 F.C. 181 (C.A.)—Reference in R. 1214 to Part III of Rules (containing provisions for costs) noted and charges assigned, as taxed, to appropriate Division—Respondent's failure to challenge bill of costs requiring Taxing Officer neither to assume inquisitorial role nor to certify unlawful items—Bill of costs in Court of Appeal allowed at \$8,538.10 and in Trial Division at \$129,665.43—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1214.

GENERAL ENTERPRISES CONSTRUCTION LTD. v. CANADA (A-511-86, Stinson T.O., taxation dated 19/7/91, 3 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Application by defendant to obtain from third party respondent, Laval University, documents in its possession concerning plaintiff—Question of plaintiff's academic record very relevant—Application allowed.

KIBALE v. CANADA (T-1891-88, Pinard J., judgment dated 23/7/91, 3 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Want of Prosecution*

Application by defendants for dismissal of action for want of prosecution and by plaintiff for pre-trial conference—Defendants not giving two weeks' notice to plaintiff of intention to make application for dismissal as required by R. 440(2)—Rule allowing Court to relieve applicant of notice requirement in exceptional circumstances, such as extraordinary delays by plaintiff herein in prosecution of current actions—Three criteria for dismissal of action under R. 440(1): whether inordinate delay; whether delay inexcusable; whether defendants likely to be seriously prejudiced—Delay inordinate and inexcusable—Defendants will be seriously prejudiced by delay—Of fifty witnesses defendants' counsel has interviewed, four dead and nineteen cannot be located—Action dismissed for lack of prosecution—Defendants not entitled to full costs as could have taken steps ten years ago to force matter to trial—Defendants receiving half normal costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 331A (as enacted by SOR/79-57, s. 6), 440.

PATEX SNOWMOBILES LTD. v. BOMBARDIER LTD. (T-856-71, Strayer J., order dated 26/7/91, 7 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Default Judgment*

Motion for judgment in default of defence—Executors served with statement of claim September 1990, giving notice 30 days to file defence—No defence filed within 30 days—Executors

**PRACTICE—Continued**

sent two "Without Prejudice" letters, received by Federal Court January 15 and March 25, 1991—Letters, received before motion for default judgment not in proper form for defence, but do indicate executors' wish to dispute plaintiff's right to judgment—Discretion should be exercised to deny application: *R. v. Rhine*, [1979] 2 F.C. 308 (T.D.).

CANADA v. BLAIR ESTATE (T-1645-90, Giles A.S.P., order dated 3/9/91, 3 pp.)

Application to set aside default judgment of Senior Prothonotary on grounds of irregularity of procedure and excess of jurisdiction, and for order staying execution of judgment and granting leave for filing of defence—Affidavit of process server showing statement of claim served *in rem* and *in personam* on Protos Shipping Ltd.—No indication in affidavit Protos agent of defendants—Service set aside in case with similar facts: *Mona Lisa Inc. v. The Carola Reith*, [1979] 2 F.C. 633 (T.D.)—Default judgment should not have been rendered, as no proof statement of claim validly served—Default judgment for \$47,317.14 plus interest from May 15, 1990 and for inquiry and expert costs—R. 432 providing for judgments for default where plaintiff's claim for "liquidated demand only"—Liquidated demand amount which has been ascertained or settled by agreement of parties or otherwise—Default judgment amount herein not fitting definition—Amount not susceptible of having been arrived at by mathematical calculations—Proper reference should have been made to referee under R. 433—Judgment by default set aside with costs in the cause—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432, 433.

LOGISTIQUE ET TRANSPORT INTERNATIONAUX LTÉE v. ARMADA LINES LTD. (T-37-91, Dubé J., judgment dated 29/7/91, 4 pp.)

*Reversal or Variation*

Application to revoke judgment made by garnishee and application to be relieved from failure to make declaration upon service of seizure—Revenue Canada, to which judgment debtor owed \$11,047.31, obtained interim seizure order compelling garnishee to appear to declare amounts of money owed by it to judgment debtor—Court made final order of seizure unaware garnishee had filed declaration—Judgment attributable to fault of Canada Post, which took fourteen days to deliver garnishee's letter—Latter relieved of failure to make declaration but must pay costs—Garnishee's debt to judgment debtor obligation with term, not obligation dependent purely on will of party—Became payable after more than five years had passed and could be subject of seizure.

AUTOMOBILE NORVOIE INC. v. RADIATEUR LA SARRÉ (1985) INC. (ITA-2880-89, Denault J., judgment dated 9/7/91, 6 pp.)

## PRACTICE—Continued

## PARTIES

*Third Party Proceedings*

Appeal from order by Senior Prothonotary declaring Nissan co-defendant, and not mis-en-cause—Action brought by plaintiff against defendant for drawback on duties paid for automobiles imported and subsequently exported and asking Court to declare s. 6(e) of Motor Vehicles Exported Drawback Regulations unlawful—No conclusion sought against Nissan or other automobile companies involved—S. 17(1) of Federal Court Act gives Court jurisdiction to hear cases where relief is claimed against Crown, but not against commercial company—Senior Prothonotary erred in law in declaring applicant Nissan co-defendant and not mis-en-cause—Summoning of mis-en-cause matter of Quebec law and not covered by Federal Court Rules—However, not prohibited by Court Rules and often used in pleadings in Federal Court originating in Quebec—Appeal allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(1)—Motor Vehicles Exported Drawback Regulations, SOR/86-950, s. 6(e).

CIE NATIONALE DE COURTAGE 2885-SD LOCATION ET FLOTTE LTÉE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL REVENUE) (T-3438-90, Dubé J., judgment dated 29/7/91, 5 pp.)

## PLEADINGS

*Amendments*

Application for order amending statement of claim and directing defendants to answer questions on examination for discovery—Order regarding answers on examination denied—Premature to give order in advance of discovery—Main matter concerning elections within Indian band—Application to amend statement of claim should be allowed—Plaintiff's right of appeal to Electoral Officer not precluding action in Court—No prejudice will be suffered by defendant that cannot be compensated for in costs—Not persuaded new cause of action has arisen—Question of whether election complied with applicable procedures flows naturally from issues raised initially in statement of claim—Would be waste of resources to require new action be brought.

ASSINIBOINE V. LONG PLAIN INDIAN RESERVE NO. 6 BAND 287(35) (T-787-90, Rouleau, J., order dated 15/7/91, 6 pp.)

*Motion to Strike*

Appeal from prothonotary's order dismissing motion to strike and granting alternative relief of order to furnish particulars—Pleadings not to be struck unless clearly devoid of merit—Prothonotary's decision not to be reversed without compelling reason—No reviewable error—Appeal wasteful of resources of parties and Court—Appeal dismissed with costs in any event of cause.

MCDONALD'S CORP. V. MIDWEST COFFEE SYSTEMS INC. (T-3368-90, Strayer J., order dated 22/5/91, 4 pp.)

## PRACTICE—Continued

*Particulars*

Application settled as regards most of particulars sought—Pleadings not yet closed after two years' litigation—Application dismissed.

RISI STONE LTD. V. GROUPE PERMACON INC. (T-1005-89, Jerome A.C.J., order dated 10/5/91, 2 pp.)

## SERVICE

Motion for order permitting service *ex juris*—Affiant of supporting affidavit relying on information obtained from review of firm's files and consultation with counsel in firm—While Rules permitting affidavit evidence based on information and belief, Court setting aside order where evidence hearsay upon hearsay: *Cabot Corporation et al. v. Specialty Composites Corporation et al.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.)—As only evidence in support hearsay upon hearsay, motion dismissed without prejudice to plaintiff's right to file further motion on better evidence.

TRADITION FINE FOODS LTD. V. L. KARP & SONS, INC. (T-1820-91, Giles A.S.P., order dated 18/7/91, 2 pp.)

## STAY OF PROCEEDINGS

Court operating on fixed date trial system—Court orders issued, after counsel indicating they are ready for trial, which set down date, time, place of hearing: R. 483—In present case, order issued setting trial date—Order by Court setting date can only be altered by another order—Ongoing settlement negotiations will not result in adjournment: *CKLW Radio Broadcasting Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 388 (T.D.)—In present case, communication to Registry from counsel indicating parties have reached agreement in principle not sufficient grounds for adjournment—Neither party appearing for trial, as both counsel of view letter to Registry sufficient—At noon of trial date, Registry receiving document entitled "Minutes of Settlement" stating trial shall not proceed—Counsel neither following proper procedure, nor giving sufficient evidence for order for adjournment—Formal motion to adjourn heard by telephone—Because of confusion, inappropriate to dismiss plaintiff's claim for want of prosecution—Order for adjournment granted, but in general trials set by Court should proceed unless modified by subsequent order—Adjournment granted regarding settlement only when it is at stage where there is virtually no possibility of it falling through—Matter adjourned *sine die*—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 483.

WHITE PASS TRANSPORTATION LTD. V. SKERLEC (T-2819-90, Reed J., judgment dated 3/9/91, 5 pp.)

Application by interveners to stay hearing of application for *mandamus* and injunction made against respondent—Federal Court recognized jurisdiction both at trial and on appeal of said Court over Federal Administrator, respondent in case at bar—Interveners clearly indicated intention to appeal to Supreme Court of Canada—Stay of proceedings not automatic when application for leave to appeal made to Supreme Court—

**PRACTICE—Concluded**

Apparent from Supreme Court enabling Act and cases cited that in no way unreasonable to continue hearing of principal application—James Bay and Northern Quebec Agreement attaches great importance to environment, which is also critical question for parties at bar—In opinion of Federal Administrator himself, study of environmental repercussions of disputed project should start as soon as possible—Applications for stay dismissed and date of hearing of principal application postponed.

CREE REGIONAL AUTHORITY V. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (T-451-91, Muldoon J., order dated 21/6/91, 9 pp.)

**PUBLIC SERVICE****PRACTICE**

Action for declaratory judgment regarding PM-3 level position in Public Service—Plaintiff held PM-3 level position at various times between 1977 and 1990 but always on acting basis, his regular position being at PM-2 level—Argued appointment became permanent and indeterminate—According to documentary evidence, it was always agreed plaintiff would continue to be appointed to substantive position (PM-2) and acting assignment affected only salary—Since April 24, 1990 salary reduced to PM-2 level when new classification standard adopted by Treasury Board came into effect—Neither passage of time nor notice of appointment without competition of January 8, 1990 operated to permit plaintiff to acquire PM-3, Collections Investigator, position on permanent basis—Practice of acting assignments widespread response to demands of effective management and well recognized in case law—Plaintiff never took part in competition for position in question and always accepted temporary assignments of own free will—Action dismissed.

LANGLOIS V. CANADA (T-291-90, Pinard J., judgment dated 11/7/91, 11 pp.)

**RCMP**

Motion for *certiorari* setting aside order of transfer from RCMP Training Academy to “F” Division pending resolution of grievance—Trial Judge noting not possible to grant interim order of *certiorari*—Not satisfied by evidence applicant has established abuse or excess of discretionary power given Commissioner—Order having permissive, not mandatory language—Commissioner not obliged to ignore applicant, over one and half years after appointment to Division Sergeant Major, had not fulfilled one condition of appointment: to move into house on base provided for him—Standing order could be relied on by Commissioner as operational requirement applicant be in residence at training depot—Other sections of standing order giving priority to needs of RCMP—Facts herein distinguishable from *Desjardins v. Royal Canadian Mounted Police (Commissioner)* (1986), 3 F.T.R. 52 (F.C.T.D.) where transfer decision was made in clear disregard of standing order—Decision of Commissioner cannot be characterized as irrelevant to proper exercise of his general authority—Decision taken by

**RCMP—Concluded**

Commissioner not disciplining or penalizing applicant—Applicant’s conduct far from responsible in face of Force’s consistent position he must move, and respondent’s long standing knowledge of requirement—Another remedy available in form of grievance, and no indication requirements regarding grievances have not been obeyed—Court not to sit in judgment of adequacy of grievance process remedies—Application dismissed.

MERCIER V. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-1522-91, Strayer, J., judgment dated 28/6/91, 8 pp.)

**TRADE MARKS**

Application for interlocutory injunction restraining defendant from using word “profit” in association with business journal: “PROFIT, The Magazine for Canadian Entrepreneurs”—Applicant publishing quarterly journal with title “PROFITS”—Applicant having official recognition of exclusive right to use prohibited trade mark “PROFITS”—Applicant must establish serious issue to be tried, and show balance of convenience favours granting of injunction—However, in case of official mark of public authority, sufficient to establish *prima facie* defendants adopted official mark, and to bring to Court’s attention circumstances warranting injunction: *Queen (The) in right of British Columbia and Expo 86 Corp. v. Mihajevic et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 374 (B.C.S.C.)—Protection sought for official mark not for mandate as Crown Corporation, but for sideline activity; serious issue which can only be resolved at trial—Balance of convenience favouring no injunction—Impact of competitive activity measurable and compensable in dollars—Harm suffered by applicant not directly related to main activities—Respondent would suffer greater harm if injunction allowed—Application dismissed.

FEDERAL BUSINESS DEVELOPMENT BANK V. C.B. MEDIA LTD. (T-3159-90, Jerome A.C.J., order dated 3/7/91, 9 pp.)

**EXPUNGEMENT**

Application for expungement of registration by respondent of trade mark “Cacharel” for use in association with men’s pants—Applicant Bousquet fashion designer living in France, designing clothes sold world-wide under “Cacharel” trademark—Bousquet controlling shareholder of French company, Jean Cacharel S.A., which ships and sells clothing in Canada—Respondent Canadian corporation which makes and sells men’s pants—In 1985, respondent received registration of “Cacharel” with respect to men’s pants—Trade mark not registrable if it suggests connection with living individual: Trade Marks Act, s. 9(1)(k)—Not significant “Jean Cacharel” not legal name of Jean Bousquet—Test whether significant number of people in Canada associate name Jean Cacharel with particular individual—Material date for when public reputation of name has to be established is date of adoption of the trade mark—Short time of ten months between date of adoption and date of registration not significant in terms of acquisition of substantial

## TRADE MARKS—Continued

public reputation—Judge now finding his decision in *Canadian Olympic Association v. Allied Corporation et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 80 (F.C.T.D.) incorrect—Court previously examined s. 9(1)(k) in *Carson v. Reynolds*, [1980] 2 F.C. 685 (T.D.) where trade mark “Here’s Johnny” used in connection with portable outhouses was not registrable as evidence established link in public’s mind between proposed mark and Johnny Carson, American entertainer—In present case applicants have not met evidentiary burden of establishing significant public reputation—Whether trade mark was distinctive of respondent’s wares at time proceedings commenced—Crucial factor message mark conveys to public—Mark need merely distinguish wares from other wares, and need not be distinctive of its owner—Applicant has not discharged burden of demonstrating that subject mark was not distinctive in Canada of respondent’s wares—Effect of respondent’s motive in registering mark in Canada when knew of use in France—Registrar’s prior knowledge alone of use of trade mark in foreign market insufficient to invalidate registration—While pirating of foreign mark appears reprehensible, such conduct alone not sufficient ground for expungement without sufficient proof of express statutory grounds for invalidity—*Williamson Candy Co. v. Crothers Co.*, [1924] Ex.C.R. 183 and *Re Andres Wines Ltd. and E. & J. Gallo Winery* (1975), 25 C.P.R. (2d) 126 (F.C.A.), where marks expunged due to prior knowledge and evidence of substantial reputation, distinguished—In present case, applicants had no significant reputation in Canada at material time—Applicant unable to meet evidentiary burden to show non-entitlement due to prior use of trade mark—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 9 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8).

BOUSQUET V. BARMISH INC. (T-207-83, Cullen, J. judgment dated 26/8/91, 16 pp.)

## INFRINGEMENT

Action for infringement of trade marks—Plaintiff Vuitton, French corporation manufacturing luggage, leather goods, and accessories—Plaintiff Luxury, Canadian corporation importing, distributing and selling Vuitton goods—Defendant in business of importing and distributing leather goods, and other accessories—Plaintiffs arguing defendant imported, distributed and sold counterfeit copies of Vuitton products—Infringement of trade marks and counterfeiting of wares admitted by defendant at discovery and at trial—At relevant time defendant aware of illegality of activities—Such admission justifying issuance of orders of permanent injunction and remittance and destruction of counterfeit goods—Plaintiffs also entitled to defendant’s profits, to be determined in differential or incremental approach: *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.)—In consideration of defendant’s admissions and invoices of defendant to customers, profits determined to be \$30,000—Blatant illegal activity discouraged through awarding of higher than usual costs.

LOUIS VUITTON (SA) V. ENDO (T-1306-88, Pinard J., judgment dated 3/7/91, 10 pp.)

## TRADE MARKS—Continued

Motion to amend interlocutory injunction restraining defendant from distributing eyewear bearing “Polo Variation trade marks” by adding any trade mark comprising or including word “Polo” or representation of polo player—Plaintiff owning four trade marks, including “Polo”, “Polo by Ralph Lauren”, “Polo Player Design”, “Ralph Lauren & Design”—Optique du Monde Ltd., registered user of trade marks, appointing defendant exclusive Canadian distributor of Polo eyewear in 1984—Distribution agreement providing defendant to discontinue use of Polo trade marks and “any variation or simulation thereof and any mark confusingly similar therewith” and Optique entitled to temporary restraining order upon termination—Agreement terminated in 1991—Defendant arguing order sought would offend principle against monopoly on ordinary words and principle trade marks to be examined in entirety—Motion allowed—Defendant adopting trade marks containing “Polo” to retain customers previously purchasing “Polo” eyewear—Openly relying on confusion created to distribute eyewear from sources other than plaintiff—“Serious question to be tried” in that deemed infringement when person selling, distributing or advertising wares in association with confusing trade mark—Plaintiff will suffer irreparable harm if defendant allowed to use trade marks including “Polo” or representation of polo player—Exclusive position of plaintiff’s trade marks including “Polo” in eyewear marketplace would be irreparably lost and reputation seriously eroded—Defendant who establishes market by trading on plaintiff’s proprietary right will cause plaintiff damages for which cannot be adequately compensated—Order not affecting other parties using “Polo” trade mark in association with clothing—Ordinary word through usage, advertising can become strong trade mark in association with particular wares—Plaintiff’s position strengthened by distribution agreement entitling it to restraining order and termination clause—Defendant losing nothing not already lost under termination agreement—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 7(b), 20.

POLO RALPH LAUREN CORP. V. CAMEO OPTICAL LTD. (T-1569-91, Dubé J., order dated 16/8/91, 7 pp.)

## REGISTRATION

Appeal from Trial Division decision confirming Registrar of Trade Mark’s decision refusing registration of trade mark “Posture-Beauty”—Whether Trial Judge correctly upheld Registrar’s decision mark would be confused with “Babybeauty”—Trade-marks Act containing provisions indicating when certain situations to be assessed—S. 6(5) not indicating material date for determining whether trade marks confusing—General rule applicable to adjudicating matters should prevail: date where matter disposed of on evidence adduced, *Oshawa Group Ltd. v. Creative Resources Co. Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (F.C.A.)—No fallacy in possibility of update of situation by parties when issue whether statutory recognition should be given to mark—Registrability should be decided at date of registration or at date of refusal—Trial Judge erring in holding whether trade mark “Babybeauty” used or not irrelevant—Registrar or Court to have regard to all surrounding circumstances including length of time mark in use: Trade Marks Act,

**TRADE MARKS—Concluded**

s. 6(5)—Trial Judge misconstruing *Salada Foods Ltd. v. Générale Alimentaire (G.A.S.A.)* (1980), 47 C.P.R. (2d) 169 (F.C.A.) where held registrant need not prove mark used in association with his wares for mark to be considered on issue of confusion—Here, appellant using trade mark “Posture-Beauty” extensively, which circumstance should have been considered—Trial Judge erring in segmenting mark, thereby giving protection to respondent for word “Beauty”—Marks to be considered in their entirety—Further, word “Beauty” common English word descriptive of state of being; being weak mark, entitled to narrower range of protection—Presence of marks on register other than one with which comparison being made, relevant circumstance to be considered—Word “Beauty” found as common characteristic in seven different marks, indicating open to use by trade—Registrar properly considering nature and kind of customer likely to buy respective goods—Surrounding circumstances favour registrability of mark “Posture-Beauty” since: a) “Babybeauty” not so inherently distinctive appellant’s mark would cause confusion with it; b) appellant’s mark applies to combination of wares, and not likely to cause confusion with respondent’s; c) while wares similar, marks addressed to customers who as class would not proceed hurriedly; word “Beauty” common English word, and does not reflect family of marks—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(5).

PARK AVENUE FURNITURE CORP. v. WICKES/SIMMONS BEDDING LTD. (A-263-89, Desjardins J.A., judgment dated 24/6/91, 21 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

S. 28 application against decision of Umpire restoring decision of Employment and Immigration Commission as to allocation of amount applicant received as sick leave—Applicant

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

admitted amount of \$936.46 he received from his former employer was earnings that should be allocated as specified in s. 58(10) of Unemployment Insurance Regulations—However, disputed way in which Commission applied this provision of Regulations—Commission right to decide that as applicant had received his usual earnings for week of June 26, 1988, \$936.46 paid to him as sick leave should be allocated entirely to following weeks—Application dismissed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(10).

LAVALLÉE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-691-90, Pratte J.A., judgment dated 31/5/91, 5 pp.)

S. 28 application dismissed on same grounds as those in *Lavallée v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 3 F.C. D-46 (C.A.).

GAUDREULT v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-755-90, Pratte J.A., judgment dated 31/5/91, 1 p.)

Respondent’s holiday pay paid weekly by employer to Maritime Data Centre (MDC) and paid annually to respondent under collective agreement—Whether, under Unemployment Insurance Act, holiday pay received by him when paid to MDC or when paid to him by MDC—Accrued holiday pay held by employer may be deemed received when employee beneficially entitled to it: *Canada (Attorney General) v. LeBlanc*, [1991] 2 F.C. 257 (C.A.)—Respondent not beneficially entitled to holiday pay when paid to MDC—Application allowed, decision of Umpire set aside and referred back to Chief Umpire.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DUPLESSIS (A-939-90, Mahoney J.A., judgment dated 5/9/91, 2 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## AVOCATS ET PROCUREURS

Appel de l'ordonnance dans laquelle le protonotaire adjoint a accordé aux intimées l'autorisation requise pour que les avocats inscrits au dossier pour la demanderesse cessent d'occuper—Un associé du bureau d'avocats a écrit au nom de la demanderesse une lettre dans laquelle il demandait à l'intimée de cesser de vendre des vidéos qui violaient apparemment le droit d'auteur de sa cliente—L'intimée a également rencontré un associé du même bureau et a discuté de certaines questions juridiques avec lui—L'intimée a eu gain de cause en ce qui concerne la requête présentée pour que le bureau cesse d'occuper comme avocat inscrit au dossier pour la demanderesse—L'appel de l'ordonnance du protonotaire n'est pas un procès *de novo*—La Cour peut annuler la décision du protonotaire lorsque ce dernier a commis une erreur de fait ou de droit—Principes énoncés dans *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, suivis—Valeurs contradictoires lorsqu'il s'agit d'établir s'il existe un conflit d'intérêts: (1) maintien des normes strictes du système de justice et intégrité du système judiciaire; (2) droit du justiciable de ne pas être privé des services d'un avocat sans raison valable; (3) mobilité qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession—Il s'agit ici de répondre à deux questions, à savoir si l'avocat a obtenu des renseignements confidentiels au sujet du litige et s'il y a un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment de la cliente—Il incombe à la partie qui allègue l'existence d'un conflit d'intérêts de prouver que des renseignements confidentiels ont été transmis—En l'espèce, l'intimée ne s'est pas acquittée de cette obligation—Le protonotaire a commis une erreur de droit en permettant à l'avocat de cesser d'occuper en se fondant sur la possibilité, plutôt que sur la probabilité, que des renseignements confidentiels aient été divulgués—Le protonotaire a commis une erreur de fait en omettant de tenir raisonnablement compte de la preuve pertinente—La preuve ne montre pas que le bureau a obtenu des renseignements confidentiels pertinents en l'espèce—Appel accueilli.

ASIAN VIDEO MOVIES WHOLESALER INC. C. MATHARDOO (T-101-91, juge Denault, jugement en date du 3-5-91, 10 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Action en vue de l'obtention d'une injonction empêchant la défenderesse de contrefaire le brevet de la demanderesse—Le

## BREVETS—Fin

brevet se rapporte à du tabac finement haché ayant la forme d'un tube qui peut être inséré dans des tubes de papier à cigarettes—La demanderesse Rothman's possède une sous-licence exclusive d'utilisation du brevet au Canada—Le brevet a été redélivré après la découverte de deux documents susceptibles de limiter la portée du brevet initial—La défenderesse fabrique et vend au Canada un produit permettant de faire des cigarettes avec des tubes de papier à cigarettes—Question de savoir si la défenderesse a contrefait le brevet initial ou le nouveau brevet de la demanderesse ou les deux—Évidence—La simplicité n'exclut pas l'inventivité—L'ingéniosité inventive est prouvée si le produit satisfait à un besoin qui existe depuis longtemps—Examen de l'état de la technique—L'état de la technique ne révélait pas l'étape essentielle de l'invention de la demanderesse—L'ajustement entre les tubes de tabac et les tubes de papier à cigarettes—Le produit de la demanderesse connaît un succès commercial—Invention non évidente—Question de savoir si les brevets sont invalides par suite d'allégations importantes non conformes à la vérité dans le brevet: art. 53(1) de la Loi sur les brevets—La Cour n'est pas prête à rejeter l'argument de la demanderesse du seul fait que les allégations se trouvent dans le brevet et non dans la pétition—Les allégations litigieuses faites dans les deux brevets ne sont pas importantes en vue de la demande—La contestation de la validité des brevets fondée sur l'art. 53(1) est rejetée—Injonction accordée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 1, 53(1).

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. C. IMPERIAL TOBACCO LTÉE (T-1552-90, juge Rouleau, jugement en date du 25-4-91, 24 p.)

### PRATIQUE

Demande visant à faire modifier l'ordonnance en vertu de laquelle les défenderesses devaient verser 12,5 % des recettes provenant d'une invention dans un compte de fiducie, tous les biens immobiliers des défenderesses devant être grevés d'une charge fixe en faveur des demanderesse—Les défenderesses ont demandé que la charge fixe grevant le centre commercial soit levée et que le produit de la vente soit versé dans le compte de fiducie après paiement de la somme de 100 000 \$—Demande accueillie.

R.W. BLACKTOP LTD. C. ARTEC EQUIPMENT CO. (T-859-90, juge Cullen, ordonnance en date du 15-4-91, 2 p.)

## CODE CIVIL

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux défendeurs de produire un film d'après le roman d'Yves Thériault intitulé *Agaguk*—Les défendeurs ont acquis les droits cinématographiques sur l'œuvre des cessionnaires du droit d'auteur—Le demandeur allègue que l'auteur lui a cédé son droit—Demande rejetée—La vente commerciale d'une chose est valide même si celle-ci n'appartient pas au vendeur: art. 1488 du Code civil—Le droit d'auteur est une «chose» au sens de l'art. 1486—La cession du droit d'auteur est assujettie aux lois générales régissant la propriété et les droits civils dans la province—Aucune question sérieuse à trancher—Examen des ouvrages et arrêts portant sur la transmission d'un bien meuble—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-30, art. 57(3)—Code civil du Bas-Canada, art. 1486, 1487, 1488.

POOLMAN C. EIFFEL PRODUCTIONS S.A. (T-196-91, juge Pinard, jugement en date du 1-3-91, 13 p.)

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

## BREFS DE PRÉROGATIVE

*Habeas corpus*

L'appelant est sous garde en vertu d'une sentence, une action contre le ministre de la Justice étant en cours—Appel de la décision dans laquelle le juge des requêtes a refusé d'accueillir la requête en vue de l'obtention d'un bref d'*habeas corpus ad testificandum* (Règle 334) destiné à permettre à l'appelant de se faire conduire du pénitencier afin de comparaître en personne—Le juge des requêtes a commis une erreur—La justice exige que l'appelant soit autorisé à comparaître à l'audience pour exposer ses prétentions—Appel accueilli, ordonnance annulée, affaire renvoyée au juge en chef adjoint en vue de la fixation d'une nouvelle date d'audience—L'ordonnance est reproduite en entier comme suit:

Attendu qu'il semble à la Cour en vertu des documents au dossier que l'appelant est actuellement détenu au Pénitencier de la Saskatchewan, à Prince Albert (Saskatchewan), qu'il n'a pas d'avocat et qu'il souhaite présenter et plaider ses appels en personne, et attendu que lesdits appels ont été inscrits au rôle à Regina (Saskatchewan) pour audition le mercredi 19 juin 1991, à dix heures.

IL EST ORDONNÉ au gardien du Pénitencier de la Saskatchewan de traduire ledit Ivan William Mervin Henry sous bonne garde devant cette Cour au Palais de justice sis au 2425 Victoria Avenue, à Regina (Saskatchewan), au moment fixé et chaque jour jusqu'à la fin de l'audition desdits appels ou jusqu'à ce que la Cour en décide autrement, afin qu'il fasse valoir ses arguments relativement auxdits appels.

ET qu'immédiatement après l'audition desdits appels, ledit Ivan William Mervin Henry soit reconduit sous bonne garde à l'endroit d'où il est venu.

HENRY C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (A-126-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 19-6-91, 3 p.)

## DOUANES ET ACCISE

## LOI SUR LES DOUANES

Action en vue de la mainlevée de la saisie d'une automobile par des agents des douanes, et de l'obtention de 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts—L'agent a appris que le véhicule avait été importé en 1987 sans que la déclaration appropriée ait été faite—L'agent a également été informé que le véhicule avait été volé aux États-Unis en 1986—La voiture a été saisie—Le ministre a ordonné la confiscation du véhicule—La demande est fondée sur deux motifs juridiques: 1) le détournement, c'est-à-dire la saisie et la détention de la voiture; 2) la négligence du défendeur qui a occasionné des dommages aux demandeurs par suite de la perte de la voiture—Les agents sont autorisés à saisir des marchandises s'ils ont des «motifs raisonnables» de croire que la Loi ou les règlements ont été violés en ce qui concerne les marchandises en question: art. 110 de la Loi sur les douanes—Le devoir de prudence est présumé en vue de l'examen—La preuve présentée n'est pas satisfaisante—Le demandeur n'a présenté aucune preuve au sujet du quantum des dommages—Compte tenu des lacunes dans la liste de documents produite par le défendeur, le juge ne s'est pas fondé sur les documents en ce qui concerne la véracité des déclarations qui y étaient faites—L'agent a agi correctement compte tenu des renseignements disponibles—Aucune erreur de droit ni aucun abus de pouvoir en ce qui concerne la saisie ou la détention de la voiture—L'agent n'a commis aucune négligence—Action rejetée avec dépens—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. I, art. 110.

SPEKTOR C. CANADA (T-1573-88, juge Strayer, jugement en date du 4-4-91, 13 p.)

## DROIT MARITIME

## PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

Demande présentée par le propriétaire défendeur en vue de l'obtention d'une ordonnance levant la saisie sur le navire—La demanderesse allègue que les sommes ont été avancées en vue de permettre l'acquisition et la remise à neuf du navire en vertu d'une hypothèque grevant le navire—Le défendeur soutient qu'il n'existe aucune cause d'action *in rem* étant donné que l'hypothèque n'est pas expressément mentionnée dans la déclaration—Il ne s'agit pas d'une requête en radiation de la déclaration—La saisie est réputée valide—En vertu de la Règle 1006(1), la Cour a le pouvoir discrétionnaire de lever la saisie de biens effectuée par mandat aux conditions jugées appropriées—L'exigence figurant dans la Règle 1006(2) selon laquelle il faut donner une garantie couvrant le montant de la réclamation ou la valeur du navire s'applique uniquement à une ordonnance rendue par un fonctionnaire de la Cour—La pratique normale est d'exiger un cautionnement couvrant le montant réclamé ou la valeur estimée—Il n'y a pas lieu de s'écarter de la pratique—La mainlevée est ordonnée sur dépôt d'un cautionnement couvrant le montant réclamé par la demanderesse—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 1004, 1005, 1006.

ARGOSY SEAFOODS LTD. C. ATLANTIC BOUNTY (LE) (T-720-91, juge MacKay, ordonnance en date du 15-4-91, 10 p.)



## ENVIRONNEMENT

Demande visant à annuler la décision du ministre portant que le projet de construction d'une centrale électrique de 165 mégawatts chauffée au charbon (projet de Point Aconi) respectait toutes les exigences du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement—La centrale électrique brûle du charbon à haute teneur en soufre disponible dans la province tout en réduisant les émissions de dioxyde de soufre et d'oxyde d'azote—Élément important du plan que la Nova Scotia Power Corporation a élaboré pour réduire les émissions en dépit de l'augmentation de la demande en électricité—Décision du ministre des Pêches et Océans (1) d'approuver l'étude environnementale préliminaire menée par son ministère; (2) de ne pas soumettre le projet à un examen public; et (3) d'autoriser la mise à exécution du projet—Autorisation assujettie à l'adoption de mesures liées au drainage de l'emplacement, à l'entraînement du poisson, au système de chlorination, aux répercussions sur la zone côtière, à la formation et au rejet de composés organiques et inorganiques, au dynamitage (sous l'eau) et au panache thermique—L'autorisation conclut que les conséquences néfastes pour l'environnement sont minimales ou peuvent être atténuées—L'art. 12 du Décret sur les lignes directrices prévoit que si l'examen de la proposition démontre des effets néfastes possibles sur l'environnement inconnus ou importants, d'autres études ou un examen public sont requis—L'art. 13 prévoit la tenue d'un examen public chaque fois que les préoccupations du public le justifient—Le ministre des Pêches et Océans n'a pas commis d'erreur dans sa décision de ne pas soumettre le projet au ministre de l'Environnement aux fins d'un examen public par une commission—Les décisions portant que les décisions des arbitres en matière de travail ne doivent être annulées que si elles sont manifestement déraisonnables ne s'appliquent pas—Une étude environnementale sous le régime du Décret sur les lignes directrices n'est pas analogue à un arbitrage en matière de relations de travail—Les conclusions des évaluations relatives aux effets néfastes possibles sur l'environnement ne sont pas des faits, mais des opinions éclairées au sujet d'événements ultérieurs—Les requérants prétendent que certaines conséquences néfastes possibles sur l'environnement ne sont ni minimales ni ne peuvent être atténuées par l'application de mesures techniques connues, ou sont inconnues—Les mentions d'essais supplémentaires concernant les répercussions sur l'eau souterraine dans l'évaluation ne signifient pas que l'étude n'est pas terminée à un moment où il est possible de tirer une conclusion au sujet des effets néfastes possibles—À la lumière de la réparation envisagée, c'est-à-dire le creusage à un niveau plus bas, dans le cas des puits domestiques touchés, dont les coûts devraient être payés sur le fonds en fiducie, le contexte indique que les essais supplémentaires mentionnés visent à préciser jusqu'à quel point les besoins en eau douce de la centrale électrique pourraient toucher l'approvisionnement en eau souterraine ainsi que la région dans laquelle ces répercussions pourraient se faire sentir—Le requérant soutient que l'étude est incomplète en ce qui a trait à l'émission de cheminée puisqu'aucune conclusion n'a été tirée dans le cas de l'émission de certains gaz—Le Décret sur les lignes directrices n'impose aucune forme spéciale pour les évaluations—Il est inapproprié pour la Cour d'imposer une forme donnée—L'évaluation est rédigée par du personnel en la connaissance dans les domaines technique et scientifique duquel il faut se remettre—Il est présumé que les rédacteurs pouvaient

## ENVIRONNEMENT—Fin

calculer les émissions de cheminée prévues, même si ces données ne sont pas mentionnées ici—Il est présumé qu'ils étaient au courant des accords internationaux et fédéral-provincial concernant les objectifs et les normes sur les émissions—L'absence de preuve que l'émission de CO<sub>2</sub> en provenance de la centrale aura vraisemblablement des répercussions néfastes sur l'environnement, et l'évaluation d'Environnement Canada selon laquelle les conséquences néfastes pour l'environnement peuvent être atténuées par l'application de mesures techniques connues appuient la conclusion générale de l'étude concernant les émissions de cheminées—L'étude est non conditionnelle—L'art. 14 du Décret sur les lignes directrices prévoit des mesures d'atténuation et d'indemnisation pouvant empêcher que les effets néfastes d'une proposition sur l'environnement prennent de l'ampleur—Les conditions mentionnées ne sont rien de plus que des mesures d'atténuation à titre d'exigences devant être respectées, en plus d'autres conditions imposées par les autorités provinciales ou locales—L'étude respecte les exigences de l'art. 12—Le ministre est investi du pouvoir, en vertu de l'art. 13, de décider de ne pas soumettre le projet au ministre de l'Environnement aux fins d'un examen public—Le ministre ne s'est pas fondé que sur des facteurs non pertinents, bien que certains lui ont été soumis—L'opinion est fondée sur des facteurs pertinents pour conclure que les effets dont le public est préoccupé sont minimales ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues—Demande rejetée—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 3, 4, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 3136—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 35—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

CANTWELL C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2975-90, juge MacKay, ordonnance en date du 18-1-91, 32 p.)

Appel du jugement de première instance dans lequel on a refusé d'annuler la décision du ministre portant que le projet de construction d'une centrale électrique de 165 mégawatts chauffée au charbon (projet de Point Aconi) respectait toutes les exigences du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement—Appel rejeté.

CANTWELL C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (A-124-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 6-6-91, 1 p.)

## FORCES ARMÉES

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de prohibition destinée à empêcher l'instruction de deux accusations par la Cour martiale disciplinaire (la CMD) pour le motif que cette dernière n'est pas un tribunal impartial au sens de l'art. 11*d*) de la Charte et que la crainte de partialité qu'avait le requérant était raisonnable—Objection préliminaire visant à contester la compétence du juge de première instance—L'objection selon laquelle la décision antérieure rendue par le juge Muldoon dans *Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 560 (1<sup>re</sup> inst.) manifestait de la partialité à l'égard de la procédure militaire interne des Forces armées canadiennes est

**FORCES ARMÉES—Fin**

rejetée—Les motifs énoncés dans l'affaire *Duncan* montrent non de la partialité, mais du jugement—Le requérant est un avocat militaire qui sert au sein de la Section du juge-avocat général (JAG) des Forces canadiennes—Il a été assujéti à une enquête par la Section du JAG pour une présumée tentative d'inciter un témoin à faire un faux témoignage et pour avoir exigé que le témoin lui procure un avantage économique—L'enquêteur a mal été informé par le JAG—Après que l'enquête eut été entamée, le JAG a ordonné au requérant de le rencontrer—La rencontre constituait une ingérence dans l'enquête et a mené, avec les mauvais renseignements, à la crainte de partialité qu'avait le requérant—Toutefois, la crainte de partialité n'était pas raisonnable—Aucune preuve devant la Cour que la CMD ne peut pas s'acquitter comme il convient de ses fonctions judiciaires—Demande rejetée—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11d).

CAPITAINE HAINSWORTH C. CANADA (COUR MARTIALE DISCIPLINAIRE) (T-1276-91, juge Muldoon, jugement en date du 24-5-91, 17 p.).

**IMMIGRATION**

Demande de *certiorari* et de *mandamus* présentée à la suite de la conclusion tirée par l'agent d'immigration, à savoir qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire pour justifier que le requérant bénéficie d'un traitement de faveur—Le requérant, qui est citoyen indien, est arrivé au Canada en 1974, a été expulsé de force en 1979 et est revenu au pays sous une identité d'emprunt en 1981—Le requérant ne s'est pas présenté à l'enquête en 1988, et il a été arrêté en 1990—L'exécution de la mesure d'expulsion a été suspendue en attendant que le requérant subisse son procès pour avoir violé la Loi sur l'immigration—Le requérant a divorcé sa femme indienne et a épousé une citoyenne canadienne en 1990—La femme du requérant a présenté une demande en vue de parrainer la demande de résidence permanente de celui-ci—Le rejet de la demande aurait exigé l'expulsion officielle aux États-Unis et le retour immédiat au Canada pour que le cas soit traité au pays, comme la chose est parfois permise pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire—Pendant l'enquête, l'agent n'a fait aucune observation qui invalide la décision—Il existait suffisamment de raisons d'intérêt public pour que toute consultation ultérieure de l'agent avec des collègues ou des superviseurs ne viole pas la justice naturelle et ne vicié pas la décision: *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat International des travailleurs du bois d'Amérique*, [1990] 1 R.C.S. 282—La procédure d'audition prévue par l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration est nécessairement sommaire et expéditive—Le requérant n'a pas le droit de demeurer au Canada d'une manière permanente, mais il a le privilège d'y demeurer pendant l'examen de la demande de résidence permanente—L'agent n'a pas commis d'erreur en déclarant qu'il fallait établir l'existence de raisons d'ordre humanitaire ainsi que d'un mariage authentique—Aucun déni de justice naturelle, aucune erreur de droit—Il

**IMMIGRATION—Suite**

existait suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion tirée—Le fait que l'agent a consulté des supérieurs ne justifie pas une intervention judiciaire—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 114(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 29; chap. 29, art. 14; L.C. 1990, chap. 38, art. 1).

VIRK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-364-91, juge Joyal, jugement en date du 9-5-91, 16 p.)

**EXPULSION**

Demande d'examen de la mesure d'expulsion prise par l'arbitre—La requérante est demeurée au pays après l'expiration de son visa de visiteur—La requérante a demandé l'autorisation, pour des raisons d'ordre humanitaire, de demeurer au Canada pendant l'examen de sa demande de résidence permanente—Demande rejetée—L'arbitre a le pouvoir de procéder à la tenue d'une enquête même si une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire est en instance.

SMART C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-389-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 8-4-91, 4 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 à la suite de la mesure d'expulsion qui avait été prise en vertu de l'art. 24 de la Loi sur l'immigration pour le motif que le requérant n'était pas un résident permanent—Le requérant a allégué devant l'arbitre que l'art. 24 allait à l'encontre de la Charte—L'arbitre a conclu qu'elle n'était pas compétente pour entendre l'argument fondé sur la Charte—Demande rejetée—L'omission d'entendre un argument fondé sur la Charte n'invalide pas nécessairement la décision de l'arbitre—Il faut montrer que l'argument est fondé et que la décision du tribunal aurait dû être différente—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 24.

SOARES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-107-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 8-4-91, 3 p.)

**PRATIQUE**

Modification du délai—Requête en prorogation du délai de dépôt des affidavits et des observations écrites concernant une demande présentée en vertu de la Loi sur l'immigration, en vue de l'autorisation de présenter une demande fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—La demande d'autorisation a été déposée le 25 février—La demande de prorogation a été déposée le 15 mars—L'avocat du requérant s'occupait d'un autre client qui avait un problème plus urgent—Demande de prorogation rejetée—Demande d'autorisation rejetée—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, art. 23(1).

KAZI C. KALUSNY (91-T-38, juge Reed, ordonnance en date du 16-4-91, 4 p.)

**IMMIGRATION—Fin****STATUT DE RÉFUGIÉ**

Demande visant à faire annuler la décision dans laquelle l'arbitre et le membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont conclu que la revendication du statut de réfugiée par la requérante n'avait pas un minimum de fondement—La mesure d'exclusion est également contestée—La requérante est une citoyenne de l'Uruguay qui affirme craindre d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social particulier, à savoir la famille de Juan Ramon Arrechea—Arrechea, qui est le père de la requérante, a été persécuté par le gouvernement de l'Uruguay, ce qui l'a forcé à quitter le pays pendant de longues périodes—Pendant ces périodes d'absence, la maison familiale a été perquisitionnée par les autorités militaires et on croyait le téléphone placé sur table d'écoute—Le frère et le mari de la requérante ont été enlevés et battus—La requérante a quitté l'Uruguay pour venir au Canada—À l'audience relative à la question du minimum de fondement, l'avocat de la requérante a demandé l'autorisation de faire témoigner une personne à la prochaine séance—L'arbitre a refusé pour le motif que le témoin serait partial étant donné qu'il revendiquait lui aussi le statut de réfugié—La déclaration de l'arbitre soulève une crainte raisonnable de partialité—Un demandeur de statut de réfugié ne peut pas être exclu à titre de témoin possible pour le motif qu'il a lui aussi présenté une revendication—L'arbitre a commis une erreur en qualifiant de documents pratiquement sans valeur trois éléments de preuve—Documents en cause: lettre corroborant le fait que la famille Arrechea a besoin d'un refuge, rapport psychiatrique selon lequel la mère de la famille souffre de stress par suite de la façon dont elle a été traitée en Uruguay, et transcription de l'enquête sur le frère de la requérante corroborant le récit des événements par la requérante—Le tribunal a rejeté les documents pour le motif qu'ils ne se rapportaient pas directement à la demande de la requérante—Lorsqu'un requérant revendique le statut de réfugié en invoquant son appartenance à un groupe social, l'expérience d'autres membres du groupe est pertinente—Cette règle s'applique à tous les documents, et en particulier à la transcription—Demande accueillie.

GONZALEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-899-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 8-5-91, 7 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Action visant à obtenir le remboursement de paiements en trop d'impôt sur le revenu—La demanderesse est une infirmière éducatrice—L'employeur a retenu l'impôt sur son salaire et l'a remis au receveur général conformément aux exigences de la Loi—La demanderesse a produit en 1987 les déclarations d'impôt sur le revenu pour les années fiscales 1981 à 1983—Les montants retenus à la source excèdent le montant de l'impôt exigible—Le délai de remboursement d'impôt est prescrit: art. 164(1) de la Loi—Question de savoir si le montant réclamé est détenu par le ministre en vertu d'une fiducie implicite, et appartient à la demanderesse à titre de bénéficiaire—Les prétentions de la demanderesse sont rejetées—La Loi ne crée pas de fiducie—La seule méthode de remboursement est prévue à l'art. 164(1)—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 164(1) (mod. par S.C. 1978-79, chap. 5, art. 8; 1984, chap. 1, art. 88(1)).

HUGHES C. CANADA (T-2560-88, juge Collier, jugement en date du 27-3-91, 7 p.)

**CALCUL DU REVENU**

Appel d'une nouvelle cotisation incluant dans le revenu de l'année les produits d'exploitation non facturés pour l'électricité fournie—La demanderesse est une entreprise d'électricité ouverte qui était passée de la méthode selon laquelle seuls les comptes facturés étaient inclus dans les produits d'exploitation à la méthode selon laquelle les montants à recevoir étaient inclus dans les états financiers et dans les déclarations d'impôt—Elle a continué à employer la méthode de la comptabilité d'exercice dans les états financiers—Elle est de nouveau passée à la méthode des montants facturés en vue de l'impôt sur le revenu seulement—Appel rejeté—Les deux méthodes d'inscription du revenu sont reconnues en vertu des principes comptables généralement reconnus—La continuité des méthodes est également un principe comptable—Les PCGR ne permettent pas d'employer une méthode dans les états financiers, et une autre dans les déclarations d'impôt—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 12(1)b) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 2; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4(1)).

WEST KOOTENAY POWER AND LIGHT CO. C. CANADA (T-2144-88, juge MacKay, jugement en date du 18-3-91, 22 p.)

*Allocation du coût en capital*

Appel du jugement de première instance ([1990] 2 C.F. F-50) dans lequel il a été décidé qu'il n'existait pas de différence notable entre ce qui avait été reçu en l'espèce et ce qui a été considéré comme des recettes au titre du capital dans *Canada c. Consumers' Gas Co.*, [1987] 2 C.F. 60 (C.A.)—Aucune erreur—Appel et appel incident rejetés—Le raisonnement qui a été fait dans *Northern and Central Gas Corporation Limited c. La Reine* (1987), 87 DTC 5439 (C.A.F.) l'emporte sur les motifs prononcés subséquentement dans *Nova, an Alberta Corporation c. La Reine* (1988), 88 DTC 6386 (C.A.F.).

PACIFIC NORTHERN GAS LTD. C. CANADA (A-451-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-4-91, 2 p.)

*Déductions*

Appel contre l'avis de nouvelle cotisation dans lequel le ministre a refusé certaines dépenses se rapportant à un immeuble résidentiel à logements multiples (l'immeuble) ainsi que les frais judiciaires—Le demandeur participait à une coentreprise en vue d'acheter et d'aménager un bien-fonds—Selon le contrat, les parties devaient utiliser une société à matricule pour passer des contrats dans le cadre de la coentreprise—Elles ont passé avec Marbar Holdings Ltd. un contrat en vue de l'achat

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

du bien-fonds et de la construction de l'immeuble—Par un contrat de fiducie, Marbar a convenu de détenir en fiducie les biens-fonds pour la société à matricule—Le revenu et les droits découlant des biens-fonds et le produit de la vente étaient la propriété de la société à matricule à titre de bénéficiaire—Le demandeur et les autres personnes participant à la coentreprise n'avaient aucun lien de droit contractuel avec Marbar—Selon un autre contrat passé entre la société à matricule et Marbar, la société était propriétaire légal et bénéficiaire du bien-fonds, bien que le titre eût été enregistré au nom de Marbar—Il y a eu des différends entre Marbar et d'autres parties—Marbar a intenté des poursuites contre la société à matricule ainsi que contre le demandeur et d'autres personnes participant à la coentreprise, qui dirigeaient la société à matricule—Absence de contrat exécutoire entre Marbar et les personnes participant à la coentreprise: *Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.*; *Marbar Holdings Ltd. v. 221,402 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169 (C.S.)—Le contrat est inopposable aux personnes participant à la coentreprise en raison de l'absence du prospectus exigé par la loi de la C.-B.—Étant donné que le contrat est revêtu d'un sceau, aucune action ne peut être reçue contre les dirigeants anonymes—L'aliénation du bien-fonds en vertu de la loi provinciale doit être reconnue comme telle pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu, sauf si le législateur a adopté une disposition extraordinaire à ce sujet—Examen du bulletin d'interprétation portant sur la vente de biens—La Cour retient l'observation faite par Howard J. Kellough dans «The Legal Efficacy of Unwinding or Negating a Transaction in Whole or in Part» publié dans le rapport de 1985 de l'Association canadienne des études fiscales: il n'y a disposition que lorsque la propriété bénéficiaire est transmise et il faut donc examiner les circonstances, et en particulier les conditions suspensives—Kellough interprète le bulletin d'interprétation comme voulant dire que Revenu Canada ne tient pas compte des opérations ne comportant pas de changement simultané de la propriété bénéficiaire—Un contrat assujéti à une condition suspensive ne devient obligatoire qu'au moment où cette condition a été remplie ou au moment où on a renoncé à la condition—Si la condition n'est pas remplie ou s'il n'y a pas renoncement, le contrat est nul *ab initio*—Rien dans le témoignage du demandeur n'établit une présumée renonciation aux conditions suspensives—La renonciation aurait été sans effet étant donné que les contrats ne pouvaient pas être exécutés si les conditions suspensives n'étaient pas remplies—Les conditions suspensives comprenaient un engagement de la part de Marbar de négocier avec des entrepreneurs généraux et des sous-entrepreneurs, de négocier avec les organismes gouvernementaux au sujet de zonage, d'obtenir le financement provisoire, etc.—Rien dans le dossier ne montre que l'une quelconque des conditions suspensives ait été remplie avant que l'affaire *Marbar* eût été tranchée—La décision rendue dans l'affaire *Marbar* a eu pour effet de détruire les opérations non exécutées—Étant donné que les conditions suspensives nécessaires n'ont pas été remplies, la propriété bénéficiaire n'a pas été transmise—Aucune disposition et aucune conséquence fiscale—Les frais judiciaires n'ont pas été engagés dans le but de tirer un revenu, mais dans le but de contester une action—Examen de l'affaire *La Reine c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344 (C.A.) dans laquelle *Turney v. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578, a été appliqué—

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Les faits et la décision rendue dans l'affaire *Imperial* sont similaires à la présente espèce—Le règlement survenu entre les parties selon lequel l'appel a été évité à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Marbar* est sans effet en l'espèce—L'appel du demandeur est rejeté avec dépens; la cotisation du ministre est ratifiée.

GREENWAY C. CANADA (T-2705-86, juge Muldoon, jugement en date du 4-4-91, 19 p.)

Appel des cotisations établies pour trois années d'imposition ayant pris fin en 1980 et en 1981—La demanderesse détient environ 12 % des actions de Bacardi, qui exploite une entreprise à Porto Rico—Bacardi est une «corporation étrangère affiliée» de la demanderesse—La demanderesse a déduit la fraction du dividende payé par Bacardi au moyen du «surplus exonéré»—Le «surplus exonéré» est défini à l'art. 5907(1)d)(v) du Règlement de l'impôt sur le revenu comme comprenant les «gains exonérés»: art. 5907(1b)(v)—Question de savoir si l'exemption d'impôt consentie à Bacardi sous le régime de la loi portoricaine est une exemption destinée à «encourager les placements ou les projets dans le cadre d'un programme de développement économique» au sens de l'art. 5907(10) du Règlement de l'impôt sur le revenu—Dans l'affirmative, ce montant est considéré comme faisant partie du surplus exonéré de Bacardi, diminuant de ce fait le revenu imposable tiré de dividendes de la demanderesse—Si l'exemption est un «stimulant à l'exportation», elle ne fait pas partie du surplus exonéré—Bacardi fabrique et commercialise des vins et des eaux-de-vie à Porto Rico; elle vend ses produits aux États-Unis—Question de savoir si l'exemption d'impôt portoricaine est un «stimulant à l'exportation»—L'«exportation» aux États-Unis n'est pas de l'«exportation» au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu—Examen du statut juridique de Porto Rico par rapport aux États-Unis—La déduction au Canada vise à éviter de neutraliser les tentatives que font d'autres pays pour assurer le développement industriel national alors que le refus d'exonérer d'impôt vise à protéger les producteurs canadiens contre la concurrence déloyale à l'extérieur du pays qui accorde le stimulant—Porto Rico est compris dans le territoire douanier des États-Unis en vertu de l'art. 2(1)a) de la Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis—L'expression «stimulant à l'exportation» figurant dans le Règlement de l'impôt sur le revenu devrait avoir une signification correspondante en l'espèce—Le stimulant fiscal n'est pas un «stimulant à l'exportation»—Appels accueillis—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, art. 5907(1b)(v), d)(v), (10)—Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis, S.C. 1988, chap. 65, art. 2(1)a).

OLD HW-GW LTD. C. CANADA (T-560-87, T-602-87, T-690-87, juge Strayer, jugement en date du 17-4-91, 19 p.)

Appel par voie de procès *de novo* d'un jugement dans lequel la Cour de l'impôt a accueilli l'appel du contribuable: *Fairey, R.N. c. M.R.N.* (1987), 87 DTC 534 (C.C.I.)—En vertu de la législation provinciale, l'employeur était tenu d'effectuer des retenues et de verser les sommes en cause à la caisse de retraite municipale—Question de savoir si les sommes versées en sus de la déduction de 3 500 \$ prévue par l'art. 8(1)m) de la Loi de l'impôt sur le revenu, à titre de cotisation à un régime enregistré

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

de pensions, font partie du revenu imposable du défendeur—Question de savoir si ces sommes sont imposables en vertu de l'art. 56(2) de la Loi—Le juge s'inspire de l'opinion de la minorité dans *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020—Il s'appuie sur *R. c. Hoffman*, [1985] 2 C.F. 541 (1<sup>re</sup> inst.)—Quatre critères sont énoncés pour qu'un contribuable soit assujéti à l'impôt en vertu de l'art. 56(2): 1) il doit y avoir un paiement ou transfert d'une somme d'argent à une personne autre que le contribuable, 2) ce paiement ou transfert doit être effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, 3) ce paiement ou transfert doit être effectué au profit du contribuable ou de toute autre personne que le contribuable désire avantager, 4) ce paiement ou transfert aurait été inclus dans le revenu du contribuable si le transfert n'avait pas eu lieu: *Hoffman*—Pour déterminer s'il y a accord, il faut se demander si le comportement subséquent constitue une acceptation tacite du transfert—En l'espèce, l'observation des dispositions légales exigeant le paiement de la cotisation à la caisse constitue une condition de travail—Le contribuable aurait pu refuser l'emploi—Le contribuable a donné son accord, qui n'est pas un accord réputé ou présumé, dans la mesure où il devait accepter les conditions de travail obligatoires—Le défendeur a reçu le revenu litigieux dans la mesure où celui-ci faisait partie de son salaire et qu'il ne l'a jamais perdu—Action du demandeur accueillie avec dépens—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 56(2).

FAIREY C. M.R.N. (T-2570-87, juge Muldoon, jugement en date du 22-3-91, 13 p.)

*Entreprise agricole*

Appel de la décision dans laquelle le ministre a refusé la déduction de la totalité des pertes agricoles en vertu de l'art. 31(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le contribuable est un éducateur qui possédait et exploitait également plusieurs entreprises agricoles—Les entreprises agricoles ont subi des pertes en 1978, 1979 et 1980—Question de savoir si le contribuable est un agriculteur pour lequel l'agriculture constitue la principale source de revenu ou une entreprise secondaire—Trois catégories d'agriculteurs sont établies dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480: (1) le contribuable pour lequel l'agriculture est la principale source de revenu; (2) le contribuable pour lequel l'agriculture est une entreprise secondaire; (3) le contribuable pour lequel l'agriculture reste un passe-temps—Critère objectif et relatif à deux volets énoncé par la Cour suprême dans *Moldowan*—En premier lieu, il faut examiner la nature de l'exploitation agricole, par exemple les profits tirés et les pertes subies par le passé—En second lieu, il faut examiner le mode de vie et l'attitude du contribuable à l'égard de l'exploitation agricole—Les deux volets du critère doivent être satisfaits pour que le contribuable puisse déduire les pertes—La preuve n'établit pas que l'exploitation agricole était rentable ou pouvait le devenir—Selon la preuve, le contribuable était satisfait de couvrir ses frais—L'exploitation agricole constituait donc une entreprise secondaire—Il n'est pas nécessaire d'examiner le second volet du critère établi dans *Moldowan*—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63,

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

art. 31(1) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7; 1979, chap. 5, art. 9).

ROBINSON C. CANADA (T-713-84, juge Reed, jugement en date du 3-5-91, 14 p.)

Appel d'un jugement de première instance ((1988), 88 DTC 6489) admettant la déduction de la totalité des pertes agricoles—L'intimé est président et unique actionnaire d'une firme de surveillance depuis 1946—Il projetait d'exploiter une entreprise d'élevage de bétail à sa retraite—Il a acquis des propriétés agricoles d'une superficie de 711 acres, a embauché un gérant et un bouvier—Il a investi 486 000 \$ dans l'achat de terrains, de bâtiments et de matériel—Il a acheté du bétail pour une somme de 55 151 \$—Il prévoyait gagner de 150 000 \$ à 200 000 \$ par an en s'occupant de croisement et d'importation de bétail européen—En 1972, il s'est installé à proximité d'une des propriétés agricoles pour superviser son exploitation—En 1975, il a commencé à se retirer de ses autres activités commerciales—Il passait 15 heures par semaine à la ferme et de 150 à 200 heures par année à assister à des ventes et à des congrès—Il s'attendait à ce que l'entreprise agricole atteigne le seuil de rentabilité sept ans après le début de son exploitation en 1968—Le marché s'est effondré en 1975—Le troupeau a été vendu en 1979—L'entreprise agricole n'a jamais été rentable—Le juge de première instance a appliqué le critère établi dans *Moldowan c. la Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Il a été conclu que le contribuable pouvait raisonnablement s'attendre à tirer de l'agriculture la plus grande partie de son revenu ou à ce que soit le centre de son travail habituel—La possession de l'entreprise agricole n'est pas une entreprise secondaire, bien que la principale source de revenu du contribuable provienne de la firme de surveillance—Subsidiairement, les pertes sont déductibles à titre de frais d'établissement—Question de savoir si la combinaison de l'agriculture et d'une autre source constitue la principale source de revenu en 1975—Appel accueilli—L'interprétation disjonctive des critères établis dans *Moldowan* (le temps consacré, les capitaux investis et la rentabilité) a été rejetée dans *La Reine c. Morrissey*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.)—Étant donné que l'affaire *Morrissey* a été tranchée après le jugement de première instance en l'espèce, le juge de première instance n'en a pas tenu compte—Selon l'affaire *Moldowan*, la mention, à l'art. 31(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, d'un contribuable dont la source de revenu est une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source vise une personne dont l'agriculture est la principale préoccupation—La proportion du revenu tiré de l'agriculture n'est pas un élément déterminant, mais c'est un élément pertinent—Les éléments distinctifs de la «principale source de revenu» (l'expectative raisonnable d'un revenu tiré de diverses sources ainsi que les habitudes et la façon coutumière de travailler) sont examinés en fonction du temps consacré, des capitaux investis, de la rentabilité présente et future—L'analyse du juge de première instance est inexacte—L'agriculture n'est pas la préoccupation majeure de l'intimé, mais une entreprise secondaire—Les frais d'établissement sont déductibles pour le contribuable de la catégorie (1) qui s'attend raisonnablement à tirer de l'agriculture la plus grande partie de son revenu ou à ce que ce soit le centre de son travail habituel—L'intimé n'est pas

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

un contribuable de la catégorie (1)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31(1).

RONEY C. M.R.N. (A-1086-88, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 11-3-91, 19 p.)

*Gains en capital*

Appel d'un jugement de première instance ((1988), 88 DTC 6394)—L'appelante a acheté et vendu, en devises américaines, des titres aux États-Unis—Elle soutient que le profit devrait être déterminé en devises américaines et converti en devises canadiennes au taux de change qui prévalait au moment où les titres ont été vendus—En vertu de l'art. 40(1)a), le gain en capital est le «montant» par lequel le produit de la disposition excède le prix de base rajusté des titres—Le «montant» est exprimé en devises canadiennes—Les devises canadiennes constituent le seul étalon de valeur monétaire reconnu en droit canadien—Le coût des titres doit être exprimé en devises canadiennes au taux de change en vigueur au moment de l'acquisition et l'évaluation du produit de la disposition doit être exprimée en devises canadiennes au taux de change en vigueur au moment de la disposition—Appels rejetés—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 40(1)a).

GAYNOR C. CANADA (A-988-88, A-1005-88, A-1006-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 23-4-91, 3 p.)

**NOUVELLE COTISATION**

Demande d'injonction destinée à empêcher le M.R.N. de prendre des mesures de recouvrement en attendant que l'appel soit tranché—L'art. 225.1(3) de la Loi en vigueur depuis 1985 interdit la prise de mesures de recouvrement lorsque le contribuable a interjeté appel de la cotisation—Une nouvelle cotisation a été établie en 1983, et un avis de ratification a été signifié en 1986—Demande rejetée—L'avis de ratification n'est pas une «cotisation» au sens de la loi—L'art. 225.1(3) n'est pas rétroactif—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 225.1(3) (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116).

CORMIER C. CANADA (T-399-87, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 20-2-91, 6 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Demande présentée par la demanderesse en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire—Demande présentée par la défenderesse en vue de la radiation de la déclaration—Les deux parties fabriquent un médicament générique pour le diabète connu sous le nom de glibenclamide—Dans l'action principale, la demanderesse allègue que l'emploi par la défenderesse de la marque de commerce alpha-glibenclamide va à l'encontre des art. 7d), 10 et 11 de la Loi sur les marques de commerce—Question de savoir si la demanderesse a qualité pour assurer le respect d'un droit public—Demande d'injonction rejetée—La défenderesse subirait un préjudice irréparable si l'injonction était délivrée—La demande de radiation est rejetée—La qualité pour agir est une question de droit qui doit être tranchée en

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

vertu de la Règle 474 ou au procès, et non une requête en radiation en vertu de la Règle 419—La partie privée a une cause d'action en vertu d'une loi publique lorsque quelque intérêt spécial n'a rien de commun avec l'intérêt public—La perte de part de marché que la demanderesse risque de subir constitue un intérêt spécial—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7d), 10, 11—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 419, 474.

HOECHST CANADA INC. C. GENPHARM INC. (T-154-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date 4-4-91, 10 p.)

**CONTREFAÇON**

Trois appels, entendus ensemble, d'une décision d'une commission d'opposition aux marques de commerce dans laquelle l'agent d'audience a maintenu les oppositions à l'enregistrement des marques de commerce «United Consumers Club» et «United Consumers Club of Canada»—L'agent d'audience a conclu que l'appelante ne s'était pas acquittée de l'obligation qui lui incombeait de démontrer que les deux marques ne créaient pas de confusion avec la marque déposée «Consumers»—L'agent d'audience a également rejeté l'opposition à la marque de commerce «United Consumers Club» et au dessin—United Consumers (la requérante) a interjeté appel des deux premières décisions, et Consumers Distributing (l'opposante) a interjeté appel de la troisième—Question de savoir si les demandes créent de la confusion ou sont distinctives, compte tenu des marques de commerce employées par l'opposante au Canada—La question de la confusion est une question de fait—Appels concernant les deux premières demandes rejetés—Quant à la troisième demande, l'agent d'audience n'a pas commis d'erreur en concluant que les services offerts et la nature du commerce exercé lié aux marques sont différents—Il y a peu de ressemblance entre le dessin de la requérante et le mot «Consumers» utilisé dans la marque—L'appel de l'opposante est rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 1, 6(5).

CIE DISTRIBUTION AUX CONSOMMATEURS C. UNITED CONSUMERS CLUB INC. (T-1593-89, T-1600-89, T-1601-89, juge MacKay, jugement en date du 26-2-91, 26 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire empêchant les défenderesses de violer le droit d'auteur que possède la demanderesse sur les jeux Nintendo et de contrefaire les marques de commerce Nintendo—Elle vise également à empêcher la vente, l'importation, etc., du produit connu sous le nom de «Game Genie»—Nintendo distribue des jeux vidéos domestiques—Le codemandeur Miyamoto conçoit des jeux vidéos—Le produit «Game Genie» de la défenderesse est une cartouche qui fait le lien entre la cartouche de jeu vidéo et l'unité de contrôle, ce qui permet au joueur de modifier les caractéristiques du jeu, comme le nombre de «vies» des personnages, ou la vitesse—«Game Genie» ne modifie pas le contenu fondamental du jeu, par exemple l'objet du jeu, ou l'apparence des personnages—De plus, «Game Genie» ne modifie pas les données mémorisées dans la cartouche de jeu—Sur la boîte de «Game Genie», il est mentionné que la cartouche s'adapte au système Nintendo—Sur la boîte figure également la marque de commerce Nintendo à côté d'une stipulation d'exonération dans

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

laquelle il est déclaré que Nintendo ne fabrique pas et ne cautionne pas «Game Genie»—Le livre d'instructions porte également la marque Nintendo et contient une stipulation d'exonération—Question à trancher: quel est le critère à appliquer en vue de l'octroi d'une injonction interlocutoire?—La requérante a satisfait au critère préliminaire en montrant qu'il existe une question sérieuse à trancher, à savoir si le droit d'auteur s'applique aux jeux vidéo—Les demanderesses ne se sont pas acquittées de l'obligation qui leur incombait d'établir l'existence d'un préjudice irréparable—Les demanderesses peuvent facilement être dédommagées pour la période pendant laquelle «Game Genie» est commercialisé—La balance des inconvénients penche du côté des défenderesses—La preuve n'appuie pas l'accusation selon laquelle la défenderesse emploie les marques de commerce de la demanderesse en vue de promouvoir ses produits—L'emploi de la marque de commerce sur «Game Genie» ne vise qu'à décrire sa nature et sa qualité—La stipulation d'exonération est sans équivoque—Les deux produits en cause ne se font pas concurrence—La balance des inconvénients favorise le rejet de l'injonction—Demande rejetée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 1, art. 3.1, 14.1(1) (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 10, art. 4), 28.2 (édité, idem, art. 6)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 1, art. 22(1).

NINTENDO OF AMERICA INC. C. CAMERICA CORP.  
(T-2246-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 28-1-91, 22 p.)

**ENREGISTREMENT**

Appel de la décision dans laquelle la commission des oppositions aux marques de commerce a refusé d'enregistrer la marque de commerce «Scoop n' bake» pour des pâtes à gâteau et à muffin surgelées pour le motif qu'elle donnait une description claire—L'intimée, propriétaire de la marque de commerce «Shake 'n bake», s'oppose également à l'enregistrement pour le motif que cela créerait de la confusion—Appel accueilli—La marque n'est pas évidente en soi à titre de description des marchandises—L'affaire est renvoyée au registraire en vue d'une nouvelle décision fondée sur ces deux motifs.

TRADITION FINE FOODS LTD. C. KRAFT GENERAL FOODS CANADA INC. (T-855-90, juge Strayer, jugement en date du 4-4-91, 6 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande de *certiorari* contre la décision dans laquelle le président indépendant intimé a conclu que le détenu était coupable d'infractions disciplinaires de gravité moyenne, a infligé 35 jours d'isolement, et a ordonné le transfèrement non demandé d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale—Le dossier du détenu était sans tache depuis cinq ans—Une audience relative à la libération conditionnelle devait avoir lieu—L'intimé a rejeté la demande du requérant de se faire représenter par un avocat à l'audience—

**PÉNITENCIERS—Fin**

L'intimé a consulté le personnel correctionnel en l'absence du requérant, et n'a pas donné au requérant la possibilité de se faire entendre avant que la peine ne soit imposée—Demande accueillie—Une personne a le droit d'être représentée au besoin par un avocat pour présenter adéquatement l'affaire—L'intimé a violé le droit que possédait le requérant d'obtenir une décision juste au sujet de la question de savoir si les principes de justice naturelle prévus par l'art. 7 de la Charte exigent la présence d'un avocat, la communication des renseignements obtenus *in camera* et la possibilité de faire des observations au sujet de la peine à imposer—Le même président indépendant avait déjà été assujéti à un examen pour avoir commis la même erreur dans une autre affaire quelques mois avant l'audience—Le président indépendant s'est montré manifestement injuste—S'il est réintégré, la procédure devra avoir lieu devant un autre président indépendant—Les dépens sur la base-procureur-client sont adjugés au requérant—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

KOEHLER C. ÉTABLISSEMENT DE WARKWORTH  
(T-822-90, juge Muldoon, jugement en date du 26-3-91, 13 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle le détenu avait été placé en isolement—Le requérant a été arrêté pour diverses infractions (meurtre, possession d'armes à autorisation restreinte, tentative de meurtre, et vol qualifié) pendant qu'il était sous surveillance obligatoire à la suite d'un vol qualifié—Le dossier du détenu comprenait des condamnations pour évasion et pour possession de stupéfiants dans le but d'en faire le trafic—L'intimé n'a pas divulgué le nom des informateurs qui alléguaient que le requérant cherchait, en proférant des menaces de violence à leur endroit et à l'endroit de leur famille, à forcer d'autres personnes à obtenir et à faire introduire des stupéfiants dans l'établissement—L'intimé allègue que d'autres détenus ont demandé l'isolement en vue d'être protégés contre le requérant—Les informateurs anonymes ont révélé le projet d'évasion—Le présumé projet d'évasion a donné lieu à une enquête et une arrestation a eu lieu par suite de la tentative d'obtenir des armes automatiques—Demande rejetée—On n'a pas violé les règles d'équité en ne donnant pas plus de renseignements au requérant—La décision de placer le détenu en isolement est une décision administrative—Les règles d'équité sont moins rigides dans le cas d'une décision visant au bon fonctionnement de l'établissement que dans le cas où il s'agit d'établir la culpabilité: *Gallant c. Canada*, [1989] 3 C.F. 352 (C.A.)—Le pouvoir discrétionnaire de la direction de l'établissement constitue une limite raisonnable des règles de justice prévues par l'art. 7 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

FENGSTAD C. ÉTABLISSEMENT KENT (T-276-91, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 28-3-91, 10 p.)

## PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE  
PRÉALABLE*Production de documents*

Demande présentée par la demanderesse en vue de l'obtention, conformément aux Règles 460 (maintenant 461) et 465 (maintenant 458) des Règles de la Cour fédérale, d'une ordonnance visant à radier la défense déposée par la défenderesse et à faire inscrire un jugement contre la défenderesse qui avait omis de se conformer aux Règles 447 et 448 ainsi qu'à une ordonnance antérieure de la Cour—La défenderesse a omis de produire les documents demandés en vertu de la Règle 447—La demanderesse a demandé à la Cour fédérale, conformément à la Règle 448, une ordonnance exigeant entre autres que la défenderesse produise une liste de documents—L'ordonnance énonçait également les détails concernant les interrogatoires préalables—Les conditions de l'ordonnance n'ont pas entièrement été satisfaites—La liste de documents semblait être incomplète, le témoin n'avait pas consulté tous les documents pertinents, et il n'y avait eu aucun affidavit attestant l'exactitude de la liste de documents conformément à l'ordonnance—Examen des modifications apportées aux Règles de la Cour fédérale le 7 décembre 1990, en ce qui concerne les interrogatoires préalables et la production des documents—Les Règles 447 et 448 qui s'appliquaient auparavant sont réputées s'appliquer en l'espèce étant donné que la défenderesse a produit une liste de documents avant que les Règles eussent été modifiées—La demande visant à faire radier la défense présentée par la défenderesse est rejetée—La radiation de la défense est un redressement draconien qui ne devrait être accordé que si la conduite de la défenderesse constitue un emploi abusif des procédures—La conduite de la défenderesse en l'espèce ne constitue pas un emploi abusif des procédures—L'omission de satisfaire aux conditions de l'ordonnance antérieure était un simple oubli—Le redressement subsidiaire est également refusé par suite du défaut d'avis—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15), Règles 447, 448, 458 (autrefois 465), 461 (autrefois 460).

H. SMITH PACKING CORP. C. GAINVIR TRANSPORT LTD.  
(T-2306-87, juge Mackay, ordonnance en date du 17-4-91,  
12 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Taxation des dépens entre parties de la défenderesse—Le fait que le demandeur est détenu dans un pénitencier n'est pas pertinent—La capacité de payer n'est pas un élément dans la taxation des dépens—Il n'est pas nécessaire de tenir une audience—Les dépens sont taxés et adjugés jusqu'à concurrence de la somme de 360 \$ demandée.

OLSON C. CANADA (T-96-90, officier taxateur Smith,  
ordonnance en date du 10-4-91, 3 p.)

## PRATIQUE—Suite

MODIFICATION DES DÉLAIS

Demande en vue de la prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel concernant une opposition à une marque de commerce—Les intimées sont bien avancées dans leurs négociations avec l'autre opposante—Demande rejetée—L'intimée subirait un préjudice—Le fait que la requérante a comparu pour son compte ne justifie pas en soi une prorogation.

FOOD ROLL SALES (NIAGARA) LTD. C. 627748 ONTARIO  
LTD. (91-T-76, juge Reed, ordonnance en date du 16-4-91,  
3 p.)

## PLAIDOIRIES

*Modifications*

Appel d'une ordonnance autorisant la modification de la déclaration en vue de permettre des allégations de fraude et une demande de dommages-intérêts punitifs—Appel accueilli—La modification ne contient pas d'exposé précis de faits essentiels—Elle ne contient pas de détails au sujet des allégations—Le juge ne peut pas autoriser une modification qui contrevient aux Règles—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 408(1), 415(1).

BANDE INDIENNE DE WEWAYAKUM C. BANDE INDIENNE  
DE WEWAYAKAI (A-456-90, juge Pratte, J.C.A., ordonnance  
en date du 24-4-91, 3 p.)

*Requête en radiation*

Requête visant à faire radier les avis de comparution signifiés par la demanderesse conformément à la Règle 462—Aucun motif impérieux d'accorder le redressement demandé—Le fait que l'affaire a traîné en longueur ne justifie pas la prorogation du délai—Les modifications apportées aux plaidoiries par suite du désistement récent par Jean Bousquet sont de nature mineure—Quant aux autres engagements allégués par la requérante, il s'agit d'une question de commodité seulement—L'avocat et les défenderesses ne subiront pas un préjudice si les interrogatoires préalables ont lieu à la date fixée—Si les interrogatoires préalables ont lieu rapidement, l'action pourrait être jointe à une autre—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 462 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

JEAN CACHAREL S.A. C. BARMISH INC. (T-205-83, juge  
Reed, ordonnance en date du 18-4-91, 3 p.)

L'appelant a demandé la radiation de l'affidavit de l'intimé—L'appelant a déposé un avis d'appel—L'appelant a signifié l'affidavit à l'appui de l'avis le 13 septembre—L'intimé a déposé son affidavit le 23 novembre—L'intimé n'a pas déposé de réponse—L'intimé n'a présenté aucune requête pour obtenir l'autorisation de déposer la réponse après les délais—Requête



**PRATIQUE—Suite**

accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 704.

**BARRIGAR & OYEN C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE)** (T-2272-90, juge Strayer, ordonnance en date du 25-3-91, 2 p.)

La déclaration a été déposée avant que le demandeur ne soit représenté par un avocat—Des paragraphes de la déclaration ont été radiés avec autorisation de motifier—Les plaidoiries sont en bonne partie futiles et vexatoires—La plaidoirie porte sur la preuve, et non sur les faits—Depuis le dépôt, le délai de prescription est échu.

**MACDONALD C. CANADA** (T-3236-90, juge Reed, ordonnance en date du 19-4-91, 4 p.)

**PRESCRIPTION**

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen de la décision dans laquelle le Conseil canadien des relations du travail a

**PRATIQUE—Fin**

décidé de ne pas entendre une plainte pour le motif qu'elle avait été déposée en dehors des délais—L'emploi du requérant a pris fin en 1979—Le requérant a alors demandé au syndicat d'intervenir—Le syndicat a informé le requérant en 1981 que le congédiement était jugé justifiable—Le requérant allègue qu'il a vu l'avis écrit de congédiement pour la première fois en 1989—L'art. 97(2) du Code canadien du travail exige que la plainte contre le syndicat soit présentée dans un délai de quatre-vingt-dix jours—Demande rejetée—Le Conseil n'a pas commis d'erreur en décidant que le requérant savait ou aurait dû savoir en 1981 que le syndicat ne contesterait pas la validité du congédiement—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 97(2).

**WALKER C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL)** (A-92-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 25-4-91, 4 p.)



# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## AGRICULTURE

Action en vue de l'obtention d'une indemnité en vertu de l'art. 12(1) de la Loi sur les maladies et la protection des animaux—Les moutons du requérant ont été détruits par le vétérinaire d'Agriculture Canada par suite du risque de maladie; le requérant a été indemnisé—Le requérant n'a touché aucune indemnité pour un autre mouton qui n'était pas visé par l'art. 11(1) de la Loi—Loi sur les maladies et la protection des animaux, L.R.C. (1985), chap. A-11, art. 11(1), 12(1).

MAULSON C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE)  
(P-9-90, juge Reed, jugement en date du 9-5-91, 3 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de révision d'une décision rendue par le juge-arbitre au sujet du droit de l'intimée, une enseignante, de recevoir des prestations en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—Question de savoir si le juge-arbitre a eu raison de conclure que le contrat de travail dans l'enseignement de l'intimée avait «pris fin» au sens de l'art. 46.1(2)a) du Règlement sur l'assurance-chômage—Si le juge-arbitre a eu tort, question de savoir si l'art. 46.1(2)a) viole l'art. 15(1) de la Charte—L'intimée avait passé un contrat lui reconnaissant la permanence—L'intimée est tombée malade en décembre 1985, et elle n'a pas pu enseigner pendant le reste de l'année scolaire—Le congé de maladie de l'intimée a expiré le 7 mai 1986, après quoi elle a présenté une demande de prestations d'assurance-chômage en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—La demande a été rejetée parce qu'elle portait sur la période de congé annuel—Le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que le contrat de l'intimée avait pris fin en se fondant sur une preuve supplémentaire qui n'avait pas été présentée au conseil arbitral étant donné qu'il n'a pas le droit de s'appuyer sur une nouvelle preuve lorsqu'il ne s'agit pas d'un procès *de novo*, mais d'un appel—Le juge-arbitre a également mal interprété l'expression «a pris fin»—Le contrat de travail et l'Education Act de la Nouvelle-Écosse énoncent tous les deux les circonstances permettant de mettre fin au contrat—Les événements ne constituaient pas une cessation d'emploi au sens du contrat ou de la Loi—Le résultat est malheureux pour l'intimée, mais la Loi l'exige—La distinction dans le Règlement entre les enseignants malades et les autres employés malades ne se rapporte pas à une caractéristique personnelle, mais à l'emploi, et elle n'est donc pas visée par l'art. 15(1) de la Charte: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Canada (Procureur général) c.*

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

*George* (1990), 33 C.C.E.L. 121 (C.A.F.)—Demande accueillie, décision du juge-arbitre annulée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 46.1(2)a) (édicte par DORS/80-536; 85-711)—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. TAYLOR (A-681-90,  
juge Stone, J.C.A., jugement en date du 7-6-91, 14 p.)

## BREVETS

Question de savoir si l'octroi d'une licence obligatoire par le commissaire aux brevets doit être annulé—Dans *Syntex Pharmaceuticals International Ltd. c. Medicchem Inc.* (1990), 28 C.P.R. (3d) 1 (C.A.F.), la licence ainsi que la redevance ont été annulées—Toutefois, il existe une distinction entre *Syntex* et la présente affaire, étant donné qu'en l'espèce, il n'est pas prouvé que le commissaire a uniquement pris en considération l'existence de demandes connexes plutôt que leur contenu—Rien dans le dossier ne permet d'étendre cet examen à la redevance en question—La déclaration que le commissaire a faite au sujet de ce qu'il avait examiné doit être prise au pied de la lettre—La Loi permet de faire une distinction entre la décision erronée que le commissaire a prise au sujet de montant de la redevance et la décision qu'il a prise au sujet de la licence: art. 41(4) de la Loi sur les brevets—Décision du commissaire annulée dans la mesure où elle se rapporte à la question de la redevance, et renvoyée au commissaire pour qu'il reçoive tout élément de preuve requis et fixe par la suite la redevance en tenant compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix tout en accordant au breveté une juste rémunération pour l'invention—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(4).

AMERICAN HOME PRODUCTS CORP. C. APOTEX INC.  
(A-417-85, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 21-6-91, 5 p.)

Appel de la décision rendue par le commissaire aux brevets au sujet du taux de la redevance à fixer conformément à l'art. 39(5) de la Loi sur les brevets—Appel rejeté—Le commissaire disposait de la preuve requise pour fixer la redevance—Le commissaire a examiné de façon minutieuse et

**BREVETS—Fin**

approfondie la preuve présentée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 39(5).

ELI LILLY AND CO. C. APOTEX INC. (A-578-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 15-5-91, 2 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

## DEMANDES DE RÉVISION

Le juge-arbitre a commis une erreur de droit en concluant que l'intimé avait une raison valable de quitter son emploi—Demande accueillie et affaire renvoyée au juge-arbitre étant donné que l'intimé a quitté son emploi «sans justification» au sens de l'art. 41(1) de la Loi sur l'assurance-chômage—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 41(1).

CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) C. LYNK (A-721-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 23-5-91, 2 p.)

**COURONNE**

## CONTRATS

Action intentée par suite de l'augmentation des frais d'exploitation prévus par le bail—La demanderesse réclame les frais d'exploitation excédentaires, et notamment les salaires et les avantages, l'assurance et le système avertisseur, l'électricité et le chauffage, le nettoyage, l'entretien et les réparations, et les frais généraux d'administration et d'exploitation—Selon la défenderesse, cela ne comprend que le combustible, l'électricité et le nettoyage—Le bail prévoit que le locataire est responsable de sa quote-part des «frais d'exploitation excédentaires», définis comme étant l'excédent des frais d'exploitation sur les frais d'exploitation pour l'année de référence—Les «frais d'exploitation» pour l'année de référence sont définis comme étant le total des sommes payées par la bailleuse pour le combustible, l'électricité et le nettoyage—Les autres services réclamés par la demanderesse ne sont pas compris—Ils doivent être assumés par la bailleuse—Action rejetée.

RHYTHM INVESTMENTS INC. C. CANADA (T-1459-89, juge Dubé, jugement en date du 11-6-91, 4 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR L'ACCISE

Appel du jugement dans lequel le protonotaire en chef a déclaré que l'intérêt de la demanderesse n'était pas affecté par la saisie d'un véhicule à moteur en vertu de l'art. 164 de la Loi sur l'accise—L'ex-conjoint de la demanderesse a été arrêté pour possession illégale de cigarettes en vertu de la Loi sur l'accise; la camionnette de la réclamante a été saisie—En vertu de l'art. 164, la personne qui est innocente de toute complicité dans l'infraction qui a eu pour résultat la saisie a droit à une ordonnance déclarant que son intérêt n'est pas affecté par la saisie—L'ordonnance du protonotaire ne montre pas qu'il a examiné la

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

question de savoir si la demanderesse avait pris toutes les mesures voulues pour s'assurer que le véhicule ne serait pas utilisé en violation de la Loi sur l'accise: art. 164(2)b)—Il incombe au réclamant de montrer qu'il a pris toutes les mesures voulues: *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise, The v. Industrial Acceptance Corporation Limited*, [1959] R.C.S. 645—La partie qui prétend avoir un intérêt doit procéder à une enquête particulière—L'art. 164(2) impose au réclamant l'obligation de faire au moins un acte positif et de prendre des mesures concrètes pour se rassurer: *Re MacDonald (F. Earle) Ltd.*, [1955] 114 C.C.C. 299 (C.S. Î-du-P.-É.)—La réclamante savait que son ex-conjoint avait été reconnu coupable de deux infractions liées à la possession illégale de cigarettes—Il ne suffit pas que la réclamante se retranche passivement derrière l'opinion favorable qu'elle a de son ex-conjoint: *Sous-ministre du revenu national (douanes et accise) c. McLean*, [1956] B.R. 863—La réclamante n'a pas pris toutes les mesures voulues puisqu'elle a permis à son ancien mari d'utiliser la camionnette pour s'adonner à des activités qui ont donné lieu au trafic illégal de cigarettes—L'art. 164 ne va pas à l'encontre de la Charte étant donné que la protection des biens n'est pas envisagée par la Charte: *Porter c. Canada*, [1989] 3 C.F. 403 (1<sup>re</sup> inst.)—Appel accueilli—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), chap. E-12, art. 164.

ZLOTNICK C. CANADA (T-273-91, juge Dubé, jugement en date du 7-5-91, 6 p.)

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel d'un jugement de première instance, [1991] 1 C.F. F-5 (1<sup>re</sup> inst.), dans lequel il a été jugé que les «transporteurs de minerai» de l'appelante sont des «véhicules» au sens de l'art. 21(3.1)c) de la Loi—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 21(3.1) (mod. par. S.C. 1986, chap. 9, art. 11).

WESTAR MINING LTD. C. CANADA (A-844-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 6-6-91, 1 p.)

## LOI SUR LES DOUANES

Appel de la décision prise par le MRN à l'égard de marchandises appartenant à la demanderesse qui avaient été saisies pour le motif qu'il s'agissait de marchandises non déclarées—Les marchandises saisies étaient des bijoux—Question de savoir si les bijoux apportés par la demanderesse au Canada sont les mêmes que ceux qu'elle avait emportés en Inde, de sorte qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 12 de la Loi sur les douanes—La demanderesse a reconnu que les bijoux avaient été remodelés en Inde—Le mari de la demanderesse représentait celle-ci—Bijoux photographiés avant le départ en Inde—Aucune description précise des bijoux avant le départ n'a été offerte en preuve, à l'exception de l'évaluation effectuée par le bijoutier, laquelle porte sur plus de bijoux qu'il n'en a été saisi—Les photographies ne sont pas assez nettes pour présenter une image détaillée des bijoux—Absence de preuve concernant le remodelage—L'absence d'intention ou de motif de faire de la contrebande n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer le

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

bien-fondé de la saisie effectuée par le ministre—Il incombe à la personne qui réclame l'exemption de faire la preuve qu'elle y a droit—La demanderesse ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombait étant donné qu'aucune preuve n'a été présentée pour établir que les articles saisis étaient ceux qui avaient été évalués avant le départ—L'art. 135 de la Loi sur les douanes n'énonce pas les exigences s'appliquant à l'appel et ne précise pas la nature de celui-ci—La Cour interprète la disposition comme prévoyant la tenue d'un procès *de novo*, en ce sens qu'elle n'est pas obligée de s'en tenir à la preuve dont disposait le ministre—De plus, la Cour ne modifiera la décision que si l'on a omis d'observer un principe de justice naturelle ou de se conformer au pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, ou encore s'il existe une erreur de droit ou une conclusion de fait arbitraire—La Cour n'est pas convaincue que pareille erreur ait été commise en l'espèce—Action rejetée—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 1, art. 12 (mod. par L.R.C. (1985), (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 41, art. 119), 131, 135 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 49).

MATTU C. M.R.N. (T-675-89, juge MacKay, jugement en date du 14-6-91, 14 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTRE DES DROITS

*Procédures criminelles et pénales*

Fouille, perquisition ou saisie—Requête en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire et d'une injonction interlocutoire—La demanderesse est une société canadienne qui vend des engrais biologiques aux agriculteurs—Les produits de la demanderesse n'étaient pas enregistrés en vertu de la Loi sur les engrais—En novembre 1990, les inspecteurs du ministère de l'Agriculture ont saisi le produit de la demanderesse ainsi que certains documents—D'autres documents ont été saisis conformément à un mandat de perquisition en mars 1991, et la demanderesse a par la suite été accusée d'avoir violé la Loi sur les engrais—Question de savoir si les saisies ont été effectuées conformément à la Loi—On ne sait pas exactement en vertu de quelle disposition de la Loi la perquisition a été effectuée—Il est possible de soutenir que le ministre a excédé son pouvoir—Question de savoir si la saisie allait à l'encontre de l'art. 8 de la Charte—Une question difficile ne doit pas être tranchée dans le cadre d'une procédure interlocutoire; par conséquent, aucune ordonnance n'est rendue en vue de déclarer la saisie illégale—Il est douteux que la Cour ait compétence pour rendre des jugements déclaratoires provisoires—La demanderesse obtient une injonction interlocutoire contre le ministre—Les parties ont convenu qu'il y a une question sérieuse à trancher—Si l'injonction n'était pas accordée, la demanderesse subirait un préjudice irréparable—Le ministre ayant saisi 90 % des stocks de la demanderesse, cette dernière risque fort d'être forcée à fermer ses portes—La prépondérance des inconvénients favorise la demanderesse étant donné que le ministre ou le public ne subiraient aucun préjudice irréparable si l'injonction était accordée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], art. 8.

MODERN ORGANICS INC. C. CANADA (T-498-91, juge Collier, jugement en date du 27-3-91, 10 p.)

**DROIT MARITIME**

## PRATIQUE

Le demandeur, qui est défendeur dans les actions principales intentées devant la Cour de l'Ontario, Division générale, demande un jugement déclaratoire au sujet du droit à la limitation de la responsabilité en vertu des art. 575 et 577 de la Loi sur la marine marchande du Canada—Il est préférable que toutes les questions en litige soient tranchées par la même cour—La Cour de l'Ontario peut examiner la question d'une façon plus complète que la présente Cour—La Cour n'est pas certaine que la question aurait pu être tranchée au moyen d'une requête, sans preuve testimoniale—Demande suspendue au cas où un problème de compétence se poserait—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 575, 577.

HARRISON C. NELSON (T-2874-89, juge Strayer, ordonnance en date du 26-6-91, 3 p.)

Appel de l'ordonnance dans laquelle le protonotaire en chef a annulé le mandat de saisie décerné contre le navire défendeur et a ordonné la libération de la sûreté—La Cour d'appel doit déterminer, en vertu de la Règle 336(5) des Règles de la Cour fédérale, si, d'après la preuve pertinente et compte tenu de l'état actuel du droit canadien pertinent, le protonotaire en chef a commis une erreur en rendant l'ordonnance—L'action principale découle du fait que la demanderesse a fourni du mazout au navire défendeur—En rendant sa décision, le protonotaire en chef a été fortement influencé par la mention [TRADUCTION] «pour le compte des affréteurs» figurant sur la copie du récépissé du mazout—La demanderesse a déposé le document sans expliquer comment ces mots avaient été inscrits sur le récépissé—On peut donc comprendre comment une décision défavorable à la demanderesse a pu être rendue—La demanderesse n'invoque pas un droit d'action *in personam* contre les propriétaires du navire défendeur—L'absence de pareille affirmation, ainsi que de quelque allégation selon laquelle les propriétaires du navire avaient autorisé l'achat du mazout en question, était pertinente en vue de la décision—Compte tenu de la preuve, la Cour ne peut pas conclure que le protonotaire en chef a commis une erreur nécessitant l'intervention judiciaire—Question de savoir si le protonotaire en chef a correctement interprété le droit relatif à la recevabilité d'une action *in rem* lorsqu'aucun droit d'action *in personam* contre le propriétaire du navire ne peut être établi—La décision était juste étant donné qu'une action *in rem* contre un navire n'est possible que si un droit d'action *in personam* existe contre les propriétaires du navire: *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.)—Question de savoir si le protonotaire en chef a en fait rendu une décision au fond dans l'action et si c'est une raison suffisante d'annuler l'ordonnance qu'il a rendue—La Cour ne doit rendre pareille décision que dans les cas les plus clairs—Étant donné que le protonotaire en chef n'a pas commis

**DROIT MARITIME—Fin**

d'erreur de droit ou de fait, il n'existe aucun motif permettant d'intervenir.

FRISOL BUNCKERING B.V. C. ALEXANDRIA (LE) (IN REM) (T-2732-90, juge Joyal, jugement en date du 17-6-91, 12 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande présentée en vue de l'annulation de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne d'instruire la plainte déposée contre la demanderesse pour le motif (i) que la plainte avait été déposée en dehors du délai d'un an fixé par la Loi; (ii) que la Commission n'a pas observé les règles d'équité dans la procédure en décidant de procéder sans révéler les motifs de sa décision et sans donner à la demanderesse l'occasion de faire des observations en connaissance de cause; et (iii) qu'il y a manque de diligence, manquement à la justice naturelle et omission d'observer les règles d'équité dans la procédure en ce sens que le retard extrême à examiner la demande a causé un préjudice à la demanderesse—Le plaignant a travaillé pour la demanderesse de 1959 à 1984, période pendant laquelle il a fréquemment été assujéti à des mesures disciplinaires par suite de sa conduite au travail, et notamment d'infractions liées à la consommation d'alcool—Le plaignant a été congédié en décembre 1984 conformément à une convention prévoyant que l'employé qui se présentait au travail en état d'ébriété pouvait être congédié en cas de récidive—Le grief fondé sur la convention a été rejeté en mars 1985—Le plaignant a d'abord communiqué avec la Commission en avril 1985, mais le personnel de la Commission lui a conseillé avec instance de s'adresser, par l'entremise du syndicat, à Travail Canada et au Conseil canadien des relations du travail—En février 1987, le plaignant a déposé auprès de la Commission une plainte dans laquelle il alléguait que la demanderesse avait commis un acte discriminatoire à son endroit, en refusant de continuer à l'employer en raison de sa déficience (l'alcoolisme) en violation de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La Commission a décidé d'examiner la plainte, bien qu'elle eût été déposée en dehors du délai d'un an, étant donné que le plaignant avait communiqué avec elle avant l'expiration du délai—En juin 1987, la demanderesse a soutenu que le plaignant était représenté par deux avocats qui connaissaient très bien les exigences relatives au dépôt d'une plainte—Quinze mois plus tard, la Commission a informé la demanderesse qu'elle avait l'intention d'examiner la plainte—En juillet 1988, le plaignant a déposé une seconde plainte dans laquelle il alléguait que la demanderesse avait commis un acte discriminatoire à son endroit en concluant une convention et en fixant une ligne de conduite annihilant ses chances d'emploi en violation de l'art. 10—Le plaignant a allégué que la ligne de conduite discriminatoire continuait, de sorte que le délai ne s'appliquait pas—En novembre 1988, la Commission a laissé savoir à la demanderesse que la seconde plainte ferait l'objet d'une requête—En février 1989, la demanderesse a répondu—En juin 1990, la Commission a demandé une rencontre pour examiner les dossiers du personnel et les lignes de conduite pertinentes de l'employeur et pour identifier les témoins disponibles—La présente requête a été

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

présentée en janvier 1991—La demanderesse a subi un grave préjudice par suite des retards—La demanderesse n'a pu trouver qu'un seul des superviseurs du plaignant, et la mémoire de celui-ci lui faisait défaut vu le temps qui s'était écoulé—Affaire-type en ce qui concerne (1) la reconnaissance de l'alcoolisme en tant que déficience, les mesures à prendre en vue du traitement au lieu du congédiement, et la question de savoir si une conduite par ailleurs inexcusable constitue un motif de congédiement si elle est causée par l'alcool et (2) la question de savoir si la clause de la convention conclue par le syndicat prévoyant certains motifs de congédiement, et notamment l'alcoolisme, est valide étant donné qu'elle irait à l'encontre de l'art. 10 de la Loi—Seule la Commission a compétence pour statuer sur le bien-fondé—L'obligation d'agir équitablement s'applique aux employeurs et aux employés—La demande ne peut pas être accueillie en ce qui concerne le premier motif, étant donné que le plaignant a communiqué avec la Commission avant l'expiration du délai d'un an et que la Commission a contribué aux retards—Les règles d'équité dans la procédure ont été respectées étant donné que la demanderesse a eu l'occasion de répondre à la décision de procéder—Demande accueillie en ce qui concerne le troisième motif—Indépendamment de l'art. 7 de la Charte, les critères énoncés dans *Kodellas c. Sask. Human Rights Comm.*, [1989] 5 W.W.R. 1 (C.A. Sask.) au sujet de ce qui constitue un retard déraisonnable s'appliquent—La Commission est débordée de travail et manque de personnel, mais le retard à procéder est extraordinaire et inacceptable—Renvoi à un jugement dans lequel la Cour suprême du Canada a reconnu que même les plaintes graves en matière pénale doivent être rejetées s'il y a un retard déraisonnable, non attribuable à l'accusé—Le renvoi à la Commission et la tenue d'une enquête devant la Commission nécessitant une preuve étendue et des frais exorbitants causeraient préjudice à la demanderesse—Informée en septembre 1988, la demanderesse a attendu au mois de janvier 1991 pour présenter la demande, mais le délai qui s'est écoulé entre le mois de février 1987 et le mois de septembre 1988, pendant que la Commission déterminait si elle devait examiner la plainte et les retards subséquents, lorsqu'il s'est agi d'enquêter sur les plaintes, sont si longs et préjudiciables que cela constitue une violation de l'obligation d'agir équitablement—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 2, 7, 10, 41e).

MOTORWAYS DIRECT TRANSPORT LTD. C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-29-91, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 22-4-91, 18 p.)

**EXPROPRIATION****PRATIQUE**

Demande fondée sur l'art. 18 de la Loi sur l'expropriation en vue de l'obtention d'une décision au sujet de l'état du titre concernant cinq parcelles de terre, à Portugal Cove (Terre-Neuve)—Étant donné qu'aucun droit n'a été revendiqué à l'égard des parcelles «G», «H» et «K», il est déclaré que la propriété bénéficiaire desdites parcelles était dévolue à la province immédiatement avant l'enregistrement de l'avis—Indemnité payable en conséquence—Aucune revendication n'a été faite à l'égard des parcelles «I» et «J», et le droit exproprié est donc

**EXPROPRIATION—Fin**

transmis à la Couronne du chef du Canada sans obligation de payer quelque indemnité à leur égard—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), chap. E-21, art. 18.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. TERRE-NEUVE (T-2129-90, juge Martin, décision en date du 15-5-91, 5 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

La requérante a eu gain de cause dans un appel contre la façon dont le comité de sélection avait apprécié ses connaissances—Ses aptitudes n'ont jamais été évaluées parce qu'elle avait échoué sur l'aspect connaissances de ses qualifications—Demande visant à faire annuler la décision dans laquelle le second comité d'appel avait conclu que la requérante ne pouvait pas contester la manière dont ses aptitudes avaient été évaluées par le comité de sélection après le premier appel—Demande accueillie—Le comité d'appel a commis une erreur—Il est ordonné à la Commission de la fonction publique de constituer un nouveau comité d'appel différemment constitué—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 21.

HANSEN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-1016-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 28-5-91, 2 p.)

**GRC**

Action en dommages-intérêts et en vue de l'obtention de redressements fondés sur la Charte—Des agents de la GRC ont reçu par téléphone des renseignements qui les ont amenés à soupçonner un cas de séquestration et d'extorsion—Des agents de la GRC sont entrés par la force dans un appartement pour le motif qu'une infraction avait été ou était commise—Renseignements erronés—Les occupants ont pris la fuite—Le demandeur a été blessé à un doigt de la main gauche lorsqu'il a enjambé la balustrade du balcon, et a subi des ecchymoses au dos lorsqu'on lui a mis des menottes—Question de savoir si la GRC avait des motifs raisonnables d'entrer par la force et d'arrêter le demandeur—La question de savoir si la police a agi d'une manière légitime doit être fondée sur les faits particuliers de l'espèce—Un agent de police est fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint de faire et à employer la force nécessaire si des motifs raisonnables et probables justifient la chose: art. 25(1) du Code criminel—Cette disposition ne donne pas carte blanche au policier—De simples soupçons ne constituent pas des motifs raisonnables—On ne peut pas s'appuyer sur une simple affirmation; les circonstances sous-jacentes doivent être découvertes—Dans les affaires citées, il est fait mention du caractère raisonnable des mesures prises par la police—Aucune des affaires citées devant la Cour ne correspond aux faits de l'espèce—La Cour conclut que les agents de police se sont identifiés en entrant dans

**GRC—Suite**

l'appartement—Il incombe aux policiers de montrer qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables, fondés sur les renseignements obtenus avant d'entrer par la force dans l'appartement—Le frère d'un homme qui était dans l'appartement avait communiqué avec la police—Il avait reçu un appel téléphonique de son frère, ce qui lui a fait craindre à bon droit que celui-ci était en danger—Il avait des motifs raisonnables et probables de croire que son frère était en danger—Les policiers ont cru l'histoire, mais ils n'ont pas immédiatement pris des mesures—La vérification effectuée par les policiers montrait que le propriétaire de l'appartement avait un dossier criminel et qu'il était violent—Les renseignements que possédaient les policiers justifiaient les mesures qu'ils ont prises—Il était normal d'entrer par la force compte tenu des circonstances—Les autres mesures proposées par le défendeur que les policiers auraient pu prendre n'étaient raisonnables qu'une fois connue la situation véritable—Les droits du demandeur n'ont pas été violés pendant l'opération de police—Le demandeur a reçu l'avertissement habituel et a été informé de ses droits après son arrestation—Les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de prendre les mesures qu'ils ont prises—Toutefois, s'il avait été conclu à la responsabilité, le montant des dommages-intérêts aurait été fixé à 4 000 \$ pour la blessure au doigt, une somme additionnelle de 4 000 \$ étant accordée pour l'arrestation et la détention illégales—Question de savoir si la Couronne peut être tenue responsable de la blessure que le demandeur a subie au doigt—C'est l'action du demandeur qui a entraîné sa blessure, ce que les agents qui étaient sur les lieux ne pouvaient pas prévoir—Le demandeur s'est blessé à cause de ses propres faits et gestes et il ne peut donc pas être indemnisé—Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 25(1).

TRIPPELL C. CANADA (T-950-86, juge Joyal, jugement en date du 3-6-91, 27 p.)

Demande visant à interdire au commissaire de la GRC de procéder à la tenue d'une enquête interne—Question de savoir s'il y a eu un retard extraordinaire dans la procédure disciplinaire—Dès qu'on a décidé de porter des accusations contre l'agent, le seul retard dont la Cour peut tenir compte est celui qui s'est écoulé avant le dépôt de la dénonciation—Il est conforme à la pratique normale d'attendre l'issue du procès au pénal avant de mener à terme la procédure disciplinaire interne—Après la période d'enquête, la GRC a présenté un rapport au procureur général qui lui a conseillé de porter des accusations—Les accusations ont été portées, et après que l'agent eut été acquitté par le jury, on lui a signifié avis de l'intention de poursuivre la procédure disciplinaire—Dans de nombreux cas, la procédure pénale doit être menée à terme avant que des mesures disciplinaires internes soient prises—Par conséquent, le retard n'était pas déraisonnable—La procédure interne devant un comité de discipline et la procédure pénale sont fondées sur les mêmes allégations, mais il s'agit de procédures différentes qui ne constituent pas une double incrimination—L'argument selon lequel il faut considérer que le verdict rendu par le jury a réglé toutes les questions n'est pas retenu—Le verdict rendu par le jury n'équivaut pas à un jugement réfléchi prononcé par un juge—Certains arguments invoqués par le demandeur sont

## GRC—Fin

d'ordre conjectural et ne justifient pas le redressement extraordinaire demandé—Les situations de double responsabilité conduisent à une double enquête nécessaire, l'une sur le plan pénal et l'autre sur le plan de la discipline—Demande rejetée.

BRUNELLE C. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-2825-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 3-4-91, 8 p.)

## IMMIGRATION

## EXPULSION

Étant donné que le bien-fondé de l'ordonnance d'expulsion n'est pas contesté, la Cour n'a pas compétence pour annuler ou suspendre l'exécution de l'ordonnance.

ÉTIENNE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1490-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 6-6-91, 1 p.)

Demande visant à faire annuler une ordonnance d'expulsion—Le requérant, qui est citoyen des Philippines, est demeuré au Canada après l'expiration de son permis de visiteur—Avant l'expiration du permis, il avait cherché à revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention—Il a été informé qu'il pouvait uniquement le faire dans le cadre d'une enquête menée en vertu de la Loi—Une fois le permis expiré, le requérant s'est présenté à un agent d'immigration pour l'informer qu'il se trouvait toujours au Canada; celui-ci a rédigé le rapport prévu à l'art. 27 et il y a déclaré que le requérant était demeuré au pays après l'expiration de son permis de visiteur—Pendant l'enquête qui a suivi, le requérant a revendiqué le statut de réfugié—La revendication a été rejetée par le ministre, mais elle a finalement été accueillie par la Commission d'appel de l'immigration—Le ministre délivrait habituellement un permis en vertu de l'art. 37 aux réfugiés de sorte qu'à la reprise de l'enquête, il soit conclu que le requérant était légalement au Canada—La demande de permis a été rejetée—À la reprise de l'enquête, l'arbitre a refusé de permettre au requérant d'interroger les agents d'immigration afin d'établir (1) qu'il avait été induit en erreur lorsqu'on lui avait dit que la revendication du statut de réfugié pouvait uniquement être présentée dans le cadre d'une enquête et (2) que le permis ministériel avait injustement été refusé—Il a été conclu que le requérant était illégalement au Canada et une ordonnance d'expulsion a été prise—Le requérant soutient que le refus d'entendre les agents d'immigration constitue un déni de justice naturelle—Demande rejetée—L'arbitre a eu raison de conclure que les faits que les témoins devaient établir ne se rapportaient pas à la question de savoir si le requérant était légalement au Canada—L'arbitre ne cesse pas d'être compétent parce que le permis a apparemment été injustement refusé—À supposer que la décision erronée eût été annulée et que la demande de permis eût été présentée devant le ministre, l'affaire *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, établit que le fait que la demande de permis est pendante n'empêche pas l'arbitre de procéder à l'enquête—Loi sur l'immigration de 1976, S.C.

## IMMIGRATION—Suite

1974-75-76, chap. 52, art. 27(2)e), 37, 47—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

DEE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-147-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 26-6-91, 5 p.)

## PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention de l'autorisation d'avoir une audience et de l'autorisation de demander un bref de prohibition empêchant l'arbitre de procéder tant que le requérant n'aura pas eu pleinement l'occasion de présenter des preuves et de faire des observations orales, ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* enjoignant à l'arbitre de donner au requérant une occasion raisonnable de présenter des preuves et de faire des observations orales—1400 pages de «preuves» ont déjà été produites—L'arbitre a exigé des observations écrites et a limité les observations orales à quarante-cinq minutes—Demande rejetée—Il n'y a pas eu violation de la Loi sur l'immigration, de l'obligation d'agir d'une manière équitable ou des règles de justice naturelle—L'art. 29 de la Loi exige la tenue d'une enquête en présence de l'intéressé dans la mesure du possible—Il est peut-être préférable d'examiner d'abord les arguments écrits, compte tenu de l'ampleur des arguments invoqués par le requérant—Étant donné que le requérant aurait pu lire les observations de l'avocat, on ne lui a pas refusé la possibilité de savoir ce qui se passait—À toutes fins utiles, cette partie de l'enquête a été tenue en présence du requérant, à moins qu'on ne veuille que ce dernier puisse également assister à la lecture par l'arbitre des observations écrites—La limite de temps accordée pour la présentation des observations orales, à laquelle le requérant aurait pu assister, est conforme à l'art. 29(1) de la Loi et à la pratique de nombreux tribunaux, dont la Cour suprême du Canada—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

ALTAMIRANO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-80, juge Strayer, ordonnance en date du 14-6-90, 3 p.)

Demande de prorogation du délai de dépôt de la documentation à l'appui de la demande d'autorisation en vue de l'obtention d'un *certiorari* et d'un *mandamus* présentée par suite du refus du ministre de recommander que le requérant soit autorisé à demeurer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—Le délai supplémentaire demandé vise à permettre au requérant d'obtenir la communication du dossier du ministre en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Étant donné que les Règles 20 et 21 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration énoncent la procédure à suivre en vue de l'obtention de la documentation pertinente du tribunal, il n'y a pas lieu d'ordonner la suspension de l'examen de la demande d'autorisation pendant que le requérant exerce un recours en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels, qui est conçue pour des fins différentes—Le requérant veut se lancer dans une expédition d'exploration sans avoir des renseignements précis sur l'existence de documents pertinents figurant dans le dossier, lesquels pourraient renforcer sa cause—La demande d'autorisation ne sera pas tranchée tant



## IMMIGRATION—Suite

que la documentation ne sera pas disponible ou, à défaut, tant que la Cour n'aura pas envisagé de donner des directives en vertu de la Règle 21(3)—Une notification écrite du refus devrait être fournie—Les présents motifs ne visent pas à indiquer l'ampleur de la communication du dossier du ministre requise en vertu de la Règle 21—Le ministre n'est pas tenu de donner les motifs de sa décision sur la question de savoir s'il recommandera l'exercice du pouvoir de réglementation conféré par l'art. 114(2)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 114(2)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règles 20, 21.

MUTHULINGAM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-92, juge Strayer, ordonnance en date du 10-6-91, 4 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance provisoire de prohibition interdisant à la Commission de se prononcer sur la revendication par le requérant du statut de réfugié—La revendication est en instance devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le requérant était présent à l'audience et il a témoigné—La Commission a demandé à l'avocat de présenter des observations par écrit—Requête en vue d'un examen judiciaire de la décision rendue par la Commission—En affirmant que la section du statut de réfugié doit entendre les observations orales en sa présence s'il le demande, le requérant s'appuie sur l'art. 69.1(4) de la Loi sur l'immigration selon lequel l'audience relative à la revendication doit se tenir en présence de l'intéressé, et sur l'art. 69.1(5), qui exige que la section du statut donne à l'intéressé la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations—Requête rejetée pour le motif qu'elle est prématurée—La Commission peut statuer en faveur du requérant—La prohibition n'est valable que s'il y a excès de compétence—La Commission n'a pas excédé sa compétence—Les règles de pratique de la Commission exigent que les observations soient faites par écrit en pareil cas—Si la décision est défavorable, le requérant peut demander l'autorisation d'interjeter appel en vertu de l'art. 82.1—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 18), 82.1 (édicte, idem, art. 19).

DONG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-43, juge Collier, jugement en date du 8-4-91, 4 p.)

Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher la tenue d'une audience relative au fondement de la revendication en attendant l'issue du procès dans une action où la requérante soutient qu'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du tribunal et que les droits prévus par les art. 7 et 12 de la Charte ont été violés—La requérante, qui vient de Trinidad, participe au programme d'élimination de l'arriéré des revendications du statut de réfugié—L'audience relative au fondement de la revendication n'a pas encore eu lieu—Le tribunal a décidé de façon préliminaire qu'il avait le pouvoir de se prononcer sur des questions constitutionnelles, mais uniquement à la fin de l'audience relative au fondement de la revendication—Procédure générale suivie par les arbitres—Il n'est pas souhaitable de

## IMMIGRATION—Suite

présenter des plaintes générales concernant l'ensemble du système d'examen de l'arriéré—Les arbitres ont le droit de régler la tenue de leurs enquêtes comme ils l'entendent—En ce qui concerne l'injonction interlocutoire, la requérante doit démontrer: 1) qu'il existe une question sérieuse à trancher; 2) que le refus d'accorder l'injonction entraînera un préjudice irréparable; 3) que la prépondérance des inconvénients lui est favorable—Question de savoir si le retard à examiner la revendication viole le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la Charte et constitue un traitement cruel et inusité contrairement à l'art. 12—Le retard cause chez certains demandeurs des troubles découlant d'un stress consécutif à un traumatisme et une perte de mémoire—La contestation en vertu de la Charte fondée sur l'existence d'un retard déraisonnable n'est pas une question qui peut être réglée sommairement à l'étape préliminaire—Indépendance et impartialité des arbitres—L'argument concernant la crainte raisonnable de partialité, fondé sur le fait que les arbitres sont embauchés en vertu de contrats à court terme, est rejeté—Rien ne montre que ce mode de nomination influe sur l'impartialité: voir *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363 (C.A.); *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552 (C.A.)—Il a déjà été jugé que le fait que le même ministère conseille les arbitres et les agents chargés de présenter les cas n'influe pas sur l'indépendance des arbitres: *Mohammad*—Le fait que les arbitres se réunissent pour discuter de la procédure à suivre à l'égard des questions constitutionnelles ne dépasse pas les limites d'une prise de décision collégiale: *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69*, [1990] 1 R.C.S. 282—Les allégations selon lesquelles les arbitres sont influencés par leurs supérieurs ne sont pas sans mérite—On a distribué aux arbitres une note de service dans laquelle la directrice de l'arbitrage mentionnait qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer à la Cour fédérale les arguments constitutionnels fondés sur l'existence d'un retard déraisonnable parce que ces questions étaient une «perte de temps»—La meilleure solution serait de présenter la demande à la C.A.F.—La demande est rejetée par suite de l'absence de préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients—Demande prématurée—On n'a pris aucune mesure susceptible de donner lieu à une plainte—Il n'y a pas lieu de retarder la procédure administrative en attendant le règlement de la contestation—L'intérêt public dans la poursuite des audiences l'emporte sur l'intérêt de la requérante lorsqu'il s'agit d'obtenir l'ordonnance demandée—Les recours prévus par la Loi sur l'immigration ne sont pas encore épuisés—Question de savoir si la requérante subira un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée—La prolongation de l'audience risque bien plus de causer du stress à la requérante qu'une procédure plus expéditive—Question de savoir si un préjudice irréparable est causé étant donné que l'audience relative au fondement de la revendication peut donner lieu à une ordonnance d'expulsion—Selon la prépondérance des inconvénients, l'octroi de l'injonction nuirait gravement à l'ensemble du système d'examen des arriérés—Le même argument pourrait être invoqué dans des milliers de revendications faisant partie de l'arriéré—Requête rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le

## IMMIGRATION—Suite

Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.

JAMES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-769-91, juge Rouleau, jugement en date du 3-5-91, 10 p.)

Appel de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la revendication du statut de réfugié présentée par le requérant—La Commission a commis une erreur de droit—Le requérant revendique le statut de réfugié en raison de sa race, de son appartenance à un groupe social particulier et de ses opinions politiques—Le requérant, un Tamoul, a témoigné qu'il avait été arrêté et torturé par les Forces indiennes de maintien de la paix et par divers groupes rebelles—La Commission a rejeté la demande pour le motif qu'il existait moins qu'une probabilité raisonnable que le requérant soit persécuté s'il était renvoyé—Le requérant n'a pas à prouver qu'il serait plus probable qu'il soit persécuté que le contraire: *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)—Le requérant doit montrer que la probabilité raisonnable qu'il sera persécuté, ce qui est défini comme étant moins de 50 %, mais plus qu'une simple possibilité—La zone contenue entre ces deux limites constitue un motif valable—La Commission a conclu que le requérant fait face à plus qu'une simple possibilité de persécution—Décision de la Commission annulée et renvoyée à une formation différente.

PONNIAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-345-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 16-5-91, 6 p.)

Appel interjeté par un mari et sa femme contre la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration selon laquelle les appelants, des Tamouls du Sri Lanka, ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Le demandeur ne s'est enfui de son pays que plusieurs années après avoir été détenu et torturé, mais l'événement a encore une importance lorsqu'on le relie à d'autres actes de harcèlement antérieurs et subséquents—L'omission par la Commission d'examiner la nature cumulative de la persécution constitue une erreur de droit—La Commission a également commis une erreur en n'examinant pas les éléments distinctifs du cas de la femme—Appel accueilli—Le juge Pratte, J.C.A., est dissident pour le motif que la Commission ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de conclure que la femme était une réfugiée indépendante, et qu'elle n'a commis aucune erreur du genre prévu à l'art. 82.3 de la Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19).

RETNEH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), (A-470-89, A-472-89, juge MacGuigan, J.C.A., juge Pratte, J.C.A., dissident, jugement en date du 6-5-91, 4 p.)

Appel de la décision dans laquelle la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—La revendication était fondée sur l'appartenance du

## IMMIGRATION—Suite

requérant à un groupe social particulier et sur ses opinions politiques—L'appelant était directeur d'usine en Chine—La grossesse de la femme de l'appelant a été interrompue en octobre 1987 par suite des pressions exercées sur eux, de menaces de renvoi et de sanctions non précisées—L'appelant a été démis de son poste après s'être plaint des interruptions à l'usine par suite de la politique du gouvernement chinois selon laquelle l'État exerçait un contrôle plus strict sur l'industrie—L'appelant a été envoyé en «mission spéciale» pendant trois mois après s'être plaint—Lors d'une rencontre subséquente avec les représentants de l'État, l'appelant a été accusé de transgressions à l'usine et de manquement à la politique chinoise d'un seul enfant par famille—Peu de temps après, l'appelant s'est caché et a quitté la Chine à l'aide de faux documents—Question de savoir si l'appel devrait être accueilli compte tenu de la piètre qualité de l'audience—L'enregistrement des procédures a posé des problèmes—Des parties de la transcription manquent—L'absence de transcription complète cause un préjudice à l'appelant dans l'appel, et constitue un déni de justice fondamentale—La Commission a adopté une ligne de conduite prévoyant l'enregistrement des procédures et la remise d'une transcription aux parties en cas d'appel—Les moyens permettant de suivre la ligne de conduite ont fait défaut au détriment de l'appelant—On ne saurait répondre que le matériel d'enregistrement est tombé en panne sans que ce soit la faute de la Commission—La qualité de l'interprétation à l'audience laissait à désirer—Certains passages sont difficiles à comprendre et incohérents—La justice naturelle exige que l'appelant ait le droit de relater les faits dans sa langue à l'aide d'un interprète—Il n'a pas pu le faire à cause de la piètre qualité de la traduction et il a donc subi un préjudice—Question de savoir en outre si la Commission a commis des erreurs de droit dans sa décision—La Commission n'a pas tenu compte de la rencontre avec les représentants, du fait que l'appelant avait été accusé d'infractions graves, et qu'il devait présenter des aveux par écrit—La Commission a commis d'autres erreurs de droit en ne tenant pas compte de la preuve mise à sa disposition—La Commission a conclu à tort que l'appelant avait réussi à quitter la Chine sans difficulté—Elle a conclu à tort que l'appelant a pu rester en Chine sans mésaventure pendant un mois après avoir abandonné son poste—Elle a conclu à tort que la femme de l'appelant avait continué à travailler dans la même usine—Elle a conclu à tort que le fait que l'appelant avait omis de demander l'asile dans d'autres pays pendant qu'il était en transit était incompatible avec le comportement d'une personne qui craint pour sa vie—Elle a conclu à tort que l'appelant avait recherché le pays le plus favorable avant de demander l'asile—Elle a conclu à tort que la participation de l'appelant à des manifestations à Toronto prouvait qu'il ne craignait pas d'être persécuté—Les remarques de la Cour seraient différentes si la Commission avait tiré les conclusions susmentionnées en se fondant sur la crédibilité de l'appelant—La Commission n'a pas précisé les raisons pour lesquelles elle ne croyait pas le demandeur comme elle est normalement tenue de le faire—La Commission n'a pas expressément ou implicitement nié la crédibilité de l'appelant—La Commission a commis une erreur en introduisant un élément subjectif dans un critère qui doit être objectif selon la

**IMMIGRATION—Fin**

loi—Appel accueilli—Décision annulée—Affaire renvoyée à une nouvelle formation pour une nouvelle décision.

TUNG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-220-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-3-91, 14 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

Appel d'une nouvelle cotisation relative à la déclaration d'impôt sur le revenu de 1984 du demandeur—Question de savoir si le demandeur a reçu un avantage imposable relativement à l'exonération de remboursement d'un prêt non productif d'intérêt consenti par l'employeur—Le demandeur est un cadre supérieur d'une entreprise pétrolière—Le demandeur a reçu un prêt non productif d'intérêt de la société en vue de l'achat d'actions de la société—Le demandeur a transféré les actions, et la société l'a déchargé de toute autre obligation en sus du produit de la vente—La valeur des actions a diminué entre la date à laquelle le demandeur les avait acquises et celle de la vente—L'exonération de remboursement du prêt consenti par l'employeur pourrait clairement être considérée comme un «avantage de quelque nature» au sens de l'art. 6(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu: *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428—Question de savoir si la remise de prêt était un montant non imposable versé par l'employeur à l'employé pour le rembourser des pertes subies du fait de son emploi—Selon la jurisprudence, les prêts consentis aux employés par les employeurs sont habituellement considérés comme un avantage imposable—La remise de dette faisait partie de la contrepartie pour la cessation d'emploi et constituait donc un avantage pour le demandeur: *McArdle, J.E.R. c. M.R.N.* (1984), 84 DTC 1251 (C.C.I.)—La remise de prêt constituait un avantage imposable et visait à éviter la diminution de la valeur nette: *Cousins c. M.R.N.* (1971), 72 DTC 1055 (C.R.I.)—Une distinction peut être faite à l'égard de *Ransom v. M.N.R.* (1967), 67 DTC 5235 (C. de l'É.) et des arrêts subséquents pour le motif que ces affaires se rapportaient au remboursement de dépenses engagées par l'employé dans le cadre de son emploi—Le demandeur n'a subi aucune perte découlant de son emploi—La perte découlant des actions ne peut pas être considérée comme une perte déductible du revenu d'emploi—Appel rejeté, nouvelle cotisation confirmée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 6(1)a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 1(1); chap. 140, art. 1(1)).

MCILHARGEY C. CANADA (T-208-89, juge Cullen, jugement en date du 30-5-91, 14 p.)

*Déductions*

Appel d'une cotisation d'impôt sur le revenu—Question de savoir si la demanderesse peut déduire les redevances minières payées à la province de la Colombie-Britannique à titre de dépenses engagées pour tirer un revenu—Question de savoir si les dispositions de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis s'appliquant à l'année d'imposition 1974 interdisent au Ministre de se fonder sur l'art. 18(1)m) de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

la Loi de l'impôt sur le revenu pour calculer le revenu—Le montant de la déduction demandée par la demanderesse est réduit par suite de l'application de *Gibraltar Mines Ltd. c. La Reine* (1985), 85 DTC 5085 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Dans *R. c. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 R.C.S. 504, le traité en matière fiscale a été défini de façon que la législation connexe n'ait pas pour effet de modifier unilatéralement le traité—Dans *Association Corporation of North America c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 377 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1980] 2 C.F. 382 (C.A.), le juge Mahoney a dit qu'une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu qui était incompatible avec la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis ne pouvait s'appliquer au cas du contribuable—Examen de la distinction faite à l'égard de l'affaire en instance, à savoir que la demanderesse possède un établissement stable au Canada—Dans *The International Tax Treaties Service*, Dublin, Irlande: In-Dert Publishing Ltd., 1977 Michael Edwardes-Ker dit qu'en l'absence d'une disposition restreignant clairement le droit interne aux lois en vigueur à la date de la ratification d'un traité, il faut donner pleinement effet aux modifications subséquemment apportées aux lois internes—Toutefois, l'art. 18(1)m) pourrait être considéré comme une «modification notable» au sens du paragraphe 2 du Protocole, de sorte que le Canada et les États-Unis doivent se consulter—Examen de l'esprit de l'Article III de la Convention—Question de savoir si l'octroi de la déduction prohibée par l'art. 18(1)m) aurait pour effet d'accorder à la contribuable un abattement de 15 % en vertu de l'art. 124(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 10 du Protocole peut autoriser pareil abattement—Il faut un libellé clair lorsque se pose un problème d'interprétation légale comme celui-ci: *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), dans lequel est cité *Morguard Properties Ltd. et autres c. La ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; et *Canterra Energy Ltd. c. La Reine* (1986), 1 C.T.C. 89 (C.A.F.)—Quoi qu'il en soit, le fait que l'art. 124(2) puisse avoir pour effet d'accorder un abattement à la demanderesse n'ajoute pas de poids à l'argument concernant l'application de l'art. 18(1)m)—L'art. 18(1)m) ne va pas à l'encontre de la Convention—Appel interjeté par la demanderesse par suite de la cotisation d'impôt pour 1974 rejeté avec dépens—Cotisation renvoyée au Ministre—Loi modifiant la Loi de 1943 sur la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, ainsi que la Loi de 1944 sur une convention fiscale entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, 1950, chap. 27; Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)m) (édicte par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 7(1); 1976-77, chap. 4, art. 4(1); 1977-78, chap. 1, art. 11(1); 1980-81-82-83, chap. 140, art. 11(1),(2)), art. 124(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 79(1)).

UTAH MINES LTD. C. CANADA (T-487-79, juge suppléant Walsh, jugement en date du 28-3-91, 15 p.)

Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué sur une question de droit—Question de savoir si les montants payés par le demandeur à sa conjointe en 1977, 1978 et 1979 sont déductibles à titre de dépenses en vertu de l'art. 60b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le demandeur est un homme d'affaires indépendant—Il s'est séparé de sa femme

### IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

en 1972—L'accord de séparation prévoyait une pension alimentaire mensuelle de 1 500 \$ et une pension alimentaire supplémentaire de 200 000 \$ payée par versements—Pendant les années en litige, le demandeur a déduit de son revenu la pension alimentaire et la pension alimentaire supplémentaire—Le demandeur a été assujéti à une nouvelle cotisation par le ministre—Le ministre a conclu que la pension mensuelle pourrait être considérée comme une pension alimentaire, mais que la pension alimentaire supplémentaire ne pouvait pas l'être—Conclusion confirmée par la Cour de l'impôt—Il faut examiner toutes les circonstances dans lesquelles les paiements sont effectués, et non simplement l'accord de séparation—Preuve présentée au moyen d'un témoignage admissible pour déterminer la véritable nature des paiements—La preuve montre que la somme de 200 000 \$ ne visait pas à régler des réclamations futures en matière de pension alimentaire—L'argent n'a pas été utilisé pour subvenir aux besoins de l'épouse—Le demandeur considérait que la pension mensuelle de 1 500 \$ était suffisante—Somme de 200 000 \$ offerte en contrepartie du report de la procédure de divorce—Critères s'appliquant aux paiements déductibles en vertu de l'art. 60*b*) énoncés dans *Klement (G.) c. La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 27 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le fait que les paiements n'ont pas été effectués exactement de la façon prévue par l'accord de séparation n'est pas fatal—Question de savoir si les 200 000 \$ sont de la nature d'une pension alimentaire ou d'une autre allocation payable périodiquement—*McKimmion (S.J.) c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 109 (C.A.F.), appliqué en ce qui concerne la distinction entre les paiements effectués à titre de pension alimentaire et les versements à titre de capital—La Cour a conclu que les versements totalisant la somme de 200 000 \$ sont des paiements à titre de capital—Les paiements étaient effectués annuellement; ils n'étaient pas nécessaires en vue de subvenir aux besoins de l'épouse; ils permettaient d'accumuler un capital rapidement; ils étaient effectués pendant une durée fixe, et en sus de la pension alimentaire—Action rejetée et nouvelle cotisation confirmée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 60*b*).

URICHUK C. M.R.N. (T-1205-84, juge Cullen, jugement en date du 5-6-91, 16 p.)

### COMPAGNIES ASSOCIÉES

Appel de la décision [(1988), 88 DTC 6138] dans laquelle la Section de première instance a accueilli l'appel interjeté par l'intimée contre des cotisations établies en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu pour les années d'imposition 1971 à 1975—Le ministre avait refusé la déduction du coût du pétrole brut que l'intimée achetait à une filiale bermudienne en propriété exclusive dans la mesure où le prix payé dépassait le coût du pétrole pour la filiale—L'intimée avait signé un contrat avec Standard Oil of California («Socal») pour la construction d'une raffinerie à Saint John et pour la fourniture de pétrole brut—Les nouvelles négociations concernant le contrat ont commencé en 1968—Socal n'était pas un résident canadien, et les profits tirés de la production et du transport n'étaient donc pas assujéti à l'impôt canadien—Le prix contractuel négocié était de 66 cents le baril inférieur au prix du marché, ce qui aurait entraîné des conséquences fiscales au Canada—Irving Refining Ltd. et Irving Oil Company Limited ont chacune acquis 50 % des inté-

### IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

rêts dans la corporation bermudienne «Irvcal»—Pendant les années en litige, Irvcal a effectué 141 achats de pétrole, en vue de la revente à l'intimée—118 achats ont été effectués conformément aux contrats susmentionnés—Irvcal n'a jamais pris possession du pétrole et ne l'a jamais assuré—Le juge de première instance a attaché beaucoup d'importance au fait que les profits tirés de la production et du transport avaient été amassés ailleurs qu'au Canada—Le juge de première instance a conclu que l'intimée n'avait pas le contrôle de Irvcal—Il a été conclu en première instance que l'intimée avait payé le prix du marché à Irvcal et n'avait aucun lien de dépendance avec cette dernière—Question de savoir si Irvcal avait un objet commercial outre l'évitement fiscal—Le juge de première instance a commis une erreur—La preuve n'appuie pas la conclusion selon laquelle il existait un objet commercial véritable—Une opération n'échappe pas au fisc simplement parce qu'elle n'a aucun objet commercial véritable: *Stuart Investments Ltd. c. la Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536—Il a été constaté que le prix payé par l'intimée correspondait à la juste valeur marchande, et le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en concluant que l'intimée avait payé la différence de 66 cents en vue de gagner un revenu, la différence étant raisonnable compte tenu des circonstances—Irvcal n'est pas un trompe-l'œil—La conclusion tirée par le juge de première instance selon laquelle les profits avaient été réalisés ailleurs qu'au Canada n'est pas sans pertinence en vue de la décision—L'art. 245(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu interdit toute opération ayant pour effet de réduire indûment ou de façon factice le revenu—Le mot «indû» doit être entendu dans le sens «excessif» donné par les dictionnaires: *Spur Oil c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 113 (C.A.)—L'intimée a payé à Irvcal la juste valeur marchande, et il n'y a donc pas eu de réduction excessive du revenu—Le stratagème d'évitement fiscal ne contrevenait pas à la Loi de l'impôt sur le revenu—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 245(1), (mod. par L.C. 1988, chap. 55, art. 185).

CANADA C. IRVING OIL LTD. (A-592-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 18-2-91, 23 p.)

### NOUVELLE COTISATION

Appel par voie de procès *de novo* d'une cotisation relative à la valeur d'actions établie conformément à la Loi de l'impôt sur le revenu—Question initiale de la compétence de la Cour—Ni le demandeur ni son avocat n'ont comparu devant la Commission de révision de l'impôt—La Commission a ordonné que l'appel soit rejeté par suite du défaut de poursuite—Question de savoir si la Cour a compétence pour conduire un procès *de novo* lorsqu'aucun appel n'a été entendu par la Commission—On autorise la continuation de l'appel actuel avec hésitation—Le contribuable détenait 100 actions de Pyramid Management Ltd. («Pyramid») au jour de l'évaluation—Actif de Pyramid: entreprise de camionnage et biens locatifs—Le contribuable a vendu la moitié des actions pour la somme de 500 000 \$ après le jour de l'évaluation—Pour l'année d'imposition pertinente, le prix de base rajusté pour 50 actions déclaré par le contribuable, soit 9 000 \$ l'action, a été réduit à 1 724,04 \$ l'action par le M.R.N.—La Loi ne définit pas la «juste valeur marchande»—Il

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

incombe au contribuable d'établir que les hypothèses du ministre ne sont pas soutenables, en particulier en ce qui concerne la juste valeur marchande des actions au jour de l'évaluation—Preuve—Crédibilité des témoins remise en question—La Cour conclut que la valeur des biens est de beaucoup supérieure à celle qui est déclarée dans l'évaluation—Évaluation visée par la nouvelle cotisation des actions de Pyramid rejetée—Preuve des experts rejetée—La preuve souffre des souvenirs flous des témoins et des suppositions rétrospectives des experts—La Cour a tiré ses propres conclusions nécessairement sans retenir celles des experts—*Cyprus Anvil Mining Corp. v. Dickson* (1986), 8 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), inf. (1983), 40 B.C.L.R. 180 (C.S.), et motifs supplémentaires dans (1984), 54 B.C.L.R. 225, appliqué au sujet de l'évaluation des actions par le juge—En évaluant les actions, la Cour doit exercer son jugement en examinant tous les éléments de preuve utiles et tous les éléments de l'affaire—Compte tenu de tous les éléments, la valeur des actions au jour de l'évaluation était de 6 997 \$ l'action—Nouvelles cotisations déferées au ministre.

ATTRIDGE C. CANADA (T-2321-82, T-2322-82, juge Muldoon, jugement en date du 7-3-91, 54 p.)

Appel d'un jugement de première instance [1990] 1 C.F. F-38 (1<sup>re</sup> inst.) dans lequel il a été jugé que le ministre avait le droit de ratifier les nouvelles cotisations—Le demandeur allègue que les cotisations sont invalides étant donné qu'elles ont originalement été établies en vertu de l'art. 74(5) de la Loi, qui a été abrogé, même si le ministre a par la suite corrigé l'erreur—Appel rejeté—L'obligation fiscale est créée par la Loi, et non par l'avis de cotisation—L'obligation est la même, et ce, que l'avis de cotisation soit erroné ou qu'il ne soit jamais expédié—Le processus mental, lorsqu'il s'agit pour le ministre d'établir une cotisation, n'influe pas sur l'obligation qui incombe au contribuable de payer l'impôt prescrit par la Loi—Le ministre avait le droit de corriger l'erreur—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3, 9, 74(5) (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 37).

RIENDEAU C. M.R.N. (A-639-89, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-6-91, 2 p.)

## RÉSERVES

Question de savoir si une provision pour créances douteuses de 3 084 000 \$ établie pour l'année d'imposition 1982 est raisonnable, selon l'art. 20(1)) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'estimation que la demanderesse a faite à l'égard du montant de la provision a été établie conformément aux principes comptables généralement reconnus (les «PCGR»)—La demanderesse exploite une entreprise de confection pour hommes—Les clients de la société demanderesse étaient souvent des entreprises sous-capitalisées—La provision pour créances douteuses a été établie compte tenu d'éléments comme l'antériorité des comptes en souffrance, la situation financière du client, les chèques sans provision, l'augmentation ou la diminution du chiffre d'affaires, et les paiements reçus depuis le 27 novembre 1982—La demanderesse n'appliquait aucune formule précise pour déterminer le montant de la provision—La provision était non seulement fonction des sommes payées après la fin de l'exercice, mais aussi des sommes exigibles après cette date,

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

conformément aux PCGR—Par une nouvelle cotisation, la provision pour 1982 a été fixée à 1 400 000 \$—Il incombe à la contribuable de réfuter les hypothèses du ministre et de prouver que sa propre estimation est raisonnable—Le vérificateur du Ministère a attaché une grande importance au fait que la demanderesse avait expédié de nouveaux articles aux clients bien qu'elle eût classé leurs comptes parmi les créances douteuses—Lorsqu'il s'agit d'établir la provision pour créances douteuses, les PCGR s'appliquent à moins que la Loi ne prévoit expressément ou implicitement le contraire—La haute direction d'une corporation est le mieux à même de déterminer les comptes qui risquent de poser des problèmes—Le simple retard à payer ne justifie pas l'incorporation du compte à la provision—Éléments dont il faut tenir compte: antériorité du compte en souffrance, antécédents du compte, situation financière du client, augmentation ou diminution du chiffre d'affaires du client, mauvaises créances passées, situation économique générale—Il faut plus qu'un doute sur la possibilité de recouvrer le solde du compte—Le montant de la provision est une estimation du risque de non-recouvrement—Question de savoir si une créance douteuse est différente aux fins de l'impôt et aux fins des états financiers—La Cour ne s'appuie pas sur la distinction entre «créances douteuses» aux fins de l'impôt et les «comptes douteux» aux fins comptables—Analogie entre la présente espèce et *M.N.R. v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 55 DTC 1200 (C.P.) rejetée—La décision rendue dans *Anaconda* a été fortement critiquée pour le motif qu'il y a été déclaré que l'application de la méthode de l'épuisement à rebours (dernier entré premier sorti) pour évaluer les stocks signifiait que le contribuable établissait une provision au lieu de se concentrer sur les avantages comptables de cette méthode—La contribuable n'a pas établi une provision analogue à celle qui avait apparemment été constituée dans *Anaconda*—La méthode suivie pour calculer la provision en vertu de la Loi et à l'égard des états financiers est en bonne partie la même—En vertu des PCGR, une provision peut être établie au titre d'une éventualité—Le bulletin d'interprétation IT-442 montre que l'art. 20(1)) a un but similaire—La Cour n'est pas convaincue que le critère à appliquer à l'égard des provisions pour créances douteuses doive être plus restrictif en vertu de la Loi qu'en vertu des PCGR—La Cour n'est pas convaincue qu'une détermination plus exacte est possible sans qu'il soit tenu compte du maintien des ventes aux clients dont le compte est en souffrance—La contribuable a pu continuer à vendre des marchandises aux clients dont le compte était en souffrance afin d'assurer la survie des entreprises tout en considérant que ces comptes étaient douteux—Question de savoir si les éléments dont il convient de tenir compte pour déterminer la provision sont appliqués correctement—Le montant de la provision n'est pas déraisonnable bien qu'il soit supérieur au solde en souffrance à la fin de l'année—Exiger que le montant de la provision ne soit pas supérieur au solde en souffrance à la fin de l'année voudrait dire que le «plafond» varierait selon le moment où les déclarations d'impôt et les états financiers sont déposés—La Cour ne peut pas choisir le montant établi par le ministre plutôt que celui que la contribuable a établi en l'absence d'éléments de preuve établissant la validité de la méthode employée par le ministre—Aucune pareille preuve n'existe—La Cour conclut que le chiffre établi par la contribuable était exact—Lorsqu'on réexamine la façon dont la contribuable a établi une provision, il serait injuste de se fonder sur des renseignements qu'elle ne connaissait pas lorsqu'elle a

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

établi la provision: *Hogan v. M.N.R.* (1956), 56 DTC 183 (C.A.I.)—La Cour n'est pas convaincue que les PCGR ne doivent pas être suivis pour l'application de l'art. 20(1)I) de la Loi—Le montant de la provision établi par la demanderesse est raisonnable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)I).

COPPLEY NOYES & RANDALL LTD. C. CANADA (T-1099-86, juge Reed, jugement en date du 30-4-91, 31 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Demande visant à faire infirmer la décision que la Commission nationale des libérations conditionnelles a prise de refuser au requérant le droit d'être mis en liberté sous surveillance obligatoire—Le 12 août 1990, le requérant, qui était incarcéré dans un pénitencier fédéral, est devenu admissible à une mise en liberté sous surveillance obligatoire sous réserve des dispositions de la Loi sur la libération conditionnelle concernant la détention—Le 18 juillet 1990, à la suite d'une audience tenue le même jour, la Commission a ordonné, conformément à l'art. 21.4(4)(a) de la Loi, que le requérant ne soit pas mis en liberté pour le motif qu'il commettrait vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort considérable—L'art. 7 de la Charte, qui garantit à toute personne le droit de ne pas être privée de la liberté que procure la libération conditionnelle sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, s'applique—Demande rejetée—La Commission a agi équitablement, de bonne foi et sans préjugés, conformément aux principes de justice naturelle—Le requérant a été avisé en bonne et due forme de la tenue de l'audience, il a reçu les renseignements requis par la Loi et il a eu l'occasion d'être entendu et de répondre aux arguments invoqués contre lui—Il était représenté par un avocat à l'audience et il a été autorisé à faire de nombreuses observations—La décision de la Commission n'est pas si déraisonnable qu'elle devrait être infirmée—La Cour ne devrait pas s'ingérer dans l'exercice par la Commission du pouvoir discrétionnaire qu'elle possède de ne pas mettre le requérant en liberté sous surveillance obligatoire—De plus, le requérant demande l'annulation de la mauvaise décision—La décision rendue le 18 juillet a été réexaminée par la Commission à la demande du requérant en vertu de l'art. 22(1)d) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus—La décision réexaminée a été confirmée le 14 septembre 1990—Étant donné qu'il s'est prévalu d'une réparation subsidiaire en vertu de l'art. 22, le requérant n'est pas autorisé à obtenir une réparation sans qu'il soit tenu compte de cette dernière décision officielle et définitive—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1)—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 21.4(4)a) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 34, art. 5)—Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 22(1)d) (mod. par DORS/86-817, art. 9).

KENNY C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1256-91, juge Pinard, ordonnance en date du 14-6-91, 5 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de prohibition empêchant la tenue d'une audience relative à la détention—Le requérant était détenu à l'établissement Warkworth où il purgeait une peine de cinq ans pour inceste, et aurait été admissible à une mise en liberté le 28 juillet 1991—Pendant son incarcération, le requérant a été traité pour sa déviance sexuelle à la clinique de comportement sexuel de Warkworth—Le requérant a été classé par le directeur du programme comme pouvant être libéré à condition de recevoir le traitement de suivi prescrit—Le rapport révèle que le détenu avait eu des relations avec une jeune fille de 13 ans—Compte tenu de ce renseignement, le dossier a été envoyé au commissaire aux services correctionnels pour fins de renvoi—Question de savoir si le délai fixé pour la tenue de l'audience relative à la détention est expiré—Le délai commence à courir lorsque la Commission a été mise au courant du renvoi par le commissaire, art. 16.1(2)b) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus—Si le requérant n'avait pas demandé que l'audience soit reportée à une date ultérieure, l'audience aurait eu lieu dans le délai prescrit—De toute façon, le requérant n'a subi aucun préjudice—Question de savoir s'il était raisonnable que le commissaire arrive à la conclusion que le requérant causerait un tort considérable une fois libéré, puisque dans le rapport révélant la relation avec la jeune fille de 13 ans, il était également recommandé de placer le détenu en liberté surveillée—Étant donné qu'une des conditions de la mise en liberté était que le détenu demeure dans un établissement résidentiel communautaire, il n'y a pas d'incompatibilité entre le rapport et la conclusion du commissaire—Le renseignement concernant la relation est un renseignement nouveau fournissant des motifs raisonnables suffisants pour que le commissaire tire sa conclusion—Demande rejetée—Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 16.1(2)b).

LADOUCEUR C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1582-91, juge Pinard, jugement en date du 28-6-91, 6 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Appel d'une ordonnance empêchant la demanderesse de fabriquer ou de vendre des comprimés portant une marque de commerce créant de la confusion avec les marques de l'intimée—Appels A-517-89 et A-399-89 entendus par la Cour simultanément—Appels accueillis—Le critère préliminaire qu'il convient d'appliquer en ce qui concerne l'injonction interlocutoire est celui de savoir s'il existe une question sérieuse à trancher—Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'intimée avait établi l'existence d'un préjudice irréparable à la lumière des faits de la cause—La simple violation d'un droit de propriété sur une marque de commerce n'est pas en soi suffisante pour établir un préjudice irréparable—L'utilisation de comprimés de la même forme, mais de couleur différente, ne constitue pas une violation de l'ordonnance—Ordonnance rejetant la demande présentée par l'appelante en vue d'une autre audience au sujet des présumées fausses déclarations de l'intimée—L'intimée est engagée dans la recherche,

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

le développement et la commercialisation de produits pharmaceutiques—Les produits en litige sont des comprimés de naproxène sodique—Avant la vente, un avis de conformité doit être délivré par le ministre fédéral de la Santé et du Bien-être—Le juge de première instance a conclu que depuis septembre 1980, plus de 2,5 millions d'échantillons de comprimés de l'intimée avaient été distribués chez les praticiens et que plus de 2,5 millions d'ordonnances avaient été exécutées pour près de 100 millions de doses orales—Le 14 octobre 1988, l'intimée s'est vu accorder l'enregistrement d'une marque de commerce pour son modèle de comprimé—De 1980 au milieu de 1988, le comprimé de l'intimée était le seul en vente au Canada—L'appelante est une société générique qui s'est vu accorder une licence obligatoire en vue de la fabrication du médicament pour la vente en vertu de l'art. 39 de la Loi sur les brevets—Après la délivrance d'un avis de conformité à l'égard du comprimé, l'appelante a commencé à fabriquer et à vendre des comprimés le 28 juin 1988—Le comprimé est de même grosseur et de même forme que celui de l'intimée, et porte d'un côté l'inscription «275» et de l'autre «Novo»—En juillet-août 1988, l'intimée a appris l'existence du produit de l'appelante—Action intentée le 24 octobre 1988—L'appelante a reconnu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en utilisant le critère de la «question sérieuse à trancher» comme critère préliminaire—Question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la contrefaçon de la marque de commerce déposée de l'intimée constituait en soi un préjudice irréparable—Les éléments dont le juge de première instance doit tenir compte sont énoncés dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—Le juge de première instance a conclu que l'emploi non autorisé d'une marque de commerce déposée cause un préjudice irréparable—Le juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas de conclusion catégorique au sujet de l'existence du préjudice irréparable, mais en parlant d'une probabilité de préjudice—Le préjudice irréparable doit être clair, et non une simple conjecture—Aucune preuve à l'appui des éléments du préjudice irréparable relevés par le juge de première instance—La perte d'une part du marché n'est pas attribuable à la contrefaçon de la marque, mais est fonction du prix et du caractère interchangeable—Le marché n'est pas le grand public, mais les professionnels, de sorte qu'il n'y a pas eu perte du caractère distinctif de la marque—Pertinence de la question de la reconnaissance implicite d'une licence obligatoire si le droit du propriétaire n'est pas protégé, étant donné que la perception menant à la conclusion de préjudice irréparable n'est pas établie—La décision de la Section de première instance sur laquelle le juge de première instance s'est appuyée en l'espèce a été infirmée en appel: *Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex, Inc.*, [1990] 1 C.F. 221 (C.A.)—La question de la contrefaçon d'une marque de commerce déposée devrait être tranchée au procès et non au stade de l'injonction interlocutoire—Les dommages-intérêts que l'intimée pourrait obtenir du fait que l'appelante poursuit ses activités en attendant le procès constitueraient une réparation suffisante—La balance des inconvénients ne penche ni d'un côté ni de l'autre—Le maintien du statu quo existant avant l'injonction favorise l'appelante—

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 39 (mod. par L.R.C. (1985), (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 33, art. 14).

APOTEX INC. C. SYNTEX INC. (A-517-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 8-5-91, 4 p.)

NOVOPHARM LTD. C. SYNTEX INC. (A-399-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 8-5-91, 14 p.)

Injonction interlocutoire visant à restreindre l'emploi des noms en liaison avec un magasin de vêtements pour femmes—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur donnant lieu à révision en concluant que la preuve ne permettait pas de conclure que l'appelante subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée—Appel rejeté.

ELEANOR A. CONSULTING LTD. C. ELEANOR'S FASHIONS LTD. (A-694-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 22-5-91, 1 p.)

**PRATIQUE**

Affidavits—Appel de la décision dans laquelle le protonotaire en chef a autorisé un contre-interrogatoire conformément à la Règle 704(7) au sujet d'un affidavit déposé dans le cadre d'une procédure d'opposition devant le registraire des marques de commerce—La Règle 704(7) interdit le contre-interrogatoire au sujet d'un affidavit déposé «en vertu de la présente Règle» sans la permission de la Cour—L'appelante soutient (1) que le pouvoir discrétionnaire de permettre le contre-interrogatoire ne s'applique qu'aux affidavits déposés dans le cadre d'une procédure d'appel; (2) qu'on renonce au droit de contre-interroger en ne contre-interrogeant pas un témoin pendant la procédure d'opposition—Affidavit déposé à l'appui de la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Délivrance» ambigu en ce qui concerne l'emploi de la marque—Appel rejeté—Contre-interrogatoire limité à la question de l'abandon ou de l'emploi avant le 25 mars 1985—L'expression «en vertu de la présente Règle» figurant dans la Règle 704(7) limite les contre-interrogatoires aux affidavits déposés en appel—Tout le dossier du registraire fait partie du dossier de la procédure d'appel—Le contre-interrogatoire devrait être autorisé étant donné que l'affidavit déposé à l'appui de la demande d'enregistrement a été produit à bon droit devant la Cour en tant que partie du dossier du registraire ou à titre de document annexé à l'affidavit déposé dans la procédure d'opposition et joint au document accompagnant la demande d'autorisation présentée en vertu de la Règle 704 lorsque le protonotaire a entendu l'affaire—Les procédures visées par l'art. 44 de la Loi sur les marques de commerce et par la Règle 704 sont sommaires et expéditives, mais la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière favorable, mais limitée, si elle est convaincue qu'il y a ambiguïté et confusion—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 704(7)—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 44.

105272 CANADA INC. (FRANCE DÉLICES ENR.) C. GRANDS MOULINS DE PARIS, SOCIÉTÉ ANONYME (T-1856-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-4-91, 5 p.)

## PÉNITENCIERS

Requête en vue de l'obtention d'une injonction temporaire empêchant les défendeurs de retirer les requérants de l'unité de quarante détenus» (l'«UQD») de l'établissement Warkworth, et visant au maintien du statu quo en attendant que l'affaire soit tranchée—L'UQD est une installation à sécurité moindre dans le pénitencier, les personnes qui s'y trouvent bénéficiant de privilèges qui ne sont pas conférés aux autres détenus—Le Service correctionnel du Canada a l'intention de fermer l'UQD dans le cadre de son plan global de gestion—Un demandeur craint que s'il quitte l'UQD, il ait affaire à une nouvelle équipe de gestion des cas et que cela retarde sa mise en liberté—Un autre demandeur craint pour sa sécurité personnelle s'il retourne dans les blocs cellulaires—Le troisième demandeur, qui est fumeur, craint d'être pénalisé s'il est envoyé dans une nouvelle unité où le tabac est considéré comme un objet interdit—La Cour utilise le critère qui s'applique aux injonctions interlocutoires, énoncé dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—La rupture dans la gestion des cas est une conséquence importante, mais cela ne constitue pas un préjudice irréparable—Cette rupture survient fréquemment et le détenu et la nouvelle équipe réussissent à établir des rapports aussi étroits qu'auparavant—La perte de l'UQD ne constitue pas un préjudice irréparable—Il incombe au Service correctionnel d'assurer la garde sécuritaire des détenus en vertu de la loi et de la common law—Aucun préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée—La prépondérance des inconvénients favorise clairement le programme de restrictions de l'État, le droit de diriger les pénitenciers, et les coûts pour les contribuables par rapport aux inconvénients subis par les détenus: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—Demande rejetée.

EDWARDS C. CANADA (T-1119-91, juge Muldoon, jugement en date du 17-5-91, 12 p.)

## PRATIQUE

Taxation—La demanderesse a présenté un mémoire de frais devant être taxé entre parties—Les postes contestés ainsi que les sommes déboursées sont énumérés—Action en contrefaçon de brevet et en violation du droit d'auteur portant sur des brevets concernant des amortisseurs d'impact routiers et sur le droit d'auteur sur la documentation technique—Seize requêtes interlocutoires et une conférence préliminaire ont précédé l'instruction de l'affaire—Le 17 avril 1990, le juge Pinard a donné gain de cause à la demanderesse dans l'action principale—Les postes contestés portent tous sur les débours—Les sommes payées pour des services professionnels visant à assurer la signification de documents judiciaires sont accordées—Les sommes payées pour la recherche sur les sociétés commerciales effectuées par le bureau d'avocats mandataire sont également accordées—Les sommes payées pour la traduction sont refusées—Lorsque les parties choisissent l'une et l'autre des langues officielles, la partie déboutée ne devrait pas être forcée d'assumer les frais de traduction des plaidoiries qu'elle a présentées: *Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'Ancienne Abbaye de Fécamp c. John Labatt Ltée*, [1990] 3 C.F. F-49 (1<sup>re</sup> inst.)—Les frais de déplacement et d'hébergement engagés par l'avocat pour procéder à des entrevues personnelles avec un témoin

## PRATIQUE—Suite

éventuel sont des débours raisonnables—Les frais de déplacement engagés par l'avocat qui s'est rendu aux États-Unis pour rencontrer sa cliente sont admis, étant donné qu'il n'aurait pas coûté moins cher pour la cliente de se rendre au Canada—Les pourboires sont exclus car ce sont des sommes d'argent données en sus du véritable coût des services reçus—Les frais de transport et de séjour engagés par l'avocat pour la préparation de la comparution à l'audience et aux interrogatoires préalables sont accordés—Les sommes payées à l'expert sont accordées en entier—Étant donné que le défendeur a plaidé 30 antériorités, il ne pouvait pas se plaindre des frais engagés pour la préparation de l'expert de la demanderesse—Rien dans le dossier ne laisse entendre que les frais de déplacement de l'expert ont été engagés à une fin autre que sa comparution; ces montants sont accordés—Il n'est pas déraisonnable pour les parties d'engager des frais de traduction pour des procédures extrajudiciaires—Les frais de traduction sont admis bien que les défendeurs eussent utilisé ce service—Les frais de recherche informatique sont rejetés parce qu'il s'agit de frais généraux du bureau d'avocats—Les sommes payées en vue de l'obtention d'un échantillon du dispositif contrefait sont admises—Les sommes payées en sus du tarif à l'avocat associé qui a mené les contre-interrogatoires en français sont admises par suite de la modification de l'art. 1(2)b) du tarif B, qui établit un critère moins strict qu'antérieurement—La modification du tarif permet de faire une distinction entre l'affaire en instance et l'affaire *Bayliner Marine Corp. v. Doral Boats Ltd.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 201 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les frais de photocopie sont refusés, bien qu'ils eussent été essentiels à la poursuite de l'action, aucun élément de preuve n'ayant été présenté pour établir le coût réel—Le mémoire de frais, qui était de 97 417,17 \$, est taxé et adjugé jusqu'à concurrence du montant de 91 801,82 \$ plus l'intérêt.

ENERGY ABSORPTION SYSTEMS INC. C. Y. BOISSONNEAULT ET FILS INC., (T-2263-86, officier taxateur Reinhardt, taxation en date du 30-1-91, 27 p.)

Requêtes en vue de l'obtention d'une ordonnance constituant des parties défenderesses, d'un redressement interlocutoire et d'une ordonnance du genre Anton Pillar contre les défendeurs et les défendeurs envisagés ainsi qu'en vue de la radiation de la déclaration et du rejet de l'action—La demanderesse importe, distribue et commercialise des jeux vidéo sous les marques de commerce «Nintendo Entertainment System» et «Gameboy»—En 1990, la demanderesse a obtenu diverses cessions de droits d'auteur employés en liaison avec des cartouches de jeux Nintendo—En août 1990, la demanderesse a intenté une action dans laquelle elle alléguait que les défendeurs avaient violé son droit d'auteur—En ce qui concerne le redressement de la nature d'une injonction, la demanderesse doit établir qu'il existe une question sérieuse à trancher, qu'elle subira un préjudice qui ne peut pas faire l'objet d'une indemnisation adéquate au moyen de l'octroi de dommages-intérêts, et que la balance des inconvénients penche de son côté—Dans les affaires de brevet, le redressement de la nature d'une injonction est l'exception plutôt que la règle étant donné que les dommages-intérêts constituent normalement une réparation adéquate—Les affaires dans lesquelles une défense vigoureuse et complète est présentée ne s'appliquent pas dans le cas d'une injonction à moins que cette dernière ne soit essentielle en vue d'éviter un préjudice critique



## PRATIQUE—Suite

pour la demanderesse—En l'espèce, la balance des inconvénients ne favorise ni l'une ni l'autre des parties—La demanderesse est une organisation trop grosse pour subir de graves inconvénients et la preuve ne laisse pas entendre que l'injonction obligerait les défenderesses à fermer leurs portes—La plaidoirie, à première vue, définit suffisamment les questions pour établir une cause d'action, et il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient de radier la déclaration—La demande en vue de la constitution de parties est suspendue en attendant l'appel de l'ordonnance antérieure—Demandes rejetées.

BEAMSCOPE CANADA INC. C. 2439-0692 QUEBEC INC. (T-2195-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 21-5-91, 13 p.)

Appel de la décision du juge de première instance de ne pas fixer une date particulière pour la présentation de la demande *ex parte* présentée par les appelants en vue de l'obtention d'une injonction provisoire—Le juge de première instance a commis une erreur étant donné que le refus équivalait à un rejet sans la tenue d'une audience—Appel accueilli avec dépens et affaire renvoyée à la Section de première instance.

SIX NATIONS TRADITIONAL HEREDITARY CHIEFS C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (A-501-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 30-5-91, 2 p.)

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Requête en appel de la décision par laquelle le protonotaire adjoint a rejeté la requête présentée par la demanderesse en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant un témoin de comparaître de nouveau en vue d'un interrogatoire préalable—L'action principale porte sur la question de savoir si l'appelante est un fabricant des véhicules importés d'une corporation liée, ou si elle est exclue de la définition de «fabricant» figurant dans la Loi sur la taxe d'accise par suite de l'exploitation d'un magasin de détail—Questions posées par l'appelante à l'interrogatoire préalable au sujet de l'application non uniforme de la loi par le ministre—La question de l'application non uniforme n'a pas été soulevée dans les plaidoiries—Aucun fait permettant de fonder l'allégation n'a été énoncé—Les activités des autres fabricants d'automobiles et la manière dont le ministre les traite ne sont pas pertinentes—Si l'on permettait à une compagnie d'invoquer les affaires d'une autre, le chaos s'ensuivrait—La demanderesse doit prouver qu'elle est visée par la Loi—Requête par voie d'appel rejetée.

FORD DU CANADA LTÉE C. M.R.N. (T-3700-82, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 8-5-91, 6 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Taxation entre parties—Un jugement a été rendu en faveur de la demanderesse intimée en première instance et en appel en ce qui concerne la question de la priorité de la réclamation—L'avocat de l'intimée soutient que les montants prévus au tarif B de la Cour fédérale sont manifestement peu réalistes—

## PRATIQUE—Suite

Mémoires de frais assujettis à la Règle 346(1) et par conséquent taxables, strictement en conformité des dispositions du tarif B—La Cour est liée par les paramètres du tarif—Les critères de la complexité et de l'importance, la quantité de travail et les montants réclamés et recouverts ne justifient pas l'octroi du maximum prévu au tarif—Réclamations taxées conformément au tarif B—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346(1), tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

CANADA C. SOCIÉTÉ DE DÉVELOPPEMENT DE L'ONTARIO (A-48-89, officier taxateur Smith, taxation en date du 2-5-91, 10 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Annulation ou modification*

Demande présentée par l'appelante-opposante en vertu de la Règle 337(5) en vue du réexamen des termes du jugement rejetant l'appel de la décision du registraire pour le motif que le jugement n'est pas en accord avec les motifs—Argument fondé sur plus qu'une simple erreur de rédaction ou erreur manifeste—La Cour n'a pas le pouvoir discrétionnaire de modifier les jugements en vertu de la Règle 337(5)—Affaire relevant de la Cour d'appel—Le pouvoir discrétionnaire qui est conféré à la Cour en matière de réexamen de jugements est strictement défini par la Règle 337(5) et (6)—Le principe du caractère définitif des jugements est reconnu par la faible étendue du pouvoir discrétionnaire conféré par les Règles et par l'application restreinte que la jurisprudence donne à ces Règles—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 337(5),(6).

CIE DISTRIBUTION AUX CONSOMMATEURS LTÉE C. UNITED CONSUMERS CLUB INC. (T-1593-89, juge MacKay, ordonnance en date du 31-5-91, 4 p.)

Appel du jugement par lequel le juge de première instance a refusé de suspendre la procédure devant le Tribunal de la concurrence tant que cette Cour et d'autres tribunaux n'auront pas statué sur certaines questions constitutionnelles—Les modalités de l'ordonnance provisoire rendue par le Tribunal de la concurrence à la suite du jugement ne sont pas des «faits nouveaux... de telle nature qu'ils [ont] un effet appréciable sur la décision du juge de première instance [et qu'ils] justifient qu'une cour d'appel exerce un nouveau pouvoir discrétionnaire»: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—Le juge des requêtes savait que le directeur présenterait une demande d'ordonnance provisoire au Tribunal, mais à son avis, l'exercice par le Tribunal du pouvoir conféré en matière de protection de la concurrence constitue un aspect important de l'intérêt public dont il faut tenir compte—En l'espèce, les faits nouveaux sont moins concluants que ceux que la Cour suprême a jugés insuffisants dans *Metropolitan Stores*—Appel rejeté.

SOUTHAM INC. C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (A-164-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 22-5-91, 2 p.)

**PRATIQUE—Suite***Exécution*

Demande visant à faire annuler un bref d'exécution ou bref de *fiery facias*—L'exécution du bref n'a pas permis de payer entièrement la dette—En vertu de la Règle 2006, le bref est valide pendant cinq ans, mais il peut être renouvelé sur demande avant l'expiration—L'opposante allègue que les biens saisis n'appartiennent pas à la débitrice, mais à elle—Demande rejetée—Le renouvellement n'est pas automatique—Il peut se faire *ex parte* sans aviser l'opposant, même s'il s'est écoulé plus d'une année depuis la dernière procédure—L'opposante n'a subi aucun préjudice—À l'audience relative au renouvellement, on ne pourrait rien dire qui ne puisse être dit à l'audience relative à l'opposition—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 2006.

WOLF (RE) (ITA-4408-83, juge Teitelbaum, jugement en date du 22-4-91, 5 p.)

*Jugement sur consentement*

La Cour ne doit pas rendre un jugement en se fondant sur le consentement des avocats lorsqu'une partie désavoue le consentement et conteste sa validité—Demande rejetée.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. TYE-SIL CORP. (A-1004-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 18-6-91, 2 p.)

*Suspension d'exécution*

Demande présentée par la défenderesse en vertu de la Règle 1909 en vue de la suspension de l'exécution de l'ordonnance relative à l'outrage au tribunal, laquelle vise à lui permettre de payer l'amende prévue par ladite ordonnance au moyen de mensualités—Les problèmes financiers ne constituent pas une raison suffisante—La Cour n'a pas compétence en vertu de la Règle 1909 pour suspendre l'exécution afin de permettre le paiement de l'amende au moyen de versements—L'ordonnance doit être respectée—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1909.

NINTENDO OF AMERICA INC. C. 131865 CANADA INC. (T-970-90, juge Dubé, ordonnance en date du 5-6-91, 3 p.)

**PARTIES***Jonction*

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance constituant Kim-Sail Ltd. codéfenderesse—Action intentée par les propriétaires de la cargaison à la suite d'avaries qu'aurait subies la cargaison transportée à bord du navire défendeur *Lara S*—Au moment où l'action a été intentée, les demanderesses ne savaient pas que la défenderesse Kimberly Navigation Company Ltd. avait passé un contrat en vue du transport avec une compagnie étroitement liée, Kim-Sail Ltd.—Le fait que Kim-Sail Ltd. risque d'être en dernier ressort responsable des pertes

**PRATIQUE—Suite**

subies favorise l'octroi de la requête—Tout argument invoqué par Kim-Sail Ltd. au sujet de la prescription sera évalué lorsque les faits seront clairement établis—Les faits essentiels sur lesquels s'appuient les défendeurs ne sont pas énoncés dans la défense—Le fait de constituer Kim-Sail Ltd. codéfenderesse lui causera pas préjudice en ce sens qu'elle ne sera pas prise au dépourvu, compte tenu de ses étroites relations avec Kimberly Navigation Company Ltd., et que les moyens de défense qu'elle pourrait invoquer seront disponibles—La constitution de Kim-Sail Ltd. à titre de codéfenderesse ne signifie pas une nouvelle cause d'action, mais peut faciliter la détermination de la responsabilité finale—À ce stade, Kim-Sail Ltd. peut être responsable à titre de transporteur des marchandises—Le fait que les demanderesses ont tardé à présenter la requête peut influencer sur les dépens—Il est ordonné de constituer Kim-Sail Ltd. codéfenderesse.

CANAstrand INDUSTRIES LTD. C. LARA S (Le) (T-940-89, juge MacKay, ordonnance en date du 14-6-91, 6 p.)

**PLAIDOIRIES***Modifications*

Demande en vue d'apporter une autre modification à la déclaration—Si elles étaient autorisées, les modifications créeraient une action entièrement nouvelle qui est prescrite—Il s'agit clairement d'une action fondée sur une faute, et le demandeur ajouterait une action fondée sur les agissements abusifs et sur la violation de ses droits en vertu de la Charte—Pareilles modifications n'ont aucun rapport avec la déclaration initiale et la déclaration modifiée—Demande rejetée.

FRANCOEUR C. CANADA (T-2153-87, juge Cullen, ordonnance en date du 16-4-91, 2 p.)

*Requête en radiation*

Par sa déclaration, l'appelant a interjeté appel de l'ordonnance par laquelle la Cour de l'impôt l'avait débouté de son appel pour le motif qu'aucun avis d'opposition n'avait été déposé—L'appelant a déposé un avis d'appel au lieu d'un avis d'opposition—Dans la déclaration, il est allégué que la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit—Demande en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel (1) le revenu versé par la bande indienne est exonéré en vertu de la Loi sur les Indiens; (2) l'avis de nouvelle cotisation est nul; (3) l'appelant n'est pas tenu de se conformer aux restrictions établies par la Loi de l'impôt sur le revenu en ce qui concerne la procédure—L'appelant soutient qu'il n'a pas été tenu compte de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens, que la Cour suprême du Canada a interprété comme exonérant le revenu d'un Indien de l'impôt dans certains cas—Requête accueillie—Selon l'art. 12 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, la compétence de la Cour de l'impôt repose sur le dépôt d'un avis d'opposition—Aucune disposition de la Loi sur les Indiens ne rend expressément inapplicable quelque disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu, étant donné que l'impôt sur le revenu n'a été établi que longtemps après l'adoption de la disposition qui a précédé

**PRATIQUE—Suite**

l'art. 87—La Loi sur les Indiens l'emporte sur la Loi de l'impôt sur le revenu, mais rien ne montre que cela vise uniquement les dispositions relatives à la procédure—Si l'appelant, qui invoque son statut d'Indien, se prévaut du droit d'appel devant la Cour de l'impôt prévu par la Loi de l'impôt sur le revenu, il doit se conformer aux dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu—La Cour de l'impôt n'a commis aucune erreur de droit—L'absence d'un avis d'opposition prive la Cour de l'impôt de toute compétence en appel—L'appelant ne peut en appeler devant la Cour fédérale de la décision rendue par la Cour de l'impôt étant donné qu'il n'a pas déposé d'avis d'opposition—La compétence de la Cour fédérale est plus étendue que celle de la Cour de l'impôt—Au moment de l'audition de l'affaire, les arrêts semblaient montrer que la Cour fédérale a une compétence résiduelle pour superviser les actes administratifs à l'égard desquels la Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoit pas de droit d'appel—Depuis lors, *Optical Recording Laboratories Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.) a établi que l'art. 29 de la Loi sur la Cour fédérale interdit toute tentative visant à faire corriger une cotisation au moyen de l'art. 18 ou de l'art. 28—La Cour a peut-être compétence pour accorder un redressement par suite de la violation de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens et pour prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le revenu est exonéré d'impôt dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 16 de la Loi sur la Cour fédérale (si ce n'était l'appel prévu par la Loi de l'impôt sur le revenu), mais l'art. 29 l'empêche de le faire du fait que la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit un recours en appel—L'art. 29 empêche un jugement déclaratoire au sujet de l'avis de cotisation lui-même—L'appelant peut avoir droit à un jugement déclaratoire selon lequel un revenu n'est pas assujéti à la Loi de l'impôt sur le revenu dans des circonstances appropriées—Un appel de la décision rendue par la Cour de l'impôt ne fait pas partie de ces circonstances—L'appel de la décision de la Cour de l'impôt n'a aucune chance d'être accueilli—Même si l'appel de la décision de la Cour de l'impôt constitue un procès *de novo*, il s'agit néanmoins d'un appel et seules les questions qui auraient pu être soumises à la Cour de l'impôt peuvent être examinées—La Cour ne peut pas radier la demande tout en permettant la présentation d'une nouvelle demande de redressement en vertu de l'art. 16—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 16, 17, 18, 28, 29—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63—Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), chap. T-2, art. 12 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 51, art. 4—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 87.

LAFORME C. M.R.N. (T-559-89, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 22-5-91, 7 p.)

La déclaration vise à l'obtention d'un jugement déclaratoire reconnaissant au demandeur le droit de faire expurger la condamnation, la mise en accusation ou la dénonciation—Étant donné qu'aucune preuve n'est admissible dans le cas d'une demande fondée sur la Règle 419(1)a), l'allégation selon laquelle pareille condamnation n'a jamais existé doit être tenue pour exacte—La requête est rejetée dans la mesure où elle est fondée sur la Règle 419(1)a)—Dans la mesure où la requête est fondée sur d'autres alinéas de la Règle 419, il est permis de se reporter à la preuve par affidavit—La demanderesse a le droit de contre-interroger le témoin relativement à l'affidavit

**PRATIQUE—Fin**

avant l'examen de la requête—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1).

MENNES C. CANADA (T-289-91, juge Pinard, ordonnance en date du 17-5-91, 3 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire en chef a rejeté la demande de suspension d'instance présentée par la demanderesse conformément à l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale et à l'art. 8 du Code d'arbitrage commercial—L'appel interjeté par la demanderesse est rejeté pour le motif que la décision du protonotaire en chef résulte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et que les demandereses n'ont pas établi que la décision était fondée sur un principe erroné, sur l'application erronée de la loi ou sur une méprise totale au sujet des faits—Les demandereses n'ont pas mentionné que l'affaire avait été renvoyée à l'arbitrage à New York—Les demandereses ont attendu que la défense et la demande reconventionnelle aient été déposées pour demander une suspension d'instance—En différant ainsi la demande, les demandereses ont omis de se conformer à une exigence fondamentale de l'art. 8(1) du Code d'arbitrage commercial et elles ne peuvent pas invoquer cet article dans une demande fondée sur l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale—Il n'était pas déraisonnable pour le protonotaire en chef de conclure que les demandereses, en intentant l'action, avaient manifesté leur intention de révoquer la clause d'arbitrage et que les défendeurs ont fait de même en déposant une défense et une demande reconventionnelle—Étant donné que les procédures engagées devant la Cour ne peuvent pas aller à l'encontre de l'engagement à soumettre le litige à l'arbitrage, le protonotaire en chef pouvait examiner la question du préjudice—Appel rejeté—Code d'arbitrage commercial, annexe à la Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 17, art. 8—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 50.

RUHRKOHLE HANDEL INTER GMBH C. FEDNAV LTD. (T-212-91, juge Pinard, jugement en date du 3-7-91, 5 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande en vue de l'annulation de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail a conclu qu'une plainte fondée sur l'art. 97(1) du Code canadien du travail avait été déposée après l'expiration du délai—L'art. 97(2) exige que la plainte soit présentée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date où le plaignant a eu ou aurait dû avoir connaissance des mesures ayant donné lieu à la plainte—Le requérant a été congédié le 19 mai 1989—Le 24 août 1989, il a appris que le syndicat avait abandonné le grief—La plainte a été déposée le 4 octobre 1989—Le requérant soutient que le délai a commencé à courir lorsque le syndicat a décidé de ne pas donner suite au grief—Demande rejetée—Congédiement donnant lieu à une plainte—Le dépôt d'un grief n'empêche pas la présentation d'une plainte et n'empêche pas le délai de commencer à s'écouler—Code canadien du travail, L.R.C. (1985),

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

chap. L-2, art. 94(3), 97(1),(2)—Loi sur la Cour fédérale,  
L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

TINO C. CANADIAN BROTHERHOOD OF RAILWAY,  
TRANSPORT AND GENERAL WORKERS (A-789-90, juge  
Pratte, J.C.A., jugement en date du 25-4-91, 5 p.)

# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Appels d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt portant que les requérants (mari et femme) contrôlaient réellement la nouvelle compagnie, même s'ils détenaient moins de quarante pour cent des actions donnant droit de vote de la compagnie, et qu'ils n'exerçaient donc pas un emploi assurable au sens de l'art. 14a) du Règlement sur l'assurance-chômage—Le juge a commis une erreur de droit en ne tenant compte que du contrôle administratif ou opérationnel de la compagnie 158027 Canada Inc.—La détermination du contrôle des actions donnant droit de vote dans une compagnie est une question mixte de droit et de fait—Celui qui a le contrôle administratif ou opérationnel d'une compagnie ne contrôle pas nécessairement les actions de celle-ci—Les requérants détenant moins de quarante pour cent des actions de la compagnie, ils exerçaient par conséquent un emploi assurable—Appels accueillis—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 14a) (mod. par DORS/78-710).

SEXTON C. M.R.N. (A-722-90, A-723-90, juge Hugessen J.C.A., jugement en date du 10-5-91, 5 p.)

Demande d'examen et d'annulation d'une décision du juge-arbitre en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Affaire ne présentant aucun intérêt pratique pour les parties—Question de droit purement théorique—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. ANCTIL (A-813-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 2-5-91, 2 p.)

Demande d'examen présentée à la suite de la décision rendue par le juge-arbitre—Le requérant, un boucher, a démissionné; la période ouvrant droit aux prestations d'assurance-chômage a été établie au 28 avril 1985—Le 1<sup>er</sup> mai 1985, le requérant et une autre personne ont constitué leur propre entreprise de vente au détail de viandes congelées—Le requérant a laissé savoir qu'il était copropriétaire de l'entreprise uniquement à l'enquête spéciale tenue en juin 1986—Le requérant a alors déclaré qu'il cherchait encore du travail étant donné qu'il ne recevait pas de salaire de l'entreprise, qu'il n'en retirait aucun profit et qu'il y consacrait seulement quelques heures par semaine—Le juge-arbitre a commis une erreur évidente en soi en omettant d'examiner les questions ayant trait à la pénalité infligée—La charge de la preuve en vertu de l'art. 33(1) de la Loi sur l'assurance-chômage incombe à la Commission ou à l'employeur—Norme appropriée: prépondérance des probabilités—Il est jugé que le conseil d'arbitrage et le juge-arbitre ont conclu que la preuve présentée par le requérant était en soi invraisemblable—

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

Pareille perception suffit pour expliquer la conclusion tirée par le conseil arbitral au sujet du manque de crédibilité relativement à la question de l'emploi, notamment dans le cas d'un conseil non spécialisé—Toutefois, la conclusion d'absence de crédibilité tirée par le conseil arbitral ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure que le requérant avait sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses—Décision du juge-arbitre annulée et affaire renvoyée au juge-arbitre—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 33(1) (mod. par L.C. 1990, chap. 40, art. 25).

MCDONALD C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-897-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 13-6-91, 11 p.)

## BREVETS

Appels de la décision ((1989), 27 C.P.R. (3d) 289), par laquelle la Section de première instance a conclu que le brevet de l'appelante Beloit était invalide—Appels de cinq actions entendues ensemble et de deux ordonnances rendues durant le procès en vue de la radiation de la plaidoirie de fin de non-recevoir invoquée par Beloit—Il avait été conclu que le brevet était invalide dans une décision antérieure de la Section de première instance qui a été infirmée par la Cour d'appel: *Beloit Canada Ltd. et autres c. Valmet Oy* (1984), 78 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), inf. par (1985), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.)—La décision antérieure empêche d'invoquer l'évidence en l'espèce—Le juge de première instance avait conclu que le brevet était invalide pour le motif qu'il y avait antériorité, à savoir une publication antérieure, et utilisation ou connaissance antérieure, et pour le motif qu'il n'y avait pas eu exposé de l'invention, argument qui n'avait pas été plaidé—Le brevet en question porte sur l'amélioration de la section de presse des machines à papier—Le juge de première instance n'était pas fondé à conclure que le brevet était invalide pour le motif qu'il n'existait aucun exposé clair d'invention, art. 34(2) de la Loi sur les brevets—Le juge de première instance croyait que l'invention était évidente, mais il n'a pas jugé que le brevet était invalide pour ce motif—La preuve par commission rogatoire recueillie par le juge de première instance était assujettie à la condition qu'aucun témoignage d'expert ne soit recueilli en Allemagne—Il est compréhensible que le juge ait de la difficulté à traiter la preuve lorsque le procès dure quatre semaines—La décision du juge de première instance aurait été la même en l'absence de certains témoignages d'experts—

**BREVETS—Fin**

L'admissibilité d'autres témoignages d'experts visant à révéler le document est traitée comme une question distincte—Le juge de première instance a commis une erreur en établissant la date de l'invention, et en l'imputant à une décision antérieure—La décision antérieure ne lie personne en l'espèce; la question doit être tranchée d'après la preuve mise à la disposition du juge du deuxième procès—En l'espèce, la preuve n'appuie pas la date d'invention mentionnée par le juge de première instance—L'erreur sur la date de l'invention était une erreur manifeste et dominante qui déterminait la question de l'antériorité—La seule preuve de connaissance et d'utilisation antérieures de l'invention est postérieure à la date de l'invention et il n'y a donc pas antériorité au sens des art. 27(1a) et 61(1a) de la Loi sur les brevets—Question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le brevet était devancé par une publication antérieure—Il faut déterminer si le document en question a été publié et s'il révèle l'invention en question—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le document avait été publié conformément à l'art. 27(1b) de la Loi sur les brevets—Question de savoir si le document, considéré dans son ensemble, contient les renseignements nécessaires à la production de la présumée invention—Le témoignage oral n'est admissible que pour expliquer les termes techniques et le contexte—Le document en question ne révèle pas l'invention—Appels contre les jugements rendus en première instance accueillis et invalidation du brevet annulée—Appels contre les jugements rendus dans les actions en contrefaçon également accueillis, et affaires renvoyées en première instance—Le juge a commis une erreur en accueillant la requête en radiation des plaidoiries relatives à la fin de non-recevoir—Le juge de première instance était obligé de tenir pour prouvés les faits énoncés dans la demande, aussi peu probables qu'ils semblent—Ordonnances suspendant l'instruction de l'affaire remplaçant les ordonnances de radiation—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 27(1a).b) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 33, art. 8), 34(2), 61(1a).

J.M. VOITH GMBH C. БЕЛОIT CORP. (A-216-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 4-6-91, 24 p.)

**CITOYENNETÉ****CONDITIONS DE RÉSIDENCE**

Appel de la décision d'un juge de la citoyenneté agréant la demande de citoyenneté de l'intimé présentée en vertu de l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté—L'intimé ne répond pas aux exigences de cet article puisqu'il a reconnu n'avoir jamais établi de résidence physique au Canada avant l'été 1988—Durant les 4 années précédant sa demande de citoyenneté, l'intimé a toujours eu l'intention de revenir au Canada pour s'y établir d'une façon permanente et il a toujours su maintenir certains liens avec ce pays, mais il n'a jamais pu y maintenir une résidence—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1).

CANADA (MINISTRE D'ÉTAT, MULTICULTURALISME ET CITOYENNETÉ) C. HABLANI (T-1951-89, juge Pinard, jugement en date du 5-6-91, 5 p.)

**COURONNE****RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Appel et contre-appel d'un jugement, [1990] 2 C.F. F-7, dans lequel le juge de première instance a jugé que l'appelante était coupable de négligence et lui a ordonné de verser aux intimés des dommages-intérêts en sus de la quote-part du produit d'un cautionnement déposé en garantie par Memco Ltd. auprès de la Commission canadienne des grains (la CCG)—Les intimés sont des producteurs de grains qui ont livré du grain à Memco de 1979 à 1982—Memco a été autorisée par la Commission à exploiter son entreprise d'élevateur de stockage de grains reçus de producteurs—Un cautionnement devait être fourni en vertu de la licence—Appel rejeté pour les motifs énoncés dans *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, A-160-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-5-91, C.A.F., encore inédit—Le contre-appel concernant le traitement de l'intérêt échü sur la quote-part de la garantie des intimés avant la répartition est accueilli pour les motifs énoncés dans *Brewer Bros.*—Les contre-appellants soutiennent également que le juge de première instance a commis une erreur en omettant d'examiner et de trancher une demande de dommages-intérêts par suite d'une fausse déclaration faite par négligence, fondée sur le principe de la confiance énoncé dans *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (C.L.)—La Cour ne peut pas statuer sur le bien-fondé de la question étant donné la preuve contradictoire au sujet de laquelle le juge de première instance ne s'est pas prononcé—Étant donné que la Cour d'appel n'est pas en mesure de trancher une question de crédibilité, le contre-appel est rejeté à cet égard—Une somme égale à l'intérêt couru sur la quote-part du produit de la garantie entre la date de la réalisation et la date de la répartition est ajoutée aux dommages-intérêts à payer à chaque intimé.

LAYDEN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(A-161-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-5-91, 6 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

La demanderesse réclame le paiement du résidu d'une taxe de vente, d'une amende et d'intérêts cumulatifs en vertu de l'art. 27 de la Loi sur la taxe d'accise—Garantie consentie par une compagnie à la défenderesse sur certaines catégories de biens—Demande de soumissions présentée par la défenderesse pour la vente de ces actifs selon leur valeur au coûtant—Vente de ces actifs par la défenderesse à une autre compagnie—Mise en demeure adressée à la défenderesse par un vérificateur de la demanderesse lui réclamant la somme de 46 851,53 \$ à titre de taxe d'accise—Réclamation acquittée en partie—La défenderesse est assujettie à la Loi sur la taxe d'accise à titre de personne morale en vertu de l'art. 27(3) de la Loi sur la taxe d'accise—La défenderesse a acquis de la première compagnie ou contre elle le droit de vendre les marchandises concernées «par suite de l'application de la loi»—La taxe payable doit être payée non sur le prix de vente des marchandises à la seconde compagnie mais selon leur valeur au coûtant—Il n'y a pas eu transaction au sens du Code civil du Bas-Canada puisqu'il n'y a eu aucune offre formelle de règlement final de la réclamation

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

de la demanderesse—Action accueillie—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 27, 50.

CANADA C. BANQUE NATIONALE DU CANADA (T-809-86, juge Pinard, jugement en date du 24-5-91, 15 p.)

**LOI SUR LES DOUANES**

Réclamation contre le défendeur d'une somme de 10 694,42 \$ imposée à la compagnie demanderesse à titre de pénalité pour ne pas avoir déclaré la nature exacte de marchandises importées au Canada—La marchandise consistait en 305 rouleaux de tissu qu'on a déclaré être composé entièrement de coton mais dont le pourcentage variait en réalité entre 42 % et 89 %—Elle était donc assujettie à un droit de douane non pas de 15 % mais de 25 % de sa valeur—L'erreur dans la déclaration du pourcentage de coton a été commise non par la demanderesse mais par son grossiste de New York de qui elle a acheté les marchandises—La demanderesse a démontré sa bonne foi et renversé la présomption de fraude qui existait contre elle—Absence d'intention coupable—Action accueillie—Loi sur les douanes, S.C. 1986, chap. 1, art. 32.

ROBLIN TEXTILES INC. C. M.R.N. (T-220-88, juge Rouleau, jugement en date du 24-5-91, 8 p.)

**DROIT D'AUTEUR**

Requête en radiation de l'enregistrement du nom de l'intimé au motif que celui-ci n'est pas et n'a jamais été le propriétaire de l'œuvre «Buzzy—L'ami qui veille»—Le motif invoqué par le requérant est que l'intimé n'a pas respecté ses obligations contractuelles à son égard et que le droit d'auteur doit lui revenir en exclusivité—En vertu de l'art. 57(4)b) de la Loi sur le droit d'auteur, la Cour fédérale a compétence pour radier une inscription faite par erreur ou restée dans les registres par erreur, sur demande de toute partie lésée—Il s'agit en l'espèce d'un litige contractuel et non d'une inscription faite par erreur—Il ne s'agit pas non plus de la violation d'un droit d'auteur—La Cour n'a pas compétence pour connaître du présent litige—Requête rejetée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 57(4)b).

LAURIN C. CHAMPAGNE (T-427-89, juge Dubé, jugement en date du 27-5-91, 5 p.)

**GRC**

Demande d'injonction interlocutoire empêchant les intimés de muter le requérant au sein de la GRC avant que soit instruite l'action ou que soit réglé le grief relatif à la mutation proposée—Une injonction ne sera pas décernée contre la Reine—Le requérant est un caporal de la GRC qui a été assujetti à une procédure disciplinaire à la suite d'un accident d'automobile—À l'audience disciplinaire, le comité d'arbitrage a conclu que le requérant avait contrevenu au code de déontologie de la GRC et a recommandé que la sanction ne soit pas une mutation—Le requérant a ensuite été démis de ses fonctions en civil et muté à des fonctions en uniforme par le surintendant sans être tenu de

**GRC—Fin**

s'installer ailleurs et sans subir une baisse de salaire—Une déclaration a été déposée en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision relative à la mutation, et un avis de requête en vue de l'obtention d'un redressement interlocutoire a été déposé le même jour—Pour qu'un redressement interlocutoire soit accordé, l'existence d'une question sérieuse doit être établie; le requérant doit prouver qu'il subira un préjudice irréparable si l'injonction est refusée; de plus, la prépondérance des inconvénients doit favoriser l'octroi de l'injonction—L'existence d'une question sérieuse a été établie—La question de la fin de non-recevoir ne s'applique pas, car le comité et le surintendant ont pris leurs décisions dans des contextes différents: *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810—Le requérant pourrait prouver que le surintendant a abusé de son pouvoir discrétionnaire—Preuve insuffisante pour montrer que la mutation a un caractère punitif—La Cour n'admet pas que la mutation au sein des forces sans baisse de salaire, quoique embarrassante, constitue un préjudice irréparable suffisant pour justifier l'octroi d'une injonction—En outre, la mutation contestée est chose faite—Le requérant assumerait ses nouvelles tâches si ce n'était qu'il est en convalescence à la suite d'une opération—L'injonction ne peut pas empêcher quelque chose qui a déjà été fait: *Ministre des transports du Québec c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 17 (1<sup>re</sup> inst.)—Il est inutile d'examiner la question de la prépondérance des inconvénients—Demande rejetée.

TKACHUK C. CANADA (T-1347-91, juge MacKay, jugement en date du 12-6-91, 8 p.)

**IMMIGRATION**

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande présentée par le requérant en vue d'obtenir le statut de résident permanent, et en vue de l'obtention d'un *mandamus* obligeant les fonctionnaires à traiter la demande conformément à la loi—La demande de statut de résident permanent a été accordée de même qu'un visa de résidence permanente et un permis de travail, autorisant le requérant à travailler à titre de propriétaire de motel seulement—Le requérant a par la suite exploité un motel, mais il s'occupait également de l'exploitation d'une entreprise de conseiller en immigration—Il a menti aux fonctionnaires de l'Immigration au sujet du fait qu'il dirigeait l'entreprise de conseiller en immigration—Une enquête a eu lieu et on a signifié au requérant un avis d'interdiction pour le motif qu'il avait violé une condition d'admission et qu'il avait menti aux fonctionnaires de l'Immigration, soit de «bonnes raisons» pour lesquelles le nombre de points d'appréciation attribués ne reflète pas les chances qu'avait le requérant de «s'établir avec succès» au Canada, art. 11(3) du Règlement sur l'immigration—Le pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé en vertu de l'art. 11(3) doit l'être en fonction des chances du requérant de s'établir avec succès au Canada, et non d'un pouvoir discrétionnaire général de refuser un requérant pour le motif que l'agent croit qu'il ne sera peut-être pas un bon résident: *Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (T-398-90) (plaidé en même temps que la présente demande)—Le simple fait de mentir aux fonctionnaires de l'Immigration ne constitue pas en soi un motif adéquat pour conclure à l'inadmissibilité: *Kang c. Ministre de l'Emploi et de*

## IMMIGRATION—Suite

*l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 807 (C.A.)—De plus, le fait qu'un immigré a déjà violé une condition d'admission ne suffit pas pour le rendre inadmissible en vertu de l'art. 11(3)—Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11(3) n'est pas suffisamment large pour fonder le refus d'accorder un visa de résidence permanente pour ces motifs—Aucune question sérieuse soulevée au sujet du manque d'équité dans la procédure suivie par le fonctionnaire de l'Immigration—Décision annulée, demande renvoyée à un autre agent des visas—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 11(3).

MANGAT C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-398-90, juge Strayer, jugement en date du 10-5-91, 13 p.)

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision par laquelle le commissariat du Canada à Hong Kong avait refusé d'accorder un permis de travail à la requérante, et en vue de l'obtention d'un *mandamus* lui enjoignant d'examiner et de traiter la demande de la requérante conformément à l'obligation d'agir avec équité en matière de procédure—La requérante est une citoyenne des Philippines et une résidente de Hong Kong où elle travaille à titre d'employée de maison—L'employeur de la demanderesse a immigré au Canada en 1988—La requérante a continué à travailler à Hong Kong pour les parents de son employeur—La requérante a été rejetée par le commissariat du Canada pour le motif qu'elle avait violé les règles d'immigration de Hong Kong en travaillant pour de nouveaux employeurs sans contrat de travail valide—Étant donné qu'aucun affidavit de l'agente des visas n'a été déposé, la lettre de rejet de cette dernière ne peut pas être acceptée à titre de preuve d'autre chose que le fait que la décision avait été prise: *Wang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 165 (C.A.)—L'obligation d'agir avec équité exige qu'on donne à la requérante la possibilité d'établir qu'elle n'a pas violé les règles d'immigration de Hong Kong: *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.)—L'obligation d'agir avec équité exige qu'on donne à la requérante la possibilité de répondre aux appréciations négatives sur lesquelles le rejet de la demande est fondé—La demande présentée par la requérante en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant la décision et prescrivant le renvoi de l'affaire à un autre agent des visas est accueillie.

BASCO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2615-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 7-5-91, 10 p.)

Appel de l'ordonnance ((1987), 17 F.T.R. 304) par laquelle la Section de première instance a rejeté la demande présentée par l'appelant en vue de l'obtention d'ordonnances de la nature d'un *certiorari* et d'un *mandamus* contre le défendeur—L'appelant est un citoyen des Philippines qui a été reconnu à titre de réfugié au sens de la Convention par la Commission d'appel de l'immigration le 6 février 1986—L'appelant a ensuite demandé au ministre de lui délivrer un permis de manière à s'assurer que, à la reprise de l'enquête, l'arbitre conclue qu'il était légalement au Canada et lui permette d'y demeurer—L'appelant a d'abord été informé qu'aucun permis ne serait délivré tant que la demande présentée à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 ne serait pas tranchée—La demande fondée sur

## IMMIGRATION—Suite

l'art. 28 a été abandonnée et on a finalement informé l'appelant, sans lui fournir de motifs, qu'aucun permis ne serait délivré—Le présent appel, interjeté à la suite de la décision que le ministre avait prise de ne pas délivrer de permis, repose entièrement sur la politique du ministre énoncée dans le Guide de l'immigration—La politique ne modifie pas la Loi qui confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis—On ne saurait dire que l'appelant aurait dû obtenir un permis pour la seule raison que, en règle générale, on l'accorde aux réfugiés au sens de la Convention—Question de savoir si l'appelant a fait l'objet d'un traitement injuste étant donné qu'il pouvait «légitimement s'attendre» à obtenir un permis—La Section de première instance a conclu que l'appelant n'avait pas fait l'objet d'un traitement injuste—L'appelant n'a pas démontré que cette conclusion était erronée—En outre, tant qu'il existe une ordonnance de renvoi contre l'appelant, aucun permis ne peut lui être délivré—L'annulation de la décision prise par le ministre ne serait donc d'aucune utilité pour l'appelant—Appel rejeté avec dépens.

DEE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-4-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 26-6-91, 9 p.)

## EXPULSION

Requête en *certiorari* et en prohibition en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Le requérant est un Sikh du Punjab qui a revendiqué le statut de réfugié dès son arrivée au Canada en juin 1986—Il a été expulsé du Canada en février 1991 après s'être adressé en vain à la Commission d'appel de l'immigration et à la Cour d'appel fédérale—Il n'a pu faire valoir ses motifs d'ordre humanitaire comme le lui permet l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Le droit à la sécurité de la personne que lui confère l'art. 7 de la Charte a été violé—Requête accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 114(2)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

CHEEMA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-301-91, juge Joyal, ordonnance en date du 8-5-91, 6 p.)

## PRATIQUE

Requête en vue de la fixation par la Cour d'une date pour audition urgente d'une demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher le renvoi du codemandeur Joginder Pal Singh—Singh s'est vu refuser l'autorisation d'interjeter appel d'une conclusion selon laquelle il n'existait pas un minimum de fondement à l'appui de la revendication du statut de réfugié ainsi que d'une mesure d'expulsion prise contre lui le 18 octobre 1990—Ordonnance contestée au moyen de la présente procédure le 6 juin 1991—Il a été conclu qu'il n'existait aucune raison d'ordre humanitaire permettant d'empêcher l'expulsion—L'autorisation d'introduire l'instance n'a été ni demandée ni obtenue—La Cour est convaincue qu'une autorisation doit



## IMMIGRATION—Suite

être accordée pour que la question de savoir s'il y a lieu de fixer une date pour l'audition urgente soit tranchée—Une autorisation est nécessaire étant donné que l'instance se rapporte à une décision ou ordonnance rendue ou à une autre question soulevée en vertu de la Loi sur l'immigration ou de son Règlement d'application: art. 82.1(1) de la Loi sur l'immigration—En outre, il s'agit d'un recours fondé sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale étant donné qu'il vise un office fédéral—Aucune date fixée—La demande d'injonction n'est pas rejetée, mais aucune documentation ne peut être déposée tant que l'autorisation n'aura pas été demandée et accordée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 82.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19; L.C. 1990, chap. 8, art. 53).

ONTARIO KHALSA DARBAR INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1484-91, juge Strayer, jugement en date du 21-6-91, 6 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

Requêtes en *certiorari*, *mandamus* et prohibition en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale à l'encontre du refus de l'intimé d'accorder aux requérants une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié—Les requérants sont arrivés au Canada en provenance de Turquie le 10 octobre 1986 et ont revendiqué le statut de réfugiés—Leur revendication a été rejetée par l'intimé le 21 juillet 1987—La Commission d'appel de l'immigration a rejeté leur demande de réexamen de leur statut—Leur enquête commencée le 8 novembre 1986 a été reportée à plusieurs reprises et n'a pas encore eu lieu—Les requérants cherchent à se prévaloir des dispositions du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié qui permettent à ceux dont la revendication a un minimum de fondement de demander le droit d'établissement sans devoir quitter le Canada—La nouvelle Loi sur l'immigration ne permet pas aux requérants de se prévaloir du système actuel du minimum de fondement—Leur revendication du statut de réfugié avait été réglée bien avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi—Une nouvelle loi ne crée pas de droit rétroactif—Les requérants ne peuvent se prévaloir des dispositions transitoires de la nouvelle Loi, ni du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié adopté le 21 décembre 1989—La décision de la Commission d'appel de l'immigration habilitait l'arbitre à poursuivre son enquête—Les requérants ne peuvent invoquer la doctrine de l'expectative légitime—En préconisant un régime spécial pour les arriérés de revendications du statut de réfugié, l'intimé n'a pas induit les requérants en erreur et ne s'est pas engagé à leur égard—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40.

ZYBEKOGLU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2894-90, juge Joyal, ordonnance en date du 8-5-91, 10 p.)

Appel de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a

## IMMIGRATION—Fin

conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Question de savoir si l'on a porté atteinte au droit que possède l'appelant, en vertu de l'art. 7 de la Charte, à une audience devant un tribunal impartial—La Cour a exprimé sa préoccupation au sujet de la longueur des interventions du commissaire, lesquelles représentaient 70 pages dans la transcription—Les commissaires ont le droit d'interroger eux-mêmes l'appelant—Le commissaire a mené un interrogatoire pour éclaircir la situation, et cela ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité—La Commission n'est pas liée par les règles techniques de la preuve et il doit, pour chaque demande, fonder sa décision sur des éléments de preuve qu'elle juge vraisemblable—La Commission n'a pas été indûment influencée par l'admission en preuve d'une photocopie d'un télex envoyé au haut commissariat du Canada au Sri Lanka par le ministère de l'Immigration—La Commission disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que l'appelant n'était pas digne de foi—Même si la preuve était fortement préjudiciable, la Commission n'a pas commis d'erreur en l'admettant parce qu'elle pouvait, en vertu de la Loi, décider de la valeur de tout élément de preuve présenté—Appel rejeté—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendix II, n° 44], art. 7.

MAHENDRAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-628-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 21-6-91, 7 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## PRATIQUE

Requête en radiation de la déclaration fondée sur le motif que celle-ci ne révélerait aucune cause raisonnable d'action—La déclaration de la demanderesse vise à l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel la demande de renseignements et de documents n'a aucun effet juridique—L'avis a été envoyé par le ministre en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu à la suite d'une demande de renseignements par le Secrétaire au Trésor américain—L'argument selon lequel la Loi sur la Convention en matière d'impôts et la Convention elle-même ne confèrent aucun pouvoir exprès de contrainte à l'égard de la communication de renseignements ne peut pas être retenu selon une interprétation raisonnable des dispositions pertinentes—L'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu autorise le ministre à signifier un avis en vue de la communication de renseignements ou de la production de documents—L'art. XXVII de la Convention dit que si les É.-U. demandent des renseignements, le Canada s'efforce de les obtenir dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'appliquer ses propres règles d'imposition—La Convention prévoit clairement que le ministre exercera le pouvoir conféré par l'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu—La Convention a été incorporée dans le droit canadien, à l'art. 3 de la Loi sur la Convention fiscale—Compte tenu de ces dispositions, le ministre a expressément le pouvoir d'envoyer un avis pour l'application et la mise à exécution de la législation fiscale américaine—L'effet combiné de ces dispositions rend inutile l'adoption d'un règlement en vertu de la Loi sur la Convention en matière d'impôts en ce qui concerne les avis envoyés à la

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

demande des États-Unis—Aucune raison de présumer que les renseignements seront utilisés autrement qu'en conformité avec la Convention—L'échange de renseignements ne porte donc pas atteinte à la législation ou à la pratique administrative au Canada—Les renseignements ne seraient admissibles que pour l'application de la législation fiscale américaine, et sont par conséquent visés par la Convention—En outre, les renseignements sont tenus secrets aux É.-U.—La déclaration de la demanderesse ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Requête accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231.2 (mod. par L.C. 1988, chap. 55, art. 174)—Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, chap. 20, art. 3.

MONTREAL ALUMINIUM PROCESSING INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-811-91, juge Joyal, jugement en date du 4-7-91, 15 p.)

**INJONCTIONS**

Demande d'injonction interlocutoire—Il doit y avoir une question sérieuse à trancher—La déclaration révèle l'existence d'une question sérieuse, à savoir la mesure dans laquelle l'obligation d'agir d'une manière équitable s'applique aux ententes contractuelles commerciales relevant de l'organisme créé par la loi—Il faut montrer l'existence d'un préjudice irréparable qui ne pourrait pas être compensé au moyen de dommages-intérêts si l'injonction n'était pas accordée—Pareil préjudice n'a pas été établi—La requérante craint peut-être que son existence soit menacée, mais il s'agit d'un genre de perte apprécié tous les jours par les tribunaux au moyen de l'octroi de dommages-intérêts—La balance des inconvénients doit pencher du côté de l'octroi d'une injonction—Dans les demandes de ce genre, pour qu'une ordonnance soit rendue contre un organisme public, l'élément fondamental est la possibilité de préjudice à l'intérêt public—La Cour n'est pas convaincue qu'il y a lieu de prononcer une interdiction à l'encontre de l'intérêt public représenté par la Commission—L'action qu'on cherche à faire interdire est une demande anticipée par l'intimée dans une procédure engagée il y a quelques mois—Ce n'est que dans des circonstances extraordinaires que la Cour conclurait que pareille demande dans cette action entraînerait un préjudice irréparable ou ferait pencher la balance des inconvénients—Demande rejetée.

ALBERTA PACIFIC TERMINALS C. COMMISSION PORTUAIRE DU FRASER (T-1531-91, juge MacKay, ordonnance en date du 8-7-91, 7 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Requête en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant les décisions par lesquelles la Commission nationale des libérations conditionnelles a rejeté la demande de libération conditionnelle présentée par le requérant, d'un *mandamus* obligeant la Commission à tenir une nouvelle audience, d'un *certiorari* en vue de l'examen du programme d'absences temporaires dont bénéficie le requérant, et d'un *mandamus* obligeant la Commission à

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

offrir au requérant un programme adéquat d'absences temporaires—Le requérant a plaidé coupable aux accusations d'enlèvement et de relations sexuelles avec une fillette de douze ans—Le juge de première instance a conclu que l'emprisonnement à perpétuité était nécessaire pour que le public bénéficie de toute la protection légalement possible—La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la peine et les motifs donnés à l'appui—Le requérant a suivi des traitements psychologiques et psychiatriques, a participé à un programme pour les délinquants sexuels et a obtenu des permissions de sortir avec et sans surveillance—Le requérant est admissible à la libération conditionnelle, mais la Commission a rejeté toutes ses demandes de libération conditionnelle—La Cour ne peut pas se substituer aux membres de la Commission—Lorsqu'il s'agit d'un examen judiciaire et de questions liées à la Charte, il incombe au requérant d'établir que la Commission n'a pas agi d'une manière raisonnable ou équitable—Il ne suffit pas de prouver que la Commission a commis une erreur; le requérant doit établir que la Commission a appliqué la loi d'une manière déraisonnable, arbitraire ou capricieuse—Les rapports médicaux et les rapports de l'équipe de gestion ne permettent pas d'annuler la décision de la Commission—La Cour n'est pas convaincue que l'une ou l'autre des décisions de la Commission viole la Charte—L'art. 7 de la Charte ne confère pas au détenu le droit à une liberté absolue—L'atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne d'un détenu n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale—Le requérant n'est pas arbitrairement détenu—Compte tenu de la nature de l'infraction commise par le requérant, la décision de la Commission n'a pas pour effet d'infliger une peine ou un traitement cruels et inusités—Aucun des motifs de discrimination mentionnés à l'art. 15 de la Charte ni aucun autre motif analogue n'englobent le cas d'une personne condamnée à perpétuité—La réparation prévue par l'art. 24 de la Charte dépend de la compétence de la Cour à cet égard—Seule la Commission des libérations conditionnelles a compétence lorsqu'il s'agit d'accorder une libération conditionnelle à un détenu—Demande rejetée—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15, 24.

HAY C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2705-90, juge Dubé, jugement en date du 24-6-91, 11 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision par laquelle le registraire a accueilli la demande d'enregistrement de marque de commerce présentée par l'intimée, d'un *mandamus* obligeant le registraire à examiner la requête présentée par la requérante en vue de la prorogation du délai de dépôt de l'opposition, et d'un redressement de la nature d'une injonction empêchant l'enregistrement de la marque de commerce tant qu'une décision définitive n'aura pas été rendue—Ault a envoyé, la veille de l'expiration du délai de 30 jours, une lettre dans laquelle elle demandait une prorogation de délai, laquelle a été reçue après l'expiration par le Bureau des marques de commerce à Ottawa—Le registraire n'a pas été

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

mis au courant de la demande avant de décerner l'avis d'admission à l'égard de la marque de commerce—Il est presque impossible de faire une distinction entre l'affaire en instance et les décisions antérieurement rendues par la Cour: *Uniroyal Ltd. c. Registrataire des marques de commerce et autres* (1986), 12 C.P.R. (3d) 376 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Fruit of the Loom, Inc. c. Registrataire des marques de commerce et autres* (1986), 12 C.P.R. (3d) 381 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); qui sont en outre étayées par *Tabi International Inc. c. Registrataire des marques de commerce et autres* (1987), 17 C.P.R. (3d) 572 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le registraire n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'examiner une opposition après l'admission de la marque de commerce, mais la Cour peut suspendre l'admission et obliger le registraire à prendre en considération les faits pertinents, ou à proroger le délai de dépôt de l'opposition—Le registraire a clairement pris sa décision sans connaître les faits pertinents—La lettre a été reçue au bureau compétent, mais le registraire n'en a jamais pris connaissance—Dans ces conditions, un *certiorari* sera décerné en vue de l'annulation de l'admission ainsi qu'un *mandamus* ordonnant l'examen de la demande de prorogation de délai—La Cour rejette l'argument selon lequel *Uniroyal* n'est pas un arrêt faisant autorité étant donné qu'une distinction erronée a été faite entre cette affaire et *Silverwood Industries Ltd. c. Registrataire des marques de commerce*, [1981] 2 C.F. 428 (1<sup>re</sup> inst.)—La différence entre les deux affaires n'est pas suffisante pour modifier la conclusion tirée dans *Uniroyal*—Aucun retard abusif justifiant le refus d'accorder les brevets de prérogative—Un retard de trois mois n'est pas déraisonnable—Lipton a subi un préjudice en se fondant sur l'admission, mais la requérante a également subi un préjudice étant donné que la décision n'est pas conforme aux règles de l'équité.

LES ALIMENTS AULT LTÉE C. CANADA (REGISTRATAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-372-91, juge Rouleau, jugement en date du 20-6-91, 8 p.)

**PÊCHES**

Demande en vue de l'obtention d'une injonction empêchant le ministre des Pêches et Océans de suspendre ou de révoquer le permis personnel de pêche du capitaine du navire demandeur *Nemesis*—La demande découle d'une action intentée en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le ministre n'a pas le pouvoir de suspendre un permis personnel de pêche—Question de savoir s'il convient d'empêcher le ministre de suspendre le permis personnel de pêche en attendant le procès—La question soulevée est au moins en partie fondée, mais il est inutile de déterminer s'il existe une question sérieuse à trancher, car il n'est pas prouvé qu'il existe un préjudice irréparable que des dommages-intérêts ne peuvent pas compenser—Le salaire et la part des prises d'une personne constitueraient des dommages mesurables si l'action de la demanderesse était accueillie—Si le *Nemesis* n'avait pas de capitaine, les prises seraient réduites; la perte pourrait être compensée par des dommages-intérêts—Il est inutile d'examiner la question de l'intérêt public et celle de l'obligation légale du ministre—Demande rejetée.

NEW LEAF FISHING LTD. C. CANADA (T-243-91, juge Joyal, ordonnance en date du 5-7-91, 8 p.)

**PÊCHES—Fin**

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre des Pêches et des Océans d'empêcher la pêche commerciale de l'ormeau par les demandeurs à condition que ces derniers respectent les restrictions qui s'appliquent—La Cour ne doit pas accorder d'injonction interlocutoire s'il n'existe pas de question sérieuse à trancher—Le requérant doit également établir qu'il existe une possibilité de préjudice qui ne peut pas être adéquatement réparé par des dommages-intérêts, ainsi que l'effet relatif de l'injonction sur les deux parties et la prépondérance des inconvénients—La demande devrait être rejetée—Il n'existe aucune question sérieuse à trancher—Compte tenu du pouvoir discrétionnaire absolu conféré par la Loi sur les pêches, le ministre est autorisé à ne pas renouveler les permis de pêche annuels expirés des demandeurs—De plus, le directeur régional ou un fonctionnaire des pêcheries a de toute évidence le pouvoir de modifier les périodes de fermeture et les contingents—Selon certains arrêts, l'injonction ne sera pas accordée en vue d'empêcher le ministre de s'acquitter d'une obligation légale à condition que celui-ci n'outrepasse pas le pouvoir conféré par la Loi—La prépondérance des inconvénients montre que l'intérêt public doit prévaloir sur celui des demandeurs—La décision du ministre de ne pas renouveler les permis causera un préjudice financier aux demandeurs, mais la conservation des réserves d'ormeau profite à tous les pêcheurs et consommateurs—La limitation du pouvoir d'un organisme public porterait atteinte à l'intérêt public: *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791 (C.A.)—Demande rejetée.

DELISLE C. CANADA (T-565-91, juge Pinard, jugement en date du 24-5-91, 5 p.)

**PÉNITENCIERS**

Dommages-intérêts réclamés à la suite d'une détention illégale dans un pénitencier—Détenu placé en ségrégation administrative durant 80 jours à cause de son refus de subir un test de tuberculose—Il a été remis en population carcérale générale à la suite d'un bref d'*habeas corpus*—Le demandeur avait refusé de se soumettre au test Mantoux pour raison d'allergie mais avait accepté de subir des radiographies pulmonaires—Les autorités pénitentiaires ont ordonné la ségrégation administrative du demandeur pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'institution en vertu de l'art. 40 (1a) du Règlement sur le service des pénitenciers—Le fardeau de la preuve incombe à la défenderesse—Celle-ci n'a pas démontré qu'un avis écrit avait été signifié au demandeur conformément à l'art. 25(2) de la Loi sur la santé, ni que le demandeur avait reçu un ordre d'un médecin-hygiéniste de se soumettre au test Mantoux, ni qu'il avait été poursuivi pour avoir refusé d'obtempérer à un tel ordre, ni qu'un ordre de mise en quarantaine avait été donné par un médecin-hygiéniste—La défenderesse ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver que le refus du demandeur de se soumettre au test Mantoux constituait un accroc au bon ordre et à la discipline de l'institution et que la ségrégation administrative était justifiée en fait et en droit—Action accueillie—Dommages-intérêts accordés au titre de frais judiciaires et de préjudice moral—Dommages-intérêts exemplaires également alloués car il s'agissait d'actes oppressifs et arbitraires accomplis par des fonctionnaires—Règlement sur le service des

**PÉNITENCIERS—Fin**

pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 40(1)a)—Loi sur la santé, L.R.N.-B. 1973, chap. H-2, art. 19, 25.

SAINT-JACQUES C. CANADA (MINISTÈRE DU SOLICITEUR GÉNÉRAL) (T-999-89, juge Denault, jugement en date du 11-4-91, 13 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****TERRES**

Actions en vue de l'obtention d'une déclaration selon laquelle la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire en ce qui concerne la cession de terres indiennes en 1939, ainsi qu'en vue de l'obtention de dommages-intérêts—En 1934, la bande indienne de Lower Kootenay a cédé 2 000 acres de terres à la Couronne—La Couronne a loué les terres à Creston Reclamation Co. Ltd. en vue d'un projet d'endiguement—La bande récoltait plusieurs centaines de tonnes de foin naturel pour alimenter le bétail et pour tirer un revenu—La bande alléguait qu'une convention accessoire a été conclue afin de mettre des terres supplémentaires à la disposition de la bande pour compenser la perte des terrains utilisés pour la récolte de foin—La présumée convention n'a jamais été exécutée—En 1948, on s'est rendu compte que le décret prévu par l'art. 51 de la Loi de 1927 sur les Indiens n'avait pas été pris à l'égard de la cession—La bande a attiré l'attention du gouvernement sur le fait que le paiement tardif du loyer et la sous-location allaient à l'encontre du bail, mais aucune mesure n'a été prise—En janvier 1938, d'autres terres ont été cédées à un dentiste local; un décret a été enregistré le 9 mars 1943—L'action intentée contre la Couronne en 1982 a été abandonnée et la présente action a été intentée le 3 janvier 1990—Cinq questions à trancher: 1) Question de savoir si la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire ou a fait preuve de négligence, ou les deux, envers la bande au moment de la cession et de la conclusion du bail; 2) Question de savoir si la Couronne est responsable envers la bande pour ne pas avoir exécuté la convention accessoire visant à fournir des terres supplémentaires; 3) Question de savoir si la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire ou a fait preuve de négligence, ou les deux, envers la bande au moment de la cession au dentiste en janvier 1939; 4) Question de savoir si la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire ou a fait preuve de négligence, ou les deux, de 1948 jusqu'à la date de la résiliation du bail en 1982, étant donné qu'elle aurait dû savoir que le bail était nul *ab initio*; 5) Question de savoir si la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire ou a fait preuve de négligence, ou les deux, en ne prenant aucune mesure pour résilier le bail dès 1974, lorsque la bande lui a demandé à maintes reprises de le faire—Examen approfondi de la documentation préalable à la cession et au bail conclus en 1934, des privilèges relatifs à la récolte des foins et de la cession conclue avec le dentiste en 1939—Une cession non parfaite par un décret, conformément à l'art. 51 de la Loi sur les Indiens, est nulle *ab initio*—L'argument invoqué par la Couronne, à savoir que la bande ne se présente pas devant la Cour avec les «mains propres», est rejeté par suite du manque de preuve et pour le motif qu'il est supposé à l'avance que la bande a bénéficié de la cession et qu'elle a néanmoins fait obstacle à son exécution—Le fait que la Couronne aurait pu louer les terres conformément à

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

l'art. 93 de la Loi sur les Indiens importe peu—La Couronne a décidé de procéder par cession, mais ne l'a pas parfaite, de sorte qu'elle a dénié à la bande la protection à laquelle cette dernière avait droit—Preuve concernant les événements qui se sont produits après 1974 examinée—Obligation de fiduciaire générale que la Couronne a envers les bandes indiennes à l'égard de leurs terres—L'obligation de fiduciaire n'est créée qu'à la suite de la cession des terres de la réserve: *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20 (1<sup>re</sup> inst.)—La Couronne est tenue de respecter les normes strictes imposées aux fiduciaires, à savoir faire preuve d'une loyauté absolue envers le bénéficiaire—En l'espèce, l'obligation visait à éviter l'exploitation des Indiens—L'obligation de fiduciaire de la Couronne a été cristallisée pour la durée du bail et ne s'est pas «volatilisée» après la cession de 1934—La Couronne a violé ses obligations de fiduciaire et a fait preuve de négligence en 1934—Sachant bien que les Indiens hésitaient à se lier par un bail à long terme, la Couronne aurait dû prévoir une clause d'«indexation» ou de révision plus réaliste et n'aurait pas dû lier la bande pendant 50 ans par un bail stipulant un loyer correspondant aux prix en vigueur avant la Dépression—La Couronne n'est pas responsable envers la bande pour ne pas avoir exécuté la convention accessoire concernant les terres supplémentaires étant donné que les prétendus privilèges de récolte de foin ne relèvent pas de la Couronne fédérale—La Couronne n'a pas commis de faute en ce qui concerne la cession consentie au dentiste étant donné qu'il s'agissait d'une cession absolue et que la question du montant du loyer ne se pose donc pas—La Couronne a été négligente en omettant d'obtenir un décret en 1934—La Couronne a été négligente et a violé son obligation de fiduciaire de 1948 à 1982—La Couronne a commis une faute en n'informant pas les Indiens plus tôt que la cession et le bail étaient nuls *ab initio* et en privant ainsi les Indiens de l'occasion d'améliorer leur situation—Dès 1974, tous les intéressés savaient que les loyers étaient inadéquats et que, pour des motifs évidents, les Indiens voulaient faire résilier le bail—La Couronne a manqué à son obligation en omettant de prendre des mesures efficaces contre Cresson dès 1974—La prescription de 30 ans prévue par les art. 8(1) et 9(1) de la Limitation Act de la Colombie-Britannique s'applique en l'espèce—La prescription de 30 ans a été appliquée par le juge Addy dans l'affaire *Apsassin*—La disposition prévoyant la suspension du délai de prescription ne s'applique pas en l'absence de dommages causés à des biens, de fraude, de tromperie ou d'erreur au sens de l'art. 6(3) de la Loi—Même si la disposition prévoyant la suspension s'appliquait, elle serait assujettie aux art. 8 et 9, qui prévoient que la prescription finale de 30 ans commence à s'écouler à compter de la date à laquelle le droit d'intenter l'action a pris naissance—La Chambre des lords a reconnu le caractère injuste d'une loi prescrivant une action avant même que le demandeur connaisse l'existence de la cause d'action, mais elle a statué que l'application de la «règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert» aurait pour effet de modifier la loi: *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758 (C.L.) 341—Ce raisonnement a été rejeté par la Cour suprême dans *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, mais dans *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que le libellé de la Limitation Act renvoie à la naissance de la cause d'action, et ce, que le demandeur connaisse ou non les faits donnant naissance à la cause d'action—Les art. 8 et 9 ont été appliqués dans *Apsassin*

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

et il a été conclu que ces dispositions ne contrevenaient pas à la Charte ou à la Déclaration des droits—*Apsassin* suivi—En l'espèce, la cause d'action originale a pris naissance en 1934—Le simple fait qu'il s'agit d'un bail n'entraîne pas automatiquement renouvellement de la cause d'action chaque année—La Cour revient au 1<sup>er</sup> avril 1952, soit 30 ans avant que la première action ait été intentée, pour déterminer quelle cause d'action a pris naissance pendant cette période—La violation par la Couronne de son obligation au moment de la cession de 1934 est exclue, mais sont incluses les violations commises depuis 1952, comme les violations des dispositions du bail commises par Cresson et l'omission par la Couronne de répondre aux demandes d'annulation du bail faites par la bande—Calculs du montant des dommages-intérêts—Le montant des dommages-intérêts est fixé à 969 166 \$ plus l'intérêt couru depuis 1982—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1927, chap. 98, art. 51, 93—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 236, art. 8, 9.

BANDE INDIENNE DE LOWER KOOTENAY C. CANADA (T-16-90, juge Dubé, jugement en date du 13-6-91, 126 p.)

**PRATIQUE****FRAIS ET DÉPENS**

Appel de la décision par laquelle l'officier taxateur a rejeté le mémoire de frais relatif à une instance initialement engagée par la demanderesse contre la défenderesse—La procédure initiale a été engagée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information à la suite de la demande faite par une personne non identifiée en vue de la communication d'un rapport par le ministère de l'Agriculture—La demanderesse a contesté le droit du Ministère de communiquer le rapport—Avant l'audience, il y a eu désistement de l'action—L'intervenante, qui est la personne non identifiée, a refusé de consentir au désistement—L'intervenante a envoyé une lettre à la Cour pour faire valoir son droit au remboursement de tous ses frais par les demanderesse—Le mémoire de frais déposé par l'intervenante, qui réclamait 60 398,23 \$, a été rejeté par l'officier taxateur—Les honoraires d'avocat ne doivent pas être accordés lorsqu'une personne comparet pour son propre compte: *Rubin c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 642 (1<sup>re</sup> inst.); *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.)—Il s'agissait d'un mémoire de frais sur la base procureur-client, à l'égard duquel l'officier taxateur n'a pas compétence en l'absence d'instructions expresses de la Cour—Le dossier de la Cour ne renferme aucune mention des frais—De plus, l'intervenante n'était ni demanderesse ni défenderesse dans l'action—Pour ces motifs, l'officier taxateur a rejeté la demande—L'intervenante n'a pas déposé l'appel dans les délais, mais l'autorisation est accordée—L'intervenante n'a pas droit aux honoraires d'avocat, fixés à 59 781,51 \$, mais les débours, fixés à 616,72 \$, sont accordés.

I.C.I. AMERICAS INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-1116-88, juge Joyal, ordonnance en date du 24-6-91, 9 p.)

Le demandeur présente son mémoire de frais pour taxation à la suite d'une ordonnance de la Cour d'appel fédérale rendue en sa faveur le 20 novembre 1990—Le premier item qu'il réclame

**PRATIQUE—Suite**

en vertu du tarif B 1(1) lui est refusé au motif qu'il n'est pas avocat et qu'il n'a pas droit au paiement de ces frais—Les débours réclamés au titre de l'achat d'une machine à dactylographier et de dépenses de dactylographie et de photocopie lui sont également refusés—Mémoire de frais taxé à 0,00 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

KIBALE C. CANADA (T-1891-88, officier taxateur Cousineau, taxation en date du 16-5-91, 4 p.)

Taxation du mémoire de frais de l'appelant qui agissait pour son propre compte—Les items 1 et 3 lui sont alloués au titre de l'avis de pourvoi et de la confection dudit mémoire—Les items 2, 4 et 5 lui sont refusés parce que les plaideurs qui ne sont pas avocats n'y ont pas droit—Mémoire de frais taxé à 170 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

KIBALE C. CANADA (A-1221-88, officier taxateur Cousineau, taxation en date du 15-5-91, 3 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Annulation ou modification*

Le jugement attaqué a été rendu par le protonotaire sur la foi du consentement des procureurs des parties—L'erreur de l'un d'eux ne justifie pas la modification du jugement en vertu de la Règle 336(5)—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 336(5).

VIDEO TECHNOLOGY ELECTRONICS LTD. C. 2633-4235 QUÉBEC INC. (T-816-91, juge Pinard, jugement en date du 5-6-91, 2 p.)

*Jugement par défaut*

Requête en reprise d'instance—Les motifs invoqués par la requérante pour faire annuler le jugement par défaut et reprendre l'instance ne sont pas suffisants—Absence de motifs graves qui auraient empêché la requérante de se défendre dans l'action intentée contre elle—Absence de moyens de défense valables—Requête rejetée.

TELEVISION BROADCASTS LTD. C. TRINH (T-2098-90, juge Joyal, ordonnance en date du 16-5-91, 3 p.)

**PLAIDOIRIES***Requête en radiation*

Appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire en chef a rejeté une requête en vue de la radiation de paragraphes de la déclaration—Question de savoir si les paragraphes en question font référence aux négociations confidentielles en vue d'un règlement et devraient être radiés conformément à la Règle 419(1)c, d) ou f) et question de savoir si les paragraphes peuvent être radiés en application de la Règle 419(1)b) parce qu'ils ne sont pas pertinents—L'affaire découle d'un présumé

**PRATIQUE—Suite**

contrat relatif à la fourniture de services de publicité entre la demanderesse et le ministre des Approvisionnements et Services—La réclamation a été examinée par le Conseil de règlement des contrats, créé par Approvisionnements et Services pour régler les litiges contractuels—Le Conseil a répondu à la demanderesse dans une lettre envoyée «sous toutes réserves» avec une offre de règlement—En rejetant la requête, le protonotaire en chef a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un litige, d'une discussion ou d'une négociation—Le protonotaire en chef a commis une erreur en ne qualifiant pas les procédures de discussions en vue d'un règlement, celles-ci étant par conséquent confidentielles et plaidées à tort—Les communications échangées dans le cadre d'une tentative de règlement sont confidentielles—Le privilège repose sur l'objectif visant à encourager les règlements—Si ces communications n'étaient pas confidentielles, les tentatives de règlement seraient entravées—La décision relative à l'existence du privilège dépend de l'intention des parties, manifestée par les circonstances objectives—L'emploi de l'expression «sous toutes réserves» ne tranche pas la question—Si le privilège existe, il s'étend à toutes les communications, et non uniquement à celles qui sont ainsi faites—Les communications en question portent toutes les marques d'une procédure de négociation—Le Conseil a pour objectif de régler les litiges contractuels—Une lettre envisageait clairement le litige—Il est clair qu'un litige existait—Il est ordonné que les paragraphes en question soient radiés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1).

CANADIAN MEDIA CORP. C. CANADA (T-3353-90, juge Cullen, ordonnance en date du 9-7-91, 8 p.)

**PRATIQUE—Fin**

## SIGNIFICATION

Appel d'une décision ((1982), 61 C.P.R. (2d) 42) dans laquelle la Section de première instance a refusé d'annuler une ordonnance *ex parte* exigeant la signification *ex juris* d'un avis de défense et de demande reconventionnelle—Action principale intentée par Kimberley-Clark of Canada Limited contre Proctor & Gamble par suite de la contrefaçon d'un brevet concernant des couches jetables—L'ordonnance de signification *ex juris* doit être fondée sur des réclamations qui ont été faites contre l'appelante dans la demande reconventionnelle, et non sur des allégations contenues dans la défense: Règle 307(1) des Règles de la Cour fédérale—Compte tenu de la preuve, la Cour doit être convaincue qu'il existe une cause soutenable—La preuve se compose d'un affidavit de l'avocat de Proctor & Gamble et de pièces jointes à celui-ci—Contrairement aux allégations figurant dans l'affidavit, il n'y a aucune preuve d'acte délictueux, allant à l'encontre de l'art. 7e) de la Loi sur les marques de commerce ou de l'art. 45(1) de la Loi sur la concurrence—Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que Proctor & Gamble avait une cause d'action valable contre l'appelante—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 307(1)—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 45(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 19, art. 30)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7e).

MOLNLYCKE AB C. KIMBERLEY-CLARK OF CANADA LTD. (A-365-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 14-6-91, 8 p.)

# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande d'ordonnance enjoignant à la défenderesse de produire des documents confidentiels: communication volontaire à Revenu Canada des politiques individuelles concernant les escomptes et les commissions par des compagnies de pâte à papier et de papier de journal—Renseignements communiqués à condition de demeurer strictement confidentiels—Revenu Canada a fixé de nouveau l'impôt à payer par la demanderesse pour le motif que l'escompte accordé dépassait les escomptes raisonnables sur les ventes de pâte dans le secteur et que cet excédent devait être ajouté au revenu de la demanderesse—Les présomptions de la Couronne quant à l'escompte raisonnable étaient fondées sur les communications volontaires—La Couronne a refusé de communiquer les renseignements à moins que la Cour ne lui ordonne de le faire—La communication de renseignements confidentiels a également fait l'objet d'un débat en vertu d'autres lois: Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47; Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, ann. 1—Il s'agit d'établir l'équilibre entre la nécessité pour la demanderesse de prouver le bien-fondé de ses prétentions et la nécessité pour les intervenantes de protéger la confidentialité des renseignements volontairement présentés—L'examen de la jurisprudence montre que le dilemme a entraîné l'adoption d'une politique de limitation des dégâts—L'intérêt de la justice exige que la communication soit ordonnée—Cependant, cette communication est soumise à des conditions strictes de confidentialité de façon à minimiser, sinon éliminer, le risque de préjudice pour les intervenantes.

CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LTD. C. CANADA (T-2718-89, juge Joyal, ordonnance en date du 16-9-91, 12 p.)

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a empêché les avocats du requérant d'avoir accès à des renseignements confidentiels ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* obligeant le TCCE à permettre l'accès—Le TCCE a délivré un avis d'ouverture d'enquête dans une affaire de présumé dumping de bière provenant des États-Unis—Le requérant a déposé un avis de comparution à titre de partie intéressée—Les avocats des plaignants (diverses brasseries canadiennes) à l'enquête se sont opposés au droit des avocats du requérant d'obtenir l'accès à des renseignements confidentiels—Dans sa décision, le TCCE a refusé l'accès au requérant—La majorité des membres du TCCE ont eu raison de conclure que le requérant avait qualité pour comparaître à

## ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

l'enquête à titre de partie intéressée—La Cour n'accepte pas l'avis exprimé par la minorité, à savoir que le TCCE n'exercerait pas d'activités de réglementation en vertu de l'art. 42 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation et que le requérant n'avait donc pas qualité—La question de la concurrence est pertinente en ce qui concerne l'enquête tenue à l'égard du dumping, de sorte que le requérant a le droit de comparaître à titre de partie intéressée—Le TCCE a commis une erreur en n'appliquant pas les critères appropriés en ce qui concerne l'accès aux renseignements confidentiels—L'accès a été refusé compte tenu de la manière dont le public percevrait le lien existant entre le requérant et les avocats du ministère de la Justice—La perception du public n'est pas le critère prescrit par l'art. 45(4) de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur—Le Tribunal doit uniquement déterminer si les avocats sont des administrateurs, des préposés ou des employés du requérant—Le Tribunal n'a pas statué sur la question et a commis une erreur de droit—Aucune ordonnance de *mandamus* n'est rendue étant donné que la question de savoir si les avocats du ministère de la Justice sont des employés ou des préposés du requérant n'est pas réglée—Il est opportun de délivrer un bref de *certiorari* annulant la décision du TCCE et de renvoyer l'affaire en vue d'un réexamen conformément aux présents motifs—Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), chap. S-15, art. 42—Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 47, art. 45(4).

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, LOI SUR LA CONCURRENCE) C. CANADA (TRIBUNAL CANADIEN DU COMMERCE EXTÉRIEUR) (T-2108-91, juge Joyal, ordonnance en date du 26-8-91, 8 p.)

## AGRICULTURE

Appel de la décision ([1990] 1 C.F. 168) par laquelle la Section de première instance a rejeté la prétention de l'appelante selon laquelle les pertes subies par la Commission canadienne du blé à la suite de certaines ventes auraient dû être remboursées à la Commission à même les deniers votés par le Parlement sans être déduites des bénéfices réalisés par la Commission sur la vente du blé de classe supérieure du demandeur—Question de savoir si l'expression «pertes» doit être interprétée comme désignant la «perte nette» constatée après compensation entre les bénéfices et les pertes de la Commission: art. 5(3) de la Loi sur la Commission canadienne du blé—Les demandereses sont des productrices de blé de classe supérieure—La Commission a

**AGRICULTURE—Fin**

employé la méthode comptable de mise en commun des prix—La Commission a subi des pertes à la suite de la vente du blé de classe inférieure, mais a réalisé des bénéfices à l'égard du blé de classe supérieure—L'État a compensé les bénéfices et les pertes, de sorte qu'il y a eu réduction du montant versé par le Parlement pour absorber les pertes subies par la Commission—La Cour fait remarquer qu'à l'art. 26(5), certains mots ont par inadvertance été omis dans les Lois révisées du Canada de 1985—L'exigence selon laquelle il doit y avoir un rapport approprié entre les paiements faits aux producteurs des diverses classes de blé ne dit rien au sujet de la façon dont la Commission doit déterminer si ses opérations ont donné un excédent pouvant être réparti: art. 26(5)—La loi ne dit rien au sujet de ce qu'il faut entendre par rapport de prix «approprié»—Le rapport de prix approprié est fonction du marché, mais il ne peut pas être entièrement mathématique, car le paiement initial peut être fait avant que la Commission vende le blé—Le concept de mise en commun sous-tend l'ensemble de la Loi et nécessite le partage des risques et des bénéfices, de sorte qu'il n'y aura jamais de corrélation exacte entre le prix payé à la Commission et les sommes versées au producteur—La question de savoir ce qui est approprié est une question de jugement—Il incombe à la Commission de décider ce qui est approprié—Pareille décision comporte un élément important d'appréciation—En l'espèce, les paiements ont un rapport avec le marché et la Cour ne peut pas dire que le rapport n'est pas approprié—Le caractère général du libellé de l'art. 5(3) n'aide pas à déterminer la façon dont les pertes subies par la Commission doivent être calculées—La Cour d'appel approuve expressément la décision rendue par la Section de première instance, fondée sur l'étude de l'économie de la Loi dans son ensemble—L'art. 25(1)c) est uniquement compatible avec le calcul de l'excédent indépendamment de la classe—En outre, la version anglaise de la Loi parle des recettes de la Commission à l'égard de «tout» le blé, ce qui montre clairement que la Commission doit déduire de ses recettes les frais et dépenses sans distinction de classes: art. 26(1)—Jugement de première instance confirmé; appel rejeté—Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1970, chap. C-12, art. 5(3), 25, 26—Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), chap. C-24, art. 33(5).

LACEY C. CANADA (A-444-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 4-7-91, 20 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demande fondée sur l'art. 28 contre une décision d'un juge-arbitre qui avait rétabli la décision de la Commission de l'emploi et de l'immigration concernant la répartition d'une somme que le requérant avait reçue à titre de congé de maladie—Le requérant a reconnu que la somme de 936,46 \$ qu'il avait reçue de son ancien employeur constituait bien une rémunération devant être répartie suivant l'art. 58(10) du Règlement sur l'assurance-chômage—Il conteste cependant la façon dont la Commission a appliqué cette disposition du Règlement—La Commission avait eu raison de conclure que, le requérant ayant reçu sa rémunération habituelle pour la semaine du 26 juin 1988, la somme de 936,46 \$ qui lui avait été payée à titre de

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

congé de maladie devait être entièrement répartie sur les semaines suivantes—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 58(10).

LAVALLÉE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-691-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 31-5-91, 5 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 et rejetée pour les mêmes motifs que ceux de l'affaire *Lavallée c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 3 C.F. F-42 (C.A.).

GAUDREAU C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-755-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 31-5-91, 1 p.)

L'employeur versait chaque semaine la paye de vacances de l'intimé au Maritime Data Centre (MDC), qui la versait chaque année à l'intimé en vertu de la convention collective—Question de savoir si, en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage, la paye de vacances a été reçue par l'intimé au moment où elle a été versée au MDC ou au moment où elle a été remise à celui-ci par MDC—La paye de vacances accumulée détenue par l'employeur est réputée avoir été reçue lorsque l'employé y a droit à titre bénéficiaire: *Canada (Procureur général) c. LeBlanc*, [1991] 2 C.F. 257 (C.A.)—L'intimé n'avait pas droit à la paye de vacances à titre bénéficiaire au moment de son versement au MDC—Demande accueillie, décision du juge-arbitre infirmée et affaire renvoyée au juge-arbitre en chef.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DUPLESSIS (A-939-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 5-9-91, 3 p.)

**BREVETS**

Deux questions à trancher: 1) Qui est l'inventeur du système divulgué dans le brevet en litige? 2) Si le seul inventeur est Gordon Douglas Hyde, celui-ci a-t-il fait l'invention dans l'exercice de ses fonctions, de sorte que Comstock a le droit de revendiquer l'invention comme étant la sienne?—La question fondamentale se rapporte à la crédibilité—De 1981 à 1985, Hyde était employé par Comstock à titre de directeur—L'invention porte sur un système d'interconnexion d'appareils d'éclairage au moyen de prises modulaires et de câbles armés—Les défenseurs soutiennent que chaque caractéristique inventive divulguée et revendiquée dans le brevet a été représentée par Hyde dans les dessins du 6 septembre 1984—Le brevet relève à la fois de la mécanique et de l'électricité—La Cour conclut que Hyde est le témoin le plus digne de foi—La Cour conclut que seul Hyde a fait les dessins et que ceux-ci divulguent l'invention—Pendant qu'il était employé par Comstock, Hyde a travaillé à un projet pour le compte de son entreprise, Electec—Hyde a le droit de s'attribuer une partie des nombreuses heures supplémentaires effectuées chez Comstock—La Cour conclut que Hyde est le témoin le plus digne de foi en ce qui concerne le moment où l'existence d'Electec a d'abord été mentionnée—Les faits de l'affaire amènent le juge à conclure qu'Electec est propriétaire du dessin industriel enregistré en litige, dont Hyde est l'auteur—Les faits révèlent presque hors de tout doute raisonnable et certainement selon la prépondérance des probabilités



**BREVETS—Suite**

que Hyde est l'inventeur—Comstock cherche à s'approprier le travail de Hyde sans indemniser celui-ci—Quand un employé recruté à cause de ses compétences d'inventeur crée une chose dans le cadre normal de ses fonctions, les droits sur l'invention appartiennent à l'employeur sauf stipulation expresse contraire—Le simple fait que l'inventeur occupait un poste de cadre supérieur au sein de l'entreprise au moment où l'invention a été faite ne prive pas celui-ci de ses droits sur l'invention s'il n'a pas été recruté dans ce but—Aucune présomption ne permet à l'employeur d'enlever à l'employé le fruit de son travail du simple fait de son emploi—À défaut d'indications sûres, l'inventeur conserve le bénéfice de l'invention—En l'espèce, Comstock a violé l'obligation de fiduciaire qu'elle avait envers Hyde relativement à l'invention car la réalisation de l'invention en cause ne faisait pas partie des tâches de celui-ci—Il existe des différences importantes entre la présente affaire et *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592—Hyde était un cadre supérieur de Comstock—Hyde a constitué Electec bien avant d'être recruté par Comstock et n'a pas conçu cette société par la suite pour s'emparer des richesses de Comstock—Hyde n'a pas caché l'existence d'Electec—Action intentée par Comstock contre Hyde rejetée—Action intentée par Hyde accueillie—Hyde est l'auteur de l'invention en cause et Electec Limited en est la propriétaire.

COMSTOCK CANADA C. ELECTEC LTD. (T-1313-86, T-2216-87, juge Muldoon, jugement en date du 13-9-91, 48 p.)

Demande d'injonction interlocutoire visant à interdire à la défenderesse de contrefaire le brevet de la requérante—La requérante a établi que la balance des inconvénients penche de son côté—La défenderesse ne subirait pas d'inconvénients graves s'il lui était interdit de fabriquer l'appareil breveté—La Cour n'est pas convaincue que la requérante subira un préjudice irréparable—Il est douteux qu'il existe une question grave à trancher—La Cour ne peut pas se former une opinion en s'appuyant sur l'argumentation des parties, dans la mesure où elle repose sur des équations d'électromagnétisme—La plainte que formulent les avocats «spécialistes de la propriété intellectuelle», à savoir que les juges de la Cour fédérale n'ont pas la formation scientifique voulue pour bien comprendre les affaires de brevet, est probablement fondée—Toutefois, on dit également que ces spécialistes n'acceptent pas d'être nommés juges en raison de la baisse de salaire qui en découlerait—Il semble que la société canadienne n'est pas imprégnée de l'idéal du sacrifice pour le bien du pays, ce qui peut bien être la cause du manque de juges ayant une formation scientifique—La Cour ne peut pas se former une opinion au sujet des questions scientifiques, mais la demande est rejetée pour le motif que la défenderesse ne subira aucun préjudice grave.

GEONICS LTD. C. GEOPROBE LTD. (T-1287-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 12-7-91, 5 p.)

**CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse Galvanic de contrefaire le brevet concernant du matériel utilisé surtout dans l'industrie du pétrole et du gaz pour mesurer la quantité de soufre dans les hydrocarbures—Depuis

**BREVETS—Suite**

quinze ans, Galvanic est le distributeur exclusif dans l'Ouest du Canada des analyseurs de soufre total fabriqués conformément au brevet—La défenderesse a résilié le contrat de distribution en 1990—La demanderesse a trouvé un nouveau distributeur—Le brevet expire en février 1992—Présomption de validité du brevet enregistré selon la jurisprudence et en raison de l'emploi du brevet par la défenderesse conformément au contrat—«Le climat commercial est propice» à la vente des analyseurs de soufre total—La demanderesse a droit à la protection du brevet jusqu'à son expiration—La demanderesse a établi non seulement l'existence d'une question sérieuse à trancher, mais aussi une preuve solide de contrefaçon—En ce qui concerne le préjudice irréparable, des considérations spéciales s'appliquent à l'approche de la date d'expiration du brevet—En l'absence d'injonction, le brevet peut expirer avant le règlement du litige, la défenderesse bénéficiant d'une période additionnelle ou d'un tremplin vers le marché, causant un préjudice irréparable à la demanderesse—L'octroi de dommages-intérêts n'est pas suffisant pour indemniser la demanderesse de la protection perdue en vertu du brevet, de la nécessité de trouver un nouveau distributeur et de l'installation matérielle d'un nouveau distributeur—La prépondérance des inconvénients favorise la demanderesse compte tenu des longues relations entre la demanderesse et la défenderesse, de la position actuelle des parties, de la durée restreinte d'une injonction et de la forte apparence de droit de la demanderesse—La défenderesse, qui connaissait pleinement le produit breveté et la durée de la protection fournie par le brevet, a pris un risque en ce qui concerne les conséquences auxquelles elle s'exposait s'il était considéré que le produit constituait une contrefaçon—Remise en question de l'allégation selon laquelle le brevet n'est pas valide faite par une partie qui emploie un brevet pendant quinze ans à l'exclusion de toute autre personne—Requête accueillie, avec dépens quelle que soit l'issue de l'affaire.

BAKER HUGHES INC. C. GALVANIC ANALYTICAL SYSTEMS LTD. (T-1046-91, juge Cullen, ordonnance en date du 20-8-91, 6 p.)

**PRATIQUE**

Appel de la décision par laquelle le protonotaire n'a pas exigé que des réponses soient fournies et que des documents soient produits à l'interrogatoire préalable—La partie a droit aux renseignements qui peuvent permettre, directement ou indirectement, de servir sa propre cause ou de nuire à celle de son adversaire—La propriété de brevets n'étant pas en litige, les demanderesse ne sont pas tenues de produire des copies des cessions—La correspondance entre les inventeurs est pertinente en ce qui concerne l'allégation selon laquelle l'invention qui a été faite n'est pas l'invention revendiquée—Question de savoir si les demanderesse sont tenues de répondre aux questions concernant les brevets américains, et notamment les dossiers—Examen des affaires portant sur l'irrecevabilité fondée sur le dossier complet—Question de savoir s'il revient au juge de première instance de déterminer la pertinence des renseignements contenus dans les dossiers internes ou étrangers—Le témoin

**BREVETS—Fin**

doit répondre à la question de fait technique dont il a connaissance bien que celle-ci l'oblige à exprimer une opinion—Appel accueilli en partie.

FOSECO TRADING A.G. C. CANADIAN FERRO HOT METAL SPECIALTIES, LTD. (T-316-87, juge Reed, ordonnance en date du 10-5-91, 23 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE****BREVS DE PRÉROGATIVE***Habeas corpus*

Requête visant à obtenir un bref d'*habeas corpus* et la libération du requérant conformément aux art. 17(6) et 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Obligation pour le requérant d'établir *prima facie* l'existence d'un cas de détention illégale—Les faits mis en preuve par l'intimé et en particulier le dépôt récent d'une accusation de meurtre au premier degré ne justifient pas l'octroi d'un bref d'*habeas corpus*—Ordonnance de détention valide—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(6), 18.

LECLERC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1590-91, juge Denault, ordonnance en date du 28-6-91, 2 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision du MRN—Le ministre a refusé de rembourser à la défenderesse la taxe de vente fédérale (TVF) payée au moment de la vente de bouchons d'oreille en cire que celle-ci avait emballés au Canada—Les bouchons d'oreille étaient importés de l'Allemagne de l'Ouest—La défenderesse Maltby plaçait les bouchons d'oreille dans des emballages de carton en vue de la vente aux pharmaciens, mais elle ne modifiait pas les caractéristiques et qualités des bouchons d'oreille—Maltby a été assujettie à une cotisation à l'égard de la TVF due sur les bouchons d'oreille—La Commission du tarif a accueilli l'appel de la défenderesse et a renvoyé l'affaire au ministre en vue d'un réexamen et du remboursement de la TVF moins l'équivalent de la TVF payée sur le prix exigé pour l'emballage plus l'intérêt—L'art. 2(1)f) de la Loi sur la taxe d'accise vise à assujettir à la taxe des opérations faites par le fabricant marginal—Les opérations effectuées par la défenderesse lorsqu'elle emballe les bouchons d'oreille pour prolonger leur durée de conservation et identifier leur mode d'emploi, sont clairement visées par l'art. 2(1)f)—Par conséquent, la défenderesse est réputée être un fabricant ou un producteur qui emballe ou remballé les bouchons d'oreille pour la vente—Le fait que la contribuable est un fabricant au sens de l'art. 2(1)f) ne veut pas dire qu'elle est assujettie à la taxe à moins que celle-ci ne soit imposée par l'art. 27(1) de la Loi sur la taxe d'accise—La définition de «fabricant ou producteur», à l'art. 2(1), vise à identifier la personne qui doit payer la taxe, et ce, que celle-ci fabrique ou produise quelque chose ou non—Bien que la définition élargie figurant à l'art. 2(1) ait pour but d'identifier la personne qui doit

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

payer la taxe, il n'est pas essentiel que cette dernière soit un fabricant ou un producteur pour être assujettie à la taxe—Par conséquent, l'argument selon lequel le présumé fabricant n'est pas tenu de payer la taxe parce qu'il n'a rien fabriqué n'est pas soutenable—L'art. 26(6) ainsi que l'art. 27(1)a) et l'art. 2(1)f) montrent que le législateur avait l'intention d'imposer une obligation fiscale aux fabricants marginaux—L'expression «prépare des marchandises pour la vente» se rapporte de toute évidence au produit mis en vente: art. 2(1)f)—La taxe doit donc être payée sur les bouchons d'oreille emballés—Dans la mesure où les opérations d'emballage sont exécutées au Canada et où la défenderesse est un fabricant marginal au sens de l'art. 2(1)f), les marchandises deviennent des marchandises fabriquées au Canada, en ce qui concerne les opérations d'emballage—Les marchandises sont assujetties à la taxe en vertu de l'art. 27(1)a) uniquement dans la mesure où il y a fabrication marginale au sens de l'art. 2(1)f)—La défenderesse est tenue de payer la taxe de vente sur le montant exigé comme prix pour l'emballage des bouchons d'oreille—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 15, art. 1; (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 7, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 12, art. 1; L.C. 1990, chap. 45, art. 1), 26, 27 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 7, art. 11; (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 42, art. 3; L.C. 1990, chap. 45, art. 7).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MALTBY INC.  
(T-2135-88, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 16-8-91, 27 p.)

Appel d'une décision par laquelle le MRN a confirmé une détermination antérieure selon laquelle la demande de remboursement de la demanderesse devait être annulée—De 1984 à 1988, la demanderesse a passé une série de contrats en vue de la construction d'immeubles—En sa qualité d'institution d'enseignement, la demanderesse a droit au remboursement des taxes sur les matériaux de construction—La demanderesse a employé la méthode simplifiée, énoncée dans le Règlement sur les formules utilisées pour les remboursements, plutôt que la méthode de l'identification, fondée sur les factures—La demande de la demanderesse a été rejetée—Le but du remboursement fait en vertu de la Loi sur la taxe d'accise et du Règlement sur les formules utilisées pour les remboursements est d'assurer le remboursement des taxes réellement payées—Selon la méthode simplifiée, le prix contractuel est réduit d'un pourcentage fixé par le ministre compte tenu de la catégorie de marchandises, de la nature de la transaction et des parties en cause: art. 3(2) du Règlement sur les formules utilisées pour les remboursements—Le ministre n'a commis aucune erreur lorsqu'il a annoncé que, avant d'appliquer la réduction en pourcentage au prix contractuel, certains articles non admissibles seraient soustraits—Le retrait des articles non admissibles vise à permettre à Revenu Canada de déterminer la teneur fiscale approximative figurant dans le contrat—L'art. 3(2) autorise le ministre à soustraire pareils articles du prix contractuel—Le ministre peut tenir compte des éléments énumérés à l'art. 3(2) en diminuant et en augmentant la réduction en pourcentage—Pour les mêmes motifs, le ministre n'a commis aucune erreur de compétence en soustrayant la taxe de vente provinciale du prix contractuel—L'erreur commise dans la publication relativement à la réduction en pourcentage applicable n'était pas trompeuse et n'a

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

causé aucun préjudice à la demanderesse—Action de la demanderesse rejetée avec dépens—Règlement sur les formules utilisées pour les remboursements, C.R.C., chap. 591, art. 3(2).

UNIVERSITY OF ALBERTA C. CANADA (T-604-89, juge Joyal, jugement en date du 28-8-91, 19 p.)

**DROIT D'AUTEUR****CONTREFAÇON**

Action en injonction et en dommages-intérêts par le demandeur pour violation du droit d'auteur sur son œuvre musicale intitulée « Chanson numéro 7 »—Le demandeur a fait la preuve des trois éléments essentiels à une telle action: il a démontré 1) qu'il a un droit d'auteur sur cette œuvre musicale, 2) qu'il s'agit d'une œuvre originale, et 3) que le défendeur l'a copiée injustement, c'est-à-dire qu'il a eu accès à l'œuvre du demandeur avant de composer la sienne et qu'une partie substantielle des deux œuvres comporte un haut degré de ressemblance—Ressemblance frappante sur les plans mélodique, harmonique et rythmique entre les huit premières mesures de l'œuvre du demandeur et celles de l'œuvre du défendeur intitulée « Tous les juke-box »—Relation de causalité entre les deux œuvres établie—Cas flagrant de violation par le défendeur du droit d'auteur du demandeur—Action accueillie.

GRIGNON C. ROUSSEL (T-1283-88, juge Denault, jugement en date du 28-6-91, 27 p.)

**INJONCTIONS**

Appel de la décision ((1991), 34 C.P.R. (3d) 193) par laquelle la Section de première instance a rejeté la demande d'injonction interlocutoire—Le juge des requêtes a correctement appliqué le critère établi dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—La conclusion tirée par le juge des requêtes, à savoir que la preuve concernant les droits moraux était spéculative, est appuyée par le dossier—Appel rejeté.

NINTENDO OF AMERICA INC. C. CAMERICA CORP. (A-105-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 24-5-91, 5 p.)

**DROIT MARITIME****PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES**

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance portant que les réclamations des deux demandeurs ne relèvent pas de la compétence de la Cour—Dans une ordonnance antérieure, les faits énoncés dans la déclaration étaient réputés être exacts—Déclaration jointe aux motifs à titre d'annexe—La défenderesse a enregistré un privilège sur le *Galaxias*—Par ordonnance de la Cour, il a été ordonné que le navire soit vendu aux enchères publiques—L'annonce de la vente aux enchères ainsi que l'acte de vente disaient que le navire était libre et quitte de toute sûreté—Une fois le navire vendu, il a été constaté que la

**DROIT MARITIME—Fin**

défenderesse continuait à détenir un privilège sur le navire, ce qui empêchait l'acquéreur d'être enregistré à titre de propriétaire—La défenderesse a promis de retirer toute opposition à l'enregistrement, mais elle ne l'a pas fait—Les demandeurs ont intenté une action dans laquelle ils alléguaient que la défenderesse avait fait une déclaration inexacte et frauduleuse—La Cour a ordonné à la défenderesse de donner à l'acquéreur un certificat permettant l'enregistrement libre de toute sûreté—La défenderesse ne s'est pas conformée à l'ordonnance—Les actions de la défenderesse empêchent les demandeurs d'utiliser le navire pour des croisières dans les eaux grecques—Le demandeur a intenté une action fondée sur la perte de profits, de biens meubles et de moyens de produire un revenu, ainsi que sur les souffrances morales et physiques causées par les actions de la défenderesse—La défenderesse a déposé la présente requête en vue de l'obtention d'une ordonnance selon laquelle la présente action ne relève pas de la compétence en amirauté de la Cour—*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 établissant le critère de compétence de la Cour—*Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.* (1991), 123 N.R. 1 (C.S.C.) n'établit pas un critère de compétence plus restrictif que celui qui a été énoncé dans *ITO*—En l'espèce, les causes d'action découlent toutes de la vente en justice du *Galaxias* et ne peuvent pas être dissociées de cette question—La vente en justice relève de la compétence de la Cour, et les actions qui ont été intentées et les déclarations inexactes qui ont été faites par la défenderesse l'ont été dans le contexte de la vente—Conditions énoncées dans *ITO* remplies—Les causes d'actions sont si entièrement liées à une question maritime qu'il s'agit légitimement d'une affaire de droit maritime relevant de la compétence fédérale: *Monk*—Requête rejetée.

GLOBAL CRUISES S.A. C. NAFTIKO APOMAHICO TAMEIO (T-1739-90, juge Collier, jugement en date du 8-8-91, 27 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande présentée en vertu de l'art. 18 en vue de l'examen d'une décision du directeur régional de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP)—La requérante cherche à empêcher l'intimée de continuer à enquêter sur la plainte de discrimination déposée par Yolande St-Laurent—St-Laurent a allégué que la requérante lui avait refusé une promotion pour un motif fondé sur le sexe—La CCDP a rejeté la plainte pour le motif qu'elle n'avait pas compétence—Une plainte identique a ensuite été déposée devant la Commission des droits de la personne du Québec (CDPQ)—La CDPQ a conclu qu'elle n'avait pas compétence—Par suite de la décision de la CDPQ, la CCDP a envoyé à la requérante une nouvelle plainte, fondée sur les mêmes faits, signée par St-Laurent—La Cour est convaincue que la Commission a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le dépôt de plaintes plus d'un an après la perpétration de l'acte dont on se plaint: art. 41e) de la Loi canadienne sur les droits de la personne—En exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Commission doit tenir compte des raisons du retard—En l'espèce, les circonstances sont telles que la CCDP a eu raison d'accepter de nouveau la plainte—Il ne s'agit pas de savoir si la CCDP a compétence, mais si par suite de l'objet de la plainte,

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

la CCDP peut réexaminer une décision prise conformément à l'art. 44(3)b)—La Cour conclut que la CCDP peut réexaminer pareille décision—Il n'est pas nécessaire d'entreprendre une nouvelle enquête sur la question de la compétence puisque la CCDP avait les renseignements requis pour être en mesure de décider qu'elle avait compétence—Il n'a pas été prouvé que la requérante subirait un préjudice—Les décisions judiciaires et quasi judiciaires rendues par la CDPQ ne sont pas pertinentes en ce qui concerne la décision administrative que la CCDP a prise, à savoir qu'elle n'avait pas compétence à l'égard de la plainte—La décision de la CCDP est de nature administrative: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879—Étant donné que la plaignante n'a pas commis de faute en déposant la plainte, qu'on a présenté un motif valable pour justifier le dépôt tardif et qu'aucun préjudice grave n'est causé à la personne visée par la plainte, on ne devrait pas empêcher la CCDP de mener une enquête—Toutefois, dans une affaire similaire, un bref de prohibition a été accordé parce qu'un préjudice grave avait été subi: *Motorways Direct Transport Ltd. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, T-29-91, juge suppléant Walsh, jugement en date du 22-4-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 41, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 64).

TERMINUS INTERMÉDIAIRES LTÉE C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-3108-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 11-9-91, 22 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****PRATIQUE**

Action visant à obtenir un jugement déclaratoire concernant un poste du niveau PM3 au sein de la fonction publique—Le demandeur a occupé, à différentes périodes de 1977 à 1990, un poste au niveau PM3 mais toujours à titre intérimaire, son poste d'attache étant au niveau PM2—Il soutient que sa nomination est devenue permanente et indéterminée—Suivant la preuve documentaire, il a toujours été entendu que le demandeur demeurerait titulaire de son poste d'attache (PM2) et que son affectation intérimaire ne touchait que son traitement salarial—Depuis le 24 avril 1990, sa rémunération a été réduite à celle du niveau PM2 à la suite de l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme de classification adoptée par le Conseil du Trésor—Ni l'écoulement du temps ni l'avis de nomination sans concours du 8 janvier 1990 ne permettent au demandeur d'acquiescer à titre permanent le poste de PM3, Enquêteur des recouvrements—La pratique des affectations intérimaires répond généralement aux besoins d'une gestion efficace et est bien reconnue par la jurisprudence—Le demandeur ne s'est jamais présenté à un concours pour obtenir le poste en question et il a toujours accepté les affectations temporaires de bon gré—Action rejetée.

LANGLOIS C. CANADA (T-291-90, juge Pinard, jugement en date du 11-7-91, 11 p.)

**GRC**

Requête en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant l'ordonnance de mutation de l'École de la GRC à la division «F» en attendant le règlement de griefs—Le juge de première instance fait remarquer qu'il n'est pas possible de décerner un bref de *certiorari* provisoire—D'après la preuve, le juge n'est pas convaincu que le requérant ait établi que le Commissaire avait abusé de son pouvoir discrétionnaire ou l'avait outrepassé—La consigne est libellée en termes facultatifs et non en termes obligatoires—Le juge n'est pas convaincu que le Commissaire ne doive pas tenir compte du fait que le requérant, plus d'un an et demi après sa nomination au poste de sergent-major de division, n'avait pas rempli une condition de la nomination: emménager dans une maison mise à sa disposition sur la base—Le Commissaire pouvait s'appuyer sur la consigne étant donné l'exigence du travail selon laquelle le requérant devait résider au dépôt—D'autres dispositions de la consigne donnent la priorité aux besoins de la GRC—Une distinction peut être faite entre les faits de l'espèce et ceux de l'affaire *Desjardins c. Gendarmerie royale du Canada (Commissaire)* (1986), 3 F.T.R. 52 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) dans laquelle la décision relative à la mutation avait clairement été prise sans qu'il soit tenu compte des consignes—La décision du Commissaire ne peut pas être considérée comme ne se rapportant pas à l'exercice régulier de son pouvoir général—Le Commissaire a décidé de ne pas imposer de peine disciplinaire ou de sanction au requérant—La conduite du requérant est loin d'être responsable étant donné que la Gendarmerie a toujours dit que le requérant devait déménager et qu'il connaissait depuis longtemps cette exigence—Un autre recours est disponible, soit la présentation d'un grief; de plus, rien ne montre que les exigences concernant les griefs n'ont pas été respectées—Il n'est pas approprié que la Cour se prononce sur le caractère adéquat de la procédure applicable aux griefs—Demande rejetée.

MERCIER C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-1522-91, juge Strayer, jugement en date du 28-6-91, 9 p.)

**IMMIGRATION**

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision prise par le directeur du Centre d'immigration du Canada à Montréal de poursuivre une enquête, d'un bref de prohibition interdisant la tenue d'une enquête tant que la demande n'aura pas été examinée et d'un *mandamus* enjoignant à l'intimé de tenir une audience concernant la question du minimum de fondement—Le requérant prétend qu'il s'attendait raisonnablement à ce que sa revendication du statut de réfugié soit examinée conformément au Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié—Le requérant est arrivé au Canada en provenance de l'Inde en 1986; après l'enquête, le ministre a conclu qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La demande de réexamen a été rejetée—La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de révision fondée sur l'art. 28—Question de savoir si le requérant a droit à une audience sur la question du minimum de fondement—L'argument du requérant, à savoir que l'arbitre n'a pas compétence pour reprendre l'enquête en vertu de l'art. 45 de l'ancienne Loi sur l'Immigration, est rejeté—La compétence de l'arbitre pour reprendre l'enquête découle de l'art. 32 de

## IMMIGRATION—Suite

l'ancienne Loi, qui est encore en vigueur: *Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-2894-90, juge Joyal, jugement en date du 8-5-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit—La revendication du requérant a été examinée car la demande de réexamen a été rejetée—Lorsque la revendication a déjà été examinée, il n'existe pas d'attente légitime: *Zeybekoglu*—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 32, 45.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2061-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 30-7-91, 11 p.)

Demande de *certiorari* annulant la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente du requérant—Un *mandamus* est demandé en vue d'enjoindre à l'intimé de traiter la demande conformément à la loi—Le requérant a présenté une demande en vue d'obtenir le statut de résident permanent à titre de parent aidé—La profession mentionnée dans le formulaire est celle de représentant de commerce en produits alimentaires—Au moment où la demande a été reçue par le haut commissariat du Canada à Islamabad, le nombre de points pour la demande dans la profession de la catégorie mentionnée par le requérant avait été réduit de dix à un—Il manquait trois points au requérant pour obtenir les 70 points requis—L'agent des visas a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour admettre le requérant malgré le nombre de points obtenus—En l'absence de circonstances inhabituelles, l'agent des visas n'est pas tenu d'expliquer le délai entre la date de mise à la poste de la demande et la date de sa réception à Islamabad—Il n'y a pas de manque d'équité du fait que la demande dans la profession est appréciée à la date de la réception de la demande—Le fait d'appliquer le nombre de points d'appréciation pour la demande dans la profession et les facteurs démographiques à la date de référence ne viole pas l'obligation d'équité—L'équité n'exige pas qu'on donne un avis des modifications imminentes apportées aux points d'appréciation—Demande rejetée.

MOHAMMAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-217-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 9-7-91, 10 p.)

Demande en vue de l'obtention d'un bref de prohibition interdisant la tenue d'une audience devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) ainsi que d'un *mandamus* ordonnant à la CISR de constituer une autre formation qui considérerait la situation telle qu'elle existait avant l'ajournement, de façon que le MEI ne soit pas représenté à l'audience—Les deux commissaires avaient en leur possession une déclaration solennelle de 112 pages faite par le requérant; ils ont ajourné l'audience pour permettre au ministre d'envoyer un représentant à une audience future—Question de savoir si le requérant peut maintenant avoir une audience équitable puisque la CISR a peut-être un parti pris ou peut sembler avoir un parti pris, le requérant n'ayant pas eu la possibilité de formuler des objections ou de faire des observations au sujet de la déclaration—La déclaration visait à permettre d'établir la crainte d'être persécuté qu'avait le requérant—À l'enquête tenue le 15 novembre 1990, le requérant a vu la représentante du ministre en possession de la déclaration—À l'audience du 19 décembre 1990, le ministre n'était pas représenté, bien qu'un avis lui

## IMMIGRATION—Suite

eût été donné au moment de l'enquête; la Commission a ajourné l'audience afin de permettre au ministre de se faire représenter à une autre audience—Le requérant soutient qu'il n'a fait aucune déposition et n'a pas produit la déclaration, devant la Commission, mais que cette dernière avait la déclaration en sa possession le 19 décembre 1990—Il est évident que lorsqu'elle a décidé d'ajourner l'audience, la Commission avait pris connaissance de la déclaration—Toutefois, l'ajournement a été accordé non pas à cause du contenu de la déclaration, mais à cause des renseignements fournis dans l'addenda, en réponse à une question du formulaire de renseignements personnels envoyé à la Commission par l'avocat du requérant—Le requérant s'appuie sur l'arrêt *Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 78 D.L.R. (4th) 522 (C.A.F.) dans lequel la Commission avait commis une erreur de droit en entamant sa propre enquête après que l'affaire eut été mise en délibéré—*Reece c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 743 (1<sup>re</sup> inst.) peut faire l'objet d'une distinction car le requérant ne demandait pas que l'audience n'ait pas lieu, mais plutôt qu'elle soit tenue devant d'autres membres de la CISR—En l'espèce, le fait que la Commission a lu la déclaration solennelle du requérant ne veut pas dire que celle-ci ne sera pas impartiale—En accordant l'ajournement et en permettant qu'un avis soit donné au ministre, la Commission visait uniquement à garantir la tenue d'une audience complète—Demande de bref de prohibition et de *mandamus* rejetée.

BADI-BAKOLE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-556-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 12-6-91, 22 p.)

Demande en vue de l'annulation de décisions en date du 20 mars et du 18 juin 1991 par lesquelles l'intimé a refusé de délivrer un visa de visiteur et en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'intimé de poursuivre le traitement de la demande—La demande originale vise à contester la décision du 20 mars pour le motif que l'obligation d'équité avait été violée—L'intimé, avec l'accord du requérant, a consenti à ce qu'une deuxième entrevue ait lieu afin de permettre à l'employeur du requérant de présenter des observations au moyen d'un affidavit et afin de réexaminer la première décision à la lumière des nouveaux renseignements—À la suite du réexamen, la demande a de nouveau été rejetée le 18 juin—Il n'y a pas eu manque d'équité dans la procédure étant donné que la deuxième décision a été rendue par une autorité dûment habilitée agissant dans le cadre du mandat conféré par la Loi—Requête rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 17 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 7).

DJOSSOU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-778-91, juge Pinard, ordonnance en date du 8-7-91, 3 p.)

## PRATIQUE

Demande d'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la section du statut de réfugié—Une demande d'autorisation identique a déjà été rejetée par la Cour pour le motif qu'aucune documentation ne l'appuyait—Il n'y a pas lieu d'accorder l'autorisation pour les motifs invoqués par le requérant—Il est

## IMMIGRATION—Suite

inutile d'examiner la question de la compétence conférée par la Règle 1733 des Règles de la Cour fédérale—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1733.

SHAHMOHAMADI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-A-2041, juge Desjardins, J.C.A., ordonnance en date du 15-8-91, 5 p.)

Demande d'autorisation d'en appeler d'une décision de la section du statut de réfugié et demande de prorogation du délai d'appel—Pareille demande a déjà été rejetée par la Cour d'appel fédérale—Cette deuxième demande témoigne d'un mépris ou d'une méconnaissance totale de la loi et des règles de la Cour—En matière d'immigration, il n'y a pas d'appel à la Cour suprême du Canada de la décision d'un juge de la Cour d'appel fédérale à l'égard d'une telle demande d'autorisation d'appel—La première ordonnance est définitive conformément au principe de l'autorité de la chose jugée et de la stabilité du processus judiciaire—La Cour n'a pas compétence pour entendre la demande d'autorisation d'appel non plus que la demande de prorogation de délai—Demandes rejetées.

METODIEVA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-A-1678, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 18-7-91, 6 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande de *certiorari* en vue de l'annulation de la décision par laquelle le tribunal d'enquête en matière d'immigration a décidé de tenir l'enquête et l'audience sur le minimum de fondement après avoir entendu les arguments du requérant au sujet de la violation des droits garantis par la Charte, ainsi qu'en vue de l'annulation de la décision d'entendre des arguments constitutionnels au moyen d'observations écrites—En outre, demande de *mandamus* visant à faire trancher les questions portant sur la Charte avant que la revendication du statut de réfugié ne soit étudiée—Le requérant a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Devant le tribunal, il a soutenu que les arguments concernant la constitutionnalité des dispositions de la Loi sur l'immigration sont des arguments préliminaires portant sur la compétence—La décision de l'arbitre de ne pas traiter les arguments comme des questions préliminaires touche à la procédure et relève donc entièrement de sa compétence et n'est pas susceptible d'être examinée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Un tribunal administratif n'est pas compétent pour prononcer un jugement déclaratoire général selon lequel une loi particulière va à l'encontre de la Charte et n'a donc aucun effet constitutionnel—Cependant, le tribunal peut être lié par l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 lorsqu'il examine une loi relevant de sa compétence—En l'espèce, la décision rendue par le tribunal est appropriée—Demande rejetée—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).

BISSOONDIAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-807-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-7-91, 8 p.)

## IMMIGRATION—Fin

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas digne de foi en raison du manque de détails et des contradictions dans son témoignage—Le dossier n'était pas la demande—Il est inutile de se prononcer sur les motifs concourants de l'autre membre étant donné qu'il suffit d'une erreur rédhitoire de la part d'un seul membre de la Commission pour viciar la décision—Appel accueilli.

BATRA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-564-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 9-9-91, 4 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

Crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS)—Appel d'une nouvelle cotisation refusant le crédit d'impôt pour la recherche scientifique—Le programme du CIRS a pris fin le 10 octobre 1984—La clause de droits acquis protège les arrangements «sur le point d'aboutir avant le 10 octobre 1984»—La compagnie émettrice a cherché à obtenir un financement donnant droit au CIRS et a retenu les services d'un conseiller; les clients ont manifesté leur intérêt avant le 10 octobre 1984—La débenture a en fait été émise en faveur de la demanderesse le 2 mai 1985—La compagnie émettrice ne connaissait pas la demanderesse avant 1985—L'art. 194(4.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu a par déduction nécessaire un effet rétroactif—Les lignes directrices ministérielles laissent entendre que l'exigence a été satisfaite lorsqu'il existe une intention claire d'émettre un titre donnant lieu au CIRS et que l'émission est en cours—On peut utiliser les lignes directrices pour faciliter l'interprétation de termes ambigus lorsque la chose favorise le contribuable—L'expression «sur le point d'aboutir» est en soi ambiguë—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 194(4.2) (édicé par S.C. 1986, chap. 5, art. 103).

FIRST FUND GENESIS CORP. C. CANADA (T-785-88, juge Joyal, jugement en date du 15-5-91, 30 p.)

Opposition à l'utilisation de l'argent du contribuable—Le demandeur demande une réduction d'impôt et un jugement déclaratoire selon lequel il est illégal d'utiliser l'argent des contribuables pour financer des avortements légaux—Le législateur a le pouvoir de prélever de l'argent au moyen de l'impôt—Les paiements de transfert sont légaux—Il n'existe pas de lien suffisant entre l'argent prélevé au moyen de l'impôt sur le revenu et les dépenses effectuées sur le Fonds consolidé du revenu pour justifier un redressement en vertu de l'art. 24(1) de la Charte—Déclaration radiée et action rejetée—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24(1).

O'SULLIVAN C. M.R.N. (T-2758-90, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 17-5-91, 3 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

## CALCUL DU REVENU

*Allocation du coût en capital*

Appel d'une nouvelle cotisation—La demanderesse est une compagnie de téléphone qui a amorti un câble à fibres optiques au même taux que le matériel de transmission par faisceaux hertziens—Question de savoir si c'est «un fil ou un câble» au sens du Règlement de l'impôt sur le revenu, Annexe II, catégorie 3j)—Il s'agit d'un câble au sens ordinaire du terme—Il a le même but qu'un fil ou un câble—Il n'est pas nécessaire de se reporter à l'intention du législateur en vue de l'interprétation—Il est inutile de se reporter aux débats parlementaires—Il n'y a pas d'ambiguïté à interpréter en faveur de la contribuable—Appel rejeté—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, Annexe II, catégorie 3j).

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. C. CANADA (T-1460-90, juge suppléant Walsh, jugement en date du 25-4-91, 21 p.)

*Déductions*

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a conclu que la demanderesse devait inclure dans le revenu de 1977 à 1979 la valeur nominale des hypothèques plutôt que leur juste valeur marchande—Pour promouvoir les ventes, la demanderesse a repris, pour des acquéreurs de condominiums, des hypothèques à des taux inférieurs à la valeur marchande—Elle détenait les hypothèques jusqu'à l'échéance—Les hypothèques étaient renouvelées au taux courant à la fin du terme initial de trois ou cinq ans—Dans le calcul de son revenu, la demanderesse s'est appuyée sur la juste valeur marchande des hypothèques à taux réduit comme en témoignent les taux d'intérêt courants du marché, plutôt que sur la valeur nominale ou sur le principal—La valeur marchande des hypothèques était inférieure à leur valeur nominale—La demanderesse évaluait de nouveau annuellement chaque hypothèque à taux réduit selon les taux du marché—L'art. 12(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu exige l'inclusion dans le revenu de toute somme recevable par la contribuable au titre de la vente de biens ou de la fourniture de services dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, bien que la somme ou une partie de la somme puisse n'être due que dans une année subséquente—Les hypothèques sont «recevables» car la contribuable avait le droit inconditionnel, quoique pas nécessairement exécutoire sur-le-champ, de recevoir le montant—*Minister of National Revenue v. Burns, John Thomas*, [1958] R.C.É. 93, appliqué—L'approche de la contribuable minerait le régime de créances et de provisions prévu à l'art. 20(1)m) de la Loi qui peut entraîner la déductibilité des sommes non encore gagnées—Étant donné que les hypothèques n'étaient pas détenues en vue de la vente dans le cadre ordinaire de l'exploitation de l'entreprise et n'ont pas été vendues, elles ne constituent pas un inventaire—La demanderesse ne peut pas s'appuyer sur les dispositions de l'art. 10(1) concernant l'évaluation de l'inventaire—L'art. 16(1) prévoit que lorsqu'un paiement visé par un contrat est en partie un paiement d'intérêts, la fraction représentant l'intérêt doit être incluse dans le calcul du revenu des biens—La demanderesse

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

soutient que la partie de la valeur nominale qui dépasse la juste valeur marchande constitue un intérêt et ne fait pas partie du prix du bien vendu, de sorte que seule la juste valeur marchande, représentant le principal, doit être incluse dans le revenu—L'art. 16(1) vise un paiement mixte de revenu et de capital—Il ne s'applique pas en l'espèce—La valeur nominale des hypothèques est un revenu, tiré du produit de la vente d'un bien par la demanderesse dans le cadre de l'exploitation de son entreprise—La différence entre la valeur nominale du principal et la juste valeur marchande de l'hypothèque n'est pas un intérêt—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9(1), 10(1), 12(1)b) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 4), 16(1), 20(1)m), 248.

WEST HILL REDEVELOPMENT CO. LTD. C. M.R.N. (T-2821-86, juge Cullen, jugement en date du 23-7-91, 14 p.)

*Gains en capital*

Appel de la nouvelle cotisation pour 1980 dans laquelle on a ajouté au revenu un gain en capital imposable réalisé à la suite du transfert d'une terre agricole—Des exploitations agricoles de valeur égale ont été échangées au moyen d'opérations sans lien de dépendance—Aucune somme d'argent n'a été échangée—La demanderesse n'a déclaré ni la disposition de l'ancien bien ni l'acquisition du bien de remplacement—L'art. 44 de la Loi de l'impôt sur le revenu permet au contribuable de choisir de compenser le gain réalisé à la suite de la vente d'un bien en immobilisation par le prix d'un bien en immobilisation acquis en remplacement—Le bulletin d'interprétation laisse entendre que le choix est présumé lorsque le contribuable calcule le gain en capital imposable en se fondant sur le fait que l'art. 44 s'applique et que la disposition de l'ancien bien et l'acquisition du bien de remplacement ont lieu au cours de la même année—Un choix exprès est uniquement requis si le bien de remplacement est acquis au cours d'une année ultérieure ou d'une année antérieure—Il est essentiel de faire connaître le choix exercé—Diverses façons de faire connaître ce choix—Étant donné l'absence de divulgation dans la déclaration de revenus, le choix n'est pas déduit et n'a pas été communiqué au fisc—En l'absence de choix, les règles ordinaires d'imposition concernant la disposition d'un bien en immobilisation s'appliquent—L'argument selon lequel l'enregistrement des documents de transfert fait présumer ce choix est peut-être fondé, mais en l'absence de communication de l'intention au fisc, les exigences de l'art. 44 ne sont pas respectées—Le fisc a évalué à 50 000 \$ le bien vendu par la demanderesse—La nouvelle cotisation est modifiée de façon à refléter la valeur réalisée du bien en immobilisation, laquelle est de 25 000 \$—Le gain en capital est rajusté en conséquence—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 44 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 18; chap. 32, art. 8; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 18).

HAWKINS C. CANADA (T-2547-83, juge Joyal, jugement en date du 16-8-91, 10 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite***Revenu ou gain en capital*

Appel de cotisations dans lesquelles le MRN a considéré les bénéfices provenant de la vente de terrains comme un revenu d'entreprise plutôt que comme un gain en capital—Le critère juridique à appliquer en vue du classement du bénéfice tiré de la vente d'un terrain est l'intention du contribuable au moment de l'achat de la propriété—Si le contribuable a acquis la propriété dans l'intention primaire ou secondaire de la revendre, le bénéfice constitue un revenu d'entreprise—Dans le cas d'une société, l'intention est celle des âmes dirigeantes—Les contribuables ont principalement acheté les terrains dans l'intention de les revendre en vue de l'aménagement—Les terrains étaient situés dans une région en pleine expansion—Le montant payé est incompatible avec l'intention d'exploiter une entreprise agricole en vue d'en tirer profit—D'autres terres agricoles étaient disponibles à proximité à un prix moins élevé—Le contrat de société stipule expressément que les associés sont des promoteurs immobiliers—L'entreprise d'élevage de bétail de race étrangère sur une parcelle de terre est distincte de la société—Il n'est pas possible de conclure que la revente à profit n'était pas un motif de l'acquisition des terrains—La déposition que l'évaluateur immobilier du ministère du Revenu national a faite au sujet de l'utilisation optimale des terrains n'est pas pertinente—L'intention du contribuable peut correspondre ou non à l'utilisation optimale—Appels relatifs aux cotisations rejetés.

BREAKELL C. CANADA (T-2603-87, T-2604-87, T-2605-87, T-2606-87, juge Reed, jugement en date du 3-7-91, 16 p.)

Appel de la cotisation établie pour les années d'imposition 1983 et 1984—Le demandeur était un employé de la société «Delsco», qui avait conclu avec un bureau d'avocats une entente selon laquelle le demandeur fournirait des services au bureau, sous la direction de celui-ci—Delsco devait régulièrement toucher des honoraires en échange des services fournis par le demandeur, lesquels étaient supérieures à ceux que Delsco versait au demandeur—Sous la direction du bureau d'avocats, le demandeur fournissait des services de gestion pour «Night Hawk U.S.»—Night Hawk Canada recevait des factures du bureau d'avocats pour ces services—En 1980, le demandeur est devenu administrateur et secrétaire exécutif de Night Hawk U.S. et de Night Hawk Canada—En 1983, Night Hawk Canada a accordé des options d'achat d'actions à ses administrateurs—Le demandeur s'est prévalu des options—En 1983 et 1984, le demandeur a disposé de certaines actions; il a réalisé des gains et a inclus la moitié de ces gains dans son revenu—Le ministre a établi une nouvelle cotisation pour le motif que les actions avaient été acquises dans le cadre de son emploi auprès de Night Hawk—Question de savoir s'il s'agit d'un gain en capital ou d'un revenu d'emploi—Night Hawk Canada est une corporation privée dont le contrôle est canadien—Le demandeur n'avait aucun lien de dépendance avec Night Hawk Canada—Le demandeur était en tout temps sous la direction du bureau d'avocats et il assumait les fonctions de son emploi sous la direction de celui-ci—Le fait que le demandeur était un employé du bureau d'avocats ne l'empêche pas d'être également employé par Night Hawk Canada—Même s'il était considéré

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

comme étant employé par Delsco, étant donné que son salaire était payé par cette dernière, cela ne changerait pas la situation sur le plan fiscal—Indépendamment des services fournis à titre de secrétaire, les fonctions du demandeur sont décrites comme étant celles d'un administrateur délégué—Il a été jugé par le passé que les administrateurs sont des employés: *Taylor, M. c. M.R.N.* (1988), 88 DTC 1571 (C.C.I.)—Les administrateurs peuvent être des employés même s'ils ne sont pas rémunérés: *Grohne, F. c. La Reine* (1989), 89 DTC 5220 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les principes fondamentaux du droit des sociétés ne se manifestent pas toujours dans la Loi de l'impôt sur le revenu; l'esprit de la Loi de l'impôt sur le revenu dans son ensemble est examiné—Les options d'achat d'actions ont été accordées au demandeur par suite de son emploi chez Night Hawk Canada—Par conséquent, les bénéfices découlant de la vente des actions sont imposables au titre du revenu—Question de savoir si les bénéfices découlant de la levée des options d'achat d'actions doivent être imposés au cours de l'année où celles-ci sont accordées, ou lorsqu'elles sont converties en actions—Le montant à imposer est fondé sur la différence entre le prix de levée de l'option et le produit net de la vente des actions au cours de l'année de la disposition: *Robertson, J.R. c. La Reine* (1990), 90 DTC 6070 (C.A.F.)—Lorsqu'il existe un marché, l'expression «valeur» se rapporte à la «valeur marchande»—Toutefois, les options avaient une valeur supérieure au prix d'émission—Étant donné que la question n'a pas été débattue, il est préférable de laisser cette question être réglée éventuellement—Appel rejeté avec dépens.

SCOTT C. CANADA (T-907-88, juge suppléant Walsh, jugement en date du 25-3-91, 24 p.)

## PRATIQUE

Appel de la décision par laquelle le juge des requêtes a accordé, en vertu de l'art. 167(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu, une prorogation du délai d'appel de la décision rendue par la Cour de l'impôt—La prorogation a été accordée sans mention de la limitation, à l'art. 167(5), du pouvoir de la Section de première instance de proroger le délai d'appel à l'année qui suit l'expiration du délai par ailleurs imparti par la Loi pour faire opposition ou interjeter appel d'une cotisation—Le délai a expiré le 20 janvier 1988, mais la demande de prorogation n'a été présentée que le 30 mars 1989—L'art. 167(5) ne s'applique pas uniquement aux appels directs à la Section de première instance contre les cotisations du ministre, par opposition aux appels venant de la Cour de l'impôt—Même dans le cas d'un appel de la Cour de l'impôt, c'est la cotisation plutôt que la décision de la Cour qui fait l'objet de l'appel—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 167(4), (5), 177.

APOLLO 8 MAINTENANCE SERVICES LTD. C. CANADA (A-194-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 17-6-91, 2 p.)

GALLOS C. CANADA (A-193-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 17-6-91, 2 p.)



## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de *mandamus* ordonnant la mise en état du dossier de libération conditionnelle de l'intimé en facilitant et en ordonnant une évaluation par un médecin de l'Hôpital Royal d'Ottawa, ou toute autre réparation appropriée prévue par la Charte—Le requérant soutient que l'omission de faciliter l'évaluation requise compromet son droit à une audience impartiale de libération conditionnelle et viole les droits prévus par la Charte—En 1990, le juge a rejeté la requête du requérant et a accordé l'autorisation de présenter une nouvelle demande après la prise d'une décision définitive du directeur du pénitencier au sujet du renvoi du requérant en vue d'une autre évaluation par le médecin—Le directeur ayant refusé d'envoyer le requérant chez le médecin, le requérant a présenté une nouvelle demande conformément à l'ordonnance rendue par le juge—Le requérant a attendu huit mois avant d'introduire la présente requête—La Cour conclut que le requérant n'est pas très perturbé par le refus du directeur—Question de savoir si le directeur du pénitencier de Kingston est tenu d'envoyer le requérant subir d'autres tests de façon à présenter les résultats à la Commission des libérations conditionnelles et, dans la négative, si la chose va à l'encontre de la Charte—Le commissaire est chargé de mettre en état le dossier de libération conditionnelle du détenu d'une façon raisonnable et complète pour permettre à la Commission de prendre une décision réfléchie—En l'espèce, puisque le directeur était convaincu, d'après la preuve, qu'il était dangereux de mettre le requérant en liberté, il n'est pas nécessaire de continuer à recueillir d'autres éléments de preuve—L'évaluation du médecin est complète, sauf en ce qui concerne le problème d'alcoolisme du requérant et le rapport entre ce problème et le risque que présente le requérant de commettre des agressions sexuelles—Il n'est pas nécessaire que le directeur obtienne des renseignements au sujet de l'alcoolisme si les renseignements que celui-ci possède sont suffisants pour établir que le requérant est dangereux même s'il n'est pas en état d'ébriété—Il est inutile d'examiner la jurisprudence portant sur la Charte—Il n'appartient pas au requérant de décider quels tests doivent être effectués ou la façon dont ils devraient l'être et à quel moment—Demande rejetée.

MACINNIS C. CANADA (SOLICITEUR GÉNÉRAL)  
(T-1341-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 5-7-91, 17 p.)

Demande de bref de prohibition interdisant à l'intimée de tenir une audience de détention—L'ordonnance a été demandée pour le motif que la Commission n'avait pas respecté son obligation de tenir une audience au moins 13 semaines avant la date prévue de la libération du détenu: art. 16.1(2)a) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus—Le requérant est détenu au pénitencier de Kingston; il purge une peine de cinq ans pour agression sexuelle—Avant l'audience de détention, le requérant a reçu les documents dont il serait tenu compte et notamment une copie du casier judiciaire indiquant les diverses infractions sexuelles, mais ne contenant pas de détails—La seule objection à l'encontre de la procédure suivie par la Commission visait la date de l'audience—En janvier et à une rencontre le 10 avril, le requérant a été avisé que l'audience aurait lieu en mai 1991—Le requérant allègue ne pas avoir été avisé de la date de l'audience de détention—L'avocate du requérant avait été avisée de la date de l'audience puisqu'elle s'est présentée, mais la Commission et le requérant n'ont pas

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

été informés de sa présence—Le requérant a demandé un ajournement et a signé une formule de renonciation à la règle des 13 semaines, sur laquelle était écrite à la main la nouvelle date d'audience—À l'audience du 26 juin, la Commission avait en sa possession un document dont le requérant n'avait pas reçu communication et qui donnait des détails au sujet des infractions sexuelles antérieures—L'avocate du requérant a demandé un ajournement en vue d'examiner le document; l'audience a été reportée au 25 juillet—Il a par la suite été convenu que l'audience n'aurait pas lieu puisque la présente demande avait été introduite devant la Cour fédérale—À l'audience du 26 juin, aucune objection n'a été soulevée relativement à l'impossibilité pour la Commission de respecter la règle des 13 semaines—Question de savoir si la Commission a perdu compétence de tenir une audience puisque l'audience n'a pas pris fin avant la date prévue de libération—Le mot «shall» figurant dans la version anglaise montre que les délais sont obligatoires, mais lorsque le requérant ne subit aucun préjudice, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder de redressement extraordinaire: *Cleary c. Service correctionnel du Canada et autres* (1990), 108 N.R. 225 (C.A.F.)—En l'espèce, il est impossible pour la Commission d'observer la règle des 13 semaines, mais il ne s'ensuit pas nécessairement qu'un bref de prohibition doive être accordé—Lorsque la loi ne prévoit aucune conséquence découlant de l'inobservation de la règle, il faut s'en remettre à l'objet général de la loi—Aucun argument sérieux selon lequel les principes de justice naturelle ont été violés—Le requérant n'a pas subi de préjudice—Absence de circonstances exceptionnelles justifiant l'octroi d'un bref de prohibition—À l'audience, on a demandé l'octroi d'une ordonnance interdisant de faire mention du relevé des condamnations antérieures, laquelle n'a pas non plus été accordée—Demande rejetée avec dépens—Règlement sur la libération conditionnelle des détenus, DORS/78-428, art. 16.1(2)a) (mod. par DORS/86-817, art. 4).

KENNEDY C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1901-91, juge MacKay, ordonnance en date du 14-8-91, 14 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

Demande d'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse d'employer le mot «profit» en liaison avec une revue spécialisée intitulée «PROFIT, The Magazine for Canadian Entrepreneurs»—La demanderesse publie une revue trimestrielle intitulée «PROFITS»—La requérante a obtenu la reconnaissance officielle du droit exclusif d'employer la marque de commerce prohibée «PROFITS»—La requérante doit établir l'existence d'une question sérieuse à trancher et prouver que la prépondérance des inconvénients joue en faveur de la délivrance de l'injonction—Toutefois, lorsqu'une autorité publique emploie une marque officielle, il suffit d'établir *prima facie* que les défendeurs ont adopté la marque officielle et d'attirer l'attention de la Cour sur les circonstances qui justifient la délivrance d'une injonction: *Queen (The) in right of British Columbia and Expo 86 Corp. v. Mihaljevic et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 374 (C.S.C.-B.)—La protection demandée pour la marque officielle n'est pas destinée à appuyer le mandat à titre de société d'État, mais une activité accessoire; il s'agit d'une

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

question sérieuse qui ne peut être tranchée qu'au procès—La prépondérance des inconvénients ne joue pas en faveur de la délivrance d'une injonction—Les répercussions de l'activité concurrentielle peuvent être appréciées et compensées monétairement—Le préjudice subi par la requérante n'est pas directement lié à ses activités principales—L'intimée subirait un préjudice plus grave si l'injonction était accordée—Demande rejetée.

BANQUE FÉDÉRALE DE DÉVELOPPEMENT C. C.B. MEDIA LTD. (T-3159-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-7-91, 9 p.)

## CONTREFAÇON

Action en violation de marques de commerce—La demanderesse Vuitton est une société française qui fabrique des bagages, des articles de maroquinerie et des accessoires—La demanderesse Luxury est une société canadienne qui importe, distribue et vend les marchandises de Vuitton—La défenderesse s'occupe de l'importation et de la distribution d'articles de cuir et d'autres accessoires—Les demanderesse soutiennent que la défenderesse a importé, distribué et vendu des copies contrefaites de produits Vuitton—Pendant l'interrogatoire préalable et au procès, la défenderesse a reconnu avoir violé les marques de commerce et contrefait les marchandises—Au moment pertinent, la défenderesse savait que ses activités étaient illégales—Pareil aveu justifie la délivrance d'injonctions permanentes ainsi que la remise et la destruction des marchandises contrefaites—Les demanderesse ont également droit aux bénéfices réalisés par la défenderesse, qui doivent être calculés selon la méthode marginale ou différentielle: *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Compte tenu des aveux de la défenderesse et des factures envoyées par la défenderesse à ses clients, il est calculé que les bénéfices s'élevaient à 30 000 \$—L'activité illégale flagrante est découragée par l'adjudication de dépens plus élevés que d'habitude.

LOUIS VUITTON (S.A.) C. ENDO (T-1306-88, juge Pinard, jugement en date du 3-7-91, 9 p.)

Requête visant à faire modifier l'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse de distribuer des lunettes portant des «variantes des marques de commerce Polo» de façon à ajouter toute marque de commerce comprenant ou renfermant le mot «Polo» ou la représentation d'un joueur de polo—La demanderesse est propriétaire de quatre marques de commerce, soit les marques «Polo», «Polo by Ralph Lauren», [TRADUCTION] «le dessin d'un joueur de polo» et [TRADUCTION] «Ralph Lauren et dessin»—En 1984, Optique du Monde Ltd., usager inscrit des marques de commerce, a désigné la défenderesse à titre de distributeur canadien exclusif des lunettes Polo—L'accord de distribution prévoit qu'en cas de résiliation, la défenderesse doit cesser d'employer les marques de commerce Polo et [TRADUCTION] «toute variante ou simulation de celles-ci et toute marque semblable susceptible de créer de la confusion avec elles» et qu'Optique aura le droit d'obtenir une ordonnance temporaire de ne pas faire—L'accord a été résilié en 1991—La défenderesse soutient que l'ordonnance demandée violerait le principe voulant qu'on ne peut monopoliser un mot

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

courant ainsi que le principe selon lequel les marques de commerce doivent être examinées dans leur ensemble—Requête accueillie—La défenderesse a adopté les marques de commerce renfermant le mot «Polo» pour conserver la clientèle qui achetait auparavant les lunettes «Polo»—Elle se prévaut ouvertement de la confusion créée pour distribuer des lunettes provenant de sources autres que la demanderesse—Il y a «une question sérieuse à trancher» en ce sens qu'il existe une présumée violation lorsqu'une personne vend, distribue ou annonce des marchandises en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion—La demanderesse subira un préjudice irréparable si l'on autorise la défenderesse à employer les marques de commerce comprenant le mot «Polo» ou la représentation d'un joueur de polo—La position exclusive des marques de commerce de la demanderesse qui comprennent le mot «Polo» sur le marché des lunettes serait irréparablement perdue et la réputation de celle-ci serait sérieusement minée—Le défendeur qui établit son marché en s'appropriant le droit du demandeur causera à ce dernier des dommages pour lesquels il ne pourra pas être adéquatement indemnisé—L'ordonnance ne vise pas les autres parties qui emploient la marque de commerce «Polo» en liaison avec des vêtements—Un mot courant peut, par la suite de l'usage et de la publicité, devenir une marque de commerce forte en liaison avec des marchandises particulières—La position de la demanderesse est renforcée par l'accord de distribution qui lui accorde le droit d'obtenir une ordonnance de ne pas faire et par la clause de résiliation—La défenderesse n'a rien à perdre qui ne soit pas déjà perdu en vertu de la clause de résiliation—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6, 7b), 20.

POLO RALPH LAUREN CORP. C. CAMEO OPTICAL LTD. (T-1569-91, juge Dubé, ordonnance en date du 16-8-91, 7 p.)

## ENREGISTREMENT

Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a confirmé la décision du registraire des marques de commerce de refuser d'enregistrer la marque de commerce «Posture-Beauty»—Question de savoir si le juge de première instance a eu raison de confirmer la décision du registraire, à savoir que la marque créerait de la confusion avec la marque «Babybeauty»—La Loi sur les marques de commerce renferme des dispositions précisant la date à laquelle certaines situations doivent être appréciées—L'art. 6(5) n'indique pas la date pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si les marques de commerce créent de la confusion—La règle générale qui s'applique en matière contentieuse devrait l'emporter, à savoir la date à laquelle l'affaire est tranchée d'après la preuve présentée: *Oshawa Group Ltd. c. Creative Resources Co. Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (C.A.F.)—Il n'y a rien d'anormal dans la possibilité pour les parties de mettre la situation à jour lorsqu'il s'agit de savoir si la marque doit être reconnue en vertu de la loi—La question du droit à l'enregistrement doit être tranchée à la date de l'enregistrement ou à la date du refus—Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la question de savoir si la marque de commerce «Babybeauty» a été employée n'est pas pertinente—En vertu de l'art. 6(5) de la Loi sur les marques de commerce, le registraire ou la Cour doit

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris la période pendant laquelle la marque a été employée—Le juge de première instance a interprété d'une manière erronée l'arrêt *Salada Foods Ltd. c. Générale Alimentaire (G.A.S.A.)* (1980), 47 C.P.R. (2d) 169 (C.A.F.) dans lequel il a été jugé que le titulaire de l'enregistrement n'a pas à prouver que la marque a été employée en liaison avec ses marchandises pour qu'il soit tenu compte de la marque lorsqu'il s'agit de trancher la question de la confusion—En l'espèce, l'appelante a activement employé la marque de commerce «Posture-Beauty», circonstance qu'il fallait prendre en considération—Le juge de première instance a commis une erreur en fractionnant la marque et en fournissant ainsi à l'intimée une protection à l'égard du mot «Beauty»—Les marques doivent être examinées dans leur ensemble—En outre, le mot «Beauty» est un mot anglais courant qui décrit un état; étant donné qu'il s'agit d'une marque faible, la marque a droit à une protection moins étendue—La présence dans le registre de marques autres que celle avec laquelle la comparaison est faite est un élément pertinent dont il faut tenir compte—Le mot «Beauty» est une caractéristique commune à sept marques différentes, ce qui montre qu'elle peut être employée par l'industrie—Le registraire a eu raison de tenir compte de la nature et du type de clients susceptibles d'acheter les marchandises respectives—Les circonstances favorisent l'enregistrement de la marque «Posture-Beauty» car: a) la marque «Babybeauty» n'est pas en soi si distinctive que la marque de l'appelante créerait de la confusion avec elle; b) la marque de l'appelante s'applique à une combinaison de marchandises et ne risque pas de créer de la confusion avec celle de l'intimée; c) bien que les marchandises soient similaires, les marques s'adressent à une catégorie de clients qui n'agiraient pas hâtivement; d) le mot «Beauty» est un mot anglais courant et ne reflète pas une famille de marques—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6(5).

PARK AVENUE FURNITURE CORP. C. WICKES/SIMMONS BEDDING LTD. (A-263-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 24-6-91, 23 p.)

## RADIATION

Demande de radiation de l'enregistrement par l'intimé de la marque de commerce «Cacharel» employée en liaison avec des pantalons pour hommes—Le requérant Bousquet est un couturier habitant en France, qui dessine des vêtements vendus dans le monde entier sous la marque de commerce «Cacharel»—Bousquet était l'actionnaire majoritaire de la société française Jean Cacharel S.A., qui expédie et vend des vêtements au Canada—L'intimée est une société canadienne qui fabrique et vend des pantalons pour hommes—En 1985, l'intimée a obtenu l'enregistrement de la marque «Cacharel» à l'égard de pantalons pour hommes—Une marque de commerce n'est pas enregistrable si elle suggère un rapport avec un particulier vivant: art. 9(1)k de la Loi sur les marques de commerce—Il importe peu que «Jean Cacharel» ne soit pas le nom légal de Jean Bousquet—Il s'agit de savoir si un nombre important de Canadiens associent le nom Jean Cacharel à un particulier déterminé—La date pertinente pour établir la réputation solide du nom au sein du public est celle de l'adoption de la marque de commerce—

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

La période brève de dix mois entre la date d'adoption et la date d'enregistrement n'est pas suffisamment longue pour permettre l'acquisition d'une solide réputation au sein du public—Le juge conclut que la décision qu'il a rendue dans *Association olympique canadienne c. Allied Corporation et autre* (1987), 16 C.P.R. (3d) 80 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) était erronée—La Cour a déjà examiné l'art. 9(1)k dans *Carson c. Reynolds*, [1980] 2 C.F. 685 (1<sup>re</sup> inst.) dans laquelle il a été jugé que la marque de commerce «Here's Johnny» destinée à être employée en liaison avec des toilettes extérieures portatives n'était pas enregistrable étant donné que la preuve établissait un rapport dans l'esprit du public entre la marque proposée et Johnny Carson, un artiste américain—En l'espèce, les requérants ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait d'établir l'existence d'une solide réputation au sein du public—Question de savoir si la marque de commerce était distinctive des marchandises de l'intimée au moment où les procédures ont été entamées—L'élément déterminant est le message que la marque transmet au public—La marque n'a qu'à simplement distinguer les marchandises d'autres marchandises, et n'a pas à être distinctive de son propriétaire—Le requérant n'a pas satisfait à l'obligation qui lui incombait de montrer qu'au Canada, la marque en litige n'était pas distinctive des marchandises de l'intimée—Effet des motifs de l'intimée, lorsqu'elle a enregistré la marque au Canada alors qu'elle était au courant de son emploi en France—La connaissance préalable par le titulaire de l'enregistrement de l'emploi d'une marque de commerce dans un marché étranger ne suffit pas à elle seule à invalider l'enregistrement—Le piratage d'une marque étrangère semble répréhensible, mais cette conduite à elle seule n'est pas suffisante pour justifier la radiation sans preuve suffisante des motifs d'invalidité expressément prévus par la Loi—Distinction faite avec *Williamson Candy Co. v. Crothers Co.*, [1924] R.C.É. 183 et *Re Andres Wines Ltd. and E. & J. Gallo Winery* (1975), 25 C.P.R. (2d) 126 (C.A.F.), dans lesquelles les marques ont été radiées par suite de la connaissance antérieure et de la preuve d'une solide réputation—En l'espèce, les requérants n'avaient pas une solide réputation au Canada au moment pertinent—Le requérant n'a pas pu satisfaire à l'obligation qui lui incombait d'établir l'absence de droit par suite de l'emploi antérieur de la marque de commerce—Demande rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 9 (mod. par L.C. 1990, chap. 14, art. 8).

BOUSQUET C. BARMISH INC. (T-207-83, juge Cullen, jugement en date du 26-8-91, 18 p.)

## PEUPLES AUTOCHTONES

## ÉLECTIONS

Action contre les membres du Comité des appels en matière d'élections d'Akwesasne en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire, d'une injonction et d'un *mandamus*—Demande présentée à la Cour en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision du Comité d'annuler l'élection des demandeurs au Conseil Mohawk d'Akwesasne et de tenir une élection complémentaire, ainsi que d'une ordonnance enjoignant au Comité d'entendre de nouveau l'affaire conformément aux principes de justice naturelle—Bien qu'ils aient formulé leur demande sous

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

forme de *certiorari*, les demandeurs cherchent principalement à obtenir un jugement déclaratoire—Pareil redressement doit être obtenu au procès, et non au moyen d'une requête—La preuve présentée dans le cadre de la requête est insuffisante pour permettre d'arriver aux conclusions nécessaires—Requête principale rejetée.

SUNDAY C. CONSEIL DES ÉLECTIONS D'AKWESASNE (T-2023-91, juge Cullen, ordonnance en date du 10-9-91, 10 p.)

**PRATIQUE**

Taxation fondée sur l'art. 29 de la Loi sur l'expropriation—Le montant payé pour les rapports d'évaluation concernant une parcelle particulière de terre est visé par la Loi sur l'expropriation et est donc accordé au complet—Les frais non engagés pour faire valoir un droit à une indemnité au sens de l'art. 29 ne sont pas taxables à ce stade-ci—Ces frais pourront être taxés après le prononcé d'un jugement au fond—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), chap. E-21, art. 29.

SMITH C. CANADA (T-1632-90, officier taxateur Doherty, taxation en date du 20-6-91, 5 p.)

Requête en vue de la fixation de la date de la détermination d'une question de droit—D'après la Loi, il incombe au juge en chef adjoint de fixer le calendrier des audiences—L'affaire a été entendue par le juge en chef adjoint, qui a tranché certaines questions, a reporté d'autres questions et a demandé à l'avocat de la demanderesse de rédiger l'ordonnance officielle pour sa signature—Cette ordonnance n'a pas été rédigée de sorte qu'il est impossible de savoir ce qu'il faut faire—L'affaire est donc ajournée *sine die*—Il est souvent plus efficace de téléphoner au greffe pour savoir quand la question pourra être réglée et d'écrire ensuite au greffe pour demander une date, en indiquant une série de dates possibles et la durée probable du débat.

CURRAGH RESOURCES INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (T-3478-90, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 21-8-91, 2 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE  
PRÉALABLE

*Production de documents*

Requête de la défenderesse visant à obtenir de la tierce-partie intimée, l'Université Laval, les documents qu'elle a en sa possession concernant le demandeur—La question du dossier académique du demandeur est tout à fait pertinente en l'espèce—Requête accordée.

KIBALE C. CANADA (T-1891-88, juge Pinard, jugement en date du 23-7-91, 3 p.)

**PRATIQUE—Suite****FRAIS ET DÉPENS**

Action en contrefaçon de brevet rejetée; il est ordonné que les frais soient taxés sur la base procureur-client—Un mémoire de frais s'élevant à 70 011,02 \$ a été présenté—Les demanderesse, qui n'étaient pas représentées par un avocat, se sont opposées au mémoire de frais en général—Les taux horaires vont de 300 \$ pour l'avocat de la défenderesse à 95 \$ pour les stagiaires—Le recours à des stagiaires, dont le temps coûte moins cher, est la façon la plus efficace de traiter certaines questions interlocutoires et la recherche—Les demanderesse soutiennent que les éléments «sans précédent» du mémoire de frais et diverses corrections sapent sa crédibilité—Les demanderesse n'ont pas établi que le mémoire de frais était excessif—Le mémoire de frais est apprécié selon une norme de frais illégitimes ou superflus par rapport à la voie qu'a prise le litige et compte tenu notamment des activités de règlement et des possibilités d'une réparation de rechange, sans assumer le rôle inquisitorial incombant à proprement parler à la partie adverse—Le nombre de corrections pourrait, compte tenu des exclusions volontaires que le client est tenu de payer, laisser entendre que le mémoire a été dressé avec le plus grand soin possible—Rien ne permet de croire que des frais superflus ou illégitimes ont été exigés—Le tarif plus élevé exigé par l'avocat reflète son expérience et ses qualifications—*TNT Canada Inc. c. T.N.T. Motor Lines Ltd.*, T-4637-81, ordonnances en date du 24 avril [[1990] 3 C.F. F-14] et du 11 mai 1990 [[1990] 3 C.F. F-13] appliquées au travail effectué par les étudiants d'été et par les stagiaires, particulièrement en ce qui concerne le travail de recherche—La forme du service professionnel fourni est une question de négociation entre l'avocat et son client—Il n'y a pas lieu d'intervenir si le service professionnel prend la forme d'un travail effectué par des stagiaires et entraîne la responsabilité de l'avocat responsable—Le mémoire de frais indique le temps consacré par les stagiaires, mais il représente les services professionnels et les frais connexes—Mémoire de frais taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 72 140,15 \$.

ANDERSON C. NASCOR INC. (T-405-90, officier taxateur Stinson, taxation en date du 18-7-91, 9 p.)

Jugement adjugeant les dépens à l'appelante en Cour d'appel et devant la Section de première instance—Le mémoire de frais, composé des frais engagés devant les deux sections, présente un problème de procédure en raison d'un *obiter* figurant dans *IBM Canada Ltd. c. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 C.F. 181 (C.A.) et remettant en question le bien-fondé de pareille procédure—La mention, à la Règle 1214, de la Partie III des Règles (contenant les dispositions sur les frais et dépens) est notée et les frais sont attribués, tels que taxés, à la section appropriée—L'omission par l'intimée de contester le mémoire de frais n'oblige pas l'officier taxateur à assumer le rôle inquisitorial et ne l'autorise pas à attester les postes illicites—En Cour d'appel, le mémoire de frais est adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 8 538,10 \$ et devant la Section de première instance, il est adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 129 665,43 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1214.

GENERAL ENTERPRISES CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (A-511-86, officier taxateur Stinson, taxation en date du 19-7-91, 3 p.)

## PRATIQUE—Suite

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Annulation ou modification*

Requête en rétractation de jugement présentée par la tierce-saisie et demande d'être relevée du défaut de faire sa déclaration suite à la signification d'une saisie-arrêt—Revenu Canada, à qui la débitrice-saisie devait la somme de 11 047,31 \$, a obtenu une ordonnance provisoire de saisie-arrêt enjoignant à la tierce-saisie de comparaître pour déclarer les sommes dues par elle à la débitrice-saisie—La Cour a rendu une ordonnance de saisie-arrêt définitive en ignorant que le débiteur avait déposé une déclaration—Jugement imputable à la faute des postes canadiennes qui ont mis 14 jours à acheminer la lettre de la tierce-saisie—Celle-ci est relevée de son défaut de faire sa déclaration mais doit en assumer les frais—La dette de la tierce-saisie envers la débitrice-saisie est une obligation à terme et non une obligation purement potestative—Elle est devenue exigible après un délai de plus de 5 ans et demi et peut faire l'objet d'une saisie-arrêt.

AUTOMOBILE NORVOIE INC. C. RADIATEUR LA SARRE (1985) INC. (ITA-2880-89, juge Denault, jugement en date du 9-7-91, 6 p.)

*Jugement par défaut*

Requête en vue de l'obtention d'un jugement par suite de l'omission de présenter une défense—En septembre 1990, on a signifié aux exécuteurs la déclaration dans laquelle un délai de 30 jours était fixé en vue du dépôt d'une défense—Aucune défense n'a été déposée dans les 30 jours—Les exécuteurs ont envoyé deux lettres «sous toutes réserves», lesquelles ont été reçues par la Cour fédérale le 15 janvier et le 25 mars 1991—Les lettres, reçues avant la présentation de la requête en vue de l'obtention d'un jugement par défaut, ne constituent pas une défense présentée en bonne et due forme, mais indiquent que les exécuteurs veulent contester le droit de la demanderesse d'obtenir un jugement—Le pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en vue du rejet de la demande: *R. c. Rhine*, [1979] 2 C.F. 308 (1<sup>re</sup> inst.).

CANADA C. BLAIR, SUCCESSION (T-1645-90, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 3-9-91, 4 p.)

Demande visant à faire annuler le jugement par défaut rendu par le protonotaire en chef en raison de vices de procédure et d'un excès de compétence ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance suspendant l'exécution du jugement et accordant l'autorisation de produire une défense—L'affidavit de l'huissier indique qu'une déclaration *in rem* et *in personam* a été signifiée à Protos Shipping Ltd.—L'affidavit n'indique pas que Protos est la représentante des défendeurs—La signification a été annulée dans une affaire où les faits étaient similaires: *Mona Lisa Inc. c. Le navire Carola Reith*, [1979] 2 C.F. 633 (1<sup>re</sup> inst.)—Le jugement par défaut n'aurait pas dû être rendu, car il n'était pas prouvé que la déclaration avait dûment été signifiée—Jugement par défaut s'élevant à la somme de 47 317,14 \$ plus l'intérêt à compter du 15 mai 1990 et les frais d'enquête et d'expertise—La Règle 432 prévoit un jugement

## PRATIQUE—Suite

par défaut lorsque le demandeur réclame «une créance liquidée seulement»—Montant de la créance liquidée déterminé ou établi à la suite d'une entente survenue entre les parties ou autrement—En l'espèce, le montant du jugement par défaut n'est pas visé par la définition—Le montant n'est pas susceptible d'être déterminé par des calculs mathématiques—L'affaire aurait dû être renvoyée à un arbitre en vertu de la Règle 433—Jugement par défaut annulé, les dépens devant suivre l'issue de l'affaire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 432, 433.

LOGISTIQUE ET TRANSPORT INTERNATIONAUX LTÉE C. ARMADA LINES LTD. (T-37-91, juge Dubé, jugement en date du 29-7-91, 4 p.)

## PARTIES

*Procédure de mise en cause*

Appel d'une ordonnance du protonotaire en chef déclarant Nissan codéfenderesse et non mise en cause—L'action intentée par la demanderesse contre la défenderesse vise l'obtention d'un «drawback» sur les droits payés pour les véhicules automobiles importés et ultérieurement exportés et cherche à faire déclarer illégal l'art. 6e) du Règlement sur le drawback relatif aux véhicules automobiles exportés—Aucune conclusion n'est recherchée contre Nissan ou les autres compagnies d'automobiles mises en cause—L'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale autorise cette dernière à entendre les cas de demande de réparation contre la Couronne mais non contre une compagnie commerciale—Le protonotaire en chef a erré en droit en déclarant la requérante Nissan codéfenderesse et non mise en cause—L'assignation à titre de mise en cause relève du droit québécois et n'est pas prévue par les Règles de la Cour fédérale—Elle n'est pas prohibée cependant par celles-ci et est souvent employée devant la Cour fédérale dans les plaidoiries originant du Québec—Appel accueilli—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(1)—Règlement sur le drawback relatif aux véhicules automobiles exportés, DORS/86-950, art. 6e).

CIE NATIONALE DE COURTAGE 2885-SD LOCATION ET FLOTTE LTÉE. C. CANADA (MINISTRE DU REVENU NATIONAL) (T-3438-90, juge Dubé, jugement en date du 29-7-91, 5 p.)

## PLAIDOIRIES

*Détails*

Demande satisfaite en ce qui concerne la plupart des détails demandés—Les plaidoiries ne sont pas encore terminées après deux ans de litige—Demande rejetée.

RISI STONE LTD. C. GROUPE PERMACON INC. (T-1005-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 10-5-91, 3 p.)

**PRATIQUE—Suite***Modifications*

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance modifiant la déclaration et enjoignant aux défendeurs de répondre à des questions à l'interrogatoire préalable—La demande est rejetée en ce qui concerne les réponses à donner à l'interrogatoire préalable—Il est prématuré de délivrer une ordonnance avant l'interrogatoire préalable—La question principale porte sur les élections au sein de la bande indienne—La demande, en ce qui concerne la modification de la déclaration, devrait être accueillie—Le droit du demandeur d'en appeler à l'officier d'élections n'empêche pas l'introduction d'une action devant la Cour—Les défendeurs ne subiront aucun préjudice qui ne puisse être compensé par l'octroi de dépens—Le juge n'est pas convaincu qu'une nouvelle cause d'action ait été créée—La question de savoir si l'élection était conforme à la procédure applicable découle naturellement des questions soulevées initialement dans la déclaration—Exiger qu'une nouvelle action soit intentée serait un gaspillage de ressources.

ASSINIBOINE C. BANDE 287(35), RÉSERVE N° 6 DE LONG PLAIN (T-787-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 15-7-91, 7 p.)

*Requête en radiation*

Appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a rejeté la requête en radiation et a subsidiairement ordonné de fournir des détails—Les plaidoiries ne sont radiées que si elles sont manifestement non fondées—La décision du protonotaire ne doit pas être annulée s'il n'existe aucun motif impérieux de le faire—Aucune erreur susceptible d'être révisée—L'appel est un gaspillage de ressources pour les parties et pour la Cour—Appel rejeté avec dépens quelle que soit l'issue de l'affaire.

MCDONALD'S CORP. C. MIDWEST COFFEE SYSTEMS INC. (T-3368-90, juge Strayer, ordonnance en date du 22-5-91, 5 p.)

**REJET DES PROCÉDURES***Défaut de poursuivre*

Demande par la défenderesse en vue du rejet de l'action pour défaut de poursuite et par la demanderesse en vue de la tenue d'une conférence préalable à l'instruction—Les défenderesses n'ont pas donné à la demanderesse deux semaines de préavis de leur intention de présenter une demande de rejet comme l'exige la Règle 440(2)—La Règle autorise la Cour à exempter le requérant de l'obligation de donner un avis dans des circonstances exceptionnelles, par exemple les retards extraordinaires que la demanderesse en l'espèce a apportés dans la poursuite de l'action—Il existe trois critères lorsqu'il s'agit de rejeter une action en vertu de la Règle 440(1): question de savoir s'il y a eu un retard excessif, si le retard est inexcusable et s'il est susceptible de causer un préjudice grave aux défendeurs—Retard excessif et inexcusable—Le retard causera un préjudice grave aux défenderesses—Des cinquante témoins que l'avocat de la

**PRATIQUE—Suite**

défenderesse a interrogés, quatre sont morts et dix-neuf ne peuvent pas être trouvés—Action rejetée pour défaut de poursuite—Les défenderesses n'ont pas droit à tous les dépens car elles auraient pu prendre des mesures il y a dix ans pour obtenir la tenue d'une audience—La moitié des dépens ordinaires sont adjugés aux défenderesses—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 331A (éditée par DORS/79-57, art. 6), 440.

PATEX SNOWMOBILES LTD. C. BOMBARDIER LTD. (T-856-71, juge Strayer, ordonnance en date du 26-7-91, 6 p.)

**SIGNIFICATION**

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance autorisant la signification *ex juris*—L'auteur de l'affidavit déposé à l'appui s'est fondé sur des renseignements obtenus au moyen de l'examen des dossiers de l'entreprise et de la consultation d'un avocat de l'entreprise—Les règles autorisent la preuve par l'affidavit reposant sur des renseignements tenus pour véridiques, mais la Cour a annulé une ordonnance où la preuve reposait sur un ouï-dire multiple: *Cabot Corporation et autre c. Specialty Compositers Corporation et autre* (1985), 6 C.P.R. (3d) 428 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Étant donné que la seule preuve à l'appui du ouï-dire est elle-même du ouï-dire, la requête est rejetée sans porter atteinte au droit de la demanderesse de déposer une autre requête fondée sur une preuve plus convaincante.

TRADITION FINE FOODS LTD. C. L. KARP & SONS INC. (T-1820-91, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 18-7-91, 3 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

La Cour se fonde sur une méthode selon laquelle la date d'audience est fixée—Une fois que les avocats ont laissé savoir qu'ils sont prêts à procéder, la Cour rend une ordonnance énonçant la date, l'heure et le lieu de l'audience: Règle 483—En l'espèce, une ordonnance fixant la date de l'audience a été rendue—L'ordonnance par laquelle la Cour fixe la date ne peut être modifiée que par une autre ordonnance—Le fait que des négociations en vue d'un règlement sont en cours n'entraînera pas l'ajournement: *CKLW Radio Broadcasting Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 388 (1<sup>re</sup> inst.)—En l'espèce, la lettre envoyée au greffe par l'avocat, dans laquelle celui-ci laissait savoir que les parties en étaient venues à un accord de principe, ne constitue pas un motif suffisant d'ajournement—Ni l'une ni l'autre des parties n'ont comparu à l'audience, étant donné que les deux avocats croyaient qu'il suffisait de faire parvenir une lettre au greffe—À midi le jour de l'audience, le greffe a reçu un document intitulé [TRADUCTION] «Procès-verbal de règlement» dans lequel il était déclaré que le procès n'aurait pas lieu—Les avocats n'ont pas suivi la procédure appropriée et n'ont pas fourni de preuve suffisante en vue de la délivrance d'une ordonnance d'ajournement—Requête officielle d'ajournement entendue par téléphone—Compte tenu de la confusion, il n'est pas opportun de rejeter la demande de la demanderesse pour défaut de poursuite—L'ordonnance d'ajournement est

**PRATIQUE—Fin**

accordée, mais en général, les audiences dont la date a été fixée par la Cour doivent être tenues à moins qu'une modification ne soit effectuée par une ordonnance subséquente—L'ajournement n'est accordé que s'il est presque impossible que le règlement échoue—Affaire ajournée *sine die*—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., c. 663, Règle 483.

WHITE PASS TRANSPORTATION LTD. C. SKERLEC  
(T-2819-90, juge Reed, ordonnance en date du 3-9-91,  
6 p.)

Requête des intervenants visant à obtenir la suspension de l'audition d'une requête en *mandamus* et en injonction présentée contre l'intimé—La Cour fédérale, tant en première instance et qu'en appel, a reconnu la compétence de ladite Cour à l'égard de l'administrateur fédéral, intimé en l'espèce—Les intervenants ont clairement indiqué leur intention d'en appeler à la Cour suprême du Canada—La suspension d'instance n'est pas automatique lorsqu'une demande d'autorisation d'appel est présentée devant la Cour suprême—Il ressort de la Loi constitutive de la Cour suprême et de la jurisprudence citée qu'il n'est aucunement déraisonnable de poursuivre l'audition de la requête principale—La Convention de la Baie James et du Nord québécois accorde beaucoup d'importance à l'environnement qui est également une question primordiale pour les parties en cause—De l'avis même de l'administrateur fédéral, l'étude sur les répercussions environnementales du projet en cause devrait commencer le plus tôt possible—Requêtes en suspension d'instance rejetées et date d'audition de la requête principale reportée.

ADMINISTRATION RÉGIONALE CRIE C. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (T-451-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 21-6-91, 9 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire et d'une ordonnance empêchant les défendeurs de prendre d'autres mesures—Question de savoir si les personnes au plus bas niveau du personnel de direction («niveau I») peuvent se prévaloir des protections prévues à la Section I de la Partie III du Code canadien du travail—Question de savoir si ces membres du personnel sont exclus de l'application des normes du Code relatives à la durée du travail étant donné que l'art. 167(2)a) prévoit que la Section I ne s'applique pas aux employés qui exercent des fonctions de direction—Les gestionnaires de niveau I forment une unité habile à négocier collectivement—Un gestionnaire de niveau I a déposé une plainte dans laquelle il alléguait qu'il était tenu de travailler au-delà de la durée normale du travail prévue par le Code et qu'il n'était pas rémunéré pour les heures supplémentaires effectuées—La demanderesse a soutenu que Travail Canada ne devrait pas tenir compte des plaintes étant donné que la Section I ne s'applique pas aux gestionnaires de niveau I—Un jugement déclaratoire, en particulier contre un ministre du gouvernement, doit être demandé au moyen d'une action fondée sur la Règle 400: *Wilson c. Ministre de la*

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

*Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.)—En l'espèce, les mêmes mesures de réparation étaient demandées dans la déclaration et dans l'avis de requête—Demande rejetée et affaire considérée comme une action intentée au moyen de la déclaration—Le gestionnaire de niveau I joue un rôle important pour l'exploitation efficace de l'entreprise, mais il ne s'agit pas d'un rôle déterminant au chapitre de l'emploi ou de l'avancement des autres membres du personnel ou de l'imposition de mesures disciplinaires à leur endroit, ou encore des politiques, de la planification et des objectifs généraux de l'entreprise—Conclusion semblable à celle tirée par le Conseil canadien des relations du travail—Le Conseil a conclu que les gestionnaires de niveau I n'avaient aucun pouvoir décisionnel véritable sur les aspects importants de la gestion—Les gestionnaires de niveau I exercent certaines fonctions de direction, mais ils ne sont pas exclus de la convention collective—Les deux parties du Code n'ont peut-être pas le même objet, mais le Code vise de façon générale à garantir certains droits et à prescrire certaines normes à l'égard de tous les emplois—Conclure que les gestionnaires de niveau I occupent un poste de direction pour l'application de la Partie I irait à l'encontre des interprétations antérieures et de la règle d'interprétation des lois voulant que les mots utilisés dans une loi ont un sens uniforme à moins qu'une raison convaincante ne permette de leur donner des sens différents—L'objet de la Partie III n'est pas d'exclure les gestionnaires de niveau I de l'application des normes relatives à la durée du travail—L'expression «poste de directeur» figurant à l'art. 167(3) a été interprétée strictement de façon à désigner uniquement les postes de la haute direction—De toute évidence, les gestionnaires de niveau I ne sont pas visés par l'expression «poste de directeur» figurant à l'art. 167(3) et à l'art. 167(2)a)—Il n'existe aucune raison de donner à l'expression «fonctions de direction» un sens différent de celui que lui a donné le Conseil—Le mot «direction» figurant à l'art. 3(1) a le même sens étroit qu'à l'art. 167(2)a)—Les employés de niveau I n'exercent pas des fonctions de direction—Question de savoir si les fonctionnaires de niveau I sont des «chefs» au sens de l'art. 167(2)a)—Un chef exerce de nombreux pouvoirs et remplit de multiples fonctions relativement à des questions importantes pour l'entreprise—Dans une grosse entreprise, les attributions d'un chef laissent entendre des responsabilités plus importantes que celles qui sont assumées au plus bas niveau de la direction—Les gestionnaires de niveau I n'exercent pas des fonctions qu'on pourrait considérer comme celles d'un «chef»—Les modifications apportées au Code par le législateur manifestent l'intention d'élargir le champ des droits et des normes—Les modifications apportées par le législateur manifestent également l'intention générale de restreindre le nombre d'employés exclus de l'application du Code—Action rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 167 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 9, art. 5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 400.

ISLAND TELEPHONE CO. C. CANADA (MINISTRE DU TRAVAIL) (T-1401-91, juge MacKay, jugement en date du 30-9-91, 28 p.)